

El trato equitativo en la expulsión de los extranjeros y la evolución de la jurisprudencia en la Unión Europea

DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS

Magistrado, doctor en Derecho y miembro de la Red Judicial de Expertos en Derecho de la Unión Europea

1. Introducción
2. Las categorías de extranjeros en la Unión Europea: ciudadanos, inmigrantes económicos y refugiados
3. La expulsión de los extranjeros ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
4. La expulsión de los extranjeros ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea
5. La expulsión de los extranjeros ante los jueces en España
6. Conclusión

1. INTRODUCCIÓN

La desigualdad por razón de la nacionalidad refleja claramente las deficiencias de la sociedad en la que vivimos hasta el punto de que hay ciudadanos de primera, de segunda, de tercera y de más categorías. En realidad, la nacionalidad de las personas es una expresión de la soberanía de los Estados sobre sus ciudadanos y, en este caso, la extranjería constituye su dimensión negativa más importante: en la medida en que no ser nacional de un Estado implica tener necesariamente menos derechos que los ciudadanos de ese Estado. De hecho, la expresión más extrema de ese vínculo entre soberanía y ciudadanía está constituida por la potestad de un Estado de impedir que los extranjeros entren en su territorio y de expulsarlos¹.

¹ Brown, W., *Walled States, Waning Sovereignty*, Zone Books, Nueva York, 2010; Dauvergne, C., *Making People Illegal: What Globalization Means for Migration and Law*, Cambridge University Press, 2008; Pleite Guadamillas, F. (2017), *Europa entre el miedo y la hospitalidad*, Sal Terrae, Santander, 2017; Sagardoy Bengoechea, J.A., *La inmigración en el siglo XXI: entre el pietismo y la razón*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 2015; Sassen, S., *Inmigrantes y ciudadanos. De las migraciones masivas a la Europa fortaleza*, Siglo XXI, Madrid, 2013.

Estas diferencias tan flagrantes y descarnadas basadas en los papeles que conceden los Estados se han ido superando progresivamente en el último medio siglo y se han suavizado debido a dos fenómenos paralelos y complementarios: por una parte, el reconocimiento de los derechos humanos a todos por el mero hecho de ser personas; y, por otra parte, la emergencia de organizaciones supranacionales de integración económica y política que han procurado una equiparación bien sea de los trabajadores, de los empresarios o incluso de las personas procedentes de los países que constituyen esos espacios de cooperación internacional.

Probablemente sea Europa el espacio regional donde con más efectividad se ha luchado por conjurar esta discriminación por razón de la nacionalidad invocando no solo la existencia de principios comunes que protegen a todas las personas, tal como resulta del Convenio Europeo de Derechos Humanos, interpretado por el Tribunal Europeo de Estrasburgo, sino también mediante una regulación particularmente protectora, primero en el mercado común europeo, pacientemente construido desde 1951, y ahora en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, puesto en marcha desde 1999 en el seno de la Unión Europea, donde desde el 1 de diciembre de 2009 el Tribunal de Justicia aplica desde Luxemburgo la Carta de los derechos fundamentales.

Aun cuando sea difusamente, en los 47 Estados del Consejo de Europa se aplica el Convenio Europeo de Derechos Humanos que, poco a poco, ha ido limitando la soberanía de los Estados también respecto de los extranjeros. Se hace partiendo de la exclusiva competencia de los Estados en materia de política migratoria; sin embargo, no los habilita para desconocer derechos esenciales de los extranjeros como el de no sufrir malos tratos o de disfrutar de una vida privada y familiar.

Asimismo y en estos momentos en la Unión Europea se conjugan de una manera más intensa los derechos económicos y los derechos fundamentales de todas las personas en cualquiera de sus 28 Estados miembros. Esto se debe no solo a la aplicación de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión sino también a unas normas constitutivas y una legislación derivada que ampara y protege no solo a los ciudadanos de la Unión sino también a los otros extranjeros menos cualificados.

En esta tarea de decantación de derechos de los extranjeros tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde Estrasburgo como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde Luxemburgo han tenido un protagonismo relevante en la interpretación y aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del Derecho de la Unión Europea, incluida la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión. Sus efectos en la jurisprudencia de los distintos Estados y, en particular, en España han sido extraordinarios.

Mi propósito es examinar qué han supuesto 60 años de integración para los extranjeros en la Unión Europea; cómo ha cambiado sus vidas y cómo se ha conseguido. Como esta cuestión desbordaría cualquier capacidad de análisis me interesa determinar

el alcance de estos cambios en el núcleo de las soberanías nacionales por lo que me voy a referir al tratamiento judicial de una potestad clave en todos estos casos de las autoridades nacionales: la de expulsar a los extranjeros del respectivo territorio nacional en el contexto de la Unión Europea².

Para ello intento, en primer lugar, establecer una serie de categorías de extranjeros a los efectos de la aplicación del Derecho de la Unión Europea. Y, a continuación, analizo la cuestión separadamente en función del enjuiciamiento que hacen los distintos tribunales implicados, es decir, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los tribunales nacionales, en este caso y por razones obvias me limito al examen de la práctica de los tribunales españoles.

2. LAS CATEGORÍAS DE EXTRANJEROS EN LA UNIÓN EUROPEA: CIUDADANOS, INMIGRANTES ECONÓMICOS Y REFUGIADOS

La primera división fundamental de las personas en el Derecho de la Unión es muy sencilla: los nacionales de cada Estado miembro, los nacionales de otros Estados miembros y los nacionales de terceros Estados.

Probablemente la única virtud que tiene el *Brexit* es mostrar con toda su crudeza lo que puede significar la pérdida de ciudadanía de la Unión por parte de los británicos en el resto de los Estados miembros y los límites que tendrán que afrontar los ciudadanos de la Unión que residan o viajen al Reino Unido cuando ya no sea miembro de la Unión. De hecho, gran parte de las negociaciones para preparar el *Brexit* se centrará en resolver un problema que hasta el 23 de junio de 2016 y hasta que el Reino Unido siga en la Unión no se planteaba ni tenía sentido³.

Así pues, los extranjeros en la Unión Europea se dividen en nacionales de otros Estados miembros y nacionales de terceros Estados. En un caso y en otro ha habido una evolución muy significativa del contenido de sus derechos e incluso de la misma denominación.

Así, por ejemplo, en los primeros 40 años de integración se denominaba a los nacionales de otros Estados miembros, nacionales comunitarios (*ressortissants communautaires*). A partir de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht en 1993 se les denomina ciudadanos de la Unión y tal categoría ha ido adquiriendo perfiles y efectos jurídicos propios.

² Bollo Arocena, M^a D., *Expulsión de extranjeros, Derecho internacional y Derecho europeo*, Thompson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.

³ Ordóñez Solís, D., «Ciudadanos de la Unión, extranjeros y refugiados: antes y después del *Brexit*», *Revista Aranzadi Unión Europea* n^o 11/2016, pp. 1-8.

Del mismo modo, los nacionales de terceros países también han mejorado gradualmente su situación como consecuencia de la adopción de una legislación de la Unión Europea particularmente protectora y de una interpretación generosa de los derechos fundamentales y del alcance del estatuto de la ciudadanía de la Unión que ha hecho el Tribunal de Justicia⁴. Dentro de esta categoría de nacionales de terceros países se incluyen extranjeros con estatutos muy diversos: en unos casos, como el de los nacionales de países que integran con la Unión Europea el Espacio Económico Europeo (Islandia, Noruega, Liechtenstein y, en cierta medida, Suiza), su estatuto es muy similar al de los ciudadanos de la Unión; en otros casos, los acuerdos de asociación han creado una categoría de extranjeros, como es el ejemplo paradigmático del Acuerdo con Turquía, que gozan de importantes derechos similares a los de los trabajadores europeos⁵; en fin, hay una última categoría de extranjeros, integrada por los nacionales de terceros países sin relación de ningún tipo con la Unión Europea o que, al menos, no ven afectado su estatuto de entrada y residencia en la Unión.

Los cambios habidos en el trato de la Unión Europea a los extranjeros se deben a la evolución en la integración. Así, en términos generales se ha pasado de una perspectiva exclusivamente económica, donde lo que importaba era la libre circulación de los factores de producción, entre otros, de los trabajadores, a un enfoque más propio de la integración política que permite crear una ciudadanía de la Unión y un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia.

Es precisamente el Acuerdo de Schengen el que desde 1985 aceleró, primero fuera del derecho de la Unión y desde 1999 al amparo de la Unión Europea, la creación del espacio europeo que ofrecía ventajas para los ciudadanos de la Unión pero también para los nacionales de terceros países.

Ahora bien, este espacio europeo solo constituye un ámbito de cooperación reforzada donde no participan todos los Estados de la Unión, sino que sistemáticamente Reino Unido, Irlanda y Dinamarca han quedado al margen, lo que obliga a un examen individualizado de cada reglamentación.

Así, por ejemplo, en cuanto se refiere al Reino Unido no participa, ahora mismo que es miembro de la Unión Europea y a título de ejemplo, en el Código de fronteras Schengen⁶, ni en la Directiva 2003/109/CE relativa al estatuto de los nacionales de

⁴ Iglesias Sánchez, S., *La libre circulación de los extranjeros en la Unión Europea: El régimen de movilidad en las Directivas de la UE en materia de inmigración*, Reus, Madrid, 2010.

⁵ TJUE, sentencia 21 de diciembre de 2016, Sidika Ucar y Recep Kilic / Land Berlin, C-508/15 y C-509/15, EU:C:2016:986 (residencia de trabajadores turcos en Alemania).

⁶ Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (*DOUE* nº L 77, de 23.3.2016, p. 1, apartado 42 del preámbulo).

terceros países residentes de larga duración⁷, ni, en fin, en la Directiva 2016/801 sobre entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado y similares⁸.

Los cambios introducidos por la integración europea han sido paulatinos y transformadores: se pasó de la realización de un mercado común y del reconocimiento de las libertades económicas a los trabajadores, profesionales y empresarios, a una libre circulación de las personas y al reconocimiento de derechos de los ciudadanos de la Unión.

Es muy importante subrayar que en 1985 los Estados impugnaban ante el propio Tribunal de Justicia la adopción de una política migratoria y en Luxemburgo se comprobaban las limitaciones de una pretendida política europea de inmigración dada la tenue relación de la integración cultural de las comunidades inmigradas originarias de terceros países con los problemas ligados al empleo y a las condiciones de trabajo lo que determinó entonces la incompetencia de la Comunidad Europea para intervenir en ese ámbito⁹.

No obstante, poco después el lenguaje y la situación cambiaron sustancialmente: en el Acta Única Europea que entra en vigor en 1987 se habla no solo de trabajadores sino también de personas; el Tratado de Maastricht introduce en 1993 la ciudadanía de la Unión; el Tratado de Ámsterdam establece a partir de 1999 el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia; y, en fin, el Tratado de Lisboa determinó que el 1 de diciembre de 2009 entrase en vigor y se aplicase la Carta de los derechos fundamentales de la Unión.

En cualquier caso, los nacionales de terceros países pueden agruparse en dos categorías básicas: los inmigrantes económicos y los refugiados.

Por una parte, los inmigrantes económicos ven aproximarse su estatuto al de los trabajadores de la Unión¹⁰. A tal efecto, se promueve una «política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios,

⁷ Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (*DOUE* n.º 16, de 23 de enero de 2004, p. 44). Y lo mismo ha ocurrido con la Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado (*DOUE* n.º L 155 de 18.6.2009, p. 17).

⁸ Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair* (*DOUE* n.º L 132 de 21.5.2016, p. 21).

⁹ TJCE, sentencia de 9 de julio de 1987, Alemania y otros / Comisión, 281, 283, 284, 285 y 287/85, EU:C:1987:351 (competencias comunitarias europeas en materia migratoria).

¹⁰ Hailbronner, K., y D. Thym (eds.), *EU Immigration and Asylum Law. Commentary*, 2ª ed., Beck, Hart y Nomos, Múnich, 2016.

un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas» (art. 79 TFUE).

Por otra parte, la libre circulación de personas obligó a establecer reglas de la Unión Europea en ámbitos inicialmente muy alejados de las pretensiones de las Comunidades Europeas como es el relativo a la nueva política común de asilo de la Unión Europea (art. 78 TFUE)¹¹.

Esta política de asilo está basada en la solidaridad de los Estados miembros y en el trato equitativo de los nacionales de terceros países. La solidaridad se concretó en el Sistema Europeo Común de Asilo cuya clave radica en el *procedimiento de Dublín* por el que se determina el Estado responsable del examen de la solicitud de asilo. Y el trato equitativo se basa en el principio de no devolución que, como señala el artículo 31.1 del Convenio de Ginebra, consiste en la prohibición del *refoulement*: «ningún Estado podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas».

Precisamente en relación con las distintas categorías de extranjeros se plantea el alcance de facultades tradicionales de los Estados como son la de impedir la entrada de extranjeros o decretar su expulsión. Tratándose de ciudadanos de la Unión, la expulsión se revela muy difícil aunque no imposible. Y lo mismo se puede decir de los refugiados en la medida en que está limitada su expulsión por el principio de no devolución.

3. LA EXPULSIÓN DE LOS EXTRANJEROS ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos también se aplican a los extranjeros, es decir, a otras personas que no sean los nacionales de cada uno de los 47 Estados del Consejo de Europa. Los nacionales gozan del derecho a no ser expulsados del territorio de su propio Estado (Protocolo nº 4, art. 3). Asimismo, se prevén algunas regulaciones específicas como la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros (Protocolo nº 4, art. 4) y las garantías procedimentales en caso de expulsión de los extranjeros (Protocolo nº 7, art. 1).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado una interesantísima jurisprudencia que, en realidad, limita el poder de los Estados respecto de los extranjeros, en particular para admitirlos en su territorio y, de manera especial, para expulsarlos

¹¹ Ordóñez Solís, D., «La crisis de los refugiados y su amparo judicial en la Unión Europea», en *La crisis de las personas refugiadas y su impacto sobre la UE*, XIV Premio de Investigación sobre Europa, Francisco Javier de Landaburu Universitas, EuroBasque, Bilbao, 2016, pp. 41-109.

cuando algunos de sus derechos fundamentales, como el de la integridad física o el derecho a la vida privada y familiar, se vean comprometidos.

Probablemente, el ejemplo más significativo de los límites a las expulsiones lo constituye el artículo 8 del Convenio Europeo, que reconoce el derecho a la vida privada y familiar.

El Tribunal Europeo ha resuelto dos tipos de supuestos referidos a los límites que impone el Convenio, por una parte, respecto de los inmigrantes económicos que después de haber residido en el país son expulsados o son retenidos y deportados con motivo de la llegada a las fronteras; y, por otra parte, en relación con la deportación de los refugiados, tanto a otros países dentro de la Unión como fuera de ella.

En primer lugar, el Tribunal Europeo ha desarrollado su jurisprudencia a partir de la *sentencia Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido* (1985) sobre el alcance de los derechos de los inmigrantes económicos¹². La cuestión radicaba en la prohibición de residencia en el Reino Unido de sendos esposos que viven en Portugal, Filipinas y Turquía de las recurrentes, nacionales de Malawi, Filipinas y colonias británicas y que residían legalmente en el Reino Unido.

El Tribunal Europeo subraya, desde el primer momento, que no olvida que el litigio no se refiere únicamente a la vida familiar, sino también a la inmigración y que, de acuerdo con un principio de Derecho internacional bien establecido y sin perjuicio de los compromisos que hayan contraído los Estados en virtud de tratados internacionales, tienen el derecho de controlar la entrada a su territorio de los no nacionales (§ 67).

El Tribunal Europeo sigue puntualizando que el derecho a la vida familiar no puede comportar una obligación de respetar la elección por las parejas casadas de su domicilio y de aceptar la instalación de cónyuges nacionales en cada país.

Asimismo y respecto de las tres ciudadanas inmigrantes y residentes en el Reino Unido, el Tribunal de Estrasburgo constata que no han probado la existencia de obstáculos que les impidiesen llevar una vida familiar en su propio país o en el de su marido (§ 68). Sin embargo, el Tribunal Europeo llega a la conclusión de que en el caso concreto el Reino Unido había vulnerado el derecho a la igualdad combinado con el artículo 8 en la medida en que resultaba más fácil a un varón que a una mujer que se hubiese instalado en el Reino Unido obtener la autorización de entrada y residencia para su cónyuge (§ 82).

En relación con la llegada masiva de extranjeros a Europa, el Tribunal Europeo se ha pronunciado en varias sentencias sobre su expulsión.

¹² TEDH (Pleno), sentencia de 28 de mayo de 1985, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido* (recursos nº 9214/80; 9473/81; 9474/81; (prohibición de residencia en el Reino Unido de sendos esposos que viven en Portugal, Filipinas y Turquía de ciudadanas de Malawi, Filipinas y colonias británicas que residen legalmente).

La *sentencia Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (2012) constata la violación de las expulsiones colectivas debido a la devolución de once somalíes y trece eritreos que habían sido detenidos en alta mar cerca de Lampedusa y habían sido devueltos a Libia por la *Marina* italiana¹³. El Tribunal de Estrasburgo constató que Italia había procedido a una expulsión colectiva, prohibida por el Protocolo n° 4, porque los 24 extranjeros habían sido devueltos sin ningún examen de su situación individual: no hubo ningún procedimiento de identificación por las autoridades italianas sino que los marinos italianos se limitaron a subir a los buques de guerra a los inmigrantes interceptados y los desembarcaron en las costas libias (§ 185).

Tal como explicó el propio Tribunal Europeo en su sentencia, llegó a una solución bien distinta de la alcanzada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en su sentencia *Sale v. Haitian Centers Council, Inc.* 509 U. S. 155 (1993). El Tribunal Europeo se alineaba expresamente con la solución avalada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, en su informe n° 51/1996, *Centro Haitiano para los Derechos Humanos y otros c. Estados Unidos*, consideraba la sentencia estadounidense contraria a los derechos humanos.

La *sentencia Khlaifia y otros c. Italia* (2016) se refiere al desembarco en la isla de Lampedusa de tres tunecinos que habían llegado el 16 y 17 de septiembre de 2011 y que fueron devueltos a su país el 27 y 29 de septiembre de 2011¹⁴. En este caso el Tribunal Europeo consideró que Italia había vulnerado el artículo 5 del Convenio Europeo porque había habido una detención arbitraria al no contar con una legislación italiana apropiada y al no asegurar un internamiento con todas las garantías en el centro de acogida de Lampedusa. En cambio, el Tribunal de Estrasburgo puntualizó que en el caso de la crisis humana provocada en aquel momento Italia no había vulnerado el artículo 3 del Convenio a pesar de las precarias condiciones del centro de acogida en Lampedusa y de los dos navíos amarrados en Palermo donde fueron recludos los tunecinos. Tampoco en este caso consideró el Tribunal Europeo que hubiese habido una expulsión colectiva de extranjeros.

Por lo que se refiere al asilo, el Tribunal de Estrasburgo ha subrayado que entre el elenco de derechos del Convenio Europeo no figura del derecho de asilo; sin embargo, ha elaborado una jurisprudencia esencial para los refugiados en Europa impidiendo que puedan ser devueltos a otros países por muy seguros que sean, incluso dentro de la Unión Europea, precisamente por comprometer algunos de sus derechos fundamentales.

Por lo que se refiere a la devolución de un país a otro, en la *sentencia Ilias y Ahmed c. Hungría* (2017) se planteaba la vulneración de los derechos fundamentales de varios bangladeshíes que habían pedido asilo en Hungría pero que fueron expulsados a Serbia¹⁵.

¹³ TEDH (GC), sentencia de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, recurso n° 27765/09 (once somalíes y trece eritreos rescatados en alta mar y devueltos a Libia por la *Marina* italiana).

¹⁴ TEDH (GC), sentencia de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, recurso n° 16483/12 (tunecinos internados en Lampedusa para proceder a su expulsión colectiva).

¹⁵ TEDH, sentencia de 14 de marzo de 2017, *Ilias y Ahmed c. Hungría*, recurso n° 47287/15 (bangladeshíes que piden asilo y, sin embargo, son expulsados a Serbia).

El Tribunal Europeo repite su doctrina jurisprudencial conforme a la cual los Estados tienen el derecho, tal como resulta bien establecido en el Derecho internacional y sin perjuicio de sus obligaciones convencionales, incluido el Convenio Europeo, de controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros. Asimismo, ni el Convenio ni sus Protocolos confieren el derecho al asilo político. Sin embargo, subraya el Tribunal Europeo, la expulsión de un extranjero puede dar lugar a la aplicación del artículo 3 si existen motivos suficientes para creer que la persona en cuestión, de ser deportada, se enfrentaría a riesgos reales de ser sometida en el país de destino a tortura. Esto supone que el artículo 3 obliga a no deportar a esa persona a tal país (§ 112).

En cuanto se refiere a la devolución entre países de la Unión Europea o entre países que forman parte del Sistema Europeo Común de Asilo, el Tribunal Europeo ha aplicado el mismo criterio. Esto ha supuesto que el Tribunal de Estrasburgo haya cuestionado el *procedimiento de Dublín* en materia de asilo en la medida en que puede suponer la devolución a otro Estado de la Unión Europea donde, por distintas razones, se vulneren los derechos fundamentales de los extranjeros refugiados.

En la *sentencia M.S.S. c. Bélgica y Grecia* (2011), relativa a un afgano que pidió asilo en Bélgica después de haber entrado por Grecia, el Tribunal Europeo señala que la determinación del Estado competente para resolver su petición de asilo tiene un límite: la dignidad de las personas. Bélgica no puede devolver al afgano a Grecia porque en Grecia no pueden atenderlo con la dignidad mínima que merece un ser humano.

Y también lo ha recordado el Tribunal de Estrasburgo en la *sentencia Tarakhel c. Suiza* (2014), referida a una familia de afganos a los que, en aplicación del régimen equivalente al *Reglamento Dublín II*, las autoridades suizas intentaron devolver a Italia, que no podía acogerlos en condiciones mínimamente dignas¹⁶.

La intervención del Tribunal Europeo ha supuesto una llamada de atención a la Unión Europea y ha exigido una actitud especial de su Tribunal de Justicia que ha comprendido, dolorosamente, las diferencias en la protección de los derechos fundamentales entre los mismos Estados de la Unión Europea.

En todo caso, parece haber una *communis opinio iuris* universal sobre la necesidad de ver en los extranjeros a personas¹⁷. Así parece reconocerlo el Tribunal Supremo estadounidense en su *sentencia Trump v. International Refugee Assistance Project* (2017) referida a las medidas cautelares adoptadas por varios tribunales federales. Varios tribunales estadounidenses suspendieron la aplicación de dos órdenes ejecutivas de enero y marzo de 2017 del presidente Trump que impedían temporalmente la entrada

¹⁶ TEDH (GC), sentencia de 4 de noviembre de 2014, *Tarakhel c. Suiza*, recurso nº 29217/12 (familia de afganos a los que en aplicación del *Reglamento Dublín II* intentan devolver a Italia).

¹⁷ Ordóñez Solís, D., *El cosmopolitismo judicial en una sociedad global - Globalización, Derecho y Jueces*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.

de determinados extranjeros procedentes de siete países de mayoría musulmana (Irán, Irak, Libia, Somalia, Sudán, Siria y Yemen). En tres litigios concretos se plantea la constitucionalidad de la medida contra la esposa de un iraní con residencia permanente, la suegra siria de un imán que era ciudadano estadounidense y los estudiantes procedentes de tales países que habían sido admitidos por la Universidad de Hawái.

El Tribunal Supremo de Washington acordó la suspensión de la orden ejecutiva en el caso de los extranjeros que hubiesen presentado una demanda fundada en una relación de buena fe con una persona o una entidad de los Estados Unidos¹⁸.

4. LA EXPULSIÓN DE LOS EXTRANJEROS ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

El Tribunal de Justicia ha elaborado su jurisprudencia sobre la expulsión de los extranjeros a partir de conceptos básicos como el orden público, la seguridad pública y la salud pública. También ha tenido que interpretar la Directiva 2008/115/CE relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, la Directiva de retorno¹⁹. Asimismo, ha elaborado un derecho derivado de la ciudadanía de la Unión que pueden invocar los extranjeros con el fin permanecer en la Unión para que su eventual expulsión no perjudique a los ciudadanos de la Unión. Y, en fin, el Tribunal de Justicia se ha planteado la cuestión de la seguridad en la expulsión de los solicitantes de asilo a otro país de la Unión o a un país tercero.

En primer lugar y por lo que se refiere al concepto de orden público, lo elabora el Tribunal de Justicia en los años 70, en sentencias tan conocidas como *Van Duyn*, en su aplicación a la libre circulación de los trabajadores comunitarios²⁰. La *sentencia Bouchereau*, referida precisamente al intento de las autoridades británicas de expulsar a un trabajador francés por tenencia de drogas, afina los conceptos jurisprudenciales de la *sentencia Van Duyn* y señala que para justificar determinadas restricciones a la libre circulación de las personas a quienes se aplica el Derecho comunitario es preciso que las autoridades nacionales invoquen un concepto de orden público que «requiere, en todo caso, aparte de

¹⁸ Tribunal Supremo de los Estados Unidos, sentencia de 26 de junio de 2017, *Trump v. International Refugee Assistance Project*, 582 U. S. ____ (2017): «In practical terms, this means that §2(c) [EO-2] may not be enforced against foreign nationals who have a credible claim of a *bona fide* relationship with a person or entity in the United States».

¹⁹ 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 (*DOUE* n° 348, de 24 de diciembre de 2008, p. 98).

²⁰ TJCE, sentencia de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*, C-41/74, EU:C:1974:133 (prohibición de entrada en el Reino Unido de neerlandesa para trabajar en la Iglesia de la Cienciología).

la perturbación social que constituye toda infracción de la ley, que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad»²¹.

Y la evolución continúa, por ejemplo, en la *sentencia Orfanopoulos y Oliveri* en la que se empieza a convertir en tarea imposible la de expulsar a un ciudadano de la Unión donde haya residido y donde tenga arraigo. En este caso se trataba de un griego y de un italiano, con un amplio historial delictivo, que residían y estaban arraigados en Alemania²².

Por un parte, el Tribunal de Justicia establece una regla de gran relevancia en la revisión de legalidad de las resoluciones administrativas de expulsión de tal modo que, al examinar la legalidad de la expulsión de un ciudadano de otro Estado miembro, los jueces deben tener en cuenta los hechos posteriores a la última resolución de las autoridades competentes que puedan implicar la desaparición o la considerable disminución de la amenaza que constituiría, para el orden público, el comportamiento de la persona de que se trate, «sobre todo, cuando ha transcurrido un prolongado lapso de tiempo entre la fecha de la resolución de expulsión, por una parte, y la del examen de dicha resolución por el órgano jurisdiccional competente, por otra» (apartado 82).

Por otra parte, el Tribunal de Justicia insiste en el carácter restrictivo del concepto de orden público y la necesidad de tener en cuenta los derechos del extranjero. No obstante, a juicio del Tribunal de Justicia, el Derecho comunitario europeo no impide «la expulsión de un nacional de un Estado miembro que haya sido condenado a una determinada pena por ciertos delitos y que, por una parte, constituye una amenaza actual para el orden público y, por otra, ha residido durante muchos años en el Estado miembro de acogida y puede alegar circunstancias de carácter familiar contra dicha expulsión, siempre que la apreciación efectuada caso a caso por las autoridades nacionales acerca de dónde se sitúa el justo equilibrio entre los intereses legítimos en presencia se haga dentro del respeto a los principios generales del Derecho comunitario y, en particular, teniendo debidamente en cuenta el respeto a los derechos fundamentales, como la protección de la vida familiar» (apartado 100).

En fin, el Tribunal de Justicia ha vuelto a poner de manifiesto en la *sentencia E* su jurisprudencia sobre la aplicación del concepto de orden público a la expulsión de ciudadanos de la Unión²³. En este caso, un ciudadano italiano había sido expulsado por la Administración española por la comisión de tres delitos en materia de abusos sexuales por los que había sido condenado a 12 años de prisión.

²¹ TJCE, sentencia de 27 de octubre de 1977, Bouchereau, C-30/77, EU:C:1977:172, apartado 35 (expulsión de francés con antecedentes penales de Gran Bretaña).

²² TJCE, sentencia de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos y Oliveri, C-482/01 y C-493/01, EU:C:2004:262 (expulsión de griego e italiano residentes de larga duración en Alemania con un abultado historial delictivo).

²³ TJUE, sentencia de 13 de julio de 2017, E / Subdelegación del Gobierno en Álava, C-193/16, EU:C:2017:542 (expulsión de italiano por la comisión de un delito muy grave).

El interés de esta sentencia radica en que toma como referencia los delitos mencionados en el artículo 83.1.2 TFUE (el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada) para decir, en concreto y respecto del abuso de menores, que constituye un menoscabo especialmente grave de un interés fundamental de la sociedad, cuyo riesgo de reiteración representa una amenaza directa para la tranquilidad y la seguridad física de la población, y que, por consiguiente, cabe incluir en el concepto de «motivos imperiosos de seguridad pública» que pueden justificar una medida de expulsión, siempre que la forma de comisión de tales delitos presente características especialmente graves.

Por tanto, el Tribunal de Justicia reitera que las razones de orden público pueden justificar limitaciones al derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión pero estas limitaciones deben ajustarse al principio de proporcionalidad y deben basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado que constituya una amenaza real y actual para un interés fundamental de la sociedad o del Estado miembro de acogida.

Por tanto, la expulsión de los ciudadanos de la Unión será muy excepcional pero, desde luego, es posible y está justificada jurisprudencialmente.

Para el caso de la expulsión de los nacionales de terceros países, las limitaciones a la expulsión son menos estrictas. Así, la *sentencia CS* se refiere a la posibilidad de expulsión del Reino Unido de una nacional de un tercer Estado que se había casado con un británico y que era madre de un niño de nacionalidad británica²⁴. Planteada la cuestión de la expulsión, dado que CS había sido condenada penalmente, el Tribunal de Justicia admite: «si la resolución de expulsión se basa en la existencia de una amenaza real, actual y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, teniendo en cuenta las infracciones penales cometidas por un nacional de un tercer Estado que tiene la guarda exclusiva de unos menores, ciudadanos de la Unión, tal resolución podría ser conforme con el Derecho de la Unión» (apartado 40).

Ahora bien, el Tribunal de Justicia recuerda que no cabe la expulsión de manera automática sobre la única base de los antecedentes penales del interesado, sino que es precisa una apreciación concreta por parte del juez del conjunto de circunstancias actuales y pertinentes del asunto de autos, a la luz del principio de proporcionalidad, del interés superior del niño y de los derechos fundamentales cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia (apartado 41).

En segundo lugar, el efecto de la Directiva de retorno ha sido determinante de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, poco a poco, ha propiciado la expulsión de los extranjeros que se encuentren en situación irregular en la Unión Europea.

²⁴ TJUE (Gran Sala), sentencia de 13 de septiembre de 2016, CS, C-304/14, EU:C:2016:674 (expulsión del Reino Unido de la madre, nacional de un país tercero, de un niño menor de edad británico).

Tentativamente ha ido el Tribunal de Justicia buscando una interpretación apropiada de esta Directiva: no la tiene en cuenta en la *sentencia Choque Cabrera*²⁵ pero sí en la *sentencia Zaizoune*²⁶. En otros casos el juez nacional, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha acudió al Tribunal de Justicia para plantear esta misma cuestión pero la cuestión fue inadmitida²⁷.

Así, en la *sentencia Choque Cabrera* el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que la reglamentación europea aplicable en ese momento respecto a los casos en que un nacional de un tercer país se encuentra en situación irregular en el territorio de un Estado miembro porque no cumple o ha dejado de cumplir los requisitos relativos a la duración de la estancia aplicables en él, dicho Estado miembro no está obligado a adoptar contra él una resolución de expulsión (apartado 66).

En cambio, en la *sentencia Zaizoune* el Tribunal de Justicia relega la jurisprudencia del Tribunal Supremo español que permitía, en determinados supuestos, sustituir la sanción de expulsión por la de multa y aplica la Directiva de retorno porque esta «prevé ante todo, con carácter principal, la obligación de los Estados miembros de dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio» (apartado 31).

El *auto Orrego Arias* inadmite la cuestión prejudicial porque el Tribunal castellano-manchego había restringido su pregunta a la interpretación de la Directiva 2001/40/CE relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países que, a juicio del Tribunal de Justicia, nada tenía que ver con la expulsión de un extranjero fundada en una condena penal de menos de un año.

En tercer lugar, el concepto de ciudadanía ha tenido un importante efecto en el estatuto de los extranjeros vinculados a los ciudadanos europeos. La jurisprudencia sobre los efectos expansivos de la ciudadanía de la Unión se recoge de manera significativa en las *sentencias Zhu y Chen*²⁸, *Ruiz Zambrano*²⁹ y *Rendón Marín*³⁰.

²⁵ TJCE, sentencia de 22 de octubre de 2009, María Julia Zurita García y Aurelio Choque Cabrera / Delegación del Gobierno en Murcia, C-261/08 y C-348/08, EU:C:2009:207 (estancia irregular de dos bolivianos en España: multa o expulsión).

²⁶ TJUE, sentencia de 23 de abril de 2015, Zaizoune, C-38/14, EU:C:2015:260 (expulsión o multa de marroquí en situación irregular en España).

²⁷ TJUE, auto de 3 de septiembre de 2015, Manuel Orrego Arias / Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real, C-456/14, EU:C:2015:550 (inadmisibilidad por no aplicación de la Directiva sobre expulsión de nacionales de terceros países).

²⁸ TJCE, sentencia de 19 de octubre de 2004, Zhu y Chen, C-200/02, EU:C:2004:639.

²⁹ TJUE, sentencia de 8 de marzo de 2011, Ruiz Zambrano, C-34/09, EU:C:2011:124.

³⁰ TJUE (Gran Sala), sentencia de 13 de septiembre de 2016, Rendón Marín, C-162/14, EU:C:2016:675 (colombiano con antecedentes penales y dos hijos que son ciudadanos de la Unión).

Con carácter previo, es preciso recordar que el Tribunal de Justicia ha señalado, por ejemplo en la *sentencia Ziebel*, que el propio concepto de ciudadanía, asociado al mero hecho de que una persona tenga la nacionalidad de un Estado miembro, al margen de la condición de trabajador, y que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pretende convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros [...] es propio del Derecho de la Unión en su fase actual de desarrollo y justifica que se reconozcan únicamente a los ciudadanos de la Unión garantías especialmente reforzadas en materia de expulsión»³¹ (apartado 73).

No obstante y en esta misma *sentencia Ziebel*, el Tribunal de Justicia subraya las diferencias sustanciales que existen entre las normas relativas a la Asociación entre la CEE y Turquía y las del Derecho de la Unión en materia de ciudadanía no sólo en su redacción, sino también en cuanto a su objeto y finalidad por lo que los dos regímenes jurídicos en cuestión no pueden considerarse equivalentes. Y esto se traduce en que el régimen de protección frente a la expulsión del que gozan los ciudadanos de la Unión no puede aplicarse *mutatis mutandis* a los trabajadores turcos (apartado 74).

Un compendio de la jurisprudencia anterior lo constituye la *sentencia Rendón Marín* que se refiere a un colombiano, padre de dos hijos menores de edad nacidos en Málaga: un hijo, de nacionalidad española, y una hija, de nacionalidad polaca, que habían residido siempre en España. Solicitó la residencia pero le fue denegada por contar con antecedentes penales.

A juicio del Tribunal de Justicia, tal como había reconocido en sentencias anteriores, «solo existe un derecho de residencia derivado a favor de un nacional de un tercer Estado cuando sea necesario para garantizar el ejercicio efectivo por parte de un ciudadano de la Unión de sus derechos a circular y residir libremente en ésta» (apartado 36).

Asimismo, el Tribunal de Justicia señala que la proporcionalidad de la expulsión respecto de la protección del orden público o de la seguridad pública debe tener en cuenta la duración de la residencia del interesado en el territorio del Estado miembro de acogida, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen; así como la gravedad de la infracción (apartado 62).

En fin, el Tribunal de Justicia analiza la conducta del Sr. Rendón Marín, condenado por un delito cometido en el año 2005, que por sí sola no puede motivar una denegación de la autorización de residencia en la medida en que debe constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad y el requisito relativo a la existencia de una amenaza actual debe cumplirse, en principio, en el momento en que se adopte la medida de que se trate (apartado 65).

³¹ TJUE, sentencia de 8 de diciembre de 2011, Nural Ziebell / Land Baden-Württemberg, C-371/08, EU:C:2011:809 (expulsión de trabajador turco de Alemania).

Pero, además, exige tener en cuenta, por una parte, los derechos fundamentales cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, en particular el derecho a la vida privada y familiar tal como se formula en el artículo 7 en relación con el interés superior del niño del artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

También deben recordarse los efectos de la ciudadanía de la Unión que resultan de la *sentencia Chávez-Vílchez y otros*, referida a ocho solicitudes de asistencia social por parte de nacionales de terceros países (Venezuela, Nicaragua, Surinam, Camerún, Ruanda o sin nacionalidad) sin permiso de residencia en los Países Bajos y madres de niños de nacionalidad holandesa, reconocidos por sus padres neerlandeses pero que viven con sus madres³².

A tal efecto, el Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia conforme a la cual «la relación de dependencia entre el ciudadano de la Unión de corta edad y el nacional de un tercer país al que se deniega el derecho de residencia [puede] desvirtuar el efecto útil de la ciudadanía de la Unión, dado que es esta dependencia la que llevaría a que el ciudadano de la Unión se viese obligado, de hecho, a abandonar no sólo el territorio del Estado miembro del que es nacional, sino también el de la Unión en su conjunto, como consecuencia de tal decisión denegatoria».

En estos supuestos, lo relevante para el Tribunal de Justicia es el interés superior del niño por lo que exige que se tengan en cuenta todas las circunstancias del caso concreto: su edad, su desarrollo físico y emocional, la intensidad de su relación afectiva con el progenitor ciudadano de la Unión y con el progenitor nacional de un país tercero y el riesgo que separarlo de éste último entrañaría para el equilibrio del niño.

Aunque la carga de la prueba corresponde al nacional de un tercer país que solicita la residencia, derecho derivado de la ciudadanía de la Unión del niño, el Tribunal de Justicia modula esta carga en el sentido de que las autoridades nacionales deben realizar las investigaciones necesarias para determinar dónde reside el progenitor nacional y para examinar, por una parte, si éste es o no realmente capaz de asumir por sí solo el cuidado diario y efectivo del menor y está dispuesto a ello, y, por otra parte, si existe o no, una relación de dependencia tal entre el menor y el progenitor nacional de un país tercero que una decisión que deniegue el derecho de residencia a éste privaría al menor del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos vinculados a su estatuto de ciudadano de la Unión obligándole a abandonar la Unión.

En cuarto y último lugar, por lo que se refiere a la expulsión de los solicitantes de asilo, el Tribunal de Justicia se ha referido a los límites del sistema europeo común de asilo que derivan de los derechos fundamentales y ha tratado de atajar las solicitudes abusivas de asilo.

³² TJUE (Gran Sala), sentencia de 10 de mayo de 2017, *Chávez-Vílchez y otros*, C-133/15, EU:C:2017:354 (ciudadanía de la Unión y derecho de residencia de los progenitores de terceros países).

En la *sentencia C.K. y otros*, del Tribunal de Justicia se pronuncia sobre un litigio referido a una pareja de una siria y un egipcio que, después de entrar con visado en Croacia, acceden ilegalmente a Eslovenia con documentos falsos griegos, tienen un hijo y solicitan asilo, pretendiendo las autoridades eslovenas trasladarlos a Croacia³³. El Tribunal de Justicia puntualiza que la Carta de los Derechos Fundamentales establece límites al *sistema de Dublín* no solo para los casos en que existan deficiencias sistemáticas en el Estado miembro responsable del examen de la solicitud de asilo sino también cuando el traslado suponga un peligro real y cierto de que el interesado sufra tratos inhumanos o degradantes.

En la *sentencia J. N.* el Tribunal de Justicia se refiere a la relación entre la Directiva de retorno y los solicitantes de asilo de modo que cuando se ha iniciado un procedimiento de expulsión de la Directiva 2008/115, debe reanudarse en la fase en que se interrumpió por la presentación de una solicitud de protección internacional en cuanto dicha solicitud ha sido desestimada en primera instancia³⁴.

5. LA EXPULSIÓN DE LOS EXTRANJEROS ANTE LOS JUECES EN ESPAÑA

España es un país que tiene una tradición de emigrantes que probablemente explique la defectuosa regulación legislativa y reglamentaria en materia de extranjería, incluida la legislación en materia de asilo³⁵.

Esto se debe, en primer lugar, a que el legislador español no ha tenido en cuenta la necesidad de regular las numerosas relaciones que se pueden producir en España por los vínculos entre españoles, ciudadanos de la Unión y nacionales de terceros países.

Ahora bien, el objetivo es ver cómo actúan los tribunales españoles y para ello me voy a referir al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo y a otros tribunales en relación, fundamentalmente, con la expulsión del extranjero, bien por la comisión de delitos bien por su estancia irregular³⁶.

³³ TJUE, sentencia de 16 de febrero de 2017, C.K. y otros, C-578/16 PPU, EU:C:2017:127 (pareja de siria y egipcio que entra en la Unión Europea, tienen un hijo y piden asilo en Eslovenia pero habían entrado por Croacia).

³⁴ TJUE (Gran Sala) sentencia de 15 de febrero de 2016, J. N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84 (solicitantes de protección internacional, permanencia legal e internamiento), apartado 80.

³⁵ Abarca Junco, A.P. y otros (ed.), *El extranjero en el Derecho español*, Uned-Dykinson, Madrid, 2016; Aja Fernández, E., *Inmigración y democracia*, Alianza Editorial, Madrid, 2012; Ordóñez Solís, D., *El estatuto administrativo de los extranjeros en España en clave judicial*, Editorial Reus, Madrid, 2008.

³⁶ Las dos vías más frecuentes de expulsión administrativa se fundan en los artículos 53.1.a) («Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente») y 57.2

El Tribunal Constitucional no ha desarrollado suficientemente el estatuto constitucional de extranjero y, desde luego, está muy lejos de ofrecer una interpretación armónica de la regulación constitucional respecto del nuevo contexto de la Unión Europea.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional ha desaprovechado las posibilidades que le ofrece la colaboración de los jueces ordinarios a través de la cuestión de inconstitucionalidad, desanimando, asimismo, la lentitud de su respuesta a problemas humanos que no pueden eternizarse.

Muestra de la escasa simpatía del Tribunal Constitucional por las preguntas que le hacen los jueces en materia de extranjería se observa en el intento del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Oviedo de obtener luz sobre la conformidad con varios principios constitucionales de la Ley de extranjería en cuanto prevé, en relación a la infracción de un extranjero por encontrarse irregularmente en el territorio español, la posibilidad de elegir bien una multa bien la expulsión del territorio español.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional despachó en unos pocos párrafos de estilo la fundamentada pregunta planteada por el Juez asturiano apuntando llanamente que estas dudas de inconstitucionalidad eran manifiestamente infundadas³⁷.

Ante esta actitud tan renuente a colaborar con el juez ordinario por parte del Tribunal Constitucional, no es de extrañar que los jueces españoles se hayan agarrado a una tabla de salvación como la que ofrece el reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia.

No obstante, en los dos últimos años se observa un cambio de tendencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, por lo demás, parece que anima a los jueces ordinarios a tener en cuenta el Derecho de la Unión y la interpretación del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional considera ahora que la expulsión de un extranjero no puede ser automática, en los términos que señale la ley (el Código penal o la Ley de extranjería), sino que deben ponderarse las circunstancias de cada caso, aplicando, por una parte, el Derecho de la Unión Europea, y, por otra parte, protegiendo los derechos fundamentales en juego.

La sentencia nº 131/2016, de 18 de julio, se refiere a la aplicación del artículo 57.2 de la Ley de extranjería. En este caso se trataba de un marroquí, residente de larga duración que había sido condenado a tres años de prisión por tráfico de drogas, que era

(«constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados») de la Ley orgánica de extranjería.

³⁷ TC, auto nº 409/2007, de 6 de noviembre de 2007.

expulsado de España con la prohibición de entrada durante cinco años³⁸. El Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 5 de Valencia anuló la expulsión, pero en apelación fue revocada su sentencia y confirmada la expulsión administrativa.

El Tribunal Constitucional le reprocha al tribunal de apelación que «ha incurrido efectivamente en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo, al haberse opuesto, en su labor de fiscalización de los actos administrativos recurridos, a la ponderación de las circunstancias personales del recurrente bajo una interpretación de la norma que no respeta el canon constitucional de motivación del citado derecho fundamental». Y esta falta de ponderación no tiene en cuenta, a juicio del Tribunal Constitucional, una pluralidad de intereses constitucionales como el de protección social, económica y jurídica de la familia, tal como se enuncia en la Constitución pero también «el derecho a la vida familiar derivado de los art. 8.1 CEDH y 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que se encuentra, dentro de nuestro sistema constitucional» y en coherencia con la Directiva 2001/40/CE.

En este caso es muy significativo lo que hace el Tribunal Constitucional dado que estima el recurso de amparo, anula la sentencia de apelación y declara la firmeza de la sentencia del Juzgado porque la sentencia dictada en apelación no se ajusta a las previsiones de las Directivas ni a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que sí fueron tenidas en cuenta por la sentencia de primera instancia, que fundamentó su decisión sobre las citadas Directivas y sobre la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La sentencia nº 201/2016, de 28 de noviembre, aborda el otro supuesto de expulsión de un marroquí residente de larga duración que había sido condenado por la comisión de varios delitos a más de siete años de prisión y se le aplica el artículo 57.2 de la Ley de extranjería expulsándolo y prohibiéndole la entrada durante 5 años³⁹.

El Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 8 de Barcelona y el Tribunal Superior de Cataluña confirmaron la expulsión. El Tribunal Constitucional estima el amparo y retrotrae las actuaciones para que el juez barcelonés «dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental del actor, en la que valore de manera específica las concretas circunstancias personales y familiares alegadas por éste».

La sentencia nº 14/2017, de 30 de enero, se refiere a la expulsión administrativa de un venezolano por haber cometido un delito de atentado a la autoridad por el que fue

³⁸ TC (Sala 2ª), sentencia nº 131/2016, de 18 de julio, ponente: Asua Batarrita, ES:TC:2016:131 (expulsión administrativa de marroquí residente de larga duración con antecedentes penales: 57.2 Ley de extranjería).

³⁹ TC (Sala 2ª), sentencia nº 201/2016, de 28 de noviembre, ponente: Narváez Rodríguez, ES:TC:2016:201 (expulsión administrativa de marroquí residente de larga duración por el art. 57.2 Ley de extranjería).

condenado a un año de prisión. La expulsión había sido confirmada por un Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Castellón y en apelación por el Tribunal Superior valenciano⁴⁰. Sin embargo, el Tribunal Constitucional insiste en que la expulsión del extranjero con residencia de larga duración supone una clara limitación de derechos fundamentales que exige cumplir el deber constitucional de motivación al margen de la eventual naturaleza jurídica sancionadora de la expulsión. También el Tribunal Constitucional ampara al extranjero y retrotrae las actuaciones para que el Juzgado contencioso-administrativo dicte una sentencia respetuosa con el derecho fundamental del extranjero, en la que valore de manera específica las concretas circunstancias personales y familiares, y particularmente médicas, alegadas.

En fin, en la sentencia nº 29/2017, de 27 de febrero, se refiere a la sustitución de la pena de prisión por la de expulsión acordada por los jueces penales, primero por el Juez de lo Penal de Manresa y luego en apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona⁴¹.

El Tribunal Constitucional insiste en la necesidad de tener en cuenta la existencia de arraigo social y familiar por lo que, en este caso, considera que se ha vulnerado el derecho fundamental de la demandante de amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). En consecuencia, anula las dos sentencias y retrotrae las actuaciones para que el Juez penal de Manresa dicte nueva sentencia.

Los tribunales ordinarios españoles se han enfrentado a la aplicación del Derecho español de extranjería, incluido el Derecho de la Unión Europea, en una situación legislativa muy precaria dado que la legislación española no se ha adaptado convenientemente a las exigencias del Derecho de la Unión.

Asimismo, esta confusión no ha podido ser resuelta por el Tribunal Supremo que, en realidad, ha arrojado más confusión.

Así, por ejemplo, en 2010, al analizar la legalidad del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos europeos el Tribunal Supremo determina que quedan «equiparados los familiares de ciudadanos europeos españoles a los familiares de ciudadanos europeos no españoles»⁴².

No obstante, la situación parece que puede cambiar si tenemos en cuenta que el nuevo recurso de casación queda abierto a solucionar importantes problemas

⁴⁰ TC (Sala 2ª), sentencia nº 14/2017, de 30 de enero ES:TC:2017:14, ponente: Valdés Dal-Ré, (expulsión administrativa de venezolano por antecedentes penales en virtud del art. 57.2 de la Ley de extranjería).

⁴¹ TC (Sala 1ª), sentencia nº 29/2017, de 27 de febrero, ES:TC:2017:29, ponente: Xiol Ríos (sustitución de la prisión por la expulsión y prohibición de entrada por seis años de extranjería con hijos en España condenada a dos años de prisión por un delito de falsedad en documento).

⁴² TS (Sala 3ª, Sección 5ª), sentencia de 1 de junio de 2010, recurso nº 114/2007, ES:TS:2010:4259, ponente: Fernández Valverde.

interpretativos y de uniformidad en la aplicación judicial del Derecho de extranjería en España⁴³. Ahora bien, al resolver uno de los primeros recursos de casación, el Tribunal Supremo vuelve a equiparar a los españoles con los ciudadanos de la Unión lo que, al menos constitucionalmente, resulta bastante discutible⁴⁴.

6. CONCLUSIÓN

Cuanto más soberano es un Estado, menos derechos tienen los extranjeros que intenten entrar o residir o que sean expulsados; cuanto más avanzada es una sociedad más derechos tendrán sus ciudadanos y también los extranjeros. Por eso es necesario establecer límites convencionales, constitucionales y legales a la soberanía de los Estados para favorecer un trato equitativo a los extranjeros.

Y esto es lo que ha hecho la integración europea de una manera gradual y cooperativa para exigir que la expulsión de los extranjeros sea individualizada y respete los derechos fundamentales.

La gradualidad se observa en lo difícil que ha sido construir los conceptos de trabajador comunitario o ciudadano de la Unión; pero también lo ha sido para garantizar un trato más equitativo a los extranjeros, respetando sus derechos fundamentales.

La colaboración ha consistido en un diálogo entre los tribunales europeos. Este diálogo fue fructífero mientras no había un catálogo de derechos fundamentales en la Unión y había que recurrir al Convenio Europeo de Derechos Humanos y al Tribunal de Estrasburgo.

Desde que la Unión cuenta con una Carta, el Tribunal de Justicia parece querer erigirse en único y supremo. Sin embargo, este diálogo tan fructífero no puede darse por terminado, sería un pérdida irreparable para Europa⁴⁵. También este diálogo está abierto

⁴³ Véanse los primeros recursos de casación admitidos en esta materia y que resolverá la Sección 5ª: TS (Sala 3ª, Sección 1ª), auto, de 6 de marzo de 2017, recurso nº 298/2016, ES:TS:2017:1936A, ponente: Herrero Pina (aplicabilidad del artículo 7 del Real Decreto 240/2007 a la reagrupación de familiares no comunitarios de ciudadanos españoles); auto, de 21 de marzo de 2017, recurso nº 308/2016, ES:TS:2017:2123A, ponente: Herrero Pina (recursos suficientes a efectos de la renovación de autorizaciones de residencia por reagrupación familiar en el Reglamento de extranjería y en la Directiva 2003/86/CE).

⁴⁴ TS (Sala 3ª, Sección 5ª), sentencia de 18 de julio de 2017, recurso nº 298/2016, ponente: Huerta Garicano, señala: «Al español, es cierto, no se le podrá limitar –salvo en los casos legalmente previstos– su derecho fundamental a circular y residir libremente en el territorio español (art. 19 CE), pero esto no obsta para que cuando pretenda reagrupar a familiares extranjeros quede sometido a requisitos o condiciones, en este caso, los mismos que al resto de los ciudadanos europeos».

⁴⁵ TJUE (Pleno), dictamen de 18 de diciembre de 2014, dictamen 2/13, EU:C:2014:2475 (incompatibilidad del proyecto de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos con el Derecho de la Unión).

a los jueces nacionales, especialmente los tribunales constitucionales y supremos de los Estados de la Unión.

El tratamiento administrativo y el enjuiciamiento de la expulsión de los extranjeros deben hacerse individualmente y siempre bajo el prisma de los derechos humanos con el fin de que cada vez haya menos diferencias entre los nacionales y los extranjeros a partir de la constatación de que todos nacemos libres e iguales.

Hoy en día se puede comprobar que ser extranjero sigue siendo muy difícil y oneroso hasta el punto de que solo superan esta situación los más audaces. Ahora bien, de no tener otra opción que ser extranjero en este mundo, quiero creer que elegiría, para superar las amargas experiencias, la vieja Europa donde en los últimos 60 años se ha logrado construir un ordenamiento aplicado efectivamente por jueces que resulta ser de lo más justo y más respetuoso con los derechos fundamentales y los intereses legítimos de los extranjeros.