

# Reflexiones sobre los derechos de los extranjeros y el estándar mínimo internacional de derechos humanos. De la letra a la realidad

---

Concha Blat Mellado

**Para empezar quisiera señalar la dimensión del asunto. Como es sabido, el problema de las migraciones internacionales tiene una dimensión universal, afecta a unos 120 millones de personas y su número no deja de aumentar<sup>1</sup>. Las causas de las migraciones forzosas son bien conocidas, básicamente podríamos distinguir las que tienen su origen en la pobreza, las que proceden de catástrofes naturales o degradación medioambiental y las que han sido motivadas por la agresión a los derechos humanos; sin duda todas ellas están estrechamente relacionadas.**

**Ante este importante fenómeno, que además caracterizará el siglo XXI, me planteo si cabe considerar al migrante como un extraño sin lugar alguno en el país de destino, o más bien como un sujeto de derechos, creador de riqueza en la sociedad a la que se ha dirigido y también en la de origen, a la que aporta parte de sus ingresos y, sobre todo, sus nuevos conocimientos y experiencias. Cuál es la razón para que frente a la internacionalización universal, caracterizada por los principios de libertad de circulación de mercancías y capitales, se mantengan las fronteras principalmente para impedir la libre circulación de las personas y aún más, hasta qué punto la mayoría de Estados desarrollados reconocen a los migrantes los derechos contenidos en los Convenios internacionales de derechos humanos.**

**Mi propósito es reflexionar sobre la articulación del conjunto derechos, procedentes de ámbitos normativos distintos, que concurren en las personas que se ven forzadas, o bien deciden cambiar de país, en busca de un lugar seguro en el que**

<sup>1</sup> Vid. Technical Symposium on International Migration and Development Tratado Special Session on the international Conference on Population and Development (ICPD), the United Nations General Assembly, The Hague, The Netherlands 30 june -2 july 1998.

se respete su vida y derechos esenciales o en busca de un trabajo. Se pueden deducir así, un conjunto de garantías y derechos de los que el migrante goza frente al país de destino y que no siempre son ni conocidos ni respetados por los poderes públicos. Intentaré señalar algunas cuestiones sobre los derechos humanos de los migrantes contemplados desde los ámbitos universal, europeo y español, desde un punto de vista muy general, haciendo especial hincapié en el estándar mínimo internacional. No es mi objetivo ser exhaustiva al proporcionar respuestas a tan complejas cuestiones. Trataré de mostrar la dimensión, la variedad y la complejidad del problema en su ámbito universal, además de regional y estatal. Mi intención es hacer un breve recorrido, de carácter básicamente descriptivo, a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos y su reconocimiento en España y en Europa, con la finalidad de contemplar hasta qué punto existe una vinculación.

1. Diferencias entre nacionales y extranjeros y el estándar mínimo internacional de derechos humanos

### *1.1 El estándar mínimo internacional de derechos humanos*

El Derecho Internacional ha ido configurando, en el ámbito universal, lo que se denomina estándar mínimo internacional de derechos humanos que está en permanente expansión, y del que forman parte el conjunto de normas internacionales necesarias para la salvaguarda de los derechos fundamentales del ser humano por el mero hecho de serlo. Su ámbito de protección alcanza a nacionales y extranjeros pero son estos últimos los que se encuentran en situaciones en las que se hace más necesaria su aplicación.

En realidad, todos los seres humanos, en cualquiera de los territorios donde puedan encontrarse, son titulares de un conjunto de derechos y obligaciones reconocidos por normas cuyo origen reside en distintos ordenamientos jurídicos. Las primeras disposiciones que serán de aplicación son las del Estado en cuyo territorio se encuentran, las segundas, las del Estado de su nacionalidad, para aquellos casos en que no coincidan con el primero y, finalmente, las normas generales del ordenamiento jurídico internacional que protegen los derechos y libertades fundamentales de la persona en lo que se ha acordado llamar el “*estándar mínimo internacional de derechos humanos*” que actúa como límite frente a la soberanía del Estado. De esta manera el poder legislativo deberá respetar las limitaciones impuestas por la Comunidad Internacional. El estándar supone de un lado, asegurar unas condiciones jurídicas mínimas a los extranjeros donde quiera que se hallen y de otro, la posibilidad de desencadenar la responsabilidad internacional del Estado infractor exigible mediante la protección diplomática por el Estado con el que está vinculado el extranjero cuyos derechos fundamentales han sido violados.

Debe destacarse que la constante evolución de la protección internacional de los derechos humanos ha tenido como resultado la ampliación del estándar mínimo que se contiene principalmente en los siguientes instrumentos internacionales, con un valor jurídico distinto, aunque todos ellos adoptados en el ámbito de Naciones Unidas:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH) contiene la proclamación formal de un catálogo de derechos. Todos reconocen su obligatoriedad moral y su influencia en cuanto a la inspiración e interpretación del Derecho Internacional positivo<sup>2</sup>.
- El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PDCP), junto al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ambos de Naciones Unidas de 1966, son Tratados Internacionales, ampliamente ratificados en el ámbito universal<sup>3</sup>
- Y por lo que se refiere al ámbito europeo, la Convención de Roma para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en Europa, de 1950 (CEDH)<sup>4</sup>.

A estos instrumentos es necesario añadir de un lado, la Declaración sobre los derechos humanos que se deben reconocer a las personas que no poseen la nacionalidad del país donde residen, aprobada por la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) 40/144 del 13 de diciembre de 1984, cuyo valor, al ser una declaración, no es el mismo que el de los Tratados Internacionales. Por otro, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias, aprobado por la AGNU el 18 de diciembre de 1990, de capital importancia tanto para los migrantes regulares e irregulares, pero, que a fecha de hoy no ha obtenido el número de ratificaciones necesario (veinte Estados) para su entrada en vigor.

Si bien es cierto que el contenido exacto del estándar mínimo no es un tema del todo pacífico, a lo que se añade su constante ampliación, existe un consenso internacional que lo sitúa en torno a los derechos que consagran como inderogables los artículos 4.2 PDCP y en el ámbito europeo, el artículo 15.2 CEDH.

<sup>2</sup> La Constitución Española (C.E.) en su artículo 10.2 la positiviza, reconoce a la Declaración el valor interpretativo de las normas relativas a derechos fundamentales y a las libertades públicas.

<sup>3</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 96.1 de la C.E., forman parte del ordenamiento jurídico español al haber sido ratificados por España y publicados en el BOE de 30 de abril de 1977.

<sup>4</sup> El instrumento de ratificación es de 26 de septiembre de 1979 y la publicación en el BOE nº 243 de 10 de octubre de 1979.

De acuerdo con el profesor Mariño Menéndez<sup>5</sup> constituyen el estándar mínimo los derechos inviolables, inherentes a la dignidad de la persona: “derecho a la vida, a la integridad física y moral, incluyendo el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre, a un juicio imparcial, a la legalidad, a la irretroactividad de la ley penal, a la personalidad jurídica, a crear una familia y a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

Como señala Díez de Velasco<sup>6</sup>, una característica fundamental del estándar mínimo es su constante progresión. Su formulación incluye los siguientes derechos: 1º El derecho a la protección de la vida e intereses “contra las acciones de violencia colectiva organizada contra los extranjeros. 2º Derecho a no ser detenidos arbitrariamente y a que se proceda a una investigación en un tiempo razonable, dando al interesado la posibilidad de ser oído. 3º Derecho a no ser torturado y a que no se le someta a tratamientos inhumanos. 4º Tener asegurado el libre acceso a los tribunales y a no ser discriminado ante ellos por razón de nacionalidad. 5º Derecho a poder ejercitar determinados derechos civiles básicos”, normalmente los incluidos dentro del derecho de familia. Añade que la determinación del contenido concreto del estándar mínimo internacional se deduce de normas de Derecho Internacional general, de Derecho Internacional particular y de Derecho Comparado mediante el que se tienen en consideración los derechos fundamentales para cada Estado.

El gran avance internacional que se ha producido tanto en la regulación como en la protección de los derechos humanos, al tener como objeto a la persona independientemente de su nacionalidad, repercute claramente en la ampliación del estándar mínimo que en expresión de Isabel Lázaro González<sup>7</sup>, es el resultado de la interacción entre el Derecho consuetudinario de la extranjería, el Derecho convencional de los derechos humanos y el Derecho humanitario.

En lo que se refiere a la aplicación de las normas, es el Estado territorial, aquél en el que se encuentra la persona, el que establece de forma más clara cuál es su situación jurídica ya que no solo legisla sino que también lleva a la práctica las decisiones en las que se concreta la ley a través de la función judicial, política y administrativa. Razón por la cual, independientemente de la existencia de los *estándares mínimos internacionales* y de cualesquiera otras normas aplicables al

<sup>5</sup> Vid. Fernando Mariño Menéndez: “Los extranjeros y el Derecho Internacional” en *Derecho de Extranjería Asilo y Refugio*, 1995, Ministerio de Asuntos Sociales, p. 112.

<sup>6</sup> Vid. Manuel Díez de Velasco: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, 1998, pp. 498-499.

<sup>7</sup> Vid. Isabel Lázaro González, “Noción de extranjero. Diferentes situaciones de extranjería. Normativa de extranjería”, *La inmigración. Derecho Español e Internacional*; Bosch, Barcelona 1995. p. 33.

sujeto, provenientes de otros ordenamientos jurídicos, la legislación y los procedimientos del soberano territorial son las determinantes para definir su situación jurídica.

### *1.2 Diferencias entre nacionales y extranjeros*

A propósito del concepto de extranjero, éste se puede definir en un sentido negativo, como los no nacionales, pero en este caso habrá que matizar algunas categorías de excluidos, por ejemplo los apátridas. El profesor Díez de Velasco define como extranjeros “a las personas físicas o jurídicas que no son consideradas nacionales *por el país en que están domiciliadas* o en el que son transeúntes o en el caso de las personas jurídicas en cuyo territorio operan (etimológicamente, el extranjero es, para el país que los considera como tales, un extraño o un ajeno a la comunidad nacional en que habita permanentemente o transitoriamente) pero son considerados como nacionales suyos *por un tercer Estado o por varios*<sup>8</sup> en el caso de nacionalidad múltiple”.

Conviene subrayar, aunque a nadie se le escapa, la repercusión que tiene el hecho de ser nacional o extranjero para el disfrute de los otros derechos humanos<sup>9</sup>, diferentes de los derechos fundamentales inderogables universalmente reconocidos a las personas, como son los considerados inherentes a la ciudadanía o los relativos a la realización de actividades de contenido económico. Para el profesor Javier de Lucas<sup>10</sup> “los extranjeros representan hoy -en tanto que exclusión “natural”- un vestigio histórico de la evolución de las nociones de Estado y ciudadanía: el camino recorrido por la burguesía primero, por los asalariados después, aún no ha sido transitado por ellos, que continúan en una situación más parecida a la de súbditos -siervos- que a la de ciudadanos (soporte económico real en cuanto mano de obra y, a la par, sin derechos; poco a poco, lograrán los derechos civiles y sociales; no los políticos)”.

En relación con los políticos, el artículo 25 del PDCP reconoce solo a los *ciudadanos* el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, a votar y ser elegidos en elecciones periódicas así como a tener acceso a la función pública. En el ámbito europeo, el artículo 16 de la CEDH permite imponer restricciones a la

<sup>8</sup> En cursiva en el original, Manuel Díez de Velasco: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, 1998, p. 496.

<sup>9</sup> Como señala muy acertadamente Isabel Lázaro González: “mientras que la nacionalidad implica la plenitud de derechos y, por lo tanto, igualdad jurídica, la extranjería no presupone la igualdad. En consecuencia, el estatuto de los extranjeros admite diferenciación” en “Noción de extranjero. Diferentes situaciones de extranjería. Normativa de extranjería”; *La inmigración. Derecho Español e Internacional*, Bosch, Barcelona, 1995.

<sup>10</sup> Vid. Javier de Lucas: *Puertas que se cierran*, Icaria, Barcelona, 1996, p. 23.

**libertad de expresión, reunión y asociación de los extranjeros y por consiguiente a su actividad política.**

**En cuanto a la diferencia entre nacionales y extranjeros en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, la propia Carta Social Europea la reconoce para el ámbito europeo, tanto en la parte 1ª, en su artículo 18 cuando se refiere a la posibilidad de restricciones al ejercicio de actividades lucrativas por los no nacionales, como en la parte 2ª en el artículo 12 sobre el derecho a la seguridad social, como en el artículo 19 relativo al derecho de los trabajadores migrantes y sus familiares a la protección y a la asistencia así como en el anexo 1, referido al ámbito de aplicación de personas protegidas.**

**En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (en adelante PIDSC) en su artículo 2º dispone que “los países en vías de desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente pacto a personas que no sean nacionales suyos”.**

**No obstante, existen similitudes entre nacionales y extranjeros en cuanto al disfrute de algunos derechos. Ya hemos visto que el derecho internacional general establece la obligación general de garantizar a todos los extranjeros los derechos y libertades fundamentales<sup>11</sup>.**

**Puede afirmarse igualmente, con la ayuda de la jurisprudencia y doctrina internacionalistas, que existe una obligación general de no discriminar a los extranjeros que ostentan una nacionalidad concreta frente a las demás.**

**Lo cierto es que en la mayoría de los casos los Estados restringen el acceso a los extranjeros a la mayoría de los derechos políticos, a la función pública y a determinadas profesiones. Sin embargo, los tratados internacionales, en estas materias normalmente de ámbito bilateral, utilizan fórmulas como el establecimiento de la cláusula de “trato recíproco” o de “la nación más favorecida” o la celebración de Tratados de Derecho uniforme, con el objetivo de lograr, en algunos casos, una mayor aproximación entre nacionales y extranjeros.**

### ***1.3 Breve referencia al derecho de los extranjeros a entrar, permanecer y salir de un Estado***

**El derecho de los nacionales de un Estado a ser admitidos en su propio territorio es algo que, desde el Derecho Internacional, no se discute.**

<sup>11</sup> Vid. principalmente el artículo 2 de la DUDH y los artículos 2 y 26 del PDCP. Para el ámbito europeo los artículos 1y 14 de la CEDH.

**Al mismo tiempo, existen ciertos límites al derecho soberano de un Estado a no admitir extranjeros en su territorio, vinculados al principio de no discriminación y sobre todo de tipo racial.**

**Sin embargo, en la práctica, un Estado puede, sin ninguna dificultad restringir la entrada de extranjeros por motivos de “orden público”, lo que le otorga un amplio margen de discrecionalidad. El procedimiento habitual suele consistir en otorgar un permiso temporal y reducir los permisos de residencia. Todos estos aspectos, que tienen múltiples concreciones, como la posible discrecionalidad de los visados, se regulan por el Derecho Interno Estatal y los Tratados Internacionales bilaterales o multilaterales que se hubieren suscrito.**

**Cuestión distinta es que, una vez dentro del territorio nacional, y aunque no haya sido autorizada su entrada, el Estado tenga la obligación de respetar el estándar mínimo internacional de derechos humanos del extranjero, lo que tiene como consecuencia que incluso para la expulsión, en su caso, deberán respetarse unas garantías, de las que es titular todo ser humano, y que forman parte del estándar mínimo de derechos humanos como es el derecho a tener libre acceso a los tribunales, el derecho a un juicio justo y a no ser discriminado ante ellos por razón de nacionalidad.**

**En cuanto a la salida de un determinado Estado, y una vez excluido el tema de la extradición, los extranjeros, desde un punto de vista jurídico internacional, tienen el derecho a abandonar un Estado. Las posibles limitaciones sólo podrán provenir, de los temas pendientes que puedan tener estas personas en ese territorio. En el mismo sentido, los instrumentos internacionales de derechos humanos tienden a reconocer el derecho a salir libremente de un Estado también a sus propios nacionales<sup>12</sup>.**

**En lo que se refiere a la materia de tan desgraciada actualidad en toda Europa de la expulsión de extranjeros que ya habían sido admitidos en un territorio, el Derecho Internacional exige que la expulsión esté fundada en normas legales<sup>13</sup> y que tenga lugar después de un procedimiento contradictorio, administrativo o judicial en el que el extranjero haya sido oído antes de la firmeza de la decisión. Obviamente los malos tratos están expresamente prohibidos.**

<sup>12</sup> Vid. Artículo 13.2 de la DUDH; el artículo 12.2 del PDCP; el Protocolo 4, artículo 2.2 a 4 de la CEDH y el artículo 22.2 de la CIADH.

<sup>13</sup> El artículo 13 del PDCP establece que “el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley “. Vid. en el mismo sentido los artículos 3.1 y 4 del Protocolo 4 y artículo 1 del Protocolo 7, ambos de la CEDH, así como el artículo 22.6 de la CIDH.

Cierto es que estas normas despliegan habitualmente su eficacia a través de la protección diplomática, ya que los recursos no suelen suspender una orden de expulsión, ni el extranjero, en muchos casos, tiene la posibilidad de recurrir ante los tribunales del Estado que le rechaza. Cabe preguntarse por las condiciones en que se encuentran los ciudadanos de aquellos Estados de origen que por diversos motivos “no se ocupan” de sus nacionales.

Otro supuesto a contemplar es aquel en el que el extranjero no ha llegado a obtener una situación regular en el país de destino. En esa circunstancia puede ser objeto lícitamente de un “rechazo” o en su caso de una “reconducción” a la frontera así como “devuelto” al país de origen o a un tercer Estado.

Existe no obstante un límite claro, el principio de *ius cogens* o derecho imperativo internacional, que prohíbe el rechazo, la expulsión o la devolución a un tercer Estado de un extranjero, cuando corra peligro cierto su vida o su integridad física y moral.

El deber de *non refoulement* se consagra en numerosos instrumentos internacionales como la declaración sobre el asilo territorial, y en concreto el artículo 3.1 de la Resolución 2312/XXII de 1967 de la Asamblea General de Naciones Unidas; el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas contra la tortura; el artículo 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos; el artículo 2.3 de la Convención de la OUA sobre aspectos específicos de los refugiados en África y el artículo 3 de la Convención de Caracas sobre Asilo Territorial.

En el ámbito europeo, y concretamente en el de la CEDH, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha referido a este principio de *ius cogens* en el contexto de los artículos 3, 8 y 13<sup>14</sup>, relativos respectivamente a la prohibición de tortura o tratos inhumanos o degradantes; la protección de la vida familiar y frente a la violación de derechos reconocidos por la Convención, a la necesidad de un recurso efectivo ante la instancia nacional.

En cualquier caso, la disposición más importante es la contenida en el artículo 33 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado de 1951 ya que forma parte de un instrumento internacional de ámbito universal, ampliamente

<sup>14</sup> El artículo 3 de la CEDH se refiere a la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, ver, entre otras, las decisiones de la Comisión en *Xc RFA*, N. 6315-73 (DR 1, pags 73-74) y *Amekrane contra el Reino Unido*, N 5961-72 (Rec.44, pp. 101 y ss). El artículo 8 en lo referido al respeto de la unidad de la vida familiar, ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de 29 de mayo de 1985, serie A N° 94, pp. 68-69. Por su parte, el artículo 13 se refiere al derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional cuando la Convención sea violada.



ratificado y cuya finalidad específica es la protección de los derechos humanos de los extranjeros mediante el refugio<sup>15</sup>.

Sin duda, todo Estado tiene el derecho de acoger de forma permanente o temporal a los extranjeros que sufren persecuciones por motivos políticos en sentido amplio. Pero, la pregunta es ¿tiene el deber de hacerlo? La DUDH, en su artículo 14.1, establece que “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él en cualquier país”, si bien cabe reconocer que ni el PDCP ni, en el ámbito europeo, la CEDH lo regulan, por lo que se puede afirmar que por el momento, este derecho, necesita mayor desarrollo jurídico.

Es cierto que la Convención de Ginebra de 1951 dispone claramente la obligación de reconocer la condición de refugiados a las personas que reúnan los requisitos establecidos en el Tratado, pero no existen procedimientos internacionales específicos de control que aseguren su aplicación.

En otro orden de cosas, se podría afirmar que está en vías de formación en el Derecho Internacional General el asilo territorial o refugio por razones humanitarias como serían la necesidad de supervivencia frente a condiciones de vida insostenibles, los motivos económicos, ecológicos o conflictos armados<sup>16</sup>. Finalmente señalar que lo que claramente prohíbe el Derecho Internacional a los Estados es la expulsión colectiva de extranjeros y para el caso de que sea individual, prohíbe la arbitrariedad.

## 2. Ámbito regional europeo

Como es sabido, en el ámbito europeo existen tres sistemas internacionales de protección de los derechos humanos que tienen un marco personal y competencial

<sup>15</sup> El artículo 33 titulado “Prohibición de expulsión y de devolución (*refoulement*)” dispone en su párrafo 1º: “Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de 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”. En su párrafo 2º matiza: “Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”. En el mismo sentido, tanto el artículo 32.2 de la Convención de Ginebra de 1951 como los artículos 3 y 3.2 de la Res. AG 2312(XXII) así como el párrafo 3 de la Resolución (67) 14 del Consejo de Europa, adoptada el 29 de junio de 1967 sobre “Asilo a personas en peligro de persecución”, establecen limitaciones a la obligación general de no rechazar, devolver o reconducir.

<sup>16</sup> Vid. Mariño. Op. cit. Tratado Cap. 16.

diferente. El primero es la Organización para la Cooperación y la Seguridad en Europa (OSCE), que comprende los cincuenta y tres Estados de Europa y cuya rama reservada a los Derechos Humanos se contiene en las Actas Finales de sus reuniones y especialmente en el Principio VII del Acta Final de Helsinki referido al “Respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales incluida la libertad de pensamiento, conciencia, religión o creencia”. El segundo es el Consejo de Europa constituido por treinta y cinco Estados y basado en la aplicación del CEDH y sus protocolos adicionales así como la Carta Social Europea. Y, finalmente, el tercero, al que me voy a referir más extensamente, el sistema de protección que ha sido impulsado fundamentalmente por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), referido a la Unión Europea (UE) que agrupa a quince Estados.

### *2.1 Algunas cuestiones básicas sobre los derechos humanos de los extranjeros en la Unión Europea*

Pienso que no se puede empezar una reflexión sobre los derechos humanos en la CE sin hacer referencia a la opinión que le ha merecido el sistema al profesor Carrillo Salcedo<sup>17</sup>, “resulta (...) chocante y extraño que los redactores de los Tratados fundacionales de las Comunidades no incluyeran en los mismos un catálogo sistemático de los derechos fundamentales, ni reconociesen expresamente en el plano comunitario las garantías constitucionales en vigor en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros”.

Sin embargo, otros autores como Cástor M. Díaz Barrado<sup>18</sup>, lo justifican afirmando que se trataba de un sistema peculiar, en el que no se pretendía un régimen general de protección de derechos fundamentales sino de alguna manera hacer frente a cuestiones sociales derivadas de la integración de carácter fundamentalmente económico, lo que no obsta para que afirme que es necesario que el ordenamiento jurídico comunitario asegure la garantía de los derechos fundamentales al menos a todos los destinatarios de sus normas.

La realidad es que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha evolucionado desde una actitud abstencionista, a la fase actual en la que garantiza estos derechos siempre en relación con la aplicación de normas comunitarias. Ejemplos de la primera actitud son las sentencias *Stork contra Alta Autoridad Ceca* de 4 de febrero de 1959 o la sentencia *Comptoirs de vente contra Alta Autoridad* de 15 de junio de 1960, *Scarlata*, sentencia de 1 de

<sup>17</sup> “La protección de los derechos fundamentales en las Comunidades Europeas”, en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Civitas, Madrid, 1986, p.17.

<sup>18</sup> “Reconocimiento y protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea” en *Derecho de Extranjería Asilo y Refugio*, 1995, Ministerio de Asuntos Sociales, p. 129 y ss.

abril de 1965 o *Nold*, sentencia de 20 de marzo de 1959. Este período se caracteriza por atenerse a lo dispuesto en los Tratados y perseguir el objetivo del Mercado Común.

De la segunda etapa, en la que ya se reconoce que “los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del Derecho que el Tribunal de Justicia garantiza y que la salvaguardia de estos derechos, al mismo tiempo que se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, debe ser asegurada en el marco de la estructura y los objetivos de la Comunidad”, cabe señalar por paradigmáticas *la Sentencia Internationale Handelsgesellschaft* (de la que está extraída la cita) y la que inicia la corriente, *la Sentencia Stauder*, de 12 de noviembre de 1969. Esta última establece un sistema de control por el TJCE de los actos de las instituciones comunitarias en el ámbito del Derecho comunitario, por lo que la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y la Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior (CJI) quedan excluidas, siendo particularmente grave en este último caso, pues en este ámbito se han producido muchas actuaciones que afectan a los derechos humanos.

La valoración que ha merecido esta evolución es que en la medida en que no se ha adoptado formalmente un sistema con los correspondientes mecanismos de protección de los derechos humanos, la garantía de estos derechos tiene lugar principalmente en el marco procesal y de interpretación judicial, es decir un sistema casuístico, con los consiguientes problemas de imprevisibilidad y falta de seguridad jurídica.

Por lo que se refiere a los principios generales del Derecho comunitario, se han ido determinando teniendo en cuenta los ordenamientos jurídicos internos y los instrumentos jurídicos internacionales entre los que sin duda ha ocupado siempre un lugar preeminente la CEDH.

Pero es cierto que en la UE no existe un catálogo escrito de derechos fundamentales. El argumento que han alegado los que ejercen el poder normativo es que no consideran que se haya llegado al grado necesario de integración. En mi opinión, no cabe duda que la elaboración de un catálogo proporcionaría una mayor seguridad jurídica ya que como ha señalado, con acierto, Diego López Garrido<sup>19</sup> “una construcción jurisprudencial de los derechos fundamentales –pretoriana- llevará siempre la debilidad de hacerse *case by case*”. Sin embargo, el magistrado del TJCE, Gil Carlos Rodríguez Iglesias<sup>20</sup> considera que “el Convenio Europeo de

<sup>19</sup> *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Madrid, 1986, p.147.

<sup>20</sup> “La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en Cátedra Ruiz-Giménez de estudios sobre el Defensor del Pueblo, Universidad Carlos III de Madrid, 1992, p. 213.

**Derechos Humanos desempeña ya en la práctica jurisprudencial del Tribunal de Justicia una función equivalente a la de un catálogo de derechos fundamentales formalmente reconocido”.**

Por lo que respecta a los convenios y otras normas internacionales, el TJCE puede acudir a ellos como instrumentos que le asistan en el reconocimiento de los derechos fundamentales a salvaguardar en el ámbito comunitario y para ello recurre al PIDCP o a los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

No obstante, junto a esta realidad, se puede afirmar con claridad que la CEDH tiene un lugar privilegiado tanto en lo que se refiere al proceso de determinación de los derechos fundamentales, como a la fijación de un estándar mínimo de protección. En este sentido, es paradigmática la sentencia *Rutili* de 28 de octubre de 1975 cuando afirma “las limitaciones aportadas a los poderes de los Estados miembros en materia de política de extranjeros se presentan como la manifestación específica de un principio más general consagrado en los artículos 8, 9, 10 y 11 del Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificado por todos los Estados miembros, y del artículo 2 del Protocolo 4 al citado Convenio, firmado en Estrasburgo el 16 de septiembre de 1963, que disponen en términos idénticos que las transgresiones de los derechos garantizados por los citados artículos en virtud de las necesidades del orden y la seguridad públicos, no pueden exceder del límite estrictamente necesario para la salvaguardia de dichas necesidades en una sociedad democrática”.

En este sentido, Rodríguez Iglesias afirma que “con independencia del valor jurídico del Convenio como elemento de identificación de principios generales, el Tribunal de Justicia aplica de hecho sus disposiciones como parte integrante del Derecho comunitario”<sup>21</sup>.

En cuanto al ámbito de protección de derechos fundamentales, la sentencia *Cinetheque* declara que al Tribunal “no le corresponde, sin embargo examinar la compatibilidad con el Convenio europeo de una ley nacional que se sitúa como es el caso, en un campo que deriva de la apreciación del legislador nacional” de lo que se deduce claramente que el Tribunal actuará sólo cuando la transgresión del Convenio sea consecuencia de la aplicación del Derecho comunitario.

La adhesión o no al CEDH ha sido muy debatida y realmente plantea muchas cuestiones. Cabe preguntarse por qué los actos de todos los Estados miembros están sometidos al control del respeto de los derechos humanos y no así los actos de la Comisión. El propio TJCE, preguntado por el Consejo, no se opone a la adhe-

<sup>21</sup> Op. cit. p. 213.

sión pero señala que para que ello fuera posible será necesaria una modificación del Tratado por no existir suficiente base jurídica para realizarlo<sup>22</sup>.

Y ¿qué aporta el Tratado de Amsterdam<sup>23</sup> a esta compleja situación?<sup>24</sup> En primer lugar, el Tratado de la Unión Europea (TUE) establece, en su artículo. 6.1, que los principios constitucionales de la “libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a todos los Estados Miembros” y en los que se basa la Unión por lo que serán exigibles a los candidatos a la integración<sup>25</sup>. La garantía del respeto a estos principios la establece el artículo 7 del TUE por el que el Consejo tendrá la potestad de constatar la violación grave y persistente por parte de un Estado de los principios señalados, lo que podrá tener como consecuencia la suspensión de determinados derechos derivados del Tratado mediante el procedimiento que se establece<sup>26</sup>. Probablemente se estaba pensando en la futura ampliación.

En segundo lugar y por lo que respecta a la CEDH, el artículo 6.2 del TUE, dispone que “la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (...) tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”. Esta fórmula ya había sido introducida por el TUE en 1991, la novedad reside en que el control judicial queda asegurado por la inclusión de este artículo en el ámbito competencial del TJCE<sup>27</sup> aunque de forma parcial ya que no

<sup>22</sup> Vid. Dictamen del TJCE 2/94, de 28 de marzo de 1996, respondiendo a la pregunta del Consejo sobre si la adhesión de la CE al CEDH sería o no compatible con el TCE.

<sup>23</sup> La Ley Orgánica 9/1998, publicada en el BOE de 17 de diciembre de 1998, autoriza la ratificación por España del Tratado de Amsterdam. Utilizo la nueva numeración de los artículos del TUE y del TCE, consecuencia en última instancia de la introducción de las modificaciones del Tratado de Amsterdam.

<sup>24</sup> Pérez González en “La Unión Europea y sus principios básicos” en *Tratado de Amsterdam. Análisis y Comentarios*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, p. 153.

<sup>25</sup> El artículo 49 del TUE establece que “cualquier Estado europeo que respete los principios enunciados en el apartado 1 del artículo 6 podrá solicitar el ingreso como miembro de en la Unión”.

<sup>26</sup> El artículo 7 del TUE establece el procedimiento que luego tiene su ramificación en los Tratados CE, Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) y Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa). Vid. artículo 309 de TCE.

<sup>27</sup> El artículo 46 del TUE establece la competencia del TJCE en los temas a los que se refiere el mencionado artículo 6.2 “con respecto a la actuación de las instituciones, en la medida en que el Tribunal de Justicia sea competente con arreglo a los Tratados”.

se aceptó la vía del recurso directo de los particulares, lo que hubiera supuesto mayores garantías. El Tratado de Amsterdam eleva a rango constitucional lo que ya venía aplicando la jurisprudencia.

Finalmente, los artículos 2 y 3 del TCE incorporan como uno de los objetivos de la Comunidad la igualdad entre el hombre y la mujer. Para llevarlo a cabo, el artículo 141 del TCE prevé que el Consejo adopte medidas que garanticen el principio de igualdad de oportunidades, al tiempo que posibilita a los Estados para que adopten medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales. Es así como, no sólo se refuerza el principio de igualdad de oportunidades sino que además, se admiten las medidas de acción positiva contra la discriminación por razón de sexo.

En suma, las modificaciones introducidas no vienen a solucionar todos los problemas pendientes, pero suponen un avance en la protección y defensa de los derechos humanos que necesitará de mayor profundización en futuras reformas por lo que estimo que no puede valorarse más que de forma positiva.

## *2.2 ¿Un espacio de libertad, seguridad y justicia?*

El Tratado de Amsterdam configura como uno de los principales objetivos de la UE la creación de “un espacio de libertad, seguridad y justicia”<sup>28</sup>, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con las medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, la inmigración, el asilo y la prevención y la lucha contra la delincuencia”<sup>29</sup>, con esa finalidad introduce toda una serie de novedades.

En primer lugar, dentro del TCE aparece un nuevo Título IV cuya denominación es “Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”, lo que supone la *comunitarización* de estas materias, con todas las garantías que aporta tanto en lo relativo al procedimiento de regulación de las materias y su mayor transparencia, sobre todo comparada con la oscuridad de Shengen, como en el control posterior del TJCE. Todo ello con dos matizaciones importantes, la primera es que la mayor parte de asuntos incluidos en este capítulo no se *comunitarizarán* hasta pasados cinco años de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam y la segunda que las competencias en las materias mencionadas se entenderán “sin perjuicio del ejercicio de responsabilidades que incumben a los Estados miembros en materia de mantenimiento del

<sup>28</sup> Vid. Mariño Menéndez: “Una Unión al servicio del ciudadano: (II) Un espacio de libertad, de seguridad y de justicia” en *Tratado de Amsterdam. Análisis y Comentarios*, McGraw Hill, Madrid, 1998, p. 255 y ss.

<sup>29</sup> Vid. artículo 2 del TUE.

orden público y salvaguardia de la seguridad interior”<sup>30</sup>. Es bien conocido el empleo extralimitado que se suele hacer de esta cláusula que ha hecho correr ríos de tinta a los Tribunales especializados de derechos humanos. Sin embargo, cuando por la llegada repentina de nacionales de terceros Estados, se produzca una situación de emergencia, el Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión podrá adoptar medidas provisionales en beneficio de los Estados afectados, que no podrán exceder de seis meses<sup>31</sup>. Sin duda, cuando se adopta esta decisión se tiene muy presente la conflictiva situación existente en los países centroeuropeos.

El Consejo tiene capacidad para adoptar medidas generales<sup>32</sup>, las referidas a garantizar la ausencia de controles sobre las personas en el cruce de fronteras interiores ya sean ciudadanas de la Unión o de terceros Estados, sobre el cruce de fronteras exteriores de nacionales de terceros Estados y las destinadas a regular las condiciones en que los nacionales de terceros Estados puedan viajar libremente por el territorio de la UE por un período no superior a tres meses. En cuanto a disposiciones sobre temas específicos, el artículo 63 del TCE, señala las relativas al asilo, a refugiados y personas desplazadas, la política de inmigración así como las condiciones de movilidad y residencia de los nacionales de terceros Estados dentro del territorio de la UE.

Por lo que se refiere a la política de inmigración, los temas a los que se extiende la competencia del Consejo son, por un lado, las condiciones de entrada y de residencia, y normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar; y por otro, la inmigración y la residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales.

Como podemos observar, la reforma es de capital importancia por lo que afecta a las competencias que los Estados transfieren al Consejo y, además, el plazo de cinco años no es obligatorio para todas las materias: las medidas destinadas al fomento del esfuerzo equitativo de los Estados para la acogida de refugiados, la regulación de las condiciones de entrada y residencia, visados de larga duración y permisos de residencia así como condiciones de residencia en los países miembros podrán ser adoptadas de forma inmediata (artículo 63.4 TCE). Sin embargo, la declaración nº 18 incluida en el Acta Final y relativa al artículo 63 permite a los Estados miembros la celebración de tratados internacionales con países terceros, siempre que no se opongan al derecho comunitario en estas materias no

<sup>30</sup> Vid. artículo 64.1 del TCE.

<sup>31</sup> Vid. artículo 64.2 del TCE.

<sup>32</sup> Vid. artículo 62 del TCE.

sujetas al plazo de cinco años. Sobre las materias reguladas en este nuevo título ejerce el control jurisdiccional el TJCE con los límites temporales y materiales establecidos en el artículo 68 TCE.

La segunda novedad importante del Tratado de Amsterdam es la incorporación del “acervo Shengen” a la UE por medio del Protocolo nº 2 anexo al TUE y al TCE<sup>33</sup>. Para su integración deberán tomarse las medidas establecidas en el propio Protocolo que en cualquier caso deberán ser compatibles con el Derecho de la Unión y con el Derecho Comunitario y estarán sometidas al control jurisdiccional del TJCE, lo que supone un gran avance en las garantías de los derechos individuales que puedan quedar afectados.

La tercera novedad se introduce con el ánimo de hacer posible el sistema. Es así como se establecen soluciones “a la carta” o de “geometría variable”. El Reino Unido, Irlanda y Dinamarca que se habían mantenido al margen de Shengen permanecen en una situación “sui generis” en relación con el nuevo Título IV del TCE y al mismo tiempo se establece la posibilidad de la cooperación restringida entre los Estados miembros que quieran ir más allá, tanto en el TUE como en el Protocolo por el que se incorpora el acervo de Shengen.

### 3. Aspectos básicos de los derechos fundamentales de los extranjeros en España

Si seguimos a Fernando Mariño Menéndez<sup>34</sup>, podemos distinguir dos grandes grupos de derechos y libertades fundamentales: los derechos y libertades compartidos por nacionales y extranjeros en España, por un lado, y los derechos exclusivos de los españoles por otro<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> El acervo de Shengen, definido en un anexo al Protocolo está constituido por el Acuerdo de Shengen de 14 de junio de 1985, el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Shengen de 19 de junio, los Protocolos y Acuerdos de Adhesión así como las Decisiones y Declaraciones adoptadas por el Comité ejecutivo creado por el Convenio y los actos adoptados.

<sup>34</sup> Vid. Fernando Mariño Menéndez: “Los extranjeros y el Derecho Internacional” en *Derecho de Extranjería Asilo y Refugio*, 1995, Ministerio de Asuntos sociales, p. 119.

<sup>35</sup> En el mismo sentido, pero expresado de otra forma, STC nº 107/1984 de 23 de noviembre, Sala segunda (BOE 21.12.84), en su fundamento jurídico 4º, distingue 3 categorías de derechos (...). “derechos que corresponden por igual a los españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución según dispone el artículo 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecen o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”.



Dentro de la categoría de derechos compartidos podemos diferenciar a su vez, los derechos inviolables intrínsecos a la dignidad de la persona de los demás derechos fundamentales.

Los **derechos inviolables** son aquellos a los que se refiere el artículo 10.1 de la Constitución Española (C.E.) cuando afirma que son fundamento del orden político y de la paz social: “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás”.

Estos derechos que podríamos concretar en el derecho a la vida, a la integridad física y moral, dentro del que se comprende el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre, el derecho a la libertad y a la seguridad jurídica, a la tutela efectiva de jueces y tribunales, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, así como en las libertades de pensamiento, conciencia y religión, constituyen el núcleo duro de derechos y libertades, y al mismo tiempo son la expresión del estándar mínimo internacional de derechos de los extranjeros que deben respetarse en el Estado español y cuyo incumplimiento supondría incurrir en responsabilidad internacional. En este sentido y para todos, españoles y extranjeros, insiste el artículo 10.2 de la C.E. cuando afirma que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

La STC nº 107/1984, de 23 de noviembre, fundamento jurídico 3º, al referirse a los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros afirma que son todos ellos de configuración legal, pero, añade textualmente “esta configuración puede prescindir de tomar como dato relevante para modelar el ejercicio del derecho, la nacionalidad o la ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos (...) **que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que, conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español.** Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., **corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles.**”<sup>36</sup>

Se reconoce a estos derechos y libertades contenidos en la Sección primera del Capítulo 2º de la C.E. su valor preeminente, su aplicabilidad directa, la necesidad de una ley orgánica para su desarrollo (artículo 81 de la C.E.) que respete su con-

<sup>36</sup> Ambas frases en negrilla en el original.

tenido esencial (artículo 53.1 C.E.). Su tutela se confía a los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y a la garantía del recurso de amparo ante el TC (artículo 53.2 C.E.), frente a las eventuales violaciones de los Poderes públicos.

En cuanto a **los otros derechos fundamentales** que pueden ser regulados por ley o tratado internacional, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 13.1 de la C.E., los extranjeros gozan en España de las libertades públicas que garantiza el Título I referido a los derechos y deberes fundamentales pero en los términos que establezcan los tratados internacionales y la ley. Concretamente respecto de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I, el artículo 53.1 establece que vinculan a todos los poderes públicos, serán desarrollados por ley que deberá respetar su contenido esencial<sup>37</sup> y estarán tutelados por el recurso de inconstitucionalidad de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 161.1.a).

Una lectura literal del Capítulo II del Título I de la C.E. podría hacer pensar que reserva únicamente para los españoles, algunos de los derechos comprendidos en este epígrafe, como la igualdad ante la ley (artículo 14); la libertad de circulación y residencia (artículo 19); el derecho de petición (artículo 29); el derecho al trabajo (artículo 35); el derecho a la seguridad social (artículo 41) y el derecho a la suficiencia económica durante la tercera edad (artículo 50). Efectivamente, en el mismo capítulo utiliza términos como “todos” tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral”(artículo 15), “se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto” (artículo 16); “toda persona” cuando se refiere al derecho a la libertad y a la seguridad (artículo 17), o al derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales; (artículo 24) o “el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”(art.18); o “nadie” en relación a la obligación a declarar sobre sus creencias (artículo 16.2) o de la posibilidad de “ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito” (artículo 25). Así mismo se utiliza el genérico para el reconocimiento y protección de los derechos a la expresión y difusión del pensamiento (artículo 20); a la reunión (artículo 21); a la asociación (artículo 22).

<sup>37</sup> El Defensor del Pueblo interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 9/1994, de 19 de mayo, que modificó la Ley de Asilo de 26 de marzo de 1984. Los motivos fueron la posibilidad contemplada en el artículo 5. 7 de que un extranjero peticionario de asilo pudiera estar en la frontera en una situación de semireclusión durante un período superior a las 72 horas. El Defensor del Pueblo entendió que no se respetaba el contenido esencial del derecho a la libertad al que se refiere el artículo 17.2 de la Constitución. Por otro lado la sentencia del TC 115/87, de 7 de julio, reconoció el derecho a la libertad como uno de los inherentes a la persona humana por lo que forma parte de los derechos cuyo disfrute es compartido por españoles y extranjeros tal y como interpretó la STC de 23 de noviembre de 1984.

Sin embargo, como se ha encargado de señalar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ello no quiere decir que los extranjeros no puedan ser titulares de los derechos reconocidos para los españoles<sup>38</sup>. Lo que ocurre es que la intensidad del disfrute de aquellos derechos puede ser diferente para los extranjeros y para los españoles, al estar además regulados por leyes específicas.

En desarrollo de las citadas disposiciones constitucionales se dictan toda una serie de normas. Como ha destacado, por ejemplo, Sagarra Trias<sup>39</sup> configuran el bloque normativo constitucional de los derechos de los extranjeros en España: la Constitución de 1978; los Tratados Internacionales que contengan disposiciones relativas a los derechos humanos de los extranjeros; la Ley Orgánica reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros junto con su legislación complementaria, las demás leyes orgánicas que regulan derechos fundamentales en la medida en que se refieren a los extranjeros; las leyes ordinarias como las de Asilo y Refugio y finalmente la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la de los Tribunales Internacionales.

Finalmente, y en cuanto a los supuestos **derechos exclusivos de los españoles**, es decir, **los derechos políticos** reconocidos a los españoles en el artículo 23 de la Constitución, el artículo 13.2 de la C.E. de un lado refuerza el reconocimiento de la exclusividad de estos derechos, pero de otro establece que se podrá atender a criterios de reciprocidad establecidos por Tratados Internacionales o por la ley para el sufragio activo o pasivo en las elecciones municipales<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Vid., entre otras muchas, la relacionada con la libertad de circulación, STC 94/1993, de 22 de marzo (BJC 144/1993, pp. 184 y ss).

<sup>39</sup> Eduard Sagarra Trias: "Los derechos fundamentales y la libertades públicas de los extranjeros en España a partir de la Constitución de 1978", en *Derecho de Extranjería Asilo y Refugio*, 1995, Ministerio de Asuntos Sociales, p. 285.

<sup>40</sup> Este párrafo fue modificado por reforma constitucional de 27 de agosto de 1992 (BOE de 28 de agosto). Vid. declaración del TC de 1 de julio de 1992 y Directiva 94/80/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 1994 (DOCE n° 368, de 31 de diciembre), modificada por la 96/30/CE del Consejo de 13 de mayo de 1996 (DOCE n° 122, de 22 de mayo), por la que se fijan las modalidades de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales. Vid. también el artículo 9 del Tratado de Cooperación y Amistad entre el Reino de España y la República Argentina de 3 de junio de 1988, sobre reciprocidad en la participación en las elecciones municipales.

#### 4. Conclusiones

Hemos visto como el régimen jurídico de la nacionalidad y el de la extranjería están determinados por el Estado, lo que no obsta para que actúe como límite a la soberanía estatal el estándar mínimo internacional de derechos humanos. Su contenido está en constante evolución y ampliación en la medida en que integra derechos tan básicos pero también tan omnicomprendivos como la vida, la integridad física y moral, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, el derecho a un juicio justo, a la personalidad jurídica, a crear una familia y a las libertades de pensamiento, conciencia y religión, derechos todos ellos indivisibles y que están siendo objeto de profundización por la Comunidad Internacional, cada día más sensibilizada ante la agresión a los derechos individuales. Pese a que el camino que queda por recorrer es largo. Sirva como muestra de ello el rechazo de los países receptores de inmigrantes a ratificar la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias.

En cuanto a la UE, hemos analizado de forma rápida las modificaciones que introduce el Tratado de Amsterdam en materia de derechos humanos así como la regulación prevista para la circulación de los ciudadanos de terceros Estados en el “espacio de libertad, de seguridad y de justicia”.

Hemos comprobado, de un lado, como no sólo se constitucionalizan los principios democráticos, de respeto a los derechos humanos y al Estado de Derecho, sino que además se convierten en requisitos indispensables para los futuros candidatos a la adhesión y su infracción podrá tener consecuencias sancionadoras graves para los Estados. Por otro lado, los derechos fundamentales se constitucionalizan lo que ya era una posición jurisprudencial del TJCE. Así pues, en este punto el Tratado supone un pequeño avance.

Sin duda, la inmigración es uno de los temas candentes en la agenda del Consejo de Ministros de la UE y como tal está incluido por la Presidencia Finlandesa que tiene prevista la aprobación de un plan de acción en el que se ligarían la migración y el desarrollo, lo que coincide con las tendencias marcadas por las Organizaciones Internacionales de ámbito universal y especialmente las Naciones Unidas<sup>41</sup>. Este enfoque global en el seno de la UE reviste aspectos positivos, pero exige, al mismo tiempo, contemplar el problema desde el punto de vista del individuo que se encuentra en una situación de “vulnerabilidad”, en expresión de la Comisión de Derechos Humanos, en la que el respeto a los derechos y libertades se hace muy necesario.

<sup>41</sup> Vid. C. Blat Mellado en “Migración y desarrollo. Acción de las Organizaciones Internacionales” en *Ciudadanía y solidaridad en la Unión Europea*, Universidad de Valencia, 1999, pp. 67 y ss.

En este sentido podría valorar las reformas introducidas por el Tratado de Amsterdam, en una primera aproximación y a expensas de cómo se desarrollen las previsiones, como positivas, sobre todo si se comparan con la situación preexistente. Como he señalado, el que se *comunitaricen* materias tan relacionadas con los derechos humanos de millones de personas supone mayores garantías por cuanto los procedimientos serán más transparentes que los utilizados en Shengen y por el control que podrá ejercer, en su momento, el TJCE. Aunque todo ello esté sujeto a diversos plazos y limitaciones propios de un sistema de integración, parece apuntarse una mayor sensibilidad hacia los individuos. Habrá que estar atentos a la evolución en la que sin duda el Parlamento Europeo tendrá un papel relevante<sup>42</sup>.

En cuanto al caso español, hemos verificado que la C.E. remite para la interpretación de los derechos fundamentales a todos los instrumentos internacionales de Derechos Humanos ratificados por España, al mismo tiempo que hemos comprobado que España, como los demás Estados desarrollados, no ha suscrito el Convenio de Naciones Unidas sobre los trabajadores migrantes. Los problemas se han manifestado en el desarrollo normativo del bloque legislativo que regula los derechos de los extranjeros y más aún en su aplicación. Sin embargo, nos encontramos en un momento interesante ya que la Ponencia de la Comisión de Derechos y Libertades del Congreso de los Diputados de la futura Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España está a punto de ser aprobada y, por lo que se refiere a los temas señalados, actuarán como límites a la potestad legislativa no sólo el respeto al estándar mínimo internacional de derechos humanos y los tratados internacionales sobre estas materias suscritos por España, sino también las nuevas competencias que asume la CE a partir de la reciente entrada en vigor del Tratado de Amsterdam.

Y para terminar, quisiera afirmar con el profesor Javier de Lucas<sup>43</sup> que (...) “la historia es, en gran medida, el proceso de superación de los ámbitos de exclusión, y eso se ve muy claro en los derechos humanos”. El propósito de este artículo ha sido señalar algunas cuestiones que ayuden a dilucidar en qué punto de ese recorrido nos encontramos.

<sup>42</sup> Es criticable que el PE no haya podido tener ninguna actuación en la recepción del acervo de Shengen ya que el Protocolo reserva esa competencia al Consejo, actuando por unanimidad.

<sup>43</sup> Vid. Javier de Lucas, op. cit., p.23.