

# **INMIGRACIÓN Y REFUGIADOS. UNA NUEVA ÉTICA CONSTITUCIONAL**

María del Camino Vidal Fueyo

*Profesora Titular de Derecho Constitucional,  
Universidad de Burgos*

## I. LA PROGRESIVA UNIVERSALIZACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A lo largo de la segunda mitad del s. XX, en los países con sistemas democráticos avanzados se inició una clara tendencia a la universalización de los derechos fundamentales, entendidos no sólo como propuesta axiológica, sino como una realidad jurídica debidamente garantizada mediante el establecimiento de mecanismos normativos y jurisdiccionales. Y ello, a pesar de que el constitucionalismo contemporáneo sigue moviéndose en la lógica del Estado soberano, esto es, en el dominio exclusivo y excluyente dentro ámbito territorial, en el que la institucionalización del poder surge de la decisión política de los ciudadanos nacionales de dicho Estado, en los que reside “la soberanía nacional”.

Así, aunque la tendencia inicial es que los ordenamientos positivos de los distintos Estados reconozcan determinados derechos fundamentales exclusivamente a los nacionales, excluyendo “a los otros”, a los extranjeros, lo cierto es que la concepción del Estado soberano, que debe su origen a los planteamientos racionalistas que acompañaron al idealismo de las revoluciones liberales y al movimiento constitucional, también apostó por la universalización de un importante elenco de derechos fundamentales que, vinculados a la dignidad de la persona, en ningún caso comprometían la soberanía del Estado. A esta tendencia a la universalización de los derechos, procedente del ideal racionalista, hay que añadir, fundamentalmente a partir de la Segunda Guerra Mundial, el fuerte influjo de los convenios y tratados internacionales que, con mayor o menor fuerza vinculante, nacieron con la pretensión de ser un medio para salvaguardar los derechos humanos.

En este sentido, una de las notas que caracterizan al régimen internacional de protección de derechos humanos es su progresividad, entendida como la tendencia a la expansión de su ámbito de protección, tanto en lo que se refiere al número y contenido de los derechos protegidos, como en relación con la eficacia y vigor de los mecanismos de garantía y control. En consecuencia, aunque los primeros instrumentos internacionales fueron “declaraciones” cuyo carácter vinculante no fue reconocido inicialmente por sus signatarios y, en ocasiones, incluso resultó expresamente excluido, hoy en día los más importantes tratados internacionales obligan a los Estados firmantes y se han creado tribunales internacionales de garantía, tales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia Europeo o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que protegen su eficacia.

Ahora bien, como se ha adelantado, esta tendencia jurídica a la universalización entró en conflicto, desde sus inicios, con la permanencia del concepto clásico de

Estado soberano, lo que explica que junto a los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones normativas y en los tratados internacionales a *todas las personas*, con independencia de su nacionalidad, existan otros derechos estrechamente vinculados al principio de soberanía territorial del Estado (derechos como la libertad de entrada, circulación y residencia, el derecho de participación política o la libertad para acceder a un puesto de trabajo en condiciones de igualdad), cuya titularidad se atribuye exclusivamente a los ciudadanos nacionales. Solo donde se ha roto con la lógica del Estado soberano con procesos de integración supranacional, como es el caso de la Unión Europea, ha comenzado a superarse la idea de territorialidad estatal como requisito determinante para acceder a la titularidad de los derechos anteriormente citados. No obstante, si bien se amplía el concepto de “ciudadano nacional”, que es sustituido por el “ciudadano comunitario”, no cabe hablar de una proyección internacional de todos los derechos fundamentales, pues persisten las diferencias frente a los ciudadanos “extracomunitarios”.

Un rápido recorrido, desde la Carta de Naciones Unidas de 1945, hasta los objetivos fijados por la Asamblea General de la ONU en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, lleva a concluir que la protección internacional de un catálogo de derechos humanos es fruto de una lenta evolución, que cuenta con más normas programáticas que textos jurídicos vinculantes. Así, va a ser tras la Primera Guerra Mundial cuando la Sociedad de Naciones promueve el inicio de un proceso de protección internacional de los derechos de la persona que se plasma, entre otras iniciativas, en la Convención de Ginebra, de 25 de septiembre de 1926, relativa a la supresión de la esclavitud en todas sus formas; en las Convenciones de 28 de octubre de 1933 y de 10 de febrero de 1938, relativas al estatuto internacional de los refugiados; y en la acción protectora de los trabajadores extranjeros que llevó a cabo la Organización Internacional del Trabajo en la década de los años treinta. Tras la Segunda Guerra Mundial, con la entrada en vigor de la Carta de Naciones Unidas, el 24 de octubre de 1945, se proclama la dignidad intrínseca de todo ser humano y, con ella, la necesidad de garantizar a toda persona un estándar mínimo de derechos. Ahora bien, pese a las innegables mejoras que introdujo la Sociedad de Naciones en el ámbito internacional, cada uno de los Estados firmantes continuaba siendo soberano para determinar qué derechos debían ser reconocidos en su territorio a los ciudadanos extranjeros y bajo qué condiciones.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, supuso un hito en la evolución del reconocimiento internacional de los derechos humanos, aunque no debemos pasar por alto que algunos de los derechos que recoge la Declaración están reconocidos exclusivamente a favor de los respectivos nacionales de los estados firmantes y no de todas las personas. Forman parte de este último grupo el derecho de sufragio activo y pasivo, el derecho de acceso a las funciones

y cargos públicos, el derecho de acceso en condiciones de igualdad a un puesto de trabajo o los derechos de entrada, circulación y residencia. Posteriormente, tanto la llamada *Guerra fría*, como el proceso de descolonización, hicieron que la elaboración de los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de Derechos Civiles y Políticos, se retrasara hasta el año 1966, y que aún tuvieran que pasar diez años más hasta su entrada en vigor, en 1976. Los derechos excluidos siguen siendo los mismos, pero estamos ante textos jurídicos que representan un avance sustancial en la historia del constitucionalismo, pues sustraen de la libre decisión de los estados soberanos firmantes el reconocimiento y garantía de muchos otros derechos fundamentales vinculados a la persona, independientemente de su nacionalidad y de su situación administrativa.

En el ámbito de la Unión Europea, si hablamos de “integración europea y derechos fundamentales” hay un antes y un después de la entrada en vigor de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>1</sup>, porque una vez identificado el contenido material de los derechos fundamentales de la Unión, la Constitución española no sólo los declara prevalentes en virtud del art. 93 CE, sino que además los convierte en canon hermenéutico de las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 CE<sup>2</sup>, reforzando la finalidad de este precepto constitucional, como instrumento permanente de actualización de los derechos fundamentales de la mano de los tratados internacionales.

Llegados a este punto, la carrera por la internacionalización de los derechos humanos a través de instrumentos jurídicos vinculantes sufre una interrupción. Los derechos de los refugiados, las condiciones vinculadas a la concesión del derecho de asilo, las obligaciones derivadas de la protección internacional por razones

---

1 Proclamada solemnemente en Niza, en diciembre del año 2000, y dotada de eficacia jurídica desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en diciembre del año 2009. Vid. MATIA PORTILLA, F. J., “Los derechos fundamentales de la Unión Europea en tránsito: de Niza a Lisboa, pasando por Bruselas”, en: *Revista española de derecho europeo*, núm. 39, 2011. Más recientemente, del mismo autor: “Tribunales Constitucionales y Derechos Fundamentales en Europa”, en: RIPOLL CARULLA, S., UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I. (dirs.), *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, veinte años después*, Marcial Pons, Madrid, 2022.

2 La LO 1/2008, por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, incorpora un artículo segundo relativo a la Carta de Derechos Fundamentales, que reza: “a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 10 CE y en el apartado 8 del art. 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la carta de los Derechos Fundamentales (...)”. Hay que recordar que, ya en el año 2004, el TC declaraba que “la coexistencia de tres regímenes de tutela de los derechos fundamentales (Constitución, Convenio Europeo y Carta) necesariamente determinará un proceso de influencia mutuas no exento de dificultades” (DTC 1/2004, FJ 5).

humanitarias o el principio de solidaridad entre los estados cuando se trata del reasentamiento de refugiados, son materias que resultan refractarias para los estados soberanos, que se resisten, como se tratará en el siguiente apartado, a la firma de nuevos acuerdos de carácter obligatorio.

La pregunta que procede hacerse en el año 2022 es si el constitucionalismo ha entrado en dique seco en lo que se refiere a su lenta, pero, hasta ahora imparable, tendencia a la universalización de los derechos humanos o, lo que es peor, si ha iniciado un proceso de regresión.

## II. EUROPA: EL RENACER DE LA TENSIÓN ENTRE GLOBALIZACIÓN Y NACIONALISMO

Resulta pacífico en la doctrina afirmar que una de las mayores transformaciones que ha sufrido el Derecho Constitucional en los últimos tiempos es su adecuación a las exigencias del proceso de integración europea. Proceso que no se ha cerrado, sino que sigue vivo y rebosando dinamismo<sup>3</sup>, lo que implica un continuo “ajuste” de las constituciones de los Estados miembros, como fundamento y parámetro de la integración.

La influencia, tanto del Derecho de la Unión, como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en la interpretación de los derechos fundamentales recogidos en las Constituciones de los Estados miembros, ha ido en aumento, sobre todo a partir de la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión. Paralelamente, en el plano de los derechos de los ciudadanos extracomunitarios, la Unión Europea ha elaborado políticas de inmigración de muy distinto signo, en atención a variables de diferente naturaleza. Así, nos encontramos con periodos en los que el objetivo de la Unión ha sido promover una mejora de las garantías y de la protección de determinados grupos vulnerables, fomentando la promoción de medidas de integración y de lucha contra el racismo y la xenofobia e implementando políticas que fomentaban los aspectos positivos de la presencia de inmigrantes y la correlativa necesidad de equiparar su régimen jurídico al de los ciudadanos comunitarios<sup>4</sup>. Pero también ha habido etapas de retroceso, coincidentes, bien con crisis económicas, como la

3 PÉREZ TREMPES, P., «Constitución española y Unión Europea», *REDC*, núm. 71, mayo/agosto, 2004, p. 103.

4 Destacan, a principios del S. XXI, la Directiva 2003/86 del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar y la Directiva 2003/109, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, entre otras.

que tuvo lugar en los años 2007 y 2008; bien con conflictos internacionales, como las persecuciones que tuvieron lugar en Siria e Irak, que provocaron la llegada masiva de refugiados en el año 2015, situaciones en las que la migración pasó a ser una de las principales preocupaciones de la opinión pública, lo que puso de relieve el fracaso de la política de asilo de la Unión y sirvió de caldo de cultivo para que renacieran importantes brotes de xenofobia y tomaran fuerza algunos partidos políticos de extrema derecha, ultranacionalistas y populistas, que reavivaron el debate crítico respecto de los refugiados, con ejemplos como el que protagonizó en el año 2018 el Gobierno de Matteo Salvini, en Italia, emitiendo la orden de cierre de los puertos italianos a cualquier tipo de embarcación que transportase personas susceptibles de protección internacional, vulnerando flagrantemente la legislación europea e internacional. El endurecimiento de las políticas de inmigración también tuvo reflejo en Norteamérica con la llegada de Trump al poder, cuya línea de actuación fue calificada por el semanario *The Economist* como de “cruel and unusual”<sup>5</sup>.

Lo cierto es que a lo largo de las últimas décadas la inmigración y el derecho de asilo han formado parte de los programas políticos y del debate electoral, tanto en los países europeos, como en Norteamérica, trasladando a los Parlamentos una de las principales paradojas del siglo XXI: la tensión dialéctica entre globalización y nacionalismo, que en Europa tiene su momento álgido en el año 2015 con la llamada “crisis de los refugiados”<sup>6</sup>, que puso de relieve el fracaso de la Unión Europea, incapaz de plasmar en normas jurídicas vinculantes un programa político común de inmigración y asilo.

La masiva llegada de refugiados a las fronteras de la Unión a través del Mediterráneo, procedentes de Siria e Irak, como consecuencia de la radicalización del

---

5 The Economist: «A cruel and unusual border policy» (02.06.19), <https://www.economist.com/leaders/2018/06/02/a-cruel-and-unusual-border-policy>. En estos años, en EEUU el cierre de fronteras va acompañado de un drástico recorte de las cifras de concesión de asilo. En 2016, el último año del gobierno de Obama, Estados Unidos acogió a 80.000 refugiados y elevó a 110.000 el número máximo de admitidos para el año siguiente. La administración Trump, en su primer año, rebajó esa cifra a 45.000 y acogió, de facto, a la mitad. Para el año 2019, el límite máximo de reconocimientos de asilo se redujo a 30.000. Vid: MONIN, K; BATALOVA, J.; y LAI, T., «Refugees and Asylees in the United States», *Migration Policy Institute*, mayo de 2021 (<https://www.migrationpolicy.org/article/refugees-and-asylees-united-states>).

6 En el año 2015, según datos de Frontex, 1,83 millones de personas intentaron cruzar las fronteras exteriores de la UE, batiendo un récord sin precedentes con respecto a los 282.500 migrantes que llegaron a lo largo de todo el año 2014. Datos que se reflejan en la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de abril de 2016, sobre la situación en el mar Mediterráneo y la necesidad de un enfoque integral de la Unión sobre la migración (considerando b).

autodenominado Estado Islámico (ISIS), así como los procedentes de Afganistán y Somalia, entre otros países que atravesaban circunstancias especialmente trágicas, enfrentó a la UE a una situación de emergencia humanitaria que hizo emerger no solo las deficiencias del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA)<sup>7</sup>, sino también el déficit de solidaridad interna, pese a que el art. 67.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que la Unión desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores “que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países”, y que el art. 80 TFUE también insiste en el principio de solidaridad y en “el reparto equitativo de responsabilidad entre los Estados miembros”, preceptos en los que se apoya el TJUE para recordar en que se trata de principios rectores de la política de asilo comunitaria, que constituyen un mandato expreso para que los Estados miembros aborden esta materia desde una perspectiva común, con la finalidad de que la política de asilo garantice que las responsabilidades y las cargas se compartan equitativamente, para una mejor consecución de los objetivos previstos en los tratados<sup>8</sup>.

La falta de solidaridad interna socavó los cimientos del sistema Schengen, poniendo de relieve que cuando de fronteras y de soberanía se trata, nunca se puede hablar de Tratados o Acuerdos internacionales plenamente consolidados, pues la masiva llegada de refugiados dio lugar a la elaboración de un nuevo Código de fronteras Schengen, aprobado en 2016, que modificó las condiciones para que fuera posible restablecer de forma temporal los controles fronterizos internos<sup>9</sup>. En

---

7 Aunque se dieron pasos importantes en su construcción, la política común de asilo apoyada en el “sistema de Dublín”, previsto en el Reglamento (UE) núm. 604/2013 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, resultó ser un fracaso. Véase al respecto: FITZGERALD, D. S., *Refuge beyond Reach: How Rich Democracies Repel Asylum Seekers*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

8 SSTJUE (Gran Sala), de 6 de septiembre de 2017, República Eslovaca y Hungría/Consejo de la Unión Europea, asuntos acumulados: C-643/15 y C-647/15. Vid: ARENAS HIDALGO, N., «El principio de solidaridad y reparto equitativo de la responsabilidad entre estados en la política europea de asilo: la conformación de la reubicación en un contexto de crisis», en: *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 73/2, julio-diciembre 2021, pp. 23 y ss.

9 Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras, que se prorrogó en mayo de 2017, mediante Decisión de ejecución (UE) 2017/818 del Consejo, de 11 de mayo de 2017, por la que se establece una Recomendación para prorrogar la realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global del espacio Schengen.

consecuencia, la Comisión ha tenido que aceptar la persistencia de controles de fronteras internas durante un periodo de tiempo muy extenso, en Alemania, Austria, Francia, Dinamarca y Suecia, entre otros Estados, a pesar de su insistencia en que el cierre de fronteras internas sólo cabe en el caso de graves alteraciones del orden público o de amenaza terrorista, pero no cuando se produce un movimiento de personas en situación de irregularidad administrativa.

Como es lógico, la crisis descrita empujó a las instituciones europeas a configurar los programas de reubicación como una pieza clave del proceso de reforma del Sistema Común Europeo de Asilo, siendo especialmente sangrante la situación de los menores no acompañados, por lo que el Consejo aprobó dos Decisiones<sup>10</sup> en las que se ordenaba la reubicación de 160.000 personas en dos años, en beneficio de Italia y de Grecia. Sin embargo, el llamado “grupo de Visegrado” (Polonia, República Checa, Eslovaquia y Hungría), que había nacido con el propósito de acelerar el ingreso de estos países en la UE, hizo pública una declaración afirmando que “cualquier propuesta que tuviera por objeto la introducción de una cuota de solidaridad obligatoria y permanente sería inaceptable”. Así, el primer ministro de Eslovaquia, Robert Fico, declaró que solo admitiría a refugiados cristianos y, en una línea aún más restrictiva, el gobierno polaco se negó a admitir a ningún refugiado, vinculando su presencia con la amenaza terrorista. Los datos son significativos: el 3 de marzo de 2016 se constató que de los 39.600 solicitantes de asilo acogidos en instalaciones italianas a la espera de ser trasladados a otros Estados miembros solo habían sido reubicados 338, y que de los 66 400 que esperaban en Grecia, solo se habían producido 322 reubicaciones<sup>11</sup>. Esta situación dio lugar a sendas sentencias del TJUE, en las que se declara la validez de las Decisiones y el carácter vinculante del principio de solidaridad, lo que lleva aparejada la obligación de reubicación en los términos previstos en dichas normas<sup>12</sup>.

---

10 Decisión 2015/1523, del Consejo, de 14 de septiembre; y Decisión 2015/1601, del Consejo, de 22 de septiembre. Un amplio y documentado estudio sobre esta materia, en el que se precisa que la Comisión ha definido la reubicación como la transferencia de los beneficiarios o solicitantes de protección internacional de un Estado miembro a otro, asumiendo el Estado miembro de acogida la responsabilidad del examen de la solicitud o de las medidas de integración, en: ARENAS HIDALGO, N., *op. cit.*, p. 27.

11 Datos obtenidos de la “Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de abril de 2016, sobre la situación en el mar Mediterráneo y necesidad de un enfoque integral de la Unión sobre la migración” (considerando J).

12 STJUE (Gran Sala), de 6 de septiembre de 2017, República Eslovaca y Hungría/Consejo de la Unión Europea, asuntos acumulados: C-643/15 y C-647/15; y STJUE, de 2 de abril de 2020, Comisión/República de Polonia, República Checa y Hungría, asuntos acumulados: C-715/17, C-718/17 y C-719/17.

Con este panorama, las sucesivas propuestas de reforma del Reglamento de Dublín III no lograron salir adelante, pues aunque la unanimidad era rotunda a la hora de reconocer que recaía una carga excesiva en los países fronterizos, el planteamiento de un cambio de criterio en la determinación del Estado miembro encargado del examen de las solicitudes de asilo y de protección internacional no contaban con el apoyo de la mayor parte de los Estados, reacios a aceptar la obligatoriedad de reubicar en su territorio un número determinado de solicitantes de asilo.

Tampoco acabó en buen puerto la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de abril de 2016, sobre la situación en el mar Mediterráneo y la necesidad de un enfoque integral de la Unión sobre la migración, en la que se recoge que el proceso de reubicación es un ejemplo concreto de solidaridad en el seno de la Unión, razón por lo que el Parlamento Europeo viene pidiendo desde 2009 una cuota vinculante para la distribución de solicitantes de asilo entre todos los Estados miembros. Más recientemente, a través del Pacto sobre Migración y Asilo<sup>13</sup>, la Comisión intenta reiniciar un nuevo equilibrio entre responsabilidad y solidaridad.

Lo cierto es que a partir del año 2015 la producción normativa de la Unión se acelera y, entre otras muchas normas, se aprueba el Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas<sup>14</sup> y la Comisión Europea presenta nuevas medidas para una política de retorno más eficaz<sup>15</sup>. Asimismo, aunque en esta época la Comisión elaboró distintas propuestas de reforma inspiradas en garantizar el reparto de responsabilidades entre los Estados miembros<sup>16</sup>, lo cierto es

---

13 Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo”, COM (2020) 609 final, Bruselas, de 23 de septiembre de 2020.

14 Se excluyen Reino Unido, Irlanda y Dinamarca y se añaden Suiza, Liechtenstein, Noruega e Islandia (anexo I del Reglamento 2016/1624).

15 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativa a una política de retorno más eficaz en la Unión Europea, de 2 de marzo de 2017. El contenido de esta comunicación se concreta en la Recomendación (UE) 2017/432 de la Comisión, de 7 de marzo de 2017, sobre la manera de lograr que los retornos sean más eficaces al aplicar la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

16 Como la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido); la Propuesta de Reglamento

que la ausencia de sanciones permite un amplio margen de libertad a los Estados que decidan cerrar sus fronteras e impedir el asentamiento de refugiados en su territorio invocando el principio de soberanía estatal, por lo que seguimos sin una reforma profunda del sistema de asilo y con un progresivo incremento del déficit de solidaridad.

Otra línea de actuación de la Unión Europea se ha concretado en la “externalización de los controles”, que se inició con la denominada “solución turca”, en alusión al Acuerdo de la UE con Turquía, de marzo de 2016, suscrito con la finalidad de que este país frenara la salida de refugiados de sus costas y se comprometiera, a cambio de una serie de contraprestaciones, a acoger a los que consiguieran llegar a Grecia. Como se recordará, este Acuerdo tuvo una triste trascendencia internacional, debido a las imágenes que se difundieron, en las que se constataba la dolorosa situación de miles de refugiados, hacinados en lugares como el campamento de Moira, en Lesbos, lo que puso en duda la condición de “tercer país seguro” de Turquía. No obstante, la mayoría de los países europeos no se sintieran aludidos por esta situación, persistiendo en su negativa a reubicar a refugiados que llegaban a las costas griegas.

Esta política de externalización continuó con el pacto bilateral entre Italia y Libia en 2017<sup>17</sup>, en un momento político muy convulso en el país africano, en el que varios “gobiernos” se disputaban el poder, lo que cuestionaba la capacidad de este país para gestionar, de acuerdo a los estándares internacionales de derechos humanos, el control y acogida de los inmigrantes que pretendían llegar hasta las costas italianas. Entretanto, los esfuerzos de la Comisión Europea para repartir entre los Estados miembros a los migrantes que viajan en navíos rescatadores y cuyo desembarco dependía de que algunos respondieran a sus llamadas, solo encontraron eco entre un reducido número de países, entre los que destacan Alemania, Francia, Portugal, Luxemburgo y España y, tras la salida de Salvini del Gobierno, también Italia. En suma, nos encontramos ante una Unión Europea incapaz de actuar de manera coordinada y solidaria y que, no obstante, hace

---

del Parlamento europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE; o la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido) (COM (2016) 465 final, de 13.07.2016).

17 Vid.: BALDWIN-EDWARDS, M. y LUTTERBECK, D., «Coping with the Lybian migration crisis», en: *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 45, núm. 12, mayo de 2019, p. 2241 y ss.; y ARANGO VILA-BELDA, J., «Eficacia frente a principios: políticas de extrema dureza contra la inmigración y el asilo en Estados Unidos y Europa», en: *Anuario CIDOB de la Inmigración*, noviembre de 2019, pp. 34 y ss.

un nuevo intento promoviendo la denominada “Declaración de Malta”, hecha pública el 23 de septiembre de 2019, con la que se pretendió, con escaso éxito, el establecimiento de un sistema fiable que garantizase que las personas rescatadas en el Mediterráneo central fueran desembarcadas con rapidez y seguridad en Europa.

Fuera del ámbito de la Unión Europea y desde un enfoque basado en la consecución de importantes objetivos, pero no en normas jurídicas vinculantes, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó en el año 2015 la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, consiguiendo que 193 países alcanzaran un acuerdo internacional para erradicar la pobreza, proteger el planeta y asegurar la eficacia de los derechos humanos. Pues bien, el objetivo 10.7 señala que se debe “facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas”. Este punto se desarrolló en la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes de Naciones Unidas en 2016 y, posteriormente, en el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, celebrado en Marrakech, el 10 de diciembre de 2018, coincidiendo con el 70 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>18</sup>. Se trata de acuerdos de naturaleza programática, que constituyen un impulso de cara a la regulación de las migraciones a nivel internacional sobre la base de la acción multilateral, reconociendo que ningún Estado puede abordar la migración en solitario, lo que resulta compatible, según el Pacto de Marrakech, con la soberanía de los Estados y con el respeto a sus obligaciones en virtud del Derecho Internacional. Ahora bien, como ya se ha señalado, no se trata de instrumentos jurídicos con un contenido de naturaleza vinculante.

El Pacto cuenta con 23 objetivos, de entre los que destacan: la necesidad de reducir los factores negativos que obligan a las personas a abandonar sus países, la responsabilidad de protegerlas de los daños en sus viajes, la obligación de combatir y erradicar la trata de personas en el contexto de la migración internacional y de establecer medidas dirigidas a la protección de los menores inmigrantes, así como la conveniencia de una respuesta común ante la necesidad de abrir fronteras cuando se trata de personas con el estatus de refugiado.

Todo ello pone de relieve que la teoría está clara, que los objetivos a alcanzar son necesarios desde un punto de vista humanitario y, por tanto, no pueden re-

---

18 Aprobado formalmente el 19 de diciembre de 2018 en la Asamblea General de Naciones Unidas. De los 169 estados presentes en la votación, 152 votaron a favor, 5 en contra (Estados Unidos, siendo en aquel momento presidente Donald Trump; Israel; Hungría; República Checa y Polonia) y 12 se abstuvieron.

sultar ajenos a los países democráticos que enarbolan constituciones normativas de última generación, pero, una vez más, la soberanía estatal se impone y desde la propia Unión Europea se lamenta que muchos Estados miembro se hayan negado a firmar el Pacto<sup>19</sup>.

### III. LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES Y ESTATALES COMO CANAL HACIA LA UNIVERSALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Ante un panorama incierto en lo que a la sensibilidad social y política de los derechos de los inmigrantes y refugiados se refiere, son los tribunales de justicia, tanto internacionales como nacionales, los órganos que se erigen en el último bastión para defender las conquistas alcanzadas y dirigir la interpretación de las normas hacia esa necesaria universalización de los derechos humanos<sup>20</sup>.

Los límites de extensión de este trabajo no permiten llevar a cabo un análisis detallado de la jurisprudencia del TJUE y del TEDH, por lo que solo se hará una rápida referencia a algunas sentencias relacionadas con la expulsión de personas que no cuentan con autorización legal para permanecer en un Estado europeo, pues estos pronunciamientos ponen de relieve el importante impulso que llevan a cabo los tribunales de justicia europeos en lo que se refiere a la protección y garantías de derechos tradicionalmente vinculados al principio de soberanía estatal, reduciendo el margen de discrecionalidad de los Estados soberanos en esta materia.

El TJUE, como custodio de la correcta interpretación del Derecho Comunitario y de su aplicación armónica, ha tenido un papel clave, tanto en la interpretación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, como en la delimitación del alcance de las normas comunitarias relativas a inmigración y asilo. Solo a modo de ejemplo, resultan esclarecedoras las sentencias mediante las que resuelve cuestiones prejudiciales sobre protección internacional y en las que analiza, desde una óptica claramente garantista, los requisitos necesarios para la concesión o retirada

---

19 Así se pone de manifiesto en el Dictamen a iniciativa del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Aplicación del Pacto Mundial para una migración segura, ordenada y regular sobre la base de los valores de la UE” (2020/C 14/02), aprobado en el Pleno de dicho Comité, el 25 de septiembre de 2019, por 138 votos a favor, 3 en contra y 8 abstenciones.

20 Una interesante reflexión en BIGLINO CAMPOS, P., «La Unión Europea contra el retroceso democrático en los estados miembros: de la democracia al estado de derecho, del estado de derecho a la independencia de las jurisdicciones nacionales», en: PÉREZ SÁNCHEZ, G. A. (dir.), *La Unión Europea al cumplirse los 70 años de la declaración Schuman (1950-2020)*, Ediciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 2020.

del estatuto de protección internacional según la normativa comunitaria, como ocurre en el asunto *A. L. Shepherd y Bundesrepublik Deutschland*<sup>21</sup>, así como aquellas en las que determina hasta dónde ha de llegar la prueba cuando se aduce persecución basada en la orientación sexual<sup>22</sup>.

En relación con las solicitudes de asilo y en plena “crisis de los refugiados”, el Tribunal determinó las normas mínimas que han de prever los Estados miembros para la acogida de los solicitantes de asilo (caso familia *Saciri*)<sup>23</sup> y dictó jurisprudencia dirigida a delimitar los supuestos en los que cabe retirar, o no conceder, el estatuto de refugiado por motivos de seguridad nacional, orden público y terrorismo (caso *H. T. contra Land Baden-Württemberg*)<sup>24</sup>, estableciendo un estándar mínimo que los Estados de la Unión han de respetar, a pesar de que se trata de una materia históricamente reservada a la soberanía estatal.

Pero no toda la jurisprudencia del TJUE supone un paso adelante en la carrera por la universalización de los derechos humanos. En la sentencia *Zaizoune*<sup>25</sup>, que trae causa de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, resuelve de manera restrictiva y no admite la posibilidad, contemplada en el sistema español, de que la persona extranjera en situación irregular sea sancionada con una multa en lugar de ser expulsada [art. 57.1 LOEx en conexión con el art. 53.1 a)]. El TJUE considera que, de acuerdo a la Directiva 2008/115/CE relativa a las normas y procedimientos comunes en materia de retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, la obligación principal de los Estados miembros cuando detectan a una persona extranjera en situación irregular, es dictar una decisión de retorno contra la misma, y no cabe ser flexible aplicando las excepciones recogida en el artículo 4, apartados 2 y 3, de la Directiva.

Por el contrario, en el asunto *Rendón Marín*<sup>26</sup>, declara inadecuada la normativa española que impide, en todos los casos, la concesión de autorización de residen-

---

21 STJUE (Sala Segunda), de 26 de febrero de 2015 (C-472/13).

22 STJUE (Gran Sala), de 2 de diciembre de 2014 (en los asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13).

23 STJUE (Sala Cuarta), de 27 de febrero de 2015 (C-78/13).

24 STJUE (Sala primera), de 24 de junio de 2015 (C-373/13).

25 STJUE (Sala Cuarta), de 23 de abril de 2015 (C-38/14).

26 STJUE (Gran Sala), de 13 de septiembre de 2016 (C-165/14).

cia cuando el solicitante tiene antecedentes penales, pues, según razona el Tribunal, han de valorarse las situaciones personales y familiares del extranjero antes de decretar la expulsión. En la misma línea y en lo que se refiere a la expulsión del territorio español de residentes de larga duración en aplicación del art. 57.2 LOEx, insiste el TJUE en la necesidad de valorar las circunstancias personales y familiares de la persona afectada antes de decretar la expulsión, en conexión con la ponderación de los factores previstos en el art. 12.3 de la Directiva 2003/109 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración<sup>27</sup>. Por último, recuperando su línea garantista, es de destacar la Sentencia en la que el Tribunal exige a Alemania que realice los internamientos previos a la expulsión en centros de internamiento especializados y no en centros penitenciarios<sup>28</sup>.

En cuanto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el artículo 1 del Protocolo 7, junto con el artículo 4 del Protocolo 4 del Convenio, regulan el régimen relativo a la expulsión de los extranjeros de los Estados parte del Convenio, pero el TEDH ha venido insistiendo en que dichos preceptos deben ponerse en conexión con los artículos 3 (prohibición de los tratos inhumanos y degradantes) y 8 (respeto a la vida privada y familiar). En consecuencia, el Tribunal no admite las decisiones de expulsión que se encuentren fundamentadas únicamente en el tenor literal de un determinado precepto legal, sin valorar la situación personal y familiar de los afectados y las consecuencias de su devolución al país de origen (Caso *Berisha y Haljiti c. la ex república yugoeslava de Macedonia*, de 16 de junio de 2005). En este sentido, resulta significativo constatar que el Tribunal, aunque reconoce que estamos ante una materia vinculada a la soberanía de los Estados firmantes, aclara que los legisladores nacionales no cuentan con una total discrecionalidad, razón por la que la Corte examina la “calidad” de la norma jurídica aplicada por parte del Estado denunciado, que ha de ser accesible, previsible y debe proporcionar garantías frente a los eventuales ataques arbitrarios del poder público (Caso *Lupsa c. Rumanía*, de 8 de junio de 2006)<sup>29</sup>.

---

27 Ver por todas la STJUE de 7 de diciembre de 2017 (Sala Octava), en el caso *Wilber López Pastuzano* (C-636/16) y las Sentencias allí citadas.

28 STJUE (Gran Sala), de 17 de julio de 2014, en el caso *Bero y Bouzalmate* (asuntos acumulados C-473/13 y C-514/13).

29 Esta jurisprudencia ha sido ratificada en el Caso *Kaya c. Rumanía*, de 12 de octubre de 2006, y en *C.G. et al. c. Bulgaria*, de 24 de abril de 2008. Vid.: DURÁN ALBA, J. F., «Las garantías, frente a la expulsión de extranjeros, previstas en el artículo 1 del protocolo 7», *La Europa de los derechos. El convenio europeo de los derechos humanos*, CEPC, 2014, p. 787.

Asimismo, la garantía prevista en el artículo 4 del Protocolo 4, que prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros, es una clara muestra de la *vis* expansiva de los derechos humanos, al requerir un examen individualizado de las circunstancias personales en cada caso, lo que se extiende a los supuestos de interceptaciones de inmigrantes ilegales en alta mar. Por ello, aunque el Tribunal reconoce la facultad que tiene cada Estado de gestionar sus flujos migratorios, recuerda su doctrina según la cual el mar no puede consagrarse como un espacio ajeno a los derechos y garantías reconocidas por el Convenio. En conclusión, las interceptaciones de inmigrantes en alta mar con la finalidad de impedir que crucen las fronteras de un determinado Estado, suponen un ejercicio de jurisdicción en los términos del art. 1 CEDH (Caso Hirsi Jamaa et al. c. Italia, de 23 de febrero de 2012)<sup>30</sup>. Todo ello, teniendo en cuenta la jurisprudencia dictado en el Caso Čonka contra Bélgica, de 5 de febrero de 2002, en el que se define la expulsión colectiva como: “toda medida que obligue a los extranjeros, en cuanto grupo, a salir de un país, salvo en el caso de que la medida se haya tomado como consecuencia y sobre la base de un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los extranjeros que forman el grupo”<sup>31</sup>.

Más recientemente, en el caso M.B. y R.A. c. España, 5 de julio de 2022, los demandantes alegaron que habían sido objeto de una expulsión colectiva sin una evaluación individual de sus circunstancias y en ausencia de cualquier procedimiento o asistencia legal. Sin embargo, el Tribunal constata que los demandantes se pusieron en peligro por sus propias acciones al participar en el asalto a la frontera de Ceuta, el 10 de septiembre de 2016, aprovechando el gran número del grupo y utilizando la fuerza. Por consiguiente, el Tribunal entiende, en una sentencia no exenta de polémica, que no hicieron uso de los procedimientos legales existentes para acceder al territorio español, lo que justificó la falta de resoluciones individuales de expulsión, citando en este sentido el caso *N.D. and N.T. contra España*, de 13 de febrero de 2020.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, qué decir tiene que definir el régimen de derechos fundamentales que nacen *ex constitutione* a favor de los extranjeros supone delimitar el conjunto de derechos que no están a merced de eventuales mayorías parlamentarias, que están fuera del debate político y del oportunismo electoral, pues su reconocimiento y garantía es indisponible para los poderes públicos, particularmente para el legislador. No obstante,

---

30 DURÁN ALBA, J. F. «La interdicción de las expulsiones colectivas de extranjeros (art. 4-p4)», *La Europa de los derechos. El convenio europeo de los derechos humanos*, CEPC, 2014, p. 779.

31 La definición se recoge, por primera vez, en la decisión de admisión del Caso Andric c. Suecia, de 23 de febrero de 1999.

que al legislador le corresponde un papel esencial en el establecimiento del régimen jurídico de los derechos fundamentales parece que no es objeto de debate. En este sentido, son especialmente gráficas las palabras de JIMÉNEZ CAMPO cuando se refiere a la existencia de una “doble vida” de los derechos fundamentales, “creados por la Constitución, pero ordenados también por la ley”<sup>32</sup>.

Pues bien, la tarea interpretativa que se ha solicitado al Tribunal Constitucional español desde que resolvió el primer recurso de amparo interpuesto por un extranjero (STC 11/83, de 21 de febrero), gira en torno a las claves que ha de tener en cuenta el legislador para discernir qué derechos reconoce la Constitución a todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa; qué derechos fundamentales en ningún caso pueden ser extendidos a los extranjeros; y, por último, en qué casos la ley puede condicionar la titularidad y el ejercicio de determinados derechos fundamentales a la obtención de una autorización de estancia, de residencia o de trabajo en España.

No es el objeto de esta breve colaboración analizar el régimen jurídico constitucional de los extranjeros en España<sup>33</sup>, pero valga señalar que, si bien la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es extensa en lo que se refiere a esta materia, al día de hoy no podemos hablar de una construcción dogmática clara y cerrada cuando hablamos de los derechos fundamentales de los inmigrantes en situación de irregularidad administrativa, sobre todo, cuando se trata de derechos con un alto contenido prestacional.

En este sentido y en una línea de interpretación restrictiva, destaca la STC 139/2016, de 21 de julio, en la que se declara constitucional el Real Decreto Ley 16/2002, de 20 de abril, que excluía a los extranjeros en situación administrativa irregular del derecho a la asistencia sanitaria (salvo que se tratase de menores de 18 años o situaciones de urgencia por enfermedad grave o accidente, asistencia al embarazo, parto y posparto), derogando la normativa anterior, en la que se recogía que todos los extranjeros empadronados en España, al margen de su situación

---

32 JIMÉNEZ CAMPO, J., «El legislador de los derechos fundamentales», en: GÓMEZ ÁLVAREZ, U. (coord.), *Estudios en homenaje a Ignacio de Otto*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993, p. 477. En opinión de este autor: “las leyes, sin duda alguna, han de respetar, porque así lo impone el principio de constitucionalidad, los derechos fundamentales, pero éstos —que existen en el sistema de límites que es todo el ordenamiento— son también lo que las leyes dicen que son”, (*Ibidem*, p. 481).

33 Puede consultarse al respecto VIDAL FUEYO, C., *Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002; así como GARCÍA-VÁZQUEZ, S., *El estatuto jurídico constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

administrativa, gozaban del derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. En este pronunciamiento, que trae causa de un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento de Navarra y que cuenta con tres votos particulares, la mayoría del Tribunal entiende, en síntesis, que de la Constitución no nace el derecho de “todos” a la asistencia sanitaria recogida en el art. 43 CE, porque no estamos ante un derecho subjetivo, sino que se trata de un principio rector que precisa de desarrollo legislativo, por lo que el legislador es libre de excluir a los extranjeros en situación irregular del disfrute de ese derecho, entendiendo que la medida no resulta arbitraria en un momento de crisis económica, pudiendo los inmigrantes irregulares acudir al sistema de salud siempre que abonen su importe. Por el contrario, los tres magistrados discrepantes sostienen la desproporcionalidad de la medida y la necesidad de conectar el derecho a la protección de la salud con determinados derechos fundamentales como el derecho a la vida y a la integridad física recogidos en el art. 15 CE, que se extienden, sin ningún tipo de distinción, a todas las personas<sup>34</sup>.

No obstante lo anterior, algunas comunidades autónomas continuaron reconociendo el derecho a la asistencia sanitaria a favor de todas las personas, con independencia de su situación administrativa, bien a través de instrucciones internas, de normas reglamentarias o de leyes autonómicas, como es el caso de Andalucía, Asturias, Cataluña y País Vasco, a las que se unieron, tras las elecciones autonómicas de 2015, Aragón, la Comunidad de Madrid y la Comunidad Valenciana, lo que llevó al Gobierno de Rajoy a recurrir ante el TC aquellas que tenían rango de ley, recurso que dio lugar a la declaración de inconstitucionalidad de las citadas normas autonómicas<sup>35</sup>, al entender el Tribunal, desde una concepción muy amplia de la legislación básica, que las leyes impugnadas entraban en contradicción con la ley estatal, argumentación que no es compartida por cuatro Magistrados, para quienes la decisión de la mayoría no solo introduce una quie-

---

34 El Real Decreto no solo fue recurrido ante el TC por el Parlamento de Navarra, sino también por los gobiernos de Andalucía, Cataluña, País Vasco y Canarias, dando lugar a diversos pronunciamientos en los que se insistió en la constitucionalidad de la decisión legislativa. Sobre esta materia puede consultarse: ESTEBAN DELGADO DEL RINCÓN, L.: El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros, limitaciones y problemas competenciales, Tirant lo Blanch, 2019.

35 Véanse la STC 134/2017, de 16 de noviembre, que resuelve el conflicto positivo de competencias planteado por el Gobierno de la Nación contra del Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi. En el mismo sentido las SSTC 145/2017, de 25 de diciembre, contra el Decreto-Ley 3/2015, de 24 de julio, de la Generalitat Valenciana; 2/2018, de 11 de enero, contra la Ley 17/2016, de 21 de julio, de Extremadura; y 17/2018, de 22 de febrero, contra la Ley Foral de Navarra 8/2013, de 25 de febrero.

bra en la jurisprudencia dictada hasta el momento respecto de la delimitación competencial en materia de sanidad, sino que supone un injustificado retroceso en la promoción y desarrollo del derecho a la protección de la salud, al anular una norma autonómica que solo trata de garantizar el derecho a la protección de la salud de colectivos especialmente vulnerables, mediante una ampliación de las prestaciones sanitarias previstas en la legislación básica, lo que, a su juicio, encaja perfectamente en el modelo constitucional de distribución de competencias<sup>36</sup>.

Por el contrario, en lo que se refiere a la resolución de recursos de amparo, encontramos una jurisprudencia constitucional garantista, en la que se fija doctrina respecto de la aplicación de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros, cuando resultan afectados los derechos a la libertad de residencia y circulación de aquellos inmigrantes que se encuentran legalmente en España y que, en consecuencia, son titulares de los derechos reconocidos en el art. 19 CE, como ya se encargó de fijar en su día la STC 72/2005, de 4 de abril.

Así, en la STC 151/2021, de 13 de septiembre, se estima el recurso de un inmigrante titular de una autorización de residencia temporal por reagrupación familiar en España, sobre el que recayó una orden de expulsión, con la correlativa extinción del permiso del que disfrutaba, al haber sido condenado por la comisión de dos delitos dolosos. El Tribunal Constitucional es claro cuando determina que, ni la administración, ni los tribunales de justicia, pueden acordar o confirmar medidas de expulsión del territorio nacional sin antes valorar las circunstancias personales y familiares del ciudadano extranjero, lo que obliga a realizar un juicio de proporcionalidad de la medida, valorando las consecuencias para el afectado y su familia, así como la finalidad perseguida por la ley con su ejecución.

Algunos años antes, en la STC 46/2014, de 7 de abril, el Tribunal ya estimó la demanda de amparo de un extranjero que, tras serle denegada la renovación del permiso de trabajo y residencia al constar la existencia de antecedentes penales, se le impuso, en aplicación del art. 28.3 c) LOEx, la obligación de abandonar el territorio español. El Tribunal reprocha que la Administración no haya tenido en cuenta “las diferentes circunstancias personales y familiares que concurrían”, relativas “a su propio esfuerzo de integración y arraigo”, unido al hecho de que el recurrente carecía de otros antecedentes penales, tenía un contrato de trabajo indefinido y un importante arraigo familiar (la madre del recurrente residía en

---

36 Años después el Gobierno de Pedro Sánchez restableció el “acceso de las personas extranjeras no registradas ni autorizadas” a la atención sanitaria gratuita, mediante el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al sistema de salud.

España con una autorización de residencia permanente y tenía dos hijos menores de corta edad, uno de ellos con nacionalidad española)<sup>37</sup>.

Lo que resulta interesante, a los efectos de la reflexión que se pretende trasladar desde estas líneas, es que, tal y como el Tribunal Constitucional hace explícito en el FJ 2 de la STC 151/2021, en el caso de estas expulsiones los derechos de estancia y residencia están asociados a otros derechos fundamentales, como los contemplados en los arts. 18.1 CE (derecho a la intimidad personal y familiar) y 24.2 CE (tutela judicial efectiva), así como a una pluralidad de intereses constitucionales reconocidos como principios rectores, tales como la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE) y la protección jurídica del menor (art. 39.4 CE), que, a su vez, han de ponerse en conexión con el mandato del art. 10.2 CE. Razones que, según el Tribunal Constitucional, deberían haber conducido al órgano judicial a ponderar las “circunstancias de cada supuesto” y a “tener en cuenta la gravedad de los hechos”.

Una de las principales novedades de esta jurisprudencia deriva de la conexión que realiza el Tribunal Constitucional entre el art. 39.2 CE, que recoge la “protección integral de los hijos” como un principio rector de la política social y económica, y el art. 18.1 CE, que reconoce el derecho fundamental “a la intimidad personal y familiar”. Esta conexión, interpretada a la luz del art. 8 del CEDH, que garantiza el derecho al respeto de toda persona a la vida privada y familiar, y que ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en términos muy amplios<sup>38</sup>, permite al Tribunal español ampliar el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad en los casos de expulsión, cuando se ve afectado el derecho a la reagrupación familiar, superando así la férrea doctrina expuesta en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, en la que se afirmaba que “este derecho a la reagrupación familiar, sin embargo, no forma parte del contenido del derecho consagrado en el art. 18 CE, que regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal” (FJ 3). De esta manera, la “apertura internacional” de los derechos derivada del artículo

---

37 Anteriormente, en la STC 186/2013, de 4 de noviembre, el TC explica que la protección social, económica y jurídica de la familia se ha de tener presente al interpretar y aplicar la LOEx, verificando si, dadas las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión del territorio nacional y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar, es proporcional al fin que dicha medida persigue. Doctrina que se reitera en las SSTC 131/2016, de 18 de julio y 201/2016, de 28 de noviembre, entre otras.

38 Valga por todas la Sentencia de 18 de diciembre de 2018, asunto *Saber y Boughassal c. España*, en la que se declaran contrarias al art. 8 CEDH, sendas expulsiones dictadas por la autoridad administrativa española, *ex art. 57.2 LOEx*, al verse afectados dos ciudadanos marroquíes residentes de larga duración en nuestro país.

10.2 de la CE, sirve al Tribunal para ampliar el ámbito constitucionalmente protegido de determinados derechos fundamentales.

#### IV. CONCLUSIONES

En la evolución del surgimiento y desarrollo de los derechos humanos como derechos constitucionales fundamentales, lo que requiere el establecimiento de una serie de garantías que los hagan efectivos, encontramos dos rasgos claramente contradictorios. El primero, es una clara vocación de universalidad, que nace de un concepto ideal y abstracto y, por tanto, universal e intemporal, de la dignidad de la persona, lo que no puede conducir a otra cosa que al postulado de la validez universal de estos derechos. Pero tampoco se puede olvidar, y aquí entra el segundo de los rasgos señalados, que hay otra lógica espacial, no ideal, sino histórica, que es la que se deriva del sistema de Estados soberanos nacidos de la Paz de Westfalia y que perdura hasta nuestros días, reservando el reconocimiento de determinados derechos a los ciudadanos nacionales, a los miembros de la propia comunidad política y, en consecuencia, negándoselos a los extranjeros.

Como se ha expuesto, la progresiva tendencia a la universalización de los derechos fundamentales ha entrado en un proceso de regresión y la reciente experiencia europea tras la llamada “crisis de los refugiados” no suministra demasiadas razones para el optimismo, sobre todo si tenemos en cuenta el resurgir del populismo y de corrientes nacionalistas de extrema derecha, abiertamente xenófobas. Pese a todo, la fuerza expansiva de los derechos fundamentales encuentra un importante canal en la jurisprudencia de los tribunales de justicia, tanto internacionales, como nacionales, que no se limitan a proteger los derechos cuya titularidad se extiende a todas las personas, sino también aquellos otros, como los derechos de libre circulación, residencia y permanencia en el territorio de un Estado distinto al propio, históricamente atribuidos exclusivamente a los ciudadanos nacionales, valorando las circunstancias personales y familiares del afectado, lo que obliga a realizar un juicio de proporcionalidad de la medida de expulsión.

No obstante, en la opinión pública se ha creado una cierta alarma social ante las migraciones masivas y ante la llegada de cientos de miles de refugiados a las costas europeas, pues junto a una genérica comprensión humanitaria, existe el miedo a los problemas derivados de grandes flujos incontrolados de refugiados y de inmigrantes, a las crisis económicas y al incremento del paro, así como a las dificultades de integración de algunos grupos. Pero la respuesta no puede ser cerrar las fronteras y mirar hacia otro lado, toda vez que las mismas razones que hacen difícil abordar el problema, hacen imprescindible su análisis desde la teoría general de los derechos fundamentales.

Ante este panorama, parece que el constitucionalismo contemporáneo ha de ofrecer respuestas a los nuevos interrogantes que dichos acontecimientos plantean, pues sería irresponsable ignorar el Derecho Constitucional para racionalizar, encauzar y ordenar las no pocas ventajas del fenómeno migratorio, evitando así los peores riesgos, no solo la muerte en aguas del Mediterráneo, sino también la explotación humana, la desaparición de menores no acompañados, la trata de seres humanos, la marginación, la xenofobia o la aparición de organizaciones políticas con pretensiones inaceptables.

En conclusión, aunque compartamos la necesidad, expuesta por Jürgen HABERMAS, de extraer del concepto democrático de Constitución todas sus virtudes universalistas<sup>39</sup>, sólo desde una teoría democrática de la Constitución normativa y desde la teoría de los derechos fundamentales como marco jurídico vinculante para el legislador, tiene sentido hablar de una nueva ética del Derecho Constitucional, desde la que se ha de abordar la regulación del régimen jurídico de los refugiados y de los inmigrantes.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ARANGO VILA-BELDA, J., «Eficacia frente a principios: políticas de extrema dureza contra la inmigración y el asilo en Estados Unidos y Europa», en *Anuario CIDOB de la Inmigración*, noviembre de 2019.
- ARENAS HIDALGO, N., «El principio de solidaridad y reparto equitativo de la responsabilidad entre estados en la política europea de asilo», en: *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 73/2, julio-diciembre 2021.
- BALDWIN-EDWARDS, M. y LUTTERBECK, D., «Coping with the Libyan migration crisis», en: *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 45, núm. 12, mayo de 2019.
- BIGLINO CAMPOS, P., «La Unión Europea contra el retroceso democrático en los estados miembros: de la democracia al estado de derecho, del estado de derecho a la independencia de las jurisdicciones nacionales», en: PÉREZ SÁNCHEZ, G. A. (dir.), *La Unión Europea al cumplirse los 70 años de la declaración Schuman (1950-2020)*, Ediciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 2020.

---

39 Vid: HABERMAS, J., «Conciencia histórica e identidad postnacional», *Identidades nacionales y postnacionales*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 92 y ss.

- DURAN ALBA, J. F., «Las garantías, frente a la expulsión de extranjeros, previstas en el artículo 1 del protocolo 7», en: *La Europa de los derechos. El convenio europeo de los derechos humanos*, CEPC, Madrid, 2014.
- «La interdicción de las expulsiones colectivas de extranjeros (art. 4-p4)», en: *La Europa de los derechos. El convenio europeo de los derechos humanos*, CEPC, Madrid, 2014.
- FITZGERALD, D. S., *Refuge beyond Reach: How Rich Democracies Repel Asylum Seekers*, Oxford University Press, Oxford, 2019.
- GARCÍA-VÁZQUEZ, S., *El estatuto jurídico constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., «El legislador de los derechos fundamentales», en: GÓMEZ ÁLVAREZ, U. (coord.), *Estudios en homenaje a Ignacio de Otto*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1993.
- MATIA PORTILLA, F. J., «Los derechos fundamentales de la Unión Europea en tránsito: de Niza a Lisboa, pasando por Bruselas», en: *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 39, 2011.
- «Tribunales Constitucionales y Derechos Fundamentales en Europa», en: RIPOLL CARULLA, S., UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I. (dirs.), *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, veinte años después*, Marcial Pons, Madrid, 2022.
- MONIN, K; BATALOVA, J.; y LAI, T., «Refugees and Asylees in the United States», en: *Migration Policy Institute*, mayo de 2021 (<https://www.migrationpolicy.org/article/refugees-and-asylees-united-states>).
- PÉREZ TREMPES, P., «Constitución española y Unión Europea», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, mayo/agosto, 2004.
- VIDAL FUEYO, M. C., *Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.