

## CAPÍTULO 6

# INMIGRACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN ESPAÑA

Juan Manuel Goig Martínez\*

### I. El marco constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España

**E**l estudio del estatus de los derechos y libertades de los inmigrantes, la delimitación del contenido, alcance y límites de dichos derechos y libertades, y de la titularidad y ejercicio de los mismos por los inmigrantes, hay que hacerlo partiendo del estudio de los diferentes niveles que los tratan.

Para ello deberemos de partir del marco de convivencia en virtud del cual se reconocen los derechos y libertades: la Constitución española de 1978.

Pero este estudio también exige recurrir a la legislación sobre extranjería; a la legislación orgánica específica de los diversos derechos y libertades; a la jurisprudencia del máximo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional, y al Derecho Convencional Internacional en la materia puesto que, como ha afirmado Alzaga,<sup>1</sup> si la Constitución española se aprobó y está desarrollando su vigencia en una etapa de la Historia de la humanidad en la que la Comunidad Internacional, las Naciones Unidas y los diversos Estados, a través de diferentes

\* Profesor de Derecho Constitucional. Departamento de Derecho Político, UNED.

<sup>1</sup> Oscar Alzaga Villaamil *et al.*, *Derecho Político español según la Constitución española de 1978*, t. II Derechos fundamentales y órganos del Estado Madrid, CERA, 1998, p. 54.

Tratados Internacionales están favoreciendo la protección internacional de los derechos humanos, puede resultar contradictorio con el ideal universalista de los derechos humanos el establecimiento de la ciudadanía y la residencia, como principio de exclusión de los derechos a los inmigrantes.

En el caso español, el artículo 13 CE constituye un elemento imprescindible de interpretación,<sup>2</sup> pero este precepto no es el único marco que debemos de tener en cuenta a la hora de fijar el alcance de los derechos y libertades de que gozan los extranjeros en España. La determinación del estatus constitucional de los derechos de los extranjeros exige interpretar de manera integral el art. 13 CE., entre otros, con los siguientes preceptos constitucionales:

A. *El artículo 10 CE.* El alcance de los derechos y libertades de los extranjeros que reconoce el artículo 13 viene determinado por el artículo 10 CE. El art. 10.1 fundamenta el orden político y la paz social en el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, y a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables e inherentes a la dignidad humana. El art. 10.2 reconoce a los Tratados Internacionales una función interpretadora para las normas que regulan los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Como ha afirmado el Tribunal Constitucional (STC 53/1985), el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 CE, constituye el germen de unos derechos que le son inherentes al ser humano y, dentro del sistema constitucional es considerado como el punto de arranque de la existencia y especificación de los demás derechos.

La dignidad humana se erige en un principio fundamental de la política constitucional que dirige y orienta positivamente y negativamente la actuación de los poderes públicos. Positivamente en la medida en que todos los poderes públicos deberán asegurar el desarrollo de la dignidad humana, y negativamente, porque los poderes públicos deben evitar afectar esta dignidad.<sup>3</sup>

En lo que al contenido del art. 10.2 CE se refiere, lo que hace la Constitución es reconocer que llegado el momento de interpretar los preceptos de la Constitución sobre derechos y libertades habrá que hacerlo de la forma que mejor se acomode a los Convenios y demás instrumentos Internacionales que sobre

<sup>2</sup> Art. 13 CE: *Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la ley.*

<sup>3</sup> César Landa, "Dignidad de la persona humana", *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 7, julio-diciembre, 2002, p. 123.

la materia haya ratificado nuestro Estado. Si los Tratados internacionales constituyen fuente interpretativa para la determinación del alcance y contenido de los derechos y libertades proclamados y reconocidos por la Constitución, y sirven para establecer los perfiles “exactos” de su contenido (STC 28/1991), la forma en que los Instrumentos Internacionales en la materia reconocen y garantizan estos derechos y libertades, se considera esencial para la determinación de su alcance, titularidad y la posibilidad de imposición de límites o restricciones por parte de los poderes públicos.

B. *El artículo 1 CE*. En la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes se encuentran, también, las notas que caracterizan el Estado social y democrático de Derecho. Los derechos derivan, a su vez, de los valores que el art. 1 CE define como “superiores del ordenamiento jurídico”. Como ha indicado Fernández Segado,<sup>4</sup> no existe ni puede existir dignidad sin libertad, justicia, igualdad y pluralismo político. Además, estos valores serían indignos si no redundaran a favor de la dignidad del ser humano.

C. *Los mandatos contenidos en el art. 9 CE*. Si la Constitución es la Norma superior del ordenamiento jurídico español (art. 9.1 CE), y los poderes públicos y los ciudadanos están sujetos a ella, y al resto del ordenamiento jurídico, los poderes públicos tienen un deber positivo de dar efectividad a los derechos y libertades (art. 9.2 CE). El artículo 9.2 CE, representa la concreción inmediata de las exigencias implícitas en el Estado social de Derecho proclamada en el artículo 1.1 CE, y contiene un auténtico mandato dirigido a los poderes públicos de realizar una “política de derechos fundamentales”, asumiendo una posición activa en la promoción de los derechos y en la creación de las condiciones que hagan posible su ejercicio efectivo.<sup>5</sup>

Desde la perspectiva del artículo 9.2 CE de promoción de las condiciones de igualdad, no se considera discriminatorio que, a fin de promover una efectiva

<sup>4</sup> Francisco Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, p. 163. También en el mismo sentido *vid.* “Dignidad de la persona, orden valorativo y derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional español”, *Revista Española de Derecho Militar*, Madrid, núm. 65, 1995.

<sup>5</sup> Antonio Luis Martínez-Pujalte, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 85.

y real igualdad, los poderes públicos puedan adoptar medidas de acción positiva frente a determinadas discriminaciones (STC 3/1992).

D. *Las vinculaciones derivadas del artículo 53 CE.* La vinculación que impone el art. 53.1 puede ser observada como una “vinculación especial”. Los poderes públicos están sometidos a la Constitución en general, y en especial a los derechos y libertades que reconoce. La garantía del contenido esencial que proclama la Constitución se deriva del art. 10.1, y se convierte en el instrumento más adecuado para dotarles de la eficacia necesaria.

El carácter excepcional con que deberá considerarse toda acción que limite o restrinja un derecho o una libertad reconocida constitucionalmente, supone que toda limitación deberá hacerse sólo por ley, que deberá respetar el contenido esencial del derecho, y deberá estar motivada y justificada, y ser proporcional al fin perseguido.

E. *La forma en que la Constitución contempla cada uno de los derechos y libertades, y su contenido constitucionalmente declarado.*

De lo hasta aquí indicado, podemos deducir que la posición del legislador al regular los derechos y libertades de los extranjeros, se encuentra especialmente sometida e impregnada por la propia Constitución. Cuando el legislador regule un derecho o una libertad deberá tener en cuenta el contenido constitucionalmente declarado, pero además, deberá aceptar las exigencias derivadas de la definición del Estado español como Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1); los valores superiores del ordenamiento jurídico, y las facultades que de ellos se derivan; deberá tomar en consideración, por mandato del art. 10.2, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales ratificados por España en materia de derechos y libertades, que forman parte del ordenamiento interno, y, deberá tener en cuenta la especial relación de la dignidad de la persona con los derechos.

Una interpretación integradora de la Constitución, nos llevará a la conclusión, siguiendo a Alzaga,<sup>6</sup> de que nuestra Norma Suprema ha construido una amplia, generosa, y avanzada defensa y tutela de los derechos de los inmigrantes.

---

<sup>6</sup> Oscar Alzaga Villaamil *et al.*, *op. cit.*, p. 53.

## II. Tratamiento jurisprudencial y legislativo de los derechos de los inmigrantes en España

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, el TC tuvo oportunidad de pronunciarse y perfilar una doctrina sobre la materia en la Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre.

En el Fundamento Jurídico 4 de la citada sentencia, el TC establecía una clasificación de los derechos de los extranjeros, que se ha reafirmado y completado en sentencias posteriores, indicando que: “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 artículo 13.2 y con la salvedad que contienen) y 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.”

Sin embargo, no creemos acertado entender que todos los derechos y libertades a que hace referencia el art. 13.1 sean derechos de configuración legal, ni tampoco que la titularidad y disfrute de derechos y libertades por los extranjeros deba de hacerse, exclusivamente, sobre la base de considerarlos en mayor o menor medida vinculados a la dignidad humana. El propio TC ha establecido que todos los derechos del Título I son derechos constitucionales, y por consiguiente habrá que tener en cuenta cual es el contenido que la Constitución, como parámetro principal, reconoce, y de ahí determinar si su titularidad y ejercicio puede ser configurado por los Tratados y la ley.

La *Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio*, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, estableció el régimen de entrada, trabajo y establecimiento, salidas, garantías e infracciones y sanciones del régimen jurídico, así como la situación de los extranjeros y determinados regímenes especiales, pero reguló los derechos y libertades del inmigrante de manera incompleta y de dudosa constitucionalidad.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Ni la Ley Orgánica 7/1985, que fue declarada inconstitucional por STC 115/1987 de 7 de julio en lo que respecta a las limitaciones contenidas para el ejercicio del derecho de reunión y del derecho de asociación, ni los Reales Decretos 1119/1986 de 26 de mayo y 155/1996, de 2 de febrero, que reglamentaban su ejecución, regulaba adecuadamente los derechos y libertades de los extranjeros ni sirvió para adaptar dicha ley, tanto a la

Juan Manuel Goig Martínez

Más que una ley que regulaba los derechos y libertades de los extranjeros, la Ley Orgánica 7/1985, incidía en los aspectos más puros del derecho de extranjería: el régimen de entrada, permanencia y salida, y las situaciones jurídicas del inmigrante, y trataba de forma sectorial y sectaria los derechos y libertades de los inmigrantes, siendo incapaz de responder adecuadamente a los nuevos retos que los cambios de los flujos migratorios suponían.

La *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero*, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, implica la ruptura con la anterior legislación de extranjería y la superación de gran parte de las reticencias con las que tradicionalmente se han venido considerando los procesos migratorios. La Ley Orgánica 4/2000 constituye un intento de equiparar a inmigrantes y españoles no sólo en derechos fundamentales, sino también en los llamados “derechos económicos, sociales y culturales” sin distinguir, salvo para aquellos para los que se exija, al igual que para los españoles, el cumplimiento de determinados requisitos, en virtud de la situación administrativa, favoreciendo la integración social y luchando contra la discriminación.

La vida de la Ley Orgánica 4/2000 fue efímera. La reforma por *Ley Orgánica 8/2000*, y la reforma subsiguiente de ésta es tan profunda, que viene a modificar el espíritu y la intención con que fue aprobada la Ley Orgánica 4/2000, lo que nos lleva a afirmar que el resultado de esta reforma, es una nueva Ley de Extranjería.

Tras la reforma, que afecta a un 80% de la Ley, no sólo se modifica gran parte del sistema de entrada, salida, permanencia y situaciones de los inmigrantes, sino que se cambia el reconocimiento de derechos a los extranjeros, retornando a una situación muy parecida a la contemplada por la Ley Orgánica 7/1985, recuperando la clara distinción entre los extranjeros dependiendo de su situación administrativa de regularidad. El nuevo texto implicó un claro retroceso respecto al reconocimiento de los derechos y libertades de los extranjeros y su filosofía es muy diferente al texto original de la Ley Orgánica 4/2000 puesto que está dirigido a restringir o limitar fuertemente sus derechos y libertades cuando su situación no haya sido regularizada.

---

cambiante situación de la inmigración en España; a los Tratados Internacionales que el Estado había ratificado en materia de derechos y libertades; como a las exigencias de los nuevos compromisos internacionales adquiridos por España.

En lo que al desarrollo reglamentario de la Ley Orgánica 8/2000 se refiere, la STS de 20 de marzo de 2003,<sup>8</sup> constituye un elemento importante en aras a corregir determinadas previsiones reglamentarias en materia de extranjería y modifica ciertas peculiaridades sobre la política de inmigración que ha adoptado el ejecutivo al margen de las previsiones constitucionales y legales, declarando nullos de pleno derecho varios artículos reglamentarios, declarados ilegales.<sup>9</sup>

La reforma de la Ley Orgánica 4/2000 por Ley Orgánica 8/2000, planteó desde el principio serias dudas de inconstitucionalidad sobre su adecuación al estatus constitucional español en materia de derechos y libertades de los inmigrantes. Estas dudas se vieron reflejadas en la presentación de ocho recursos de inconstitucionalidad por supuesta vulneración de preceptos constitucionales reconocedores de derechos fundamentales y libertades públicas. Fue la STC 236/2007, de 7 de noviembre, la primera en resolver dichos recursos y en declarar la inconstitucionalidad de varios de los preceptos. Esta jurisprudencia constitucional ha venido a modificar, de manera completa, el tratamiento que la Ley Orgánica 4/2000, en su versión Ley Orgánica 8/2000 daba a determinados derechos fundamentales y libertades públicas: el Derecho al trabajo, con especial referencia a los derechos fundamentales de sindicación y huelga; el derecho de reunión; el derecho de asociación, el derecho a la educación y el derecho a la tutela judicial efectiva, y las garantías procesales que el art. 24 CE eleva a la categoría de derechos fundamentales.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Recaída en recurso interpuesto por dos asociaciones pro inmigrantes contra el RD 864/2001 de 20 de julio de 2001 por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero de 2000 sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España (Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, reformado por Real Decreto 1019/2006, de 8 de septiembre, que modifica su art. 13), reformada por Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre –en adelante REODYLE.

<sup>9</sup> En otras dos sentencias, el Tribunal Supremo declara ilegales la regulación de algunos preceptos reglamentarios en materia de extranjería: STS de 10 de junio de 2004, de la Sala Tercera, y de 9 de febrero de 2005, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

<sup>10</sup> Estos criterios fundamentales reconocidos por el TC en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, han sido ratificados por el resto de Sentencias dictadas por el TC a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de la Ley Orgánica 4/2000, en su versión dada por la Ley Orgánica 8/2000: STC 259/2007, de 19 de diciembre de 2007; STC 260/2007, de 20 de diciembre de 2007; STC 261/2007, de 20 de diciembre de 2007; STC 262/2007, de 20 de diciembre de 2007; STC 263/2007, de 20 de diciembre de 2007; STC 264/2007, de 20 de diciembre de 2007, y STC 265/2007, de 20 de diciembre de 2007.

El principal efecto de esta jurisprudencia fue la reforma de la legislación orgánica en materia de extranjería.

La *Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre* 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, fue la primera modificación.

Con un calado mucho más profundo, la *Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre*, incorpora la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dando para ello una nueva redacción a los artículos que reconocen determinados derechos a los inmigrantes, con independencia de su situación administrativa, e incorporar a nuestro ordenamiento jurídico las Directivas europeas sobre inmigración que estaban pendientes de transposición o que no se habían transpuesto plenamente.

La *Ley Orgánica 4/2000* fue objeto de *una nueva reforma, por Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio*, en los que se introducen modificaciones que afectan a los artículos 31 bis y 59 bis de la *Ley Orgánica 4/2000*, de 11 de enero. La voluntad que el legislador persigue mediante la modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la *Ley* de referencia se concreta en ampliar las medidas de protección que dicha *Ley* reconoce a las mujeres víctimas de violencia de género y a las víctimas de trata de seres humanos que decidan denunciar al maltratador o explotador, respectivamente.

El TC, mediante *STC 17/2013*, de 31 de enero de 2013, se ha pronunciado sobre la posible inconstitucionalidad de algunos preceptos introducidos en las reformas indicadas, reconociendo que el tratamiento otorgado a ciertos artículos es inconstitucional.

El desarrollo legislativo de la ley, mediante *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, también ha sido objeto de recurso.

El Tribunal Supremo, mediante *Sentencia 988/2013* de la Sección 3, Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo (*Recurso 343/2011*), ha estimado parcialmente el recurso, en algunas medidas que pudieran incidir en derechos fundamentales, como es el derecho de entrada y salida del territorio.

La *Ley Orgánica 4/2000*, ha sido objeto de otras reformas:

- El artículo 12, regulador del derecho a la asistencia sanitaria (*Los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria*) ha sido modificado, y redactado por la disposición final tercera del *R. Decreto-ley 16/2012*, de



20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones («B.O.E.» 24 abril).

- *La modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial del año 2013 en relación con la protección internacional, ha producido ciertas reformas en la L.O. 4/2000.*
- Respecto al art. 35 L.O 4/2000, que regula la situación de los menores no acompañados, la Sentencia TS (Sala 1ª) de 23 septiembre 2014 (Rec. 1382/2013), fija nueva doctrina jurisprudencial.

*El artículo 62 bis de la Ley Orgánica 4/2000, regulador de los derechos de los extranjeros internados en los Centros de Internamiento, ha sido declarado inaplicable por STS (Sala 3ª) de 10 febrero 2015 (Rec. 373/201).*

Una última reforma se ha producido a la Ley Orgánica 4/2000. La Disposición final primera de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, al regular el “Régimen especial de Ceuta y Melilla”, añade una disposición adicional décima a la Ley Orgánica 4/2000, en virtud de la que se legalizan las devoluciones en frontera.

Sin embargo, “el rechazo en frontera”, denominado vulgarmente “devoluciones en caliente” están prohibidas en el derecho internacional.<sup>11</sup> Este sistema de devolución, viola el art. 4 del Protocolo adicional 4 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), que prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros.<sup>12</sup> Las devoluciones colectivas y sin procedimiento alguno son incompatibles con Schengen y violan el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que establece la prohibición de tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes, incluyendo la prohibición de expulsión de los

<sup>11</sup> *Vid.* Informe “Expulsiones en caliente: cuando el Estado actúa al margen de la ley”, Informe promovido desde el Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449), con fecha 27 de junio de 2014, que, además de indicar la violación del Derecho Internacional, indica la violación del derecho interno español.

<sup>12</sup> Como indica el TEDH, ningún extranjero puede ser expulsado sin que se examine de forma individualizada su situación, y sin tener la oportunidad de hacer valer sus argumentos. (*STEDH de 5 de febrero de 2002 Caso Conka c. Bélgica*, y *STEDH de 27 de febrero de 2012 Caso Hirsi Jamaa y otros c. Italia*) En otras ocasiones, como *STEDH Caso Georgia v. Rusia*, de 03 de julio 2014, y *STEDH, 21 de octubre de 2014 Caso Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, el TEDH ha entendido también violados los artículos 3 (prohibición de tratos inhumanos o degradantes), 5 (derecho a la libertad y a la seguridad), y 13 (derecho a los recursos efectivos) de la CEDH.

Juan Manuel Goig Martínez

extranjeros en un país respecto del que existan motivos suficientes para pensar que la persona expulsada puede ser sometida a tortura, tratos inhumanos o degradantes.<sup>13</sup> En términos similares se pronuncia el art. 19.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE al establecer que “Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un estado que corra un grave riesgo de ser sometido a pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”.<sup>14</sup>

Las devoluciones en caliente también afectan, de forma preocupante, al Derecho de Asilo, por cuanto impiden cualquier alegación y tratamiento individualizado de los ciudadanos interceptados e imposibilitan el ejercicio de este derecho, de acuerdo con lo regulado en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del Derecho de Asilo y de la protección subsidiaria, que establece los aspectos básicos a los que las personas que se encuentran ilegalmente en el territorio de un país tiene derecho.

### III. Delimitación constitucional del alcance y contenido de los derechos de los extranjeros en España

#### 1. Planteamientos previos

La determinación de la posición jurídica de los extranjeros, según la cual, a partir de los arts. 10.1 y 13 CE, como hemos estudiado con anterioridad, ha llevado al

<sup>13</sup> STEDH de 11 de enero de 2007, Caso *Salah Sheekh c. Países Bajos*, STEDH de 19 de diciembre de 2013 Caso *N.K. c. Francia*, entre otras.

<sup>14</sup> Igualmente, podríamos considerar que se atenta contra diversa normativa internacional: la Directiva de Asilo 2005/85/CE que obliga a las autoridades a proporcionar garantías legales a todo demandante como la asistencia jurídica y el derecho a un intérprete; la Carta de Derechos Fundamentales de la UE en su art. 18 garantiza el pleno ejercicio del derecho de asilo y su art. 19. 1 que expresamente dispone “se prohíben las expulsiones colectivas”. La Directiva de retorno 2008/115/EC exige a los estados Miembros de la unión Europea la existencia de sistemas justos y eficaces que garanticen el derecho de asilo. La Convención de Ginebra establece respecto a la expulsión del refugiado en su art. 32 que únicamente se efectuará en virtud de una decisión conforme a los procedimientos legales vigentes, por tanto debe contar con protección jurídica efectiva. El Estatuto de los Refugiados aprobado por el protocolo de 31 de enero de 1967 aplica la Convención de Ginebra de la ONU a todos los refugiados más allá de la fecha límite establecida en 1951, y quedaría afectado por la práctica de dichas devoluciones. El Pacto internacional de Derechos civiles y políticos que garantiza el derecho a recurrir, el acceso a un procedimiento de expulsión y a la asistencia jurídica con intérpretes.

TC, en cuanto a la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España, a establecer una distinción tripartita que se basa en la distinta libertad del legislador al que remite el art. 13.1 CE para regular la titularidad y el ejercicio de los distintos derechos del título I, pues aquélla depende del concreto derecho afectado. Así, una interpretación sistemática del repetido precepto constitucional impide sostener que los extranjeros gozarán en España sólo de los derechos y libertades que establezcan los tratados y el legislador (SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2), dejando en manos de éste la potestad de decidir qué derechos del Título I les pueden corresponder y cuáles no, pues ha de tenerse también presente la conexión del derecho fundamental afectado con la garantía de la dignidad humana. Por otra parte, existen en ese título derechos cuya titularidad se reserva en exclusiva a los españoles (los reconocidos en el art. 23 CE, con la salvedad que contiene), prohibiendo la misma Constitución (art. 13.2 CE) que el legislador los extienda a los extranjeros (en este sentido, por todas STC236/2007, de 7 de noviembre, FFJJ 3 y 4).

Así pues, es posible afirmar que, como se deduce de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, existen derechos que, en tanto que inherentes a la dignidad humana, corresponden por igual a españoles y extranjeros; igualmente existen derechos, como los reconocidos en el art. 23 CE en relación con el 13.2 CE, que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros y, finalmente, un tercer grupo serían aquellos derechos 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.

Por tanto, el punto de partida para la determinación del estatus jurídico del inmigrante en materia de derechos y libertades, ha de venir dado por la constatación de que, como recuerda la STC 236/2007, de 27 de noviembre, FJ 4, el art. 13.1 CE concede al legislador una notable libertad para regular los derechos de los extranjeros en España, pudiendo establecer determinadas condiciones para su ejercicio. Sin embargo, una regulación de este tenor 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 contenido 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.

Los parámetros constitucionales estudiados, la doctrina del Tribunal Constitucional, el Derecho Internacional en materia de derechos humanos, la Legislación de extranjería y las leyes orgánicas reguladoras de los derechos reconocidos constitucionalmente, nos llevaría a establecer una clasificación de los derechos y libertades de que son titulares los inmigrantes.

## 2. *Ámbito de derechos y libertades de los inmigrantes en España*

De acuerdo con la Constitución y con la jurisprudencia del TC, podemos afirmar que los extranjeros son titulares de derechos y libertades constitucionales, aunque con distinto alcance. Así podemos distinguir:

### *A. Derechos de configuración constitucional plena*

Los extranjeros son titulares, y los podrán ejercer en las mismas condiciones que los nacionales –con independencia de que tengan o no regularizada su situación administrativa– sin que, por lo tanto, las posibles leyes de desarrollo puedan establecer limitaciones específicas para ellos, de los siguientes derechos y libertades:

1. Derecho a la vida (art. 15.1) (STC 53/1985, de 11 de abril).
2. Derecho a la integridad física y moral (art. 15.1) (STC 107/1984, de 23 de noviembre).
3. Derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16.1) (STC 107/1984, de 23 de noviembre).
4. Derecho a la libertad y a la seguridad (art. 17.1) (STC 115/1987, de 7 de julio ; STC 233/1993, de 12 de julio).
5. Derecho a la intimidad personal y familiar; a la propia imagen y al honor (art. 18.1) (STC 231/1988, de 2 de diciembre).
6. Derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2).
7. Derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3).
8. Derechos de libre expresión y de información (art. 20.1) (STC 62/1982, de 15 de octubre).
9. Derecho de reunión (art. 21). El Tribunal constitucional, sin vincular este derecho a la dignidad, en STC 115/1987, de 7 de julio, ha reconocido que: “El artículo 21.1 de la Constitución afirma genéricamente que “se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas”, sin ninguna referencia a la nacionalidad del que ejerce este derecho, a di-

ferencia de otros artículos contenidos en el Título I, donde se menciona expresamente a los españoles, y a diferencia también de otras Constituciones comparadas donde este derecho expresamente se reserva a los ciudadanos.”

La definición constitucional del derecho de reunión realizada por la jurisprudencia y su vinculación con la dignidad de la persona, derivada de los textos internacionales, determina su reconocimiento a los extranjeros sin distinción por situación administrativa (STC 236/2007, de 7 de noviembre).

10. Derecho de asociación (art. 22). El Tribunal Constitucional ha admitido que: “de acuerdo a sus propios términos, el artículo 22 de la Constitución, en contraste con otras Constituciones comparadas, reconoce también directamente a los extranjeros el derecho de asociación”, considerando el contenido de dicho precepto “un mandato constitucional” (STC 115/1987, de 7 de julio).

La Constitución y los tratados internacionales lo “proyectan universalmente” y de ahí que no sea constitucionalmente admisible la negación de su ejercicio a los extranjeros que carezcan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España (STC 236/2007, de 7 de noviembre).

11. Derechos reconocidos en el art. 24 CE. (STC 99/1985, de 30 de septiembre –criterio mantenido en otras: SSTC 144/1990, de 26 de septiembre; 116/1993, de 29 de marzo, 242/1994, de 20 de julio, STC 36/2006).
12. Principio de legalidad penal (art. 25).
13. Cuando se encuentre en prisión, el inmigrante disfrutará de los derechos inherentes a su condición, en los mismos términos que la población reclusa nacional.
14. Derecho a la educación (art. 27). De acuerdo con el tenor literal del art. 27, “Todos tienen derecho a la educación” (art. 27.1), constituyendo este derecho de “todos a la educación” una obligación de garantía para los poderes públicos (art. 27.3.) La consideración de la educación como un derecho fundamental del que disfrutarán, tanto los nacionales, como los extranjeros, no solo derivará de su estrecha vinculación con la dignidad, sino por el propio precepto constitucional que manifiesta que la educación “tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad

humana “, que según el art. 10.1, constituye uno de los fundamentos del orden político y de la paz social (STC 236/2007, de 7 de noviembre)

15. Cuando los inmigrantes ostenten la condición de trabajador, serán titulares de los derechos de sindicación y de huelga, en las mismas condiciones que los españoles (STC 236/2007, de 7 de noviembre).

### *B. Derechos de reconocimiento limitado. Los diversos ámbitos de titularidad y ejercicio.*

En este segundo grupo de derechos de los que pueden ser titulares los inmigrantes, nos encontramos ante derechos que la Constitución vincula a la nacionalidad y a la ciudadanía y que, en un primer momento, puede dar la impresión de que se refieren u otorgan exclusivamente a los españoles. A esta categoría de derechos y libertades se les podría aplicar la consideración de “derechos de configuración legal”, de forma que la ley puede considerar como titulares de los mismos a los extranjeros, o no, o incluso reconociendo tal titularidad añadir un plus de limitación a su ejercicio por los extranjeros. Dentro de esta categoría podríamos distinguir:

*a) Los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I que la Constitución reconoce expresamente a los españoles: el derecho a elegir libremente la residencia; a circular por el territorio nacional y a entrar y salir libremente de España, y el derecho de petición, derechos y libertades respecto de los que habrá que tener en consideración su regulación constitucional, convencional y legislativa.*

- El derecho a entrar y circular libremente por el territorio nacional, y el consiguiente derecho a residir entro de éste, según ha afirmado el TC (STC 94/1993, de 22 de marzo):  
“no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana... ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales, al margen de su condición de ciudadano. De acuerdo con la doctrina sentada por las citadas sentencias..., es pues, lícito que las leyes y los Tratados modulen el ejercicio de tales derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España y a residir en ella.”

Las condiciones en que un extranjero ha de acceder a los derechos reconocidos en el artículo 19 CE han de ser determinadas por el legislador, “*pero una vez que estas condiciones han sido legalmente fijadas y cumplidas, puede concluirse que los inmigrantes que por disposición de una ley o de un Tratado, o por autorización concedida por la autoridad competente, tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el artículo 19 CE, aun cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles, sino en las que determinen los tratados y las leyes a los que se remite el art. 13.1 CE*” (SSTC 94/1993, de 22 de marzo; 116/1993, de 29 de marzo, 242/1994, de 20 de julio).<sup>15</sup>

- El derecho fundamental de petición, es atribuido por el artículo 29 CE. a “los españoles. La Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del derecho de petición, hace una delimitación del ámbito subjetivo de los titulares del derecho de petición de forma extensiva, entendiéndose que abarca a cualquier persona natural o jurídica, prescindiendo de su nacionalidad, y de su situación de regularidad, como cauce de expresión en defensa de intereses legítimos y como participación ciudadana en las tareas públicas (art. 1 LORDP).

*b) Derechos y deberes de los ciudadanos (Sección 2ª del Capítulo II, Título I)*

Debemos de afirmar que el reconocimiento de los derechos que se incluyen en esta Sección no es uniforme, y por lo tanto su tratamiento no puede ser generalista, ya que junto a derechos que se reconocen con fórmulas generales (“todos”; “se reconoce”, o “el hombre y la mujer”), aparecen derechos reconocidos a “los españoles”. Por tratarse de derechos constitucionales, habrá que observar, en un primer momento, cual es el tratamiento que les otorga la propia Constitución, y también ver cómo han sido considerados por el Derecho Internacional para poder comprender cuál es el alcance de su ejercicio por parte de los inmigrantes:

1. Los inmigrantes que se encuentren en territorio español son titulares, aunque su ejercicio está sometido a la forma, alcance y contenido de las leyes que lo re-

<sup>15</sup> El Tribunal Supremo, por su parte, se ha pronunciado a favor del derecho a la libertad de residencia de los extranjeros, entendiéndolo que es un derecho fundamental, y no como una concesión discrecional de la Administración (SSTS de 3 de noviembre de 1981, de 3 de marzo de 1984), así como el derecho a la libre circulación no sólo a los inmigrantes que se encuentren en situación de regularidad (STS de 29 de marzo de 1988).

gulan, en la misma forma que los españoles, y de acuerdo con lo establecido en los Tratados Internacionales, del derecho a contraer matrimonio, sin que puedan ser invocados elementos culturales castigados penalmente en España, como la bigamia.

2. Los inmigrantes que se encuentren en territorio español también serán titulares, en la forma en que establezcan las leyes, que podrán establecer requerimientos adicionales para los extranjeros, aunque siempre de acuerdo con lo que disponga el Derecho Convencional, de los siguientes derechos:

- El derecho a la propiedad privada y a la herencia.
- El derecho a la libertad de empresa (art. 38)
- El derecho de fundación (art. 34).
- El derecho al ejercicio de profesiones tituladas (art. 36) que exigirá el previo reconocimiento y convalidación de los títulos otorgados por Universidades extranjeras.
- El derecho de defender España (art. 30) formando parte del ejército profesional.

3. Del derecho al trabajo en España son titulares, en principio, sólo los españoles. El legislador puede reconocerlo a los inmigrantes, pero por tratarse de un derecho de configuración legal, puede establecer diferencias entre ciudadanos nacionales e inmigrantes, cabiendo tantos modelos regulatorios como considere oportunos. Así puede establecer los requisitos que considere oportunos (autorización administrativa; permiso de residencia, etc.), también puede fijar las excepciones que considere precisas; puede limitar el permiso de trabajo a un determinado territorio, sector o actividad; o puede condicionar la concesión del permiso de trabajo a factores tales como la situación interna de empleo.

Ahora bien, si ello es así, también lo es:

- Que dichas medidas no pueden ser concedidas o establecidas arbitrariamente por la Administración, sino que las condiciones, limitaciones, restricciones o requisitos para el acceso al mercado de trabajo deberán estar reguladas por vía legislativa y en cumplimiento del principio constitucional de seguridad jurídica.
- Que en los procedimientos que a ley establezca con relación a la contratación de trabajadores inmigrantes, deberán cumplirse todas las ga-



rantías legales, y que su denegación deberá estar suficientemente motivada, y podrá ser recurrida por el solicitante cuando se trate de causas admitidas.

- Que una vez iniciada la relación laboral de acuerdo con lo que disponga la ley, debe regir el principio de paridad de tratamiento entre todos los trabajadores, no siendo admisible la discriminación, paridad de tratamiento que se debe mantener para los derechos que se reconozcan, incluso cuando se extinga esta relación jurídico-laboral.

*c) Existe un tercer grupo de preceptos, que reconocen la mayor parte de los derechos sociales, de protección a la salud y los asistenciales, que integran el Capítulo III del Título I “De los principios rectores de la política social y económica”.*

Independientemente de cuál sea la posición jurídico-constitucional de estos principios, y teniendo en cuenta el distinto alcance y contenido de los numerosos principios enumerados, no puede predicarse que todas las normas contenidas en el Capítulo III, sean predicables sólo de los españoles, puesto que los supuestos admiten variación. Así podemos distinguir entre:

- Principios o mandatos, en los que la actuación de los poderes públicos –en especial del legislativo– no puede discriminar a los inmigrantes por su condición de tal, y por consiguiente, éstos deberán beneficiarse de ellos en las mismas condiciones que los nacionales:

1. La obligación de los poderes públicos de fomentar la educación sanitaria, la educación física y el deporte y las actuaciones tendentes a facilitar la adecuada utilización del ocio (art. 43.3)
2. La promoción y tutela por parte de los poderes públicos del acceso a la cultura en a la que “todos” tienen derecho (art. 44.1) y la promoción de la ciencia y la investigación en beneficio del interés general (art. 44.2)
3. El disfrute de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y la obligación de los poderes públicos de velar por la utilización racional de los recursos naturales (art. 45).
4. La garantía de la defensa de los consumidores (art. 51)

Existen otros principios que reconocen derechos sociales y que la Constitución parece vincular a la ciudadanía, y en otros casos a la nacionalidad, cuya atribución a los inmigrantes puede plantear mayores dudas. Se trata del mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social

para todos los “ciudadanos” (art. 41); del derecho a la protección a la salud mediante medidas preventivas, prestaciones y servicios (art. 43); del establecimiento de una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración a los disminuidos (art. 49); de la garantía de la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad mediante pensiones adecuadas (art. 50) y del derecho de todos “los españoles” al disfrute de una vivienda digna y adecuada (art. 47). Entendemos que al no tratarse de verdaderos derechos subjetivos para los propios nacionales, sino que necesitan leyes que los desarrollen, deberán ser estas leyes, y los Tratados Internacionales, las que determinen si su titularidad se extiende o no a los extranjeros.

- Respecto a la *protección de la salud*, la propia Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril reconoce que los extranjeros residentes son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en condiciones idénticas a las de los españoles (art. 1.2). Respecto a los inmigrantes no residentes, tendrán garantizado este derecho en la forma que establezcan las leyes y los Convenios Internacionales (art. 1.3 Ley General de Sanidad), derecho que, de acuerdo con la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996, de 15 de enero, se reconoce, junto a los demás servicios públicos, a los menores extranjeros que se encuentren en España, cualesquiera que sean las circunstancias de su estancia en España.

El Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad de sus prestaciones, afecta a la población inmigrante. Para ello modifica la Ley 16/2003 de Cohesión y Calidad del SNS (artículo 3).<sup>16</sup> El Real Decreto-ley de 2012 elimina la tarjeta sanitaria a los inmigrantes en situación irregular, y limita la asistencia sanitaria

---

<sup>16</sup> De acuerdo con la nueva normativa, no basta con estar empadronado para tener derechos a determinadas prestaciones sanitarias básicas, será necesario acreditar ser trabajador o pensionista, o desempleado inscrito. El resto de inmigrantes podrá ser beneficiario, si acredita no superar un límite de ingresos y resida en España. Podrán así mismo tener la condición de asegurado pagando una cuota o contraprestación.

Las prestaciones básicas sanitarias de que podrán disfrutar son: cobertura en la asistencia de urgencias hasta el alta, asistencia por maternidad (embarazo, parto y postparto) y cuidados de los niños. Los niños de padres en situación irregular menores de 18 años, recibirán asistencia sanitaria primaria, hospitalaria y consulta con especialistas, con las mismas prestaciones que los ciudadanos españoles.

pública y gratuita a los inmigrantes irregulares a los tratamientos de urgencia, excepción hecha de los menores y de la mujer embarazada. El Gobierno ha anunciado en abril que volverá a reconocer a los inmigrantes irregulares la asistencia sanitaria ambulatoria.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha solicitado al Estado español que asegure el acceso a los servicios de salud de todas las personas que residen en el Estado, cualquiera que sea su situación legal, en consonancia con el principio de universalidad de las prestaciones sanitarias. Por su parte, el Comité europeo de Derechos Sociales de Estrasburgo, ha manifestado que España incumple el art. 13 de la Carta Social Europea, relativo al derecho a la asistencia apropiada para toda persona en estado de necesidad.

*d) También los inmigrantes son titulares de un derecho esencial como es el derecho a una identidad diferente en virtud del cual pueden ejercer y manifestar su identidad religiosa, lingüística y cultural.*<sup>17</sup> Se trata de un derecho reconocido internacionalmente. El PIDCP de 1966, reconoce en su art. 27: “En los Estados en los que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negarán a las personas que pertenezcan a dichas minoría el derecho que les corresponde en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural; a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”. A pesar de que pueda parecer que se trata de un derecho vinculado a las propias minorías nacionales de los Estados, el Comité de Derechos Humanos del Pacto, en la Observación General n° 23(50) de 6 de abril de 1994 sobre el artículo 27, indica que para la protección de los miembros de las minorías no es indispensable que sean ciudadanos del Estado Parte en el que viven o se encuentran.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Fernando M. Marino Menéndez, “Protección de las minorías y de sus miembros en el Derecho Internacional y en Europa”, en María Eugenia Rodríguez Palop y Andrés Tornos coords., *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*, España, Universidad Pontificia Comillas, 2000, pp. 68 y ss. (Colección Sociedad, Cultura y Migraciones)

<sup>18</sup> De esta forma, los inmigrantes que se encuentren en territorio español son titulares de los siguientes derechos:

- a) En relación con el derecho a su identidad religiosa: a) Profesar las creencias religiosas que libremente elijan o no profesar ninguna (art. 2 Ley Orgánica de Libertad Religiosa (LOLR)); b) Manifestar libremente sus propias creencias religiosas con las limitaciones que marca la Constitución (art. 2 LOLR); c) Practicar los actos de culto; recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos matrimoniales (Código Civil, arts. 49, 59 y 60); recibir sepultura y no ser obligado

Juan Manuel Goig Martínez

## IV. El derecho a la reagrupación familiar

Se trata de un derecho que está reconocido por vía convencional, pero como derecho que dimana indirectamente del derecho a la vida familiar y de la protección a la familia, reconocido en todos los tratados Internacionales en materia de derechos y libertades, en especial aquellos relativos a los derechos del menor y de los trabajadores y trabajadores migrantes, y reconocido jurisprudencialmente por el TEDH por conexión con el derecho a la vida familiar que proclama y reconoce en el art. 8 del CEDH: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y su correspondencia”.

También en cuanto se refiere al ámbito comunitario, como ha manifestado el TJCE, el ámbito de lo familiar, y su defensa o preservación, constituye una preocupación constante, constituyéndose en un derecho fundamental que forma parte amplia del Derecho Comunitario (STJCE, de 18 de mayo de 1989, caso *Comisión c. RFA*).

Existe, por consiguiente, en el ordenamiento Internacional en materia de derechos, un “derecho a la protección de la familia”, del cual parece deducido el derecho a la reagrupación familiar, como elemento determinante del derecho a la vida en familia que formaría parte del contenido del derecho a la protección familiar.

---

a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones (art. 2 LOLR).

b) En relación con el derecho a su identidad cultural y religiosa y como contenido del derecho a la educación: a) Los padres tienen el derecho a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 2 LODE; Disposición Ad. 2ª LOGSE y RD sobre enseñanza de la religión 2438/1994); b) Los alumnos tienen derecho a que se respete su libertad de conciencia, así como sus convicciones religiosas y morales (art. 6 LODE); c) Derecho a que se respete su identidad y dignidad personales; d) Derecho a asociarse (art. 7 LODE); e) Derecho a que la educación favorezca el pleno desarrollo de la personalidad y les prepare para participar activamente en la vida social y cultural (art. 2 LODE); f) Derecho a la libre expresión y a la libre producción artística. En materia educativa, el contenido se entiende con las modificaciones que pueda establecer la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE).

c) En relación con el derecho a su identidad lingüística: a) Derecho a usar la lengua propia en privado; b) Derecho a intérprete y traducción en juicio, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión.

En el sistema de derechos europeo, el derecho a la reagrupación familiar, se manifiesta como un derecho activo a la reagrupación familiar que se traduce en el derecho de un extranjero a traer consigo (reagrupar) a determinados parientes al Estado en el cual vive, pero también como un derecho pasivo que implica que el Estado no lo podrá desconocer, salvo en contadas situaciones.<sup>19</sup>

Nos encontramos ante un derecho configurado, en virtud de la proyección constitucional en España, de acuerdo con los arts. 10.2 y 96.1CE, de los Tratados Internacionales en materia de derechos y libertades –especialmente deducido del Derecho Internacional, en concreto del art. 8.1 CEDH, de cuya interpretación, la jurisprudencia del TEDH ha venido a limitar la actuación de los Estados a la hora de dictar normas sobre entrada y residencia de extranjeros–<sup>20</sup> y de la doctrina elaborada por órganos jurisdiccionales supranacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y cuyo reconocimiento legislativo, lo eleva a la categoría de derecho con todas las garantías que ello supone desde el punto de vista constitucional, pero lo define como *derecho de configuración legal* –con las limitaciones que para el propio legislador pueda implicar el contenido convencional y el Derecho Comunitario–, y que se convierte en elemento necesario e indispensable para la integración de los inmigrantes.

En su intento de equiparar a inmigrantes y españoles en los llamados “derechos económicos, sociales y culturales”, la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reconoce, y distingue, como pertenecientes a categorías distintas, expresamente el derecho fundamental a la intimidad familiar y a la vida en familia, y eleva a categoría de derecho, como parte del contenido de este derecho a la vida familiar, el derecho de determinados familiares (art. 17) a obtener la residencia en España para reagruparse con el residente (art. 16), alineándose así la Ley, con la consideración del TEDH de que para el desarrollo de la persona es necesario no ser privado de la dimensión familiar, derecho que ha sido defendido en numerosas ocasiones frente a decisiones administrativas de expulsión (STEDH, de 18 de febrero de 1991,

<sup>19</sup> Elena López Barba y Daniel Ignacio García San José, “El Derecho a la reagrupación familiar en el nuevo régimen jurídico a la luz de las obligaciones internacionales asumidas en el CEDH: un análisis crítico”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 64, 2001, pp. 67 y 68.

<sup>20</sup> Marcos Francisco Massó Garrote, *Nuevo Régimen de Extranjería*, Madrid, La Ley, 2001, p. 178.

Juan Manuel Goig Martínez

*Caso Moustaquin vs Bélgica*; STEDH de 19 de febrero de 1996, *Caso Gull vs Suiza*; STEDH, de 26 de septiembre de 1997, *Caso El Bujaidi vs. Francia*).

La Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre de 2009, introduce en su Título I la nueva regulación que se da al derecho de reagrupación familiar; el cambio fundamental que se introduce es que los beneficiarios de la reagrupación, en línea con lo que ocurre en la mayoría de los países de nuestro entorno, se acotan básicamente a los familiares que integran la familia nuclear; la novedad en este caso es que, dentro de esta categoría de familiares, se incluye a la pareja que tenga con el reagrupante una relación de afectividad análoga a la conyugal, y que a estos reagrupados se les facilita el acceso inmediato al mercado de trabajo. En cambio, esta reforma lleva a que la reagrupación de los ascendientes se limite, como norma general, a los mayores de sesenta y cinco años, previendo que puedan existir razones humanitarias que la permitan con una edad inferior.

## V. Integración y derechos políticos de los inmigrantes en España: el derecho de sufragio

El reconocimiento de los derechos de ciudadanía es un elemento básico en la integración de los inmigrantes, puesto que evita la discriminación entre los que pueden y los que no pueden votar. Al reconocimiento de los derechos laborales y sociales debe sucederle el reconocimiento de los derechos políticos.

Está claro que el hecho de que los inmigrantes no puedan participar en la elección de quienes legislan, implica que éstos se interesen en menor cuantía por ello, por lo que se ahonda en la diferenciación y colateralmente en la discriminación. Permitir a los inmigrantes el voto es coherente con la propia democracia que aboga por la igualdad y el respeto a los demás.

La participación política de todos quienes se residen legalmente en un país es, sin duda, un instrumento que facilita la integración de la sociedad. Su participación como electores y elegibles en los comicios los convierte en actores de su entorno inmediato, promoviendo su implicación en la vida pública y, muy probablemente, una actitud de mayor consideración por parte de algunos líderes políticos.

Tanto el derecho Internacional General como los Tratados o Convenciones humanitarias carecen del reconocimiento del derecho al voto de los extranjeros, en la consideración tradicional de vincular el derecho a participar en la vida política de los Estados con el concepto de ciudadanía, y ello puede observarse en

el art. 21 de la DUDH; art. 25 del PIDCP; art. 16 CEDH; y el art. 23 CADH. No obstante, en el *Derecho Comparado* encontramos muy diversas regulaciones.

Conforme al art. 23 CE, del derecho de participación, sólo los ciudadanos son titulares (STC 63/1987). Por su parte, el artículo 13.2 de nuestra Constitución especifica que *“Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por Tratado o Ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”*, y la nueva redacción dada a la LO 4/2000, por la LO 2/2009 dispone que *“Los extranjeros residentes en España podrán ser titulares del derecho de sufragio, en las elecciones municipales, en los términos establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales, en su caso, y en la Ley”*.

Del articulado de nuestra Constitución y de las leyes de desarrollo en materia de régimen electoral, el derecho de sufragio activo corresponde a los españoles, mayores de edad, que no estén comprendidos en ninguno de los supuestos de incapacidad para el ejercicio de dicho derecho, previstos en el artículo 3 LOREG. Hay dos excepciones a esta norma, que se aplican en otros procesos electorales:

- En las elecciones al Parlamento Europeo, pueden también votar los ciudadanos de la UE residentes en España que manifiesten su deseo de ejercer el derecho de voto en nuestro país.
- En las elecciones municipales, pueden votar, en las condiciones citadas, los ciudadanos de la UE residentes en España, así como los de los países que otorguen a los ciudadanos españoles el derecho de sufragio pasivo en sus elecciones municipales y se haya firmado un Tratado de reciprocidad.

En el debate interno actual sobre el reconocimiento del derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales a los extranjeros residentes en España, es preciso optar, bien por la reforma constitucional del art. 13, bien por el establecimiento de un sistema de convenios internacionales en la materia.

Si se opta por este último proceso, para que los extranjeros residentes no comunitarios puedan ejercer su derecho al voto, el Gobierno deberá cerrar acuerdos internacionales con los países de origen en un número elevado, y los problemas pueden ser muchos y de muy variada naturaleza. Optar por la puesta en práctica de una política de incrementar el número de acuerdos de reciprocidad presenta ventajas e inconvenientes. La principal ventaja que se puede destacar es la de evitar tener que realizar la reforma constitucional, y, por tanto, la aparente



sencillez. Los inconvenientes principales son: en primer lugar, el importante número de acuerdos que debe firmar el Gobierno para que el derecho de sufragio se puede ejercer por los inmigrantes; en segundo lugar, y quizá el más grave, radica en que existen distintos países que no reconocen el derecho al sufragio a los extranjeros y que no han adoptado un sistema democrático de gobierno

La reforma constitucional consistiría en la simple supresión de la exigencia de reciprocidad, de modo que los extranjeros puedan votar en las elecciones municipales de acuerdo con las condiciones que establezca la ley electoral. La principal desventaja que tiene la reforma constitucional, aun cuando el proceso constitucional de reforma sería la reforma sencilla del art. 168, sería poner de acuerdo a distintas fuerzas parlamentarias en un aspecto, como es la inmigración, en el que el uso partidista ha sido una constante.

## VI. ¿Existe igualdad por razón de nacionalidad?

A la vista del estatus de los inmigrantes en materia de derechos y libertades que acabamos de estudiar cabe preguntarnos por las cuotas de igualdad entre españoles y extranjeros en el ámbito de derechos.

La Constitución no proclama la igualdad formal entre españoles y extranjeros en materia de derechos y libertades, pero no es menos cierto que el contenido, alcance y titularidad de todos los derechos no puede ser configurado por los Instrumentos Internacionales sobre la materia o por la ley, puesto que son derechos constitucionales, por ello, la remisión general realizada por el art. 13.1 CE a los Tratados y a la ley, no puede ser aplicada con esta generalidad que parece derivarse del precepto constitucional.

Los extranjeros no son iguales que los nacionales en derechos y libertades, pero esta falta de igualdad no implica desconocer respecto a los no nacionales la titularidad de derechos y libertades. Los no nacionales que se hallen en territorio español, por encontrarse bajo la jurisdicción del Estado español, son titulares de derechos fundamentales y de libertades públicas que pueden ejercer en las mismas condiciones que los españoles, y a los que, paralelamente, les serán de aplicación las mismas modulaciones o limitaciones, titularidad que proviene de la propia Constitución.

El principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, pero este tratamiento legal desigual tiene un límite que consiste en la no discrimi-



minación, es decir, en el hecho de que la desigualdad esté desprovista de una justificación objetiva y razonable.

Aunque la referencia a una posterior modulación legal ha de tener siempre presente la existencia de ciertos derechos constitucionales en los que no se admite la posibilidad de añadir “*un plus de restricción*”, el legislador, por estar autorizado constitucionalmente según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pueda exigir la estancia regular del inmigrante para permitir el ejercicio de ciertas libertades y derechos, de los que, no obstante, el inmigrante es titular.

El criterio de residencia legal no puede exigirse de manera general porque existen derechos que el Tribunal Constitucional ha vinculado estrechamente y sin condicionamientos, con la dignidad del ser humano y, por consiguiente, el legislador no puede limitarlos, restringirlos o modularlos a los inmigrantes sin limitar, restringir o modular su dignidad. Pero junto a ellos, existen otros derechos y libertades respecto a los que se pueden imponer ciertas limitaciones, y entre ellas, la de residencia legal para su ejercicio.

Los inmigrantes irregulares, al igual que cualquier persona, y precisamente por esta condición de persona, son acreedores de unos derechos, cuya titularidad, ejercicio y tutela nadie les puede negar puesto que conforman su dignidad, pero la propia situación de irregularidad no puede dar lugar a una situación de privilegio, lo que provocaría discriminación respecto a los extranjeros regularizados, y puede exigir el establecimiento de limitaciones especiales en el ejercicio de ciertos derechos. El legislador puede proceder a reconocer una equiparación de ciertos derechos por propia voluntad, pero puede imponer el cumplimiento de determinados requisitos para poder ejercer determinados derechos y libertades para evitar que se generen conflictos y para dar cumplimiento al mantenimiento del orden político y la paz social, cuyo mantenimiento se convierte en mandato para los poderes públicos, y en este sentido, exigir que la situación del inmigrante en territorio español lo sea conforme a lo que establece la ley, en este caso la Ley de Extranjería, está más que justificado.

La necesidad de que el inmigrante haya obtenido la autorización de estancia o residencia en España para ejercer determinados derechos constituye una medida acorde con la Constitución y con el Derecho Convencional y el Derecho Comunitario, con los que se pretenda salvaguardar la sociedad democrática, la seguridad pública, la defensa del orden o la prevención del delito, pero además, el mantenimiento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE) exige medidas adecuadas a su consecución a través del respeto de sus fundamentos, entre los que se encuentra el “respeto a la ley”.

Si la legislación sobre extranjería constituye el cauce en virtud del cual se establecen los requisitos de entrada, permanencia, residencia y salida de los inmigrantes, es indudable que éstos deberán cumplirse para que aquéllos se encuentren en una situación de protección respecto a todos sus derechos constitucionales, de manera que el incumplimiento de estos mismos requisitos no tiene porqué situar al inmigrante en una situación de paridad absoluta respecto a los que sí la cumplen.

Como ha indicado el TC, (STC 236/2007, de 7 de noviembre), el art. 13.1 CE no dice, en efecto, que los extranjeros dispongan de los mismos derechos que los españoles, siendo precisamente ese precepto el que “en nuestra Constitución establece los límites subjetivos determinantes de la extensión de la titularidad de los derechos fundamentales a los no nacionales” [Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992, FJ 3 b)]. Se trata de derechos de los cuales los extranjeros gozarán “en España”, “presupuesto de la extensión de derechos que lleva a cabo [el art. 13.1 CE]” (STC 72/2005, de 4 de abril, FJ 6). Al regular tales derechos la libertad del legislador es más amplia ya que puede modular las condiciones de ejercicio “en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros”, si bien aquella libertad “no es en modo alguno absoluta” (STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3).