



tirant  
monografías  
766

# Crisis e inmigración

Reflexiones interdisciplinarias  
sobre la inmigración en España

Francisco Javier Matia Portilla (Director)

Ignacio Álvarez Rodríguez  
Joaquín Arango Vila-Belda  
Ignacio Borrajo Iniesta  
Mónica Ibáñez Angulo  
Luis E. Delgado del Rincón  
Miguel Ángel Malo Ocaña

Ángel L. Martín Román  
Francisco Javier Matia Portilla  
Alfonso Moral de Blas  
Rosario Sampredo Gallego  
Dámaso Javier Vicente Blanco  
Camino Vidal Fueyo

# **CRISIS E INMIGRACIÓN**

## **REFLEXIONES INTERDISCIPLINARES SOBRE LA INMIGRACIÓN EN ESPAÑA**

**FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA**

**(Director)**

**Ignacio Álvarez Rodríguez  
Joaquín Arango Vila-Belda  
Ignacio Borrajo Iniesta  
Mónica Ibáñez Angulo  
Luis E. Delgado del Rincón  
Miguel Ángel Malo Ocaña**

**Ángel L. Martín Román  
Francisco Javier Matia Portilla  
Alfonso Moral de Blas  
Rosario Sampedro Gallego  
Dámaso Javier Vicente Blanco  
Camino Vidal Fueyo**

**tirant lo blanch**

Valencia, 2012

Copyright © 2012

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web [www.tirant.com](http://www.tirant.com) (<http://www.tirant.com>).

La presente publicación se realiza en el marco del Proyecto de Investigación VA005A10-1, sobre la integración social y ciudadana de los inmigrantes en Castilla y León, concedido por la Junta de Castilla y León para el trienio 2010-2012

© FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA  
Y VARIOS AUTORES

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
I.S.B.N.: 978-84-9004-687-6  
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com).  
En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.

# ÍNDICE

---

ABREVIATURAS.....	15
NOTA PRELIMINAR.....	17

## PRIMERA PARTE DIMENSIÓN SOCIOLÓGICA

### *Capítulo 1*

#### **Del boom a la crisis: la inmigración en España de la primera década del Siglo XXI**

JOAQUÍN ARANGO VILA-BELDA

1. Introducción.....	23
2. El boom inmigratorio .....	25
3. Del boom a la crisis: la inmigración en la encrucijada .....	28
4. Crisis económica e inmigración: desempleo y disminución de entradas .....	29
5. ¿Ha cambiado la política de inmigración? Indicios y realidades ..	37
6. La Directiva del Retorno.....	42
7. El Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo .....	44
8. La reforma de la Ley de Extranjería .....	47
9. La extensión del derecho de voto a los inmigrantes no comunitarios.....	49
10. Conclusiones .....	51

### *Capítulo 2*

#### **La paradoja de la “condición inmigrante”: una reflexión desde la sociología sobre la integración social de los inmigrantes**

ROSARIO SAMPEDRO GALLEGO

1. Introducción.....	55
2. Las tres dimensiones de la integración social de los inmigrantes	
2.1. La dimensión cultural de la integración .....	56
2.2. Integración social y redistribución de los recursos sociales ..	57
2.3. Integración social y participación.....	59
3. “España, país de inmigración” .....	60
4. Los extranjeros en España: diferentes movibilidades, diferentes realidades.....	61

5. Los extranjeros en el mercado de trabajo: la paradoja de la condición inmigrante .....	65
6. Los modelos familiares de inmigración: convivencia y arraigo familiar en España .....	72
7. Consideraciones finales: elementos para pensar la integración social de los inmigrantes.....	82

### *Capítulo 3*

#### **Estrategias y tácticas de representación entre inmigrantes transnacionales: el caso de la población búlgara en España**

MÓNICA IBÁÑEZ ANGULO

1. El proceso de representación .....	91
2. Estrategias y tácticas de representación en los medios de comunicación.....	94
2.1. Estrategias de representación de la población inmigrada en España .....	98
2.1.1. Estrategias de representación entre la población búlgara inmigrada en España .....	102
2.2. Tácticas de representación.....	105
2.2.1. Tácticas de representación entre la población búlgara inmigrada en España .....	109
2.2.2. Tácticas de representación en medios transnacionales producidos por población búlgara inmigrada en España.....	111
3. Conclusiones .....	117

### *Capítulo 4*

#### **La Ley aplicable al estatuto personal de los extranjeros. De las soluciones domésticas de política migratoria a la necesidad de una aproximación antropológica**

DÁMASO JAVIER VICENTE BLANCO

1. Estatuto personal e inmigración .....	121
1.1. ¿Qué es el estatuto personal?.....	121
1.2. La inmigración en el contexto de la “postglobalización” .....	125
1.3. El estatuto personal ante las últimas migraciones .....	129
2. El conflicto histórico entre la Ley nacional y la Ley del domicilio. La búsqueda de su superación a través de la residencia habitual .....	131
2.1. La escuela estatutaria y el cambio de criterio del Código Napoleónico.....	131
2.2. El conflicto entre la ley nacional y la ley del domicilio.....	132
2.3. La búsqueda de superación del conflicto a través del criterio de residencia habitual .....	139

3. El contexto multicultural y las respuestas. Una aproximación antropológica .....	145
3.1. La nacionalidad como conexión “multicultural”.....	145
3.2. La autonomía de la voluntad como opción del inmigrante de su “conexión” jurídica y cultural. La necesidad de una aproximación antropológica.....	148
4. Conclusión: la aproximación antropológica como instrumento de un Derecho internacional privado “postcolonial” .....	152

**SEGUNDA PARTE**  
**DIMENSIÓN ECONÓMICA**

*Capítulo 5*

**Inmigración internacional y mercado de trabajo: algunos aspectos económicos**

MIGUEL ÁNGEL MALO OCAÑA

1. Introducción.....	155
2. La decisión de emigrar .....	157
3. Inmigración, desigualdad y asimilación económica.....	160
4. Algunos datos sobre la inmigración extranjera en España.....	164
4.1. De país de emigración a país de inmigración.....	164
4.2. ¿Qué importancia ha tenido la inmigración irregular? .....	171
4.3. Empleo .....	173
4.4. Asimilación económica .....	180
5. Conclusiones .....	188

*Capítulo 6*

**Análisis económico del Derecho, economía laboral e inmigración**

ÁNGEL L. MARTÍN ROMÁN

1. Introducción y motivación.....	191
2. Análisis económico del Derecho, economía laboral e inmigración	193
2.1. Análisis económico del Derecho y economía laboral.....	193
2.2. Economía laboral e inmigración .....	195
2.3. Análisis económico del derecho, economía laboral e inmigración .....	196
3. Discriminación salarial e inmigración .....	199
3.1. Teoría .....	199
3.2. Evidencia empírica .....	201
4. Contratación laboral, despido e inmigración .....	205
4.1. Teoría .....	205
4.2. Evidencia empírica .....	207

5. Siniestralidad laboral e inmigración .....	212
5.1. Teoría .....	212
5.2. Evidencia empírica .....	215
6. Salario mínimo e integración.....	219
6.1. Teoría .....	219
6.2. Evidencia empírica .....	220
7. Conclusiones y recomendaciones de política económica.....	222

*Capítulo 7*

**Estimación y efectos económicos de la inmigración  
irregular**

ALFONSO MORAL DE BLAS

1. Introducción .....	225
2. Bases de datos de inmigración.....	226
2.1. Registro Central de Extranjeros .....	227
2.2. Padrón Municipal Continuo de Población .....	228
2.3. Censos de Población .....	228
2.4. Encuesta de Población Activa .....	229
2.5. Registro de Trabajadores Extranjeros. Aplicación a la Seguridad Social .....	230
2.6. Estadística de Variaciones Residenciales.....	230
2.7. Encuesta de Migraciones .....	231
2.8. Estadística de Permisos de Trabajo a Extranjeros .....	231
2.9. Encuesta Nacional de Inmigración.....	232
3. Una estimación de la inmigración irregular en España .....	232
3.1. Datos nacionales de inmigración .....	233
3.2. Datos regionales de inmigración .....	238
3.3. Datos de inmigración según país de procedencia .....	241
4. Efectos económicos de la inmigración irregular .....	247
4.1. Efectos sobre el Sistema de Seguridad Social.....	248
4.2. Efectos sobre el precio de la vivienda .....	249
4.3. Efectos sobre productividad .....	250
4.4. Efectos sobre el mercado de trabajo .....	250
4.5. Efectos sobre la demanda de servicios sanitarios.....	251
5. Conclusiones .....	251

**TERCERA PARTE  
DIMENSIÓN JURÍDICA**

*Capítulo 8*

**La posición constitucional de los inmigrantes en Derecho  
español: El estado de la cuestión en la jurisprudencia del  
Tribunal Constitucional**

253

IGNACIO BORRAJO INIESTA

*Capítulo 9*

**Los derechos fundamentales de los extranjeros al servicio de la integración de los inmigrantes**

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA

1. Intenciones.....	267
2. Los derechos fundamentales de los extranjeros .....	270
2.1. El marco constitucional.....	270
2.2. La jurisprudencia constitucional en la materia.....	277
2.2.1. Principios generales .....	277
2.2.2. La aplicación de los principios generales descritos .....	279
2.3. Una lectura alternativa del art. 13.1 CE .....	288
2.3.1. Un presupuesto obligado: ¿Por qué repensar la cuestión? (las contradicciones existentes en la jurisprudencia actual del Tribunal Constitucional) .....	288
2.3.2. Una lectura constitucionalmente adecuada del art. 13.1 CE.....	293
3. Los derechos fundamentales como privilegiado medio de integración social y jurídica de los inmigrantes .....	298

*Capítulo 10*

**Los derechos sociales de los inmigrantes**

LUIS DELGADO DEL RINCÓN

1. La configuración del estatuto jurídico de los derechos de los ex- tranjeros a través de la normativa constitucional y comunitaria, de la legislación estatal y autonómica y de la jurisprudencia cons- titucional.....	301
2. La compleja distribución de competencias en materia de extran- jería e inmigración: derechos sociales e integración social de los inmigrantes.....	308
2.1. Derechos sociales e integración social de los inmigrantes ....	308
2.2. La integración social de los inmigrantes y el arraigo.....	315
3. Marco normativo sobre el acceso, titularidad y ejercicio de algunos de los derechos sociales de los inmigrantes .....	320
3.1. Derecho a la educación: su dimensión prestacional.....	321
3.2. Derecho a la asistencia sanitaria.....	328
3.3. Derecho de acceso a los servicios sociales .....	332
3.4. Otros derechos sociales .....	337
3.4.1. El derecho a recibir ayudas públicas en materia de vivienda.....	337
3.4.2. El derecho de asistencia jurídica gratuita .....	341



*Capítulo 11***Mecanismos de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la integración de los inmigrantes: una panorámica general**

IGNACIO ÁLVAREZ RODRÍGUEZ

1. Algunas constataciones previas.....	345
2. Criterios relativos a la cooperación interadministrativa .....	348
2.1. El criterio de la competencia compartida de la integración de inmigrantes: breve referencia .....	348
2.2. Los criterios de colaboración y cooperación.....	350
3. Estructuras orgánicas .....	353
3.1. En sentido estricto.....	353
3.1.1. La Conferencia Sectorial de Inmigración.....	353
3.1.2. Las Subcomisiones de Cooperación.....	354
3.2. En sentido amplio.....	355
3.2.1. El Consejo Superior de Política de Inmigración .....	355
3.2.2. El Foro para la Integración Social de los Inmigrantes .....	357
3.2.3. El Observatorio Permanente de la Inmigración .....	359
3.2.4. La Conferencia de Presidentes .....	360
4. Estructuras no orgánicas .....	362
4.1. La participación en actuaciones concretas: especial referencia al ámbito laboral.....	362
4.1.1. Autorizaciones de trabajo por cuenta propia y por cuenta ajena.....	364
4.1.2. Gestión colectiva de las contrataciones en origen .....	365
4.1.3. El régimen especial de los trabajadores de temporada .....	365
4.2. La participación en la planificación.....	366
4.2.1. A nivel estatal: el Plan Estratégico Ciudadanía e Integración 2007-2010 .....	366
4.2.2. A nivel autonómico: una realidad consolidada .....	368
4.3. La participación privilegiada .....	369
4.3.1. Los Convenios Bilaterales de Cooperación .....	369
4.3.2. Los Fondos de financiación para la integración de inmigrantes.....	370
a) Fondo de Apoyo a la Acogida e Integración de los Inmigrantes y al Refuerzo Educativo.....	371
b) Fondo Europeo para la Integración de Naciones de Terceros Países .....	373
5. Conclusiones .....	374

*Capítulo 12*  
**Políticas públicas e inmigración**  
CAMINO VIDAL FUEYO

1. Introducción.....	377
2. La inmigración en las políticas públicas.....	382
3. La integración de los extranjeros en la Ley Orgánica de extranjería.....	386
3.1. Un modelo de integración intercultural.....	388
3.2. Un modelo basado en principios y no en reglas.....	391
3.3. El Fondo Estatal para la Integración de los inmigrantes.....	394
4. Problemas derivados de la falta de modelo de integración.....	396
5. Conclusiones.....	399
 BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	 401

# LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS AL SERVICIO DE LA INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRANTES

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA

*Profesor de Derecho Constitucional*

*Universidad de Valladolid*

*javierfacultad@gmail.com*

---

## 1. INTENCIONES

Cuando, hace un año largo, un grupo de profesores nos embarcamos en impulsar, primero, y desarrollar, después, un proyecto de investigación sobre la integración social y jurídica de los inmigrantes en Castilla y León, era difícil pensar que en este periodo de tiempo no solamente no se solventarían las dudas iniciales, sino que se verían éstas enriquecidas con nuevos interrogantes.

Aunque escribo estas líneas a título personal, creo que tal sensación ha sido compartida por algunos otros miembros del proyecto de investigación, y que la misma se ha dejado entrever en algunas de las aportaciones que se publican en este mismo volumen. Puede ser útil tratar de delimitar, con mayor precisión, cuáles son algunos de esos factores que complejizan esta cuestión, porque dicha tarea presenta importancia en el presente estudio.

Es evidente (y este dato explica la composición interdisciplinar del equipo de investigación) que un análisis completo de la inmigración requiere el manejo de saberes diversos, como son el Derecho (en especial, el constitucional y el administrativo y no, en menor medida, el Derecho comunitario), la economía, y la sociología.

Centrándonos en el análisis jurídico de la inmigración, resulta preciso tomar en consideración para su correcto análisis las disposiciones constitucionales en la materia (especialmente, los arts. 13, 14 y 9.2 CE), las comunitarias que inciden en este campo<sup>1</sup>, y la

---

<sup>1</sup> Las primeras preocupaciones en esta materia se suscitan en el Consejo Europeo de Tampere (octubre de 1999), y se han expresado, más recientemente, en la Comunicación de la Comisión sobre “Una política común de

abundante normativa legal y reglamentaria existente. Sin embargo, se advertirá enseguida que dicho acervo incide sobre títulos competenciales muy distintos, y que mientras que algunos de ellos se encuentran exclusivamente reservados al Estado central, otros inciden manifiestamente en competencias autonómicas. En efecto, mientras que el control de las fronteras solamente atañe al Estado central, las políticas sociales que afectan a los residentes (con independencia de la regularidad de su situación administrativa) incumben a las autoridades autonómicas y locales<sup>2</sup>.

Las siguientes líneas se centrarán en la cuestión que, en su día, se me encomendó, que era realizar una nueva reflexión sobre los derechos fundamentales de los extranjeros en nuestro país (apartado segundo). Se me permitirá, no obstante, que trate de vincular esta cuestión con el objeto propio del proyecto de investigación, lo que me permite ahondar en una determinada concepción de los derechos fundamentales, como medio de lograr la integración social y jurídica de los inmigrantes (apartado tercero), aprovechando las propias potencialidades que nuestra Constitución encierra.

Antes de comenzar a desarrollar este esquema, debo aclarar, por si hubiera alguna duda, que manejo una noción estricta de derecho fundamental, vinculada a las normas constitucionales que reconocen derechos subjetivos que pueden ser invocados por las personas. No me ocuparé, por tal motivo, de los derechos humanos que los extranjeros puedan alegar, como justiciables que son, ante los tribunales internos, y que vienen reconocidos por normas internacionales (especialmente, el Convenio Europeo de Derechos Humanos o, más recientemente, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión

---

emigración para Europa: principios, medidas e instrumentos”, de 17 de junio de 2008 —COM(2008) 359 final—, dictaminada por el Consejo Económico y Social Europeo (*vid. DOUE* 2009/C/218, pp. 69 y ss.). Especial interés presenta, en el contexto de este trabajo, la impulsión del Foro Europeo sobre Integración y del sitio web europeo sobre integración en el año 2009 y el *Manual sobre la integración* (Tercera edición. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Luxemburgo, 2010). La abundante legislación comunitaria en vigor puede ser consultada en <http://extranjeros.mtin.es/es/NormativaJurisprudencial>.

<sup>2</sup> Estas cuestiones son extensamente tratadas en el capítulo de Ignacio Álvarez Rodríguez, recogido en este mismo libro.

Europea<sup>3</sup>). Aunque estos derechos, y la interpretación auténtica ofrecida por los tribunales que garantizan su respeto, pueden ser, en última instancia, relevantes para los derechos fundamentales, a la vista de lo contemplado en el art. 10.2 CE<sup>4</sup>, no tienen su misma naturaleza<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Sobre la influencia del citado Convenio en la posición de los extranjeros, es de manifiesta utilidad Boza Martínez, Diego: *Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz. Cádiz, 2007.

<sup>4</sup> Ver, en el plano doctrinal, Saiz Arnaiz, Alejandro: *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1999; Cruz Villalón, Pedro. “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros y las personas jurídicas”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 35 (1992), pp. 65-66; Rey Martínez, Fernando. “El criterio interpretativo de los derechos fundamentales conforme a normas internacionales”. *Revista General de Derecho* 537 (1989) y Matia Portilla, Francisco Javier: “Dos Constituciones y un solo control. El lugar constitucional del Estado español en la Unión Europea”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 74 (2005), pp. 344-345. Y es que el compromiso adquirido por el Estado español al suscribir el Convenio Europeo de Derechos Humanos es que sus autoridades no vulneren, en ningún caso, los derechos allí recogidos. Desde esta perspectiva pierde sentido la referencia a la nacionalidad del sujeto afectado, y alcanza mayor relevancia la noción de justiciable, entendida como cualquier persona que pueda verse sometida al poder de nuestras autoridades. Por tal motivo, discrepo de la idea de que el art. 10.2 otorgue a los convenios sobre derechos humanos una eficacia cuasi-constitucional, expuesta por Ignacio Borrajo Iniesta (en “El status constitucional de los extranjeros”. En VV.AA: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Tomo II. Madrid, 1991, p. 702. Ver también pp. 764-765).

<sup>5</sup> Y es que solamente son indisponibles para el legislador los derechos recogidos en las normas constitucionales. Autorizadas voces acogen la indisponibilidad del legislador como la nota esencial para poder hablar de derechos fundamentales. *Vid.* Cruz Villalón, Pedro: “Formación y evolución de los derechos fundamentales”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 25 (1989), p. 41 y, especialmente, “El legislador de los derechos fundamentales”. *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos* 2 (1990) (monográfico sobre los derechos fundamentales), p. 9; Rubio Llorente, Francisco: “Constitución y derechos fundamentales”. *Saber leer* 16 (1988), p. 8; Prieto Sanchís, Luis: “El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución española”. *Anuario de Derechos Humanos* 2 (1983), pp. 371-372.

## 2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS

### 2.1. *El marco constitucional*

Son muchos los trabajos publicados en la materia que nos ocupa<sup>6</sup>, y este estudio no pretende ofrecer una lectura radicalmente novedosa de esta cuestión, pero sí aportar algunas reflexiones críticas en la materia. Partiremos, para ello, como no puede ser de otra forma, de lo dispuesto en nuestra Constitución.

Aunque es bien cierto que el contexto en el que ésta se elaboró (un país bastante atrasado y emigrante) ha cambiado radicalmente (por el desarrollo y por haberse convertido en un Estado receptor de abundante inmigración<sup>7</sup>), dichas transformaciones no se han trasladado,

---

<sup>6</sup> Entre los que destacan Vidal Fueyo, Camino: *Constitución y extranjería*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002; Ferrer Peña, Ramón: *Los derechos de los extranjeros en España*. Tecnos. Madrid, 1989; Cabanillas, José M: *Los derechos de los extranjeros en España*. Fausal. Barcelona, 1994; Sagarra Trías, Eduard: *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura: Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*. Universitat de Barcelona. Barcelona, 2002; Masso Garrote, Marcos F: *Los derechos políticos de los extranjeros en el estado nacional: los derechos de participación política y el derecho de acceso a funciones públicas*. Colex. Madrid, 1997, y los muchos trabajos publicados por Eliseo Aja y el relevante grupo de investigación que dirige en esta materia, cuya importante labor se ha concretado recientemente en la publicación del volumen colectivo *Los derechos de los inmigrantes en España*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009. Ver, también, Álvarez Conde, Enrique: “El status constitucional de los derechos fundamentales de los extranjeros”. En Álvarez Conde, Enrique y Pérez Martín, Elena (dirs.): *Estudios sobre Derecho de extranjería*. Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos. Madrid, 2005, pp. 37 ss., y el sugerente enfoque empleado por Javier García Roca en “La titularidad constitucional e internacional de los derechos fundamentales de los extranjeros y las modulaciones legales a sus contenidos”. En Revenga Sánchez, Miguel (coord.): *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España* (II Jornadas italo-españolas de Justicia Constitucional). Tirant lo Blanch. Valencia, 2004, pp. 71 ss. Partiré, por pura coherencia personal, de las ideas ya avanzadas en mi tesis doctoral, sobre *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio* (Mc-Graw Hill. Madrid, 1997, pp. 68 ss.).

<sup>7</sup> Ver, por todos, Santolaya Machetti, Pablo: “Presentación de la Mesa sobre ciudadanía e inmigración”. En García Roca, Javier y Albertí Rovira, Enoch (coords.): *Treinta años de Constitución*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010, p. 585.

en el momento actual, a nuestra norma fundamental. Tampoco se ha ponderado en sede constitucional si resulta conveniente repensar la tradicional vinculación entre nacionalidad y ciudadanía en un nuevo contexto cosmopolita y globalizado, y optar, consecuentemente, por un nuevo paradigma de la ciudadanía basado en la residencia (estable)<sup>8</sup>.

Debemos seguir partiendo así, para nuestro examen, del confuso art. 13 CE<sup>9</sup>. Como es bien sabido, su primer apartado dispone que

---

<sup>8</sup> De estas cuestiones trata el magnífico trabajo de Benito Aláez Corral, *Nacionalidad, ciudadanía y democracia ¿A quién pertenece la constitución?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Tribunal Constitucional. Madrid, 2006, ofreciendo una multitud de matices que no es preciso recordar aquí. Puede citarse, del mismo autor, *Nacionalidad y ciudadanía* (Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2008), “Nacionalidad y ciudadanía desde la perspectiva de la soberanía democrática” (en Fresno Linera, Miguel Ángel: *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, pp. 43 ss.) y “Ciudadanía democrática, multiculturalismo e inmigración” (en García Roca, Javier y Albertí Rovira, Enoch (coords.): *Treinta...*, cit., pp. 597 ss.). Ver, también, las ideas relacionadas con la sociedad democrática avanzada y los valores superiores que se recogen en Goig Martínez, Juan Manuel: *Derechos y libertades de los inmigrantes en España. Una visión constitucional, jurisprudencial y legislativa*. Universitas Internacional, SL. Madrid, 2004, pp. 54 ss. y, del mismo autor, “Políticas migratorias. Derechos humanos, ciudadanía e integración”. En García Roca, Javier y Alberti, Enoch (coords.): *Treinta...*, cit., pp. 695 ss., así como el muy sugerente estudio de José Antonio Sanz Moreno (“La nación, los nacionalismos y los nuevos ciudadanos del Estado democrático”, *ibidem*, pp. 787 ss.).

<sup>9</sup> El art. 12.1 del Anteproyecto de Constitución rezaba que “la condición jurídica del extranjero se regulará por la ley y por los tratados, atendiendo siempre al principio de efectiva reciprocidad”. Esta idea de “efectiva reciprocidad” fue cuestionada en ese mismo momento (Voto Particular del Grupo Parlamentario Socialistas del Congreso que interesa la supresión del término “efectiva”, I, p. 51. En sentido similar ver las enmiendas 35, 64, 250, 465, 695 y 775 I, pp. 148, 166, 246, 318-319, 419 y 484, respectivamente). También la frase que seguía de que “solamente los españoles serán titulares de derechos políticos” (I., p. 51) se intentó eliminar (Voto Particular del Grupo Socialista, I, 51 y Enmiendas 334 y 695, en I, pp. 275 y 419). El informe de la Ponencia suprime así la referencia a la reciprocidad, pero no el inciso final (I, p. 511). Tampoco se produce esta mutilación ni en el debate de la Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas del Congreso sobre el art. 12 del Proyecto de Constitución, celebrado el 17 de mayo de 1978 (I, p. 963), ni en el debate del Pleno del Congreso (II, p. 2003). El texto aprobado por el Congreso se puede consultar en II, p. 2577. Por otra parte, el segundo apartado del art. 12 es muy similar al vigente

“los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”. El tenor literal del precepto haría indicar que los extranjeros solamente pueden oponer algunos derechos subjetivos frente a la Administración, pero no frente al legislador, que es quién define su alcance, ya sea a través de las leyes o de los tratados internacionales que ratifique, si se acepta que el término “libertades públicas”<sup>10</sup> fue deliberadamente incorporado al artículo constitucional.

Un análisis en profundidad de esta disposición nos permitiría ir un poco más lejos. Mientras que el listado de libertades públicas está constitucionalmente tasado (son las “que garantiza el presente Título”), su

---

art. 13.1 CE, aunque alude a los extranjeros residentes. Hubo quién solicitó su supresión (Enmienda 2, I, p. 123), pero la Ponencia mantuvo el texto inicial (I, pp. 511-512). Se pretendió nuevamente su eliminación en el citado debate de la Comisión, pero dicha iniciativa no prosperó (I, p. 963), aunque sí desapareció la referencia a los “extranjeros residentes”, quedándose, simplemente, en “extranjeros” (II, p. 1805).

Las enmiendas presentadas en el Senado presentan una desigual importancia (algunas menores, como son las 140, 423, 827 y 829, 1044 —III, p. 2720, 2844, 2950, 2950-2951, 2950—; otras más relevantes, como son las enmiendas 13, que interesa la supresión del primer apartado y la reformulación del segundo, y 660, que propone una redacción alternativa de ambos apartados —III., pp. 2675, 2946—). La Comisión de Constitución del Senado aprueba, por exigua mayoría y en segunda votación (III, p. 3184) la enmienda 13, lo que se concreta en el novedoso art. 13.1 del Dictamen de la Comisión, debiendo hacerse notar que en este mismo trámite desaparece la referencia a que no podrán ejercer derechos políticos (IV, p. 4197). El Pleno confirma íntegramente esta redacción (IV, pp. 4412 y 4846). Sin embargo, reaparece esta limitación en el Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado, como apartado segundo. Además, se hace una referencia general a la ley, y no a la “ley reguladora de su condición jurídica” (IV, p. 4871), llegándose así al precepto finalmente aprobado. Todas las citas se refieren a *Constitución española. Trabajos parlamentarios*. Cortes Generales. Madrid, 1980 (4 Vols.).

<sup>10</sup> Sobre la noción estricta de libertades públicas, puede consultarse la contribución del Louis Favoreu en López Pina, Antonio (ed.). *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*. Civitas. Madrid, 1991, p. 43. Un concepto distinto maneja Remedios Sánchez Ferriz (en *Estudio sobre las libertades*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1989, pp. 45. Ss.), tal y como recuerda Juan Manuel Goig Martínez (en *Derechos...*, cit., p. 38). También presenta Camino Vidal Fueyo otras posibles concepciones de libertades públicas en *Constitución...*, cit., pp. 81 ss., alternativas a la aquí defendida, y que no cuentan con soporte dogmático alguno. Ver, también, la descripción realizada por Sagarra Trias, Eduard: *La legislación...*, cit., p. 100.



contenido es puramente legal. Habría así una garantía constitucional en cuanto al *nomen iuris* de las libertades, pero no en cuanto a su contenido (especialmente, la determinación de las facultades que integra y sus límites), que sería libremente determinado por el legislador.

Este entendimiento de la cuestión podría además encontrar cierta apoyatura constitucional en otros preceptos constitucionales, como son los arts. 14 y 53.2 CE. Sería lógico, en efecto, que la igualdad formal sea reconocida, exclusivamente, a los españoles. En efecto, si la Constitución permite un régimen jurídico diferenciado de las libertades públicas allí previstas para los no nacionales, no pueda invocarse una igualdad formal en tales materias. Dicho con otras palabras, la extranjería constituiría un criterio de diferenciación constitucionalmente previsto, lo que excluiría, a priori, la existencia de una discriminación.

Es oportuno hacer notar que el Tribunal Constitucional no ha asumido siempre este criterio, sino que, bien al contrario, ha entendido que los extranjeros son titulares del derecho a que se respete el principio de igualdad. Mientras que en algunas resoluciones parece decantarse por la construcción que se acaba de defender, matiza en otras. En efecto, en el ATC 435/1990/2, de 17 de diciembre, se señala que “la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del Tratado o la Ley”, y que, “como el trato jurídico dado a los españoles y extranjeros admite legítimas diferencias, no puede considerarse conculcado el principio de igualdad”<sup>11</sup>. Sin embargo, en la STC 137/2000/1, de 29 de mayo, se entiende que entre los derechos y libertades que deben ser en todo caso reconocidos a los extranjeros se encuentra “el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Parece entonces que el art. 14 CE sí que puede beneficiar a los extranjeros<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Esta jurisprudencia arranca de la STC 107/1984/4, de 23 de noviembre, en la que puede leerse: “Constitucionalmente no resulta exigible la igualdad de trato entre los extranjeros [...] y los españoles en materia de acceso al trabajo [...]. La desigualdad resultante en relación a los españoles no es, en consecuencia, inconstitucional, y no porque se encuentre justificada en razones atendibles, sino, más sencillamente, porque *en esta materia nada exige que deba existir la igualdad de trato*” (el subrayado se hace en este trabajo).

<sup>12</sup> Ver Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel y Fernández López, María Fernanda: “La igualdad ante la Ley y en la aplicación de la Ley”. En Casas

También podría parecer coherente con la citada construcción del art. 13.1 CE que el art. 53.2 CE disponga que “cualquier ciudadano” podrá recabar la tutela de los derechos fundamentales, dado que los extranjeros no serían titulares, en puridad, de derechos fundamentales, sino de libertades públicas<sup>13</sup>. No lo es, sin embargo, tanto. Es cierto que el art. 13.1 CE, interpretado de forma literal, permite defender que, como ya se ha indicado, el legislador es libre para diferenciar el régimen jurídico de los derechos entre nacionales y extranjeros. Resulta más difícil aceptar, sin embargo, que una actuación administrativa que vulnera una libertad pública de los extranjeros no pueda ser cuestionada en amparo. Si se comparte esta idea, se podrá concluir que la pretendida apoyatura en el art. 53.2 CE ofrece menor convicción y que, como no podía ser de otra forma, el Tribunal ha examinado muchos recursos de amparo interpuestos por ciudadanos extranjeros<sup>14</sup>.

Así como los arts. 14 y 53.2 CE refuerzan una lectura literal del art. 13.1 CE, otros preceptos constitucionales permiten cuestionar su acierto. Sería preciso hacer constar, en primer lugar, el hecho de que muchos derechos se formulan en nuestra norma fundamental a favor de las personas, o se predicán de todos o de todas las personas o, se señala, en fórmula negativa, que nadie puede ser privado del mismo<sup>15</sup>. En segundo lugar, el dato de que puede interponer un recur-

---

Baamonde, María Emilia y Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, Miguel (dirs.); Borrajo Iniesta, Ignacio y Pérez Manzano, Mercedes (coords.): *Comentarios a la Constitución española (XXX aniversario)*. Fundación Wolters Kluwer. Toledo, 2009, p. 287 y Vidal Fueyo, Camino: *Constitución...*, cit., pp. 159 ss.

<sup>13</sup> Ver, en el plano doctrinal, Díaz Lema, José Manuel. “¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?”. En AAVV: *Introducción a los derechos fundamentales* (X Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado). Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid, 1988. Vol. II, p. 1162.

<sup>14</sup> Las Sentencias que han culminado algunos de tales recursos de amparo serán examinadas en el siguiente epígrafe del presente estudio.

<sup>15</sup> Centrando mi mirada, por razones de economía argumentativa, en los recogidos en la primera sección del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución, se puede constatar que todos tienen derecho a la vida, a la educación y a la sindicación (arts. 15, 27.1 y 28.1 CE), que todas las personas son igualmente titulares de los derechos a la libertad personal y a la tutela judicial efectiva (art. 17.1 y 24.1 CE) y que nadie puede ser privado de los recogidos en el art. 16.2 y 25 (aunque éste último no encierre un derecho fundamental). Muchísimos otros derechos se reconocen de forma impersonal, como son los referidos a la libertad ideológica, religiosa y de

so de amparo toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo (art. 162.1.b CE). Y jugaría en la misma dirección, en tercer y último lugar, la declaración constitucional de que la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes constituyen el fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE).

Estos elementos, tomados de forma aislada o combinada, permiten colegir que los extranjeros no pueden ser irrelevantes desde la perspectiva constitucional, pese a que el tenor literal del art. 13.1 permita defender, razonablemente, lo contrario.

Resultan más endebles, considerados en sí mismos, los dos primeros elementos señalados. Aunque el tenor literal empleado en algún derecho fundamental aluda a todas las personas o se reconozca de forma impersonal (“se garantiza...”; “se reconoce...”), no resultaría descabellado defender que, en todo caso, el art. 13.1 CE constituye una norma especial, lo que exigiría reinterpretar la literalidad contenida en la regulación de los distintos derechos fundamentales. Así como resulta evidente que el principio de igualdad (art. 14 CE) no compromete el hecho de que la sucesión del trono beneficie a un sexo sobre el otro (art. 57.1 CE), aunque se haya intentado construir la esotérica idea de que la Constitución puede contener normas inconstitucionales, podría alcanzarse una conclusión similar en la materia que ahora nos atañe.

Tampoco altera profundamente la cuestión el art. 162.1.b CE, dado que podría entenderse que no resulta incoherente con el ya citado art. 53.2 CE<sup>16</sup>. Mientras que éste vincula la ciudadanía con la titularidad de

---

creencias, intimidad, honor y propia imagen, inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones, libertades de expresión e información, de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, y la libertad de cátedra, los derechos de reunión, asociación, libertad de enseñanza y derecho de huelga (arts. 16.1, 18.1, 18.2, 18.3, 18.4, 20.1, apartados a) a d), 21, 22, 27.1 y 28.2 CE). Por contra, la igualdad, la libre circulación y elección de residencia, la objeción de conciencia al servicio militar y el derecho de petición se reservan a los españoles (arts. 14, 19, 30.2 y 29 CE), y los derechos políticos favorecen a los ciudadanos (art. 23.1 CE). Y además, “solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23” (art. 13.2 CE).

<sup>16</sup> La contradicción, real o aparente, entre los arts. 53.2 y 162.1.b) CE ha sido analizada, entre otros, por Pérez Tremps, Pablo, en García Ruiz, José Luis. *El recurso de amparo en el derecho español*. Ed. Nacional. Madrid, 1980, p. 289-290; Cascajo Castro, José L. y Gimeno Sendra, Vicente. *El recurso de amparo*. Tecnos. Madrid, 1984, p. 97; Díaz Lema, José Manuel.

los derechos fundamentales, podría entenderse que aquél legitima también a los extranjeros y a las personas jurídicas para la interposición de un recurso de amparo cuando se invocan intereses legítimos.

Más contundente resulta, sin embargo, la idea de que la dignidad de la persona constituye el fundamento del orden político y de la paz social. Resulta evidente que dicha dignidad no guarda relación con el carácter, nacional o no, de la persona<sup>17</sup>. El mero sentido común hace notar que cualquier persona, nacional, comunitaria<sup>18</sup>, o extranjera, tiene una misma expectativa de honor o intimidad, por poner dos ejemplos obvios. O, dicho con otras palabras, que su nacionalidad no puede servir como criterio hábil que delimite el contenido de dichos derechos. Ésta ha sido, precisamente, la perspectiva seguida por nuestro Tribunal Constitucional en su jurisprudencia. Jurisprudencia que, pese a sus avances, encierra también contradicciones internas que pretenden ser puestas de manifiesto en las siguientes páginas.

“¿Tienen...?”, *cit.*, p. 1162, aceptándose con naturalidad que el recurso de amparo puede ser interpuesto por un extranjero para la defensa de sus derechos fundamentales [(ver Guaita, Aurelio: “Régimen de los derechos fundamentales”. *Revista de Derecho Político* 13, 1982, p. 80 y Gimeno Sendra, Vicente: “Artículo 162”, en Casas Baamonde, María Emilia y Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, Miguel (dirs.); Borrajo Iniesta, Ignacio y Pérez Manzano, Mercedes (coords.): *Comentarios...*, *cit.*, p. 2696].

<sup>17</sup> Tal conexión constitucional entre dignidad y persona la recoge también Cruz Villalón, Pedro. “Dos cuestiones...”, *cit.*, p. 65 (que sigue estableciéndola, también, con el artículo 10.2 de la Constitución). En el mismo sentido, Carretero Pérez, Adolfo. “Los derechos fundamentales de los extranjeros en España. Principios generales”. En VV.AA: *Introducción...*, *cit.* Vol. I, p. 465.

<sup>18</sup> Aunque en este trabajo seguiré partiendo de las clásicas nociones de nacional y extranjero, resulta aconsejable anotar que la cuestión resulta hoy más compleja, por la emergencia de una ciudadanía europea. Su estatuto jurídico se estableció en el Tratado de Maastricht y ha sido enriquecido en el más reciente de Lisboa, concretándose hoy en una relevante serie de derechos, como son los referidos a la libre circulación y residencia, sufragio en las elecciones europeas y municipales, protección consular, petición y presentar quejas ante el Defensor del Pueblo Europeo y, desde tiempos más recientes y visible a partir del 1 de abril de 2012, la iniciativa ciudadana. Tampoco resulta ajeno a esta cuestión la incidencia de la Carta de Niza, integrada hoy con la misma fuerza de los Tratados comunitarios, en la posición de los justiciables que puedan verse sometidos a un tribunal español en la órbita del Derecho comunitario. Estas cuestiones superan el objeto de estas páginas, por lo que no serán tratadas en las mismas.

## 2.2. *La jurisprudencia constitucional en la materia*

### 2.2.1. Principios generales<sup>19</sup>

Sin pretender realizar un examen exhaustivo, puede ser conveniente detenernos en algunas de las resoluciones judiciales más importantes dictadas en la materia que nos ocupa, como son las SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, y 236/2007, de 7 de noviembre.

La primera Sentencia citada tiene su origen en el recurso de amparo que un trabajador uruguayo interpone contra una Sentencia de la Magistratura de Trabajo, por presunta vulneración de los artículos 13, 14 y 35 CE. El Tribunal Constitucional presenta en esta resolución judicial una construcción teórica del modelo constitucional de extranjería que nuestra norma fundamental diseña.

A juicio del alto Tribunal, el artículo 13.1 CE no pretende “desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la Ley, sino de las libertades «que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la Ley», de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados —dentro de su específica regulación— de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal” (FJ 3).

El Tribunal considera que esta configuración “puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 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

---

<sup>19</sup> También se alude a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia en otros capítulos del presente estudio, como son los de Ignacio Borrajo Iniеста o Luis E. Delgado del Rincón.

extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles” (FJ 3).

En efecto, “existen derechos que corresponden por igual a 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 art. 23 de la Constitución, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán 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” (FJ 4).

También presenta interés, en este punto, la STC 236/2007, de 7 de noviembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>20</sup>. El Tribunal aprovecha la ocasión que se le brinda para recordar su jurisprudencia en la materia, integrando muchas de las resoluciones que se han ocupado de problemas concretos relacionados con los derechos fundamentales de los extranjeros.

A juicio del Tribunal, el régimen jurídico de los derechos se construye teniendo en cuenta, en primer lugar, cada uno de los preceptos reconocedores de derechos y, después, el art. 13, apartados 1 y 2, CE (FJ 3).

El resultado es el ya conocido: existen derechos del título I que “corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles” (STC 107/1984, FJ 3) puesto que gozan de ellos “en condiciones plenamente equiparables [a los españoles]” (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ

---

<sup>20</sup> Pueden consultarse, entre otros, los comentarios realizados por Camino Vidal Fueyo (en “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 85, 2009, pp. 353 ss.) y Carlos Ortega Carballo (en “Los derechos fundamentales de los extranjeros después de la sentencia del tribunal constitucional 236/2007, de 7 de noviembre”. *Justicia Administrativa* 40, 2008, pp. 5 ss.). Sobre la citada Ley, vid. Fernández Segado, Francisco: “El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España. Reflexiones en torno a la constitucionalidad de la LO 8/2000, de 22 de diciembre”. *Teoría y Realidad Constitucional* 7 (2001), pp. 65 ss.

3). Estos derechos son los que “pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, o dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución es el fundamento del orden político español” (SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2; y 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2). También nos hemos referido a ellos como derechos “inherentes a la dignidad de la persona humana” (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7).

Por otra parte, y en relación con los derechos constitucionalmente reconocidos a los extranjeros, que constituirían el segundo grupo de derechos, el legislador puede establecer “condicionamientos adicionales” a su ejercicio, “si bien ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no puede estimarse aquel precepto [art. 13.1 CE] permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros” (STC 236/2007/4, de 7 de noviembre). En este mismo fundamento jurídico se explica que la delimitación legislativa de los derechos fundamentales de los extranjeros se ve condicionada por tres factores distintos. No podrá afectar a los derechos que “son imprescindibles para la garantía de la dignidad de la humana que, conforme al art. 10.1 CE, constituye fundamento del orden político español”. Tampoco podrá rebajarse el “contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los tratados internacionales suscritos por España” (STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 4). Toda restricción legalmente prevista deberá además servir para “preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida”.

Finalmente, estarían los derechos políticos exclusivamente reservados a los nacionales, que son los recogidos en el art. 23 CE, y que no pueden ser ejercidos por extranjeros sino en la forma prevista en el art. 13.2 CE.

### 2.2.2. La aplicación de los principios generales descritos

En definitiva, y siguiendo el hilo de la citada STC 236/2007, de 7 de noviembre, una regulación restrictiva de los derechos de los extranjeros “deberá tener en cuenta, en primer lugar, el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad humana, según los criterios expuestos; en segundo lugar, el conte-



nido preceptivo del derecho, cuando éste venga reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución; en tercer lugar, y en todo caso, el contenido delimitado para el derecho por la Constitución y los tratados internacionales. Por último, las condiciones de ejercicio establecidas por la Ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida” (FJ 4 *in fine*).

La primera tarea no es fácil ni menor. ¿cómo saber si un derecho fundamental guarda o no relación con la dignidad de la persona? El Tribunal Constitucional ha entendido que resulta preciso “partir, en cada caso, del tipo abstracto de derecho y de los intereses que básicamente protege (es decir, de su contenido esencial, tal y como lo definimos en las SSTC 11/1981, de 8 de abril, 101/1991, de 13 de mayo y ATC 334/1991, de 29 de octubre) para precisar si, y en qué medida, son inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos” (SSTC 91/2000/7, de 30 de marzo, y 236/2007/3, de 7 de noviembre).

Pues bien, siempre a juicio del Tribunal Constitucional, “en esta situación se encontrarían el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica (STC 107/1984, FJ 3<sup>21</sup>), pero también el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>22</sup> (STC 99/1985, FJ 2) y el beneficio de asistencia jurídica gratuita<sup>23</sup> (STC 95/2003, de

---

<sup>21</sup> “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” (FJ 3).

<sup>22</sup> El Tribunal, en la Sentencia 99/1985/2, de 30 de septiembre, deduce este dato del tenor del art. 24.1 CE, que reconoce este derecho a “todas las personas”, y de la regulación de diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos. Consecuentemente, en la STC 115/1987/4, se declarará inconstitucional que se deniegue, *ex lege*, la posibilidad de que el órgano judicial competente suspenda cautelarmente las resoluciones administrativas dictadas al amparo de la Ley de extranjería. La necesidad de que el órgano judicial controle y resuelva sobre las privaciones de libertad que duren más de tres días se consagra en las SSTC 115/1987/3 y 236/2007/15, de 7 de noviembre. Ver, también la STC 11/2005/3, de 31 de enero.

<sup>23</sup> En efecto, todos los extranjeros, con independencia de su situación regular, pueden acogerse al beneficio de asistencia jurídica gratuita, tal y como se



22 de mayo, FJ 4), la libertad y a la seguridad<sup>24</sup> (STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 5), y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1<sup>25</sup>). Todos ellos han sido reconocidos expresamente por este Tribunal como pertenecientes a las personas en cuanto tal, pero no constituyen una lista cerrada y exhaustiva” (STC 236/2007/4, de 7 de noviembre).

Prueba de que esta lista no es excluyente, es que en la misma Sentencia 236/2007, se incorporan otros derechos al listado de dere-

---

declara en la STC 95/2003/8, de 22 de mayo. Discrepan de este parecer los Magistrados Conde Martínez de Hijas (por entender que dicha garantía no es más que un mandato al legislador, y no un derecho fundamental), García Calvo (que defiende la existencia de un amplio margen de actuación por parte del legislador) y Rodríguez-Zapata (que piensa que la igualdad no impone identidad, y considera que hay muchos tipos de residencia distintos que pueden ser considerados de forma desigual por el legislador). Esta doctrina es retomada en la STC 236/2007/13, de 7 de noviembre. Sobre esta cuestión, puede consultarse, en esta misma obra, la aportación de Luis E. Delgado del Rincón.

<sup>24</sup> La libertad personal es considerada, por el Defensor del Pueblo y el Abogado del Estado, pero también por el Tribunal Constitucional como “inherente a la persona humana” (STC 115/1987/1, de 7 de julio, en relación con el internamiento de extranjeros). A la misma han seguido las SSTC 144/1990/4, de 26 de septiembre, 96/1995/3, de 19 de junio; 182/1996/3, de 12 de noviembre y 169/2008/2, de 15 de diciembre. Sobre la viabilidad del *habeas corpus*, compárense las SSTC 303/2005, de 24 de noviembre y 169/2006, de 5 de junio, entre otras. Los mismos pueden instarse contra resoluciones de distinto alcance, como son las referidas a la detención con vistas de expulsión (STC 12/1994, de 17 de enero), sala de rechazados de un aeropuerto (STC 174/1999/6, de 27 de septiembre) y solicitud de asilo (STC 53/2002, de 27 de febrero). Sobre la libertad personal de los extranjeros pueden consultarse, además, las SSTC 53/2002/4.b, de 27 de febrero y 179/2000, de 26 de junio. En la primera de estas Sentencias se enjuicia si vulnera la libertad personal el hecho de que la persona que solicita asilo permanezca en el puesto fronterizo, determinando la mayoría del Tribunal que no. Coinciden en este parecer los Magistrados Vives Antón, Jiménez Sánchez y Delgado Barrio, aunque entienden que no se ve afectado, en este caso, el citado derecho fundamental. El Magistrado Cachón Villar opina que el precepto cuestionado es inconstitucional, porque pueden producirse permanencias que se prolonguen de forma indeterminada, que se producirían cuando se impugnara la denegación de asilo ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

<sup>25</sup> El Tribunal asume en esta Sentencia el alegato de la parte de que no se puede discriminar en relación con el disfrute de permisos penitenciarios por causa de la nacionalidad.

chos vinculados con la dignidad personal. Son los derechos de reunión<sup>26</sup>, asociación<sup>27</sup>, la libertad sindical y el derecho a la educación<sup>28</sup>. La argumentación del Tribunal en relación con estos cuatros derechos es

---

<sup>26</sup> En la STC 115/1987/2, de 7 de julio, se declara inconstitucional la exigencia de autorización administrativa previa para las reuniones convocadas por extranjeros residentes porque afecta a su núcleo esencial (SSTC STC 11/1981, de 8 de abril y 32/1982, de 16 de junio). Con esta argumentación, el Tribunal se separa manifiestamente de la posición sustentada por el Abogado del Estado, para quién “la Constitución ha seguido un sistema de equiparación no absoluto de nacionales y extranjeros en lo que se refiere a los derechos fundamentales y libertades públicas, regido por el ‘principio del límite mínimo’, de forma que los derechos constitucionales de los extranjeros serían siempre de ‘configuración legal’, podrían sufrir limitaciones legales siendo el límite que se impone al legislador el reconocimiento del ‘estándar mínimo’ que prescriben los Tratados internacionales” (STC 115/1987/2, de 7 de julio). No comparten este parecer los Magistrados Rubio Llorente, Tomás y Valiente y García Mon, para quién el canon de validez debe estar constituido por los Tratados internacionales, que son respetados por la disposición legal impugnada.

<sup>27</sup> En la citada STC 117/1987/3, de 7 de julio, se anula la posibilidad de que la Administración pueda suspender las actividades de una asociación promovida o integrada mayoritariamente por extranjeros, puesto que choca frontalmente con la garantía prevista en el art. 22.4 CE, que exige resolución judicial motivada en esta materia. Recuerda el Tribunal que “el art. 13.1 de la Constitución reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros, a los que es de aplicación también el mandato contenido en el art. 22.4 de la Constitución”. Se separan también de esta visión los Magistrados Rubio Llorente, Tomás y Valiente y García Mon, como en el caso anterior, arguyendo que “las restricciones que, en relación con los españoles, se imponen a los extranjeros en el disfrute de las libertades de asociación y de reunión encajan holgadamente en las que los Tratados internacionales autorizan y que, por lo tanto, el legislador español no ha traspasado ni de lejos los únicos límites que indirectamente la Constitución impuso a su libertad de configuración”.

<sup>28</sup> En el plano doctrinal, Camino Vidal Fueyo y José Asensi Sabater habían considerado, años antes de la Sentencia, que las restricciones contenidas en la LO 8/2000 eran inconstitucionales a su parecer [en *Constitución...*, cit., pp. 140 ss. y “Ley de Extranjería y Constitución (encuesta)”. *Teoría y Realidad Constitucional* 7 (2001) pp. 23, 35 ss., respectivamente]. La misma idea fue sostenida, en esa misma encuesta, por Marc Carrillo (*ibidem*, p. 44).

similar. Parte el Tribunal de que todos ellos están vinculados con la dignidad de la persona, por lo que no se puede negar totalmente su ejercicio a los inmigrantes irregulares, concluyendo que todos los extranjeros, con independencia de que hayan obtenido la autorización de estancia o residencia en España, son titulares del derecho de reunión (FJ 6), de asociación<sup>29</sup>, y que los menores irregulares tienen derecho constitucional a la educación no obligatoria<sup>30</sup>.

Nos atreveríamos a añadir a este listado, por considerarlo atribuible a cualquier justiciable, el derecho de defensa y las garantías que deben rodear a la previsión normativa de sanciones o medidas desfavorables para los extranjeros<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> El Tribunal considera que el legislador afecta al núcleo del derecho, lo que va más allá de los “condicionamientos adicionales” que sí podría establecer (FJ 7). Es oportuno recordar que la Sentencia se acompaña de un Voto Particular escrito por el Magistrado Conde Martín de Hijas, al que se adhieren los Magistrados Rodríguez-Zapata Pérez y García Calvo y Montiel (éste en otro Voto Particular). En aquél se afirma que “si en nuestra Constitución se establece una distinción inicial entre españoles y extranjeros y en nuestro ordenamiento infraconstitucional se establece para las situaciones de estancia ilegal de los ciudadanos extranjeros la medida de su expulsión, el que nuestro ordenamiento legal de ciertos derechos fundamentales de los extranjeros (en este caso los de reunión, asociación y sindicación) se imponga como condición del disfrute y ejercicio por aquéllos la de su estancia o residencia legal en España, resulta de pura coherencia sistemática”. Sigue el Magistrado afirmando que dicha restricción no vulnera los Tratados internacionales en la materia, y que le resulta forzada y exagerada la vinculación que la mayoría establece entre tales derechos y la dignidad.

<sup>30</sup> FJ 8. Afortunadamente, la referencia a los extranjeros residentes del Anteproyecto constitucional desapareció a lo largo de su tramitación parlamentaria (ver, con más detalle, la nota del presente estudio).

<sup>31</sup> El derecho de defensa (art. 24.2 CE) se puede ver condicionado cuando se adoptan sanciones o decisiones desfavorables para el extranjero sin haberle oído previamente, ya sea antes de decretar su expulsión (*cfr.* STC 242/1994/7, de 20 de julio), de que se acuerde judicialmente su internamiento previo con vistas a la expulsión (SSTC 140/1990, de 20 de septiembre, 96/1995, de 19 de junio, y 182/1996, de 12 de noviembre) o de que se conceda la extradición interesada (SSTC 102/2000/9, de 10 de abril y 156/2002/3 *in fine*, de 23 de julio). Sin embargo, la intervención judicial prevista en el primer apartado del art. 21.2 LO 7/1985, vinculada a los extranjeros encartados en causas por delitos menos graves, es considerada como una garantía suplementaria a la que poseen los extranjeros sometidos a un simple procedimiento administrativo de expulsión (STC 24/2000/5, de 31 de enero). Por su parte, el principio de legalidad (art. 25.1 CE) opera respecto

El segundo grupo de derechos fundamentales de los extranjeros estaría compuesto por aquéllos en los que un régimen jurídico diferente sería constitucionalmente admisible. Así delimitada la cuestión, podría entenderse que los derechos que se acaban de citar (especialmente los referidos a la reunión, asociación y sindicación), podrían encajarse también en esta categoría, dado que el Tribunal es consciente de que algunas facultades concretas que las integran (convocatoria de manifestaciones, impulsar de un nuevo sindicato) no podrán ser ejercidas por los inmigrantes irregulares. Si hemos optado por incluirles en el primer apartado es por la conexión con la dignidad que ha sido constitucionalmente decretada por el alto Tribunal.

Al decir del mismo Tribunal, “este régimen jurídico afectaría a los derechos al trabajo (STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 4), el derecho a la salud (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3), el derecho a percibir una prestación de desempleo (STC 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2<sup>32</sup>), y también con matizaciones el derecho de residencia y desplazamiento en España (SSTC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3; 242/1994, de 20 de julio, FJ 4; 24/2000, de 31 de enero, FJ 4)” (STC 236/2007/4, de 7 de noviembre). Lo que caracteriza a este conjunto de derechos es que el legislador puede establecer medidas específicamente dirigidas a los extranjeros, o a algunos de ellos. “Así, en la repetida STC 107/1984, de 23 de noviembre, admitimos que “una legislación que exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo no se opone a la Constitución” (FJ 4). Y en la STC 242/1994, de 20 de julio, consideramos que la expulsión podía llegar a ser “una medida restrictiva de los derechos de los extranje-

---

de las órdenes de expulsión (SSTC 94/1993, de 22 de marzo, 116/1993/3, de 29 de marzo y ATC 331/1997, de 3 de octubre).

<sup>32</sup> En esta Sentencia se indica que el derecho de un trabajador extranjero a percibir una prestación por desempleo similar a la conseguida por un español dependerá “de que por ley o por tratado internacional aplicable ese derecho le esté atribuido como a los españoles, porque en tal supuesto le alcanzarán, como a éstos, los beneficios del régimen público de Seguridad Social a los que se refiere el art. 41 CE” (STC 130/1995/2, de 11 de septiembre). Ahora bien, aunque tal posibilidad no se prevea en el Convenio bilateral de Seguridad Social con el país del recurrente, puede venir asegurada por la aplicación del Derecho Comunitario (*ibidem*, FFJJ 3-5).

ros que se encuentran residiendo legítimamente en España” (FJ 4). Por otra parte, la STC 94/1993, de 22 de marzo, señaló que el art. 19 CE reconoce la libertad de circulación “a los extranjeros que se hallan legalmente en nuestro territorio” (FJ 4), invocando los arts. 12 y 13 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966. Finalmente, en la STC 95/2000, de 10 de abril, se debatió si la demandante cumplía la condición exigida a los extranjeros por el art. 1.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad para poder acceder al derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, a saber, “que tengan establecida su residencia en el territorio nacional”, sin discutir la constitucionalidad de tal requisito<sup>33</sup>.

En estos casos, “el art. 13 CE autoriza al legislador a establecer restricciones y limitaciones a los derechos de los extranjeros en España, pero sin afectar “al contenido delimitado para el derecho por ... los tratados internacionales” (STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 4), que debe observar para configurar el sentido y alcance de los derechos fundamentales. Como cualquier otro poder público, también el legislador está obligado a interpretar los correspondientes preceptos constitucionales de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, que se convierte así en el “contenido constitucionalmente declarado” de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución. Así lo ha reconocido el Tribunal, en concreto respecto del derecho de entrada y permanencia en España, al declarar que la libertad del legislador al configurar esos derechos “no es en modo alguna absoluta” (STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3), pues del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966 “se derivan límites a las posibilidades abiertas al legislador” (STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 5; 24/2000, de 31 de enero, FJ 4)” (STC 236/2007/4, de 7 de noviembre).

No nos detendremos en el régimen jurídico de cada uno de los derechos citados, aunque sí puede ser interesante examinar el art. 19.1 CE, que reconoce las libertades de circulación y residencia a los españoles. Dicho interés tiene un doble origen. De un lado, estamos en presencia de un derecho nuclear cuando se examina el Derecho de extranjería. De otro, la primera doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre los derechos fundamentales de los extranjeros

---

<sup>33</sup> STC 236/2007/4, de 7 de noviembre. De esta cuestión se ocupa, con más detalle, Luis E. Delgado del Rincón, en este mismo libro.

se hace en esta concreta materia, y es oportuno indicar que viene ya predefinida por la posición del Tribunal Supremo en la materia.

En efecto, la STS de la sala cuarta de 22 de mayo de 1981<sup>34</sup>, que confirma la argumentación contenida en la Sentencia de 2 de octubre de la Audiencia Nacional, afirma el carácter fundamental del derecho de residencia de los extranjeros en España. Es harto probable que el Tribunal Constitucional, a la hora de dictar su Sentencia 107/1984, examinada en líneas anteriores, tomara en consideración la posición mantenida por la jurisdicción ordinaria.

En todo caso, como se indicaba, resulta evidente que el régimen jurídico de las libertades de circulación y residencia presenta especial interés cuando atañe a extranjeros. Por comenzar por lo obvio, resulta evidente que “los extranjeros sólo gozan del derecho a residir en España en virtud de autorización concedida por autoridad competente, de conformidad con los Tratados internacionales y la ley (arts. 13 y 19 CE, SSTC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2, y 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3; y Declaración de 1 de junio de 1992, relativa al Tratado de la Unión Europea)” (STC 24/2000/4, de 31 de enero). O, dicho con otras palabras, que son las empleadas en la STC 72/2005/4, de 4 de abril, “para ese extranjero [que está fuera de España] la circunstancia de encontrarse ya en España constituye un presupuesto lógico —y, en este caso, también cronológico— para que pueda entrar en juego la libertad de residencia en el territorio nacional. Mientras no se haya entrado en España no es posible ejercer el derecho a elegir en ella el lugar de residencia”. Y es que el derecho del nacional a ser aceptado en todo momento por el Estado del que forma parte es

---

<sup>34</sup> Sentencia Ar. 1981/2116. Esta Sentencia tiene su origen en el recurso de apelación promovido por el Abogado de Estado, que pretende revocación de la Sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional (de 2 de octubre de 1980), que estimaba el recurso contencioso-administrativo en nombre de un súbdito alemán, amparando “el fundamental derecho de residencia de los extranjeros en España” frente a una Resolución de la Dirección General de Seguridad del Estado. Confirma el parecer expresado por la Audiencia Nacional, que estima, en el Considerando 3º de su Sentencia, que “en respeto a la configuración constitucional del derecho de los extranjeros a residir en España como de carácter fundamental, integrado en el Título I de la Constitución —art. 13.1—, protegido por medio de un preferente y sumario procedimiento cual es establecido por la citada ley 62/78, simple emanación, por propia naturaleza, de la dignidad humana y necesario para el libre desarrollo de la personalidad, como proclama el artículo 10 de aquélla... ”.

uno de los elementos esenciales de la nacionalidad (FJ 6), por lo que, atendiendo a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, debe concluirse que “el derecho a entrar en España, con el carácter de fundamental, sólo corresponde a los españoles y no a los extranjeros”<sup>35</sup>.

Ahora bien, una vez que han traspasado nuestras fronteras, resulta “claro que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su art. 19” (STC 94/1993/2, de 22 de marzo), si bien se matiza esta afirmación, en el siguiente fundamento jurídico, haciendo notar que “los extranjeros que por disposición de una ley o de un tratado, o por autorización concedida por una autoridad competente, tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el art. 19 CE, aun cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles, sino en los que determinen las leyes y tratados a los que se remite el art. 13.1 CE”<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> FJ 7. Ver también la STC 236/2007/12, de 7 de noviembre y, en el plano doctrinal, por todos, Goizueta Vértiz, Juana: *El derecho a la libre circulación y residencia en la Constitución española*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2007.

<sup>36</sup> La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha ocupado de diversos supuestos, relacionados con el asilo y los procedimientos de expulsión. A los solicitantes de asilo solamente se les reconoce un derecho a permanecer en el puesto fronterizo de modo provisional en tanto se resuelve sobre la admisión a trámite de la solicitud, ya que “el solicitante de asilo en frontera carece de todo derecho, ni constitucional ni legal, a entrar o circular por España” (STC 53/2002/4, de 27 de febrero y ATC 271/2008/5, de 15 de septiembre). Menor fundamento constitucional (art. 13.4 CE) posee el que pretende entrar con finalidades distintas o el que se encuentra en la zona de rechazados (ATC 271/2008/5, de 15 de septiembre). Por otra parte, la expulsión acordada en sede judicial al socaire de una condena penal exige la audiencia previa y específica del afectado (STC 242/1994/6, de 20 de julio, en relación con el derogado 21.2 LO 7/1985). Estamos en presencia, en opinión del Tribunal, de una posibilidad de suspender la potestad estatal de hacer ejecutar lo juzgado, que se aplica al extranjero para salvaguardar los fines legítimos que el Estado persigue con ello, y que no puede concebirse seriamente como un derecho del condenado (SSTC 203/1997, de 25 de noviembre y 24/2000/3, de 31 de enero, y AATC 106/1997/2, de 17 de abril y 33/1997, de 10 de febrero). Supuesto bien distinto es que se acuerde la expulsión administrativa de los extranjeros condenados por determinados delitos o con una pena mínima, puesto que tal decisión se adopta en el marco de la política de extranjería y no en materia criminal (STC 236/2007/14, de 7 de noviembre). Finalmente, se suele invocar este derecho fundamental



El último grupo de derechos, que en ningún caso pueden disfrutar los extranjeros, son los referidos a los derechos políticos, en particular los referidos al sufragio activo y pasivo en las elecciones estatales y autonómicas. Los únicos procesos electorales en los que los extranjeros pueden participar son los que tienen naturaleza local.

### *2.3. Una lectura alternativa del art. 13.1 CE*

#### **2.3.1. Un presupuesto obligado: ¿Por qué repensar la cuestión? (las contradicciones existentes en la jurisprudencia actual del Tribunal Constitucional)**

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los derechos fundamentales de los extranjeros se puede resumir, de forma muy sintética, con las siguientes afirmaciones:

Aunque sólo los españoles son iguales ante la ley (artículo 14 CE), la distinción de tratamiento entre nacionales y extranjeros puede invocarse ante el Tribunal Constitucional por tres motivos de distinta índole. En primer lugar, el art. 13.1 CE supone que el disfrute de los derechos y libertades se efectúa “en la medida en que lo determinen los Tratados internacionales y la ley interna española”(STC 107/1984/3). La propia Constitución establece de esta forma una remisión a normas infraconstitucionales en la materia. En segundo lugar, los derechos de los extranjeros son derechos constitucionales (en cuanto a su nomen —”pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la ley, sino de las libertades “que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley”— y protección), pero “son todos ellos, sin excepción” de configuración legal (en cuanto a su contenido). Por ello, “la igualdad o desigualdad de la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del tratado o la ley”. De esta forma, el Tribunal disocia la determinación de los derechos constitucionales de los extranjeros y su protección constitucional, de su contenido, que es meramente legal. En tercer lugar,

---

al hilo de procedimientos de extradición, con la intención de oponerse a su tramitación y conclusión (*cf.*: SSTC 102/2000/9, de 10 de abril y 156/2002/3 *in fine*, de 23 de julio).



el principio de igualdad no es parámetro de control aplicable a tales normas especiales relacionadas con los extranjeros, ya que la legitimidad constitucional de éstas se incardina directamente en el art. 13.1 CE.

Pese a todo, existen derechos “que corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional”, no resultando en ellos posible un tratamiento desigual para nacionales y extranjeros. Los derechos de los que gozan los extranjeros son los conectados con la dignidad de la persona. Frente a estos derechos, otros son solamente predicables de los nacionales (art. 23). En fin, otros derechos se aplican a los extranjeros según lo dispuesto en Tratados y leyes, siendo admisible entonces un tratamiento diferente.

Una vez esquematizada (acaso en exceso, como enseguida diré) esta construcción, se puede demostrar con facilidad que incurre en algunas contradicciones internas de cierta magnitud.

Desde un punto de vista dogmático, no deja de ser llamativo, en primer lugar, que el Tribunal entienda que los derechos fundamentales de los extranjeros son de configuración legal y ofrecerles, a la vez, una protección constitucional. Si el régimen de tales derechos es plenamente disponible para el legislador (si son *libertades públicas* en sentido estricto) pierde sentido el control que el Tribunal Constitucional pueda ejercer sobre tal regulación. El único control que el Tribunal podría establecer se referiría, entonces, a las actuaciones judiciales o administrativas que comprometan los derechos legales de los extranjeros, control que se podría canalizar a través del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>37</sup>, siendo entonces prescindible el art. 13.1 CE.

Se ha constatado en líneas anteriores, sin embargo, que el Tribunal Constitucional sí ha realizado un intenso control sobre la

---

<sup>37</sup> Esto se insinúa en el citado ATC 130/1985/2, donde señala el Tribunal que “los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros son todos, sin excepción en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal, conforme declara la Sentencia de este Tribunal Constitucional 107/1984 [...], y que como reiteradamente ha expresado este Tribunal Constitucional la interpretación de la legalidad ordinaria corresponde al Juez ordinario, en este caso, en su más alta expresión, sin que pueda este Tribunal Constitucional hacer otra cosa que asumir su decisión, sin sustituirla por otra diferente en un recurso de amparo cuando ello no viene reclamado por la necesidad de ajustarla a la Constitución”.

legislación en materia de extranjería, que demuestra que los derechos de los extranjeros no son derechos de configuración legal, sino que una (buena) parte de su contenido se encuentra (como no podía ser de otra forma, si hablamos de derechos fundamentales) en la Constitución.

Resulta, en segundo lugar, manifiestamente contradictorio afirmar, de un lado, que todos los derechos fundamentales de los extranjeros son de configuración legal y sostener, de otro, que algunos de ellos deben recibir un mismo tratamiento para nacionales y extranjeros. Si algo caracteriza a los derechos fundamentales es que se encuentran recogidos en normas constitucionales que imponen un límite al legislador, y en tal caso resulta obvio que no pueden ser libremente configurados a través de la Ley<sup>38</sup>. Esta idea no se ve contrariada porque el art. 13.1 CE alude a la Ley y a los Tratados internacionales, porque resulta evidente que los derechos humanos recogidos en textos convencionales no tienen naturaleza fundamental. De un lado, porque su ratificación es obra de un poder constituido, y no del poder constituyente. De otro, porque la única eficacia que la Constitución les brinda a tales textos es la interpretativa (art. 10.2 CE)<sup>39</sup>. No hay derecho fundamental fuera de la Constitución. Cuestiones distintas, y que no se discuten en estas páginas, son que la Ley sea complemento imprescindible de aquél<sup>40</sup> o que el extranjero pueda invocar derechos subjetivos (que no fundamentales) reconocidos en textos internacionales<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Coincido con Juan Manuel Goig Martínez cuando señala que no considera acertado “entender que todos los derechos y libertades a que hace referencia el art. 13.1 sean derechos de configuración legal”, en *Derechos...*, cit., pp. 85 ss.

<sup>39</sup> Como confirma el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 28/1991/5, de 14 de febrero; 36/1991/5, de 14 de febrero; 64/1991/4a, de 22 de marzo, y 236/2007/5, de 7 de noviembre.

<sup>40</sup> Jiménez Campo, Javier: “El legislador de los derechos fundamentales”. En VVAA: *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto*. Universidad de Oviedo. Oviedo, 1993, p. 480 y Aragón Reyes, Manuel: “Constitución y derechos fundamentales”. En *Estudios de Derecho Constitucional*. 2ª ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2009, p. 497. Ver, también, Cruz Villalón, Pedro: “El legislador...”, cit., pp. 7 ss.

<sup>41</sup> Ver, *supra*, nota 3.

También se ha señalado, en tercer lugar y en el seno del propio Tribunal, que la construcción formulada sobre los derechos fundamentales de los extranjeros ha vaciado de contenido (de contenido propio, se entiende) al art. 13.1 CE. Dicho con otras palabras, si la mayoría del Tribunal Constitucional pretende avalar con ella la diferencia de tratamiento que puedan recibir nacionales y extranjeros en relación con el régimen jurídico de los derechos fundamentales, podría haberse apoyado para ello, sin más auxilios normativos, en el art. 14 CE. El principio de igualdad, como ya he indicado, se reconoce *ex constitutione* a los españoles, por lo puede concluirse que las diferencias de tratamiento legalmente establecidas entre españoles y extranjeros que sean razonables no están prohibidas por la Constitución.

Esta idea ha sido expresada por los Magistrados Rubio Llorente, Tomás y Valiente y García-Mon y González-Regueral, en el Voto Particular que acompaña a la STC 115/1987. En el mismo se sostiene que si el art. 13.1 habilita exclusivamente “al legislador para modular o regular de manera distinta los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en relación con los de los españoles, pero sin traspasar en ningún momento los límites implícitos o explícitos que el contenido constitucionalmente garantizado de estos derechos ha de tener, el precepto en cuestión resultaría perfectamente superfluo, pues la posibilidad de esa regulación diferenciada se deduce ya ‘a contrario’ del art. 14 de la Constitución que refiere sólo a los españoles el principio de igualdad ante la Ley”. Partiendo de este dato, prefieren pensar (a) que “los extranjeros gozan de los derechos enunciados en términos genéricos por la propia Constitución y que son inherentes a la dignidad humana para utilizar la expresión empleada en las SSTC 107/1984 y 93/1985” y (b) “que el legislador español está obligado a otorgar a los extranjeros que viven legalmente en España el uso de las libertades públicas que garantiza el Título I, pero, también sin duda, que esas libertades no tienen otro contenido que aquel que establezcan los tratados y la ley”<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> Por estos motivos estiman que no vulnera la Constitución la obligación impuesta por el legislador a los extranjeros residentes de solicitar autorización administrativa previa para celebrar reuniones.

Finalmente, y en cuarto lugar, resulta muy discutible determinar qué derechos guardan mayor o menor conexión con la dignidad constitucionalmente reconocida en el art. 10.1 CE. Como ya se ha indicado, el Magistrado Conde Martín de Hijas considera forzada y exagerada la vinculación que la mayoría del Tribunal establece entre los derechos de reunión, asociación y sindicación y la dignidad. Y tal opinión se comparte en este trabajo.

Aunque no es objeto del presente estudio, me atrevería a realizar una hipótesis en relación con este precepto constitucional, que alude a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad. A mi juicio estamos ante dos realidades distintas y complementarias<sup>43</sup>. La primera alude a la dignidad, y tiene que ver con todos aquellos derechos que son inherentes a la persona física (como son la vida, el honor o la intimidad, entre otros). El libre desarrollo de la personalidad guarda mayor conexión con aquellos derechos que sirven para la implicación del individuo en la vida social y política. Desde esta perspectiva pueden citarse las libertades previstas en el art. 20.1 CE (especialmente, de expresión e información), los derechos de reunión, y asociación, buena parte de los derechos laborales (sindicación, huelga, negociación colectiva) y políticos (sufragio, petición, etc.).

Si se comparte esta opinión<sup>44</sup>, se compartirá también la discrepancia mostrada por el Magistrado Conde Martín de Hijas a la idea de que los derechos de reunión, asociación y sindicación no guardan natural conexión con la dignidad.

---

<sup>43</sup> Discrepo de la idea de que la dignidad de la persona “sustenta todos y cada uno de los derechos fundamentales”, defendida por autorizadas voces (Aragón Reyes, Manuel: “Ley de Extranjería y Constitución (encuesta)”. *Teoría y Realidad Constitucional* 7, 2001, p. 11; Jover Gómez Ferrer, Rafael; Ortega Carballo, Carlos y Ripol Carulla, Santiago: *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*. Lex Nova. Valladolid, 2010, p. 21 —de donde se extrae la cita— y Goig Martínez, Juan Manuel: *Derechos...*, cit., p. 85), porque ello nos llevaría a manejar una idea tan dúctil como escasamente útil en el plano jurídico de dicha categoría.

<sup>44</sup> Reservas también expresadas por Manuel Aragón Reyes en relación con los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga (en “Encuesta...”, cit., pp. 13-15, que solamente desaparecen en lo que atañe al beneficio de justicia gratuita —ibídem, p. 16—), por Paloma Biglino (*ibídem*, p. 43), por Pablo Santolaya (en “Presentación...”, cit., p. 586, que recuerda el art. 16 CEDH) y por Camino Vidal Fueyo (en *Constitución...*, cit., p. 144).

Son todas estas contradicciones las que aconsejan repensar la cuestión; ofrecer una construcción alternativa que pretenda dotar de contenido y coherencia al art. 13.1 CE. Es seguro que dicha propuesta podrá ser igualmente sometida a crítica, pero servirá también para superar algunas de las contradicciones que acaban de ser apuntadas en líneas anteriores.

### 2.3.2. Una lectura constitucionalmente adecuada del art. 13.1 CE

Como ya hemos recordado en este trabajo más de una vez el art. 13.1 CE dispone que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”. Y el siguiente apartado del mismo precepto señala, en lo que ahora interesa, que “solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23” CE<sup>45</sup>.

¿Por qué este último apartado? ¿Qué sentido tiene? ¿Qué aporta en relación con el citado art. 23 CE, que reserva los derechos políticos a “los españoles”? ¿Tiene sentido que el constituyente reitere lo obvio (que los extranjeros no son titulares de los derechos políticos)? ¿Supone esto, *contrario sensu*, que los extranjeros sí son titulares de los derechos no contenidos en el artículo 23 de la Constitución? Todas estas respuestas pueden ser articuladas de forma lógica, y dotando además de contenido propio a los dos primeros apartados del art. 13 CE.

Si, como parece claro, el art. 13.2 CE excluye (nuevamente) a los extranjeros de los derechos políticos, tiene que ser porque otra norma constitucional se los ha atribuido. Esa otra norma constitucional no es otra que el art. 13.1 CE. Su contenido constitucional sería atribuir a los extranjeros aquéllos derechos fundamentales que la Constitución reserva, en principio, a los españoles (principio de

---

<sup>45</sup> Sobre este precepto constitucional, vid. Jover Gómez-Ferrer, Rafael; Ortega Carballo, Carlos y Ripol Carulla, Santiago: *Derechos...*, cit., pp. 300 ss.

igualdad, libertades de circulación y residencia, derecho de petición) y a los ciudadanos (derechos políticos)<sup>46 47</sup>.

Aceptar esta premisa supondría compartir también que los derechos fundamentales reconocidos para todas las personas, o de forma impersonal, benefician tanto a nacionales como a extranjeros. Por esta razón, aunque no se comparta la construcción realizada por el Tribunal Constitucional, sí que se defiende, en idéntico sentido, que las restricciones legalmente acordadas a los derechos de los extranjeros tienen su límite natural en las propias disposiciones constitucionales. No es posible, por ejemplo, someter la convocatoria de una manifestación a autorización gubernativa previa en ningún supuesto, salvo que existan motivos de orden público que, de forma proporcionada, consientan tan acusada restricción del derecho.

No es que tal o cual derecho fundamental esté más o menos vinculado con la dignidad de la persona, sino que ha sido reconocido a cualquier persona, con independencia de su nacionalidad. Si se comparte este argumento se podrá afirmar, al tiempo, que los derechos de asociación y de reunión están más vinculados con el libre desarrollo de la personalidad que con la dignidad de la persona y que, pese a ello, pueden ser indubitadamente ejercidos por los extranjeros. Y resulta en parte irrelevante su situación administrativa, puesto que una buena parte de los derechos fundamentales se reconocen en favor de los justiciables, más que de los nacionales y/o extranjeros.

---

<sup>46</sup> La conclusión coincide con la ofrecida por Camino Vidal Fueyo (en *Constitución...*, cit., p. 71), aunque nos sirvamos de un razonamiento distinto al manejado por la autora. Sí que lo cita ahora en “Los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en la CE”, en Aja Fernández, Eliseo (coord.): *Los derechos...*, cit., p. 32, aunque tal consideración debería llevar a reconsiderar la idea de que la decisión constitucional de que los extranjeros no sean titulares de los derechos políticos se imbrica en el art. 23 CE, y no, como aquí se opina, en el art. 13.2 CE (en *Constitución...*, p. 309).

<sup>47</sup> El art. 30.2 CE, que regula la objeción de conciencia al servicio militar es ajeno a nuestro análisis. En primer lugar, porque se vinculaba a un supuesto de hecho (servicio militar obligatorio de nacionales) que ha desaparecido. En segundo lugar porque, en todo caso, no contiene un derecho fundamental sino una excepción al cumplimiento de un deber general (STc 160/1987/3, de 27 de octubre, que supera, en este punto, la doctrina contenida en la STc 15/1982/6, de 23 de abril) y configura la única objeción de conciencia constitucionalmente amparada (STc 321/1994/4, de 28 de noviembre).

La interpretación que defiende en este trabajo no es ajena a la labor desempeñada por el Tribunal Constitucional hasta el momento. Aunque no ha sido formulada de forma clara y taxativa, como aquí se hace, se ha manejado en ocasiones, como acredita la lectura de las SSTC 72/2005/5, de 4 de abril y 99/1985, de 30 de septiembre. En efecto, en la primera resolución citada se reitera la idea de que “el art. 13.1 CE sólo se refiere a las libertades públicas de los extranjeros ‘en España’ y ello con una doble precisión: a) no se refiere a la totalidad de los derechos de los extranjeros en España, sino sólo a derechos fundamentales; y b) dentro de éstos no recoge todos sus derechos fundamentales sino principalmente aquéllos que, previstos para los españoles —los de los arts. 19, 23, etc.—, el art. 13.1 CE extiende a los extranjeros en España, pues buena parte de los demás —derecho a la vida, libertad religiosa, libertad personal, tutela judicial efectiva, etc.— corresponden a aquéllos sin necesidad de la extensión que opera el art. 13.1 CE, es decir, sin necesidad de tratado o ley que lo establezca”. También consideró el Tribunal en la STC 99/1985/2 que el citado precepto constitucional supone “que el disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución (y que por consiguiente se le reconoce también a ellos en principio con las salvedades concernientes a los artículos 19, 23 y 29, como se desprende de su tenor literal y del mismo artículo 13 en su párrafo segundo) podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los tratados internacionales y la Ley interna española”.

El problema radica en que esta doctrina, que se comparte sin reservas, ha sido entremezclada con otra muy distinta, lo que ha provocado una cierta confusión que ha dificultado delimitar con precisión el alcance del art. 13.1 CE. En tal tarea pueden asumirse, claro está, diversas perspectivas. La seguida en este trabajo es que la Constitución atribuye directamente a los extranjeros los derechos reconocidos en términos indeterminados (todas, nadie, se garantiza...), y que el precepto constitucional citado extiende en su favor los reservados, en principio, a los españoles (excepción hecha de los derechos políticos en el art. 13.2 CE).

Sería legítimo pensar que este trabajo se inscribe en una línea ideológica, la que propugna la asimilación de las figuras de extranjero y nacional, manteniendo el principio de equiparación o de igual-

dad de uno y otro<sup>48</sup>. En este mismo volumen se recoge un interesantísimo estudio de Ignacio Borrajo en el que defiende, con sólidos fundamentos, la conveniencia de mantener un estatuto claramente diferenciado de extranjería y de nacionalidad. Mi discrepancia con este enfoque no deriva de planteamientos ideológicos, sino de que me parece que la lectura que en estas páginas se ha hecho del art. 13.1 CE es constitucionalmente más adecuada.

Ahora bien, que los extranjeros gocen de derechos fundamentales no quiere decir, obviamente, que todos ellos puedan ser ejercidos por su parte con la misma intensidad. No resultara difícil colegir que mientras que algunos derechos (honor, intimidad, defensa, tutela judicial efectiva, etc.) no pueden verse afectados por la nacionalidad y situación administrativa de la persona que los invoca, otros, como son los derechos a fundar partidos políticos o a acceder al ejercicio de funciones públicas sí que se verán concernidos por dichas circunstancias.

¿Qué derechos no poseen los extranjeros? Por un lado, y obviamente, los previstos en el art. 23 CE, puesto que así lo dispone el art. 13.2 CE. Por otro, y por pura lógica, el derecho fundamental a entrar en territorio español está lógica y ontológicamente atribuido a los españoles. No quiere esto decir que no puedan existir extranjeros que dispongan de un derecho subjetivo a acceder al suelo español, como ocurre hoy con los ciudadanos de la Unión Europea, pero sí que su derecho no viene impuesto por la Constitución, sino que es obra del poder constituido<sup>49</sup>.

Me parece preciso realizar dos consideraciones suplementarias a lo ya indicado. La primera es para señalar que, aunque resulta indudable que el canon de los Tratados internacionales es fundamental para evaluar si las restricciones legales impuestas a los

---

<sup>48</sup> Ver Izquierdo Sans, Cristina: "Artículo 13.1". En Casas Baamonde, María Emilia y Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, Miguel (dirs.); Borrajo Iniesta, Ignacio y Pérez Manzano, Mercedes (coords.): *Comentarios...*, cit., pp. 228 ss.

<sup>49</sup> Es oportuno recordar que el Tribunal concluye en la DTC 1/1992/4, de 1 de julio, como no puede ser de otra forma, que la Constitución no puede verse afectada por la celebración de un Tratado internacional, y que el art. 93 CE no consiente "disponer de la Constitución misma". Esta claridad se difumina bastante en la posterior DTC 1/2004, de 13 de diciembre, que he valorado en "Dos constituciones...", cit.



derechos fundamentales de los extranjeros son aceptables en términos constitucionales, no tengo claro que estemos ante un supuesto muy distinto al que opera en relación con los nacionales, en virtud del art. 10.2 CE.

Y es que, y con ello entro en la segunda observación anunciada, las restricciones de los derechos fundamentales deberán ajustarse, ante todo, al canon de la proporcionalidad, que es el que opera en materia de derechos fundamentales. En este sentido, la referencia que el Tribunal Constitucional hace a la necesidad de que las condiciones (rectius: restricciones) “de ejercicio establecidas por la Ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida” (STC 236/2007/4 *in fine*), puede alcanzar carácter general si se defiende, como he hecho en otro lugar, que el orden público constitucional, rectamente entendido, puede operar como criterio delimitador de los derechos fundamentales<sup>50</sup>. Si se comparte este enfoque, seguiremos teniendo en el principio de proporcionalidad la clave de bóveda del régimen dinámico de los derechos fundamentales<sup>51</sup>.

Resulta claro, a mi juicio, que el Tribunal Constitucional ha favorecido la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros, aunque hubiera podido optar legítimamente por una interpretación más literal (y cicatera) del art. 13.1 CE. En esa dirección, ha ofrecido cauces a los extranjeros para que puedan actuar en la vida social. Es probable que esta lectura del precepto sea la única razonable en el momento actual, y es igualmente probable que su defensa tenga que ver con una determinada concepción de

---

<sup>50</sup> En *El derecho...*, cit., pp. 233 ss. Allí se afirma, en síntesis, que el orden público constitucional actúa, a la vez, como límite y garantía de los derechos fundamentales, para asegurar el ejercicio simultáneo de un mismo derecho, el respeto de otros derechos, o el orden político y la paz social, imprescindible para el armónico ejercicio de los distintos derechos fundamentales por todos sus titulares (p. 242).

<sup>51</sup> En esta materia resulta imprescindible contar con las aportaciones de Carlos Bernal Pulido (*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003) y Manuel Medina Guerrero (*La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Mc-Graw-Hill. Madrid, 1996).

los derechos fundamentales como elementos de integración social y jurídica.

### 3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRIVILEGIADO MEDIO DE INTEGRACIÓN SOCIAL Y JURÍDICA DE LOS INMIGRANTES

Si en páginas anteriores he ofrecido una lectura alternativa (subjetiva y provisional, evidentemente) del art. 13.1 CE, sobre los derechos fundamentales de los extranjeros, quisiera ahora subrayar que el presente epígrafe no alude a esos extranjeros, sino, más en concreto, a los inmigrantes.

Eliseo Aja, máximo experto en la materia que nos ocupa, ha profundizado en la distinción entre extranjería e inmigración. Mientras que la primera se corresponde con la carencia de la nacionalidad española, la segunda se conecta con personas que llegan a España en búsqueda de trabajo desde países menos desarrollados. Partiendo de este dato, destaca que los inmigrantes suelen precisar de mayor auxilio social, requiriendo atenciones distintas y globales<sup>52</sup>.

Resulta claro que si, como se ha señalado en páginas anteriores, los extranjeros no tienen un derecho fundamental a entrar en nuestro país, aún menos podrán exigir un eventual derecho a emigrar a nuestro país. Sin embargo, como también es sabido, se han intensificado las entradas fraudulentas de extranjeros que pretenden establecer su residencia estable en España. Ello ha llevado a la conveniencia (por cierto, no sólo explicable en términos humanitarios<sup>53</sup>) a regularizar la estancia irregular de los extranjeros cuando puede

---

<sup>52</sup> En *Los derechos...*, cit., pp. 19-20.

<sup>53</sup> En otros capítulos de este mismo libro se explica que la inmigración es necesaria para asegurar el bienestar futuro de los españoles, dado el preocupante envejecimiento de nuestra población.

acreditarse la concurrencia de un arraigo<sup>54</sup> (ya sea laboral, social o familiar<sup>55</sup>).

Lo cierto es que los inmigrantes se integran en un Estado social y democrático de Derecho, con sus importantes carencias, y con sus muchos logros. Dejando de lado debates colaterales que considero improcedentes<sup>56</sup>, lo cierto es que todos los justiciables están obligados a respetar unas normas comunes y que todos ellos cuentan, como se ha visto en el epígrafe anterior, con un buen número de derechos fundamentales (con casi todos, de hecho).

---

<sup>54</sup> Ver Moya Malapeira, David: “Los informes municipales de arraigo social y disponibilidad de vivencia adecuada expedidos a los extranjeros extracomunitarios: el papel en Cataluña de la Oficina del Padrón Municipal”. *Cuadernos de Derecho Local* 17 (2008), pp. 134 ss.; González Calvet, Jaume: “El arraigo como instrumento de regularización individual y permanente del trabajador inmigrante indocumentado en el Reglamento de Extranjería aprobado por el RD 2393/2004, de 30 de diciembre”. *Revista de Derecho Social* 37 (2007), pp. 105 ss., y Ques Mena, Luis: “El arraigo, social, económico y familiar en el Derecho de extranjería: tratamiento legal y jurisprudencial”. *La Ley* 2008, pp. 7066 ss. Puede consultarse también Franco Pérez, Antonio Filiu: “Inmigración y extranjería. Las alternativas de regularización de los extranjeros en España”. En Presno Linera, Miguel Ángel (coord): *Extranjería e...*, cit., pp. 199 ss. Resulta revelador ver el uso sociológico de arraigo, manejado por Rosario Sampedro Gallego, en este mismo trabajo colectivo.

<sup>55</sup> El art. 135 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, regula la autorización de residencia temporal por razones de arraigo. Ver, también, los novedosos arts. 131 ss. y 136 ss. de la misma norma.

<sup>56</sup> Especial difusión ha alcanzado el referido al multiculturalismo. Comparto, sin cautela alguna, las tesis expuestas por Giovanni Sartori (en *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Taurus. Madrid, 2001) y acepto, con ciertas reservas, las bondades que algunos autores anudan a la interculturalidad (vid, por ejemplo, Giménez Romero, Carlos: “Pluralismo, multiculturalismo e interculturalidad”. En *Educación y futuro* —monográfico dedicado al estudio de la interculturalidad— 8, 2003, disponible en <http://www.cesdonbosco.com/revista/impresasep06.asp>). Ver también Barrero Ortega, Abraham: “Asimilación, multiculturalismo extremo e integración (a propósito de las reivindicaciones identitarias fundadas en la libertad religiosa)” (en García Roca, Javier y Alberti, Enoch (coords.): *Treinta...*, cit., p. 823 ss.).

Es innegable que tales derechos fundamentales compartidos, aun con matices en limitados casos, entre los residentes españoles y extranjeros, contribuye a la mejor integración de unos y otros. Los derechos fundamentales pueden servir así, como la STC 236/2007 ha demostrado, para permitir que los inmigrantes, aún en situación irregular, puedan participar en el debate social, ínsito en el Estado democrático<sup>57</sup>. Aunque estos derechos fundamentales no agotan las medidas que fomentan la integración de los inmigrantes<sup>58</sup>, forman parte, sin ningún género de dudas, de ellas, e imponen, además, en esta materia, una homogeneización sobre su contenido y alcance. Actúan, pues, a la vez, como elemento de integración y cómo límite a la diferencia. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que se integran en el orden público que todos los justiciables debemos respetar, y que también conforman un estatuto que nos identifica<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Dicho con otras palabras, que son las empleadas por David Moya, “los derechos fundamentales [...] permiten la modulación de las normas generales que mayor conflicto puedan plantear al colectivo inmigrante” (en “La integración social de los extranjeros en España: algunas notas sobre su conceptualización jurídica”. En García Roca, Javier y Albertí Rovira, Enoch (coords.): *Treinta...*, cit., p. 626). Ver, también, Añón Roig, María José: “Integración: una cuestión de derechos”. *Arbor Ciencia, Pensamiento y Cultura* 744 (2010), pp. 625 ss. y, muy especialmente, Aja Fernández, Eliseo: “La integración social de los inmigrantes”. En Boza Martínez, Diego; Donaire Villa, Francisco Javier, y Moya Malapeira, David (coords.): *Comentarios a la reforma de la ley de extranjería (LO 2/2009)*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011, pp. 25 ss.

<sup>58</sup> Resulta también imprescindible, huelga decirlo, la adopción de políticas públicas. No es que se cuestione la pertinencia de este o de otros mecanismos que favorecen la integración real y efectiva de los inmigrantes, sino que son ajenos al concreto objeto del presente estudio. Sobre estas materias, vid. Ruiz López, Blanca y Ruiz Vieyetz, Eduardo J: *Las políticas de inmigración: la legitimación de la exclusión*. Universidad de Deusto. Bilbao, 2001.

<sup>59</sup> Y es que “garantizar el pleno ejercicio de los derechos civiles, sociales, económicos, culturales y políticos de los inmigrantes”, que es el primer objetivo del *Plan Estratégico Ciudadanía e Integración 2007-2010*, aprobado por el Consejo de Ministros el 16 de febrero de 2007, contribuye a lograr su mejor integración. Creo que esta lectura puede también deducirse del art. 2ter.1 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (añadido por LO 2/2009, de 11 de diciembre), que alude en su encabezado a la integración de los inmigrantes.