

## LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS INMIGRANTES

Los derechos y libertades de los inmigrantes en España se encuentran regulados en el título I de la LODYLE.

La primera característica que salta a la vista, cuando desde una perspectiva constitucional se busca analizar o realizar una primera aproximación al estatuto jurídico de los inmigrantes es su dificultad. Las referencias contenidas en la Constitución española de 1978 (en adelante CE) se limitan a un artículo con un contenido general y dada la relevancia que ha adoptado hoy en día el fenómeno de la inmigración resulta realmente insuficiente.

El texto se limita a señalar en su artículo 13.1 *“Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley”*,

A continuación, el texto constitucional, excluye expresamente el derecho de sufragio y el acceso a los cargos públicos, con una excepción para las elecciones locales a los ciudadanos de los Estados que a su vez otorguen el sufragio a los españoles (reciprocidad). Esta ausencia implica necesariamente que a la hora de analizar el reconocimiento de cada uno de los derechos y libertades de los inmigrantes en España deba acudir a una interpretación conjunta del texto constitucional, tomando, por una parte, todo el Título I relativo a los derechos y libertades e introduciendo, por otra, la interpretación del artículo 14 CE relativo al principio de igualdad y no discriminación.

El artículo 13.1 CE incorpora como parámetro de reconocimiento los Tratados internacionales, lo que va a tener gran relevancia para los extranjeros pues la normativa internacional de los derechos humanos ha superado, ya hace décadas, la clásica distinción nacional-extranjero, proclamando la existencia de un conjunto de derechos cuya titularidad se predica de todo ser humano, creando lo que se ha venido a calificar como *standard mínimo* internacional de derecho, *“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 la Constitución española”* (STC 236/2007)<sup>1</sup>. No obstante el alcance de los derechos reconocidos en los textos internacionales es relativamente incierto pues hasta el momento la falta del efecto directo de sus disposiciones ha impedido la atribución de derechos subjetivos. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha entendido a los textos internacionales como parámetros de interpretación *“que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos”*, de limitación del poder legislativo mas niega la posibilidad de convertir los *“tratados en canon autónomo de la validez de las normas y actos de los poderes públicos”* (STC 236/2007).

El primer pronunciamiento relevante en materia de interpretación de los derechos y libertades de los extranjeros por parte del Tribunal Constitucional Español se desarrolla

---

<sup>1</sup> Vidal Fuero C., “Los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en la CE”, en E. AJA (coord.) *Los derechos de los inmigrantes*, IDP, Tirant lo blanc, Valencia, 2009.

con la **STC 107/1984** de 23 de noviembre (recurso de amparo)<sup>2</sup>. En dicha sentencia se abordó el problema de la interpretación del principio de igualdad del art. 14 CE en relación a la población no nacional, es decir, indirectamente la sentencia resuelve también el alcance del art. 13.1 CE. El Tribunal comienza señalando que:

*“cuando el art. 14 de la Constitución proclama el principio de igualdad, lo hace refiriéndose con exclusividad a «los españoles». Son éstos quienes, de conformidad con el texto constitucional, 'son iguales ante la Ley' y no existe prescripción ninguna que extienda tal igualdad a los extranjeros”.*

Seguidamente matiza esta afirmación al señalar que la igualdad jurídica de los inmigrantes se ha de interpretarse conforme el artículo 13 CE y crea una triple categoría de derechos. La primera categoría se predica de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE) y declara la equiparación. La segunda categoría recae sobre los derechos derivados del artículo 23 CE (derecho al voto); derechos predicables de los ciudadanos, y sobre los cuales no hay equiparación con los españoles. Y, por último, el resto de derechos que dependerán de lo que se establezca en los tratados y leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto de los nacionales. Con este primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional incorpora la llamada “*Teoría tripartita de los derechos*”, teoría que es mantenida a lo largo de toda su jurisprudencia.

Otra de las cuestiones abordadas en la sentencia es el papel del legislador en la configuración del régimen de los derechos de los extranjeros. El problema que pretende resolver el Tribunal es en que medida el texto constitucional juega como límite a la amplia discrecionalidad otorgada al legislador cuando de regular el reconocimiento y disfrute de cada uno de los derechos y libertades se trata. El Tribunal comienza señalado:

*(El disfrute de los derechos) “Se efectuara en la medida en que lo determinen los tratados internacionales y la ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas, de modo 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 de la ley” (FJ3)*

Se nombra el derecho internacional como único límite al legislador, dejando una sensación de desconstitucionalización del estatuto jurídico del inmigrante y parece dejarse un amplio margen de libertad de configuración tanto para determinar el conjunto de derechos y libertades de los que gozan los inmigrantes como para establecer el contenido y las condiciones de su ejercicio. Pero nuevamente el Tribunal vuelve a suavizar su postura al señalar que:

*“No supone, sin embargo, tal previsión que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas (...), los derechos y las libertades reconocidas a*

---

<sup>2</sup> Caso de un trabajador uruguayo, a quien su empleador le exigió una autorización de residencia para poder celebrar con él un contrato de trabajo. El actor en el amparo invocó acuerdos entre España y Uruguay de reciprocidad e igualdad laboral, alegando la violación de los artículos 13, 14 y 35 de la Constitución de España. El Tribunal finalmente desestima el recurso de amparo.

*los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por lo tanto, dotados –dentro de su específica regulación- de la protección constitucional, pero son todos ellos, sin excepción en cuanto a su contenido, derechos con configuración legal”*

Al catalogar los derechos de los inmigrantes como derechos de configuración legal el Tribunal esta indirectamente extendiendo la garantía del contenido esencial y limitando directamente una amplia actuación administrativa. Ahora bien, tal y como ha señalado la doctrina “cuando el Tribunal constitucional afirma que los derechos de los extranjeros son de configuración legal, no lo hace en atención a al mandato del art. 13.1 “*términos que establezcan los Tratados y la Ley*”, sino como consecuencia de la reserva de ley predicada de algunos derecho del Título I”<sup>3</sup>. Finalmente, en el pronunciamiento implanta una lectura amplia de termino “libertades publicas” del art. 13.1 en el sentido que los extranjeros gozan no solo de las libertades sino también de los derechos reconocidos en el Título I.

El segundo pronunciamiento significativo, es el que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado ante la Ley Orgánica 5/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (presentado por el Defensor del Pueblo). El Tribunal en **STC 117/1987** marca una línea de interpretación de los derechos y libertades de los extranjeros menos restrictiva y esta vez, de forma expresa, limita la libertad del legislador para configurar los derechos de los extranjeros por medio de la incorporación del contenido esencial.

A partir de estos pronunciamientos el Tribunal ha dictado un conjunto de sentencias donde se perfilan los diversos aspectos relacionados a la titularidad y ejercicio de los derechos. Cabe señalar la última sentencia que vuelve a tratar de manera general el estatuto jurídico del inmigrante es la STC 236/2007, donde el Tribunal se pronuncia sobre varios recursos de inconstitucionalidad presentados por el PSOE y varias Comunidades Autónomas, contra la LO 8/2000 de reforma de la ley de extranjería.

- Reconocimiento del derecho a los inmigrantes en situación irregular del derecho de reunión y manifestación; el derecho de asociación; sindicación y huelga.
- Derecho a la educación: reconocimiento del derecho a la educación a todos los menores inmigrantes (antes sólo se reconocía el derecho a los menores inmigrantes en situación irregular hasta los 16 años)
- Derecho a la asistencia jurídica gratuita: LO8/2000 reconocía el derecho a los inmigrantes en situación irregular en aquellos procedimientos que podía comportar la denegación de entrada, devolución o expulsión del territorio nacional y en todos los procedimientos en materia de asilo. La STC extiende el derecho a todos los procedimientos
- Visado: permite que no se motive la denegación del visados (excepto cuando se refiere al visado por reagrupación familiar y a la solicitud de permiso de trabajo por cuenta ajena)

---

<sup>3</sup> Vidal Fuero C., “Los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en l CE”...op.cit. p.25

- Expulsión judicial: declara la constitucionalidad porque la expulsión judicial es alternativa a la expulsión, no complementaria.
- Procedimiento preferente de expulsión: declara constitucional el plazo de alegaciones de 48 horas en el procedimiento preferente de expulsión.

### **Derechos reconocidos a todos con independencia de su situación administrativa**

Vida, prohibición de tratos inhumanos y degradantes, libertad ideológica, libertad religiosa, tutela judicial efectiva y en consecuencia el derecho a la asistencia jurídica gratuita en casos de carencia de recursos económicos, sanidad básica (casos de urgencia), protección de menores, derecho de asociación, derecho de sindicación, derecho de huelga,

Por Convenio Europeo de Derechos Humanos, la prohibición de expulsión o retorno en el supuesto en que dicha expulsión implique una vulneración del art. 2 CEDH (la persona será sometida en el país de regreso a penas inhumanas y degradantes/grave peligro contra la salud)

### **Empadronamiento**

Servicios sociales básicos, educación hasta los 18 años, sanidad general. El derecho a la acogida según la ley autonómica.

### **Residencia legal (residencia /residencia y trabajo)**

Derecho al trabajo y prestaciones de la seguridad social, libre circulación en territorio comunitario (hasta tres meses) y residencia en territorio español, sanidad, educación, servicios sociales, reagrupación familiar,

### **Residente comunitario de larga duración**

Prohibición de expulsión (excepto por motivos de seguridad nacional). La aplicación del principio de igualdad y no discriminación de las directivas comunitarias (no obstante no esta claro su alcance), la libre circulación y residencia en territorio comunitario

### **Familiar de residente comunitario**

Según la Directiva 38/2004/CE<sup>4</sup> el ejercicio del derecho a la libre circulación por parte de un nacional de un Estado miembro extiende a sus familiares el derecho de residencia de los mismos. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido un amplio catálogo de derechos vinculados que van mas allá del derechos a residir. (vease Caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs Reino Unido, de 28/5/85. Comision c. Reino de espana de 14 de abril de 2005)

---

<sup>4</sup> Transpuesta por el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre la entrada, libre circulación y residencia en España de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea sus familiares.

También han tenido amplios efectos los derechos derivados de los acuerdos que la Unión Europea ha firmado con terceros Estados: asunto Hasan Guzeli v. Oberbürgermeister der Stadt Aachen; asunto Mohamed Gattoussi v. Stadt Rüsselsheim; asunto Ergun Torun v. Stadt Augsburg; asunto Ceyhhan Aydinli v. Land Baden-Württemberg; asunto Gaye Gul v. Bezirksregierung Köln; entre otros.

## La Protección derivada del Convenio Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha elaborado una copiosa e importante jurisprudencia en razón a la protección de los derechos de los extranjeros a través de una interpretación extensiva de los artículos 3 y 8 del Convenio<sup>5</sup>.

La protección del Derecho a la reagrupación familiar: del artículo 8 del CEDH “*toda persona tiene derecho al respeto a la vida familiar y privada*” la Corte ha extendido el derecho a la reagrupación familiar al entender que la prohibición al extranjero de reunirse con su familia en el lugar en que vive puede conllevar una violación del artículo 8. Ahora bien, – como correctamente ha identificado la doctrina – la aplicación concreta de dicha doctrina permite su condicionamiento por razones estrictamente funcionales, de política migratoria. En consecuencia el artículo 8 CEDH no implica la obligación general de respetar la elección de residencia de las parejas o de permitir la reagrupación familiar en el territorio de residencia del extranjero en cualquier circunstancia. Comprueba si la injerencia de la vida familiar está justificada a partir de las limitaciones establecidas en el artículo 8.2 CEDH que menciona elementos funcionales como puede ser el bienestar económico del país, esto es, los límites a la reagrupación pueden ser justificados desde la política de control de flujos migratorios del Estado demandado<sup>6</sup>.

Protección ante la expulsión por vía del art. 3 cuando exista un grave riesgo para la vida de la persona bien porque corre el riesgo de que al país al que se expulsa sea sometido a una pena que conlleva la muerte, una pena inhumana y degradante o malos tratos. La valoración del tribunal se ha basado en la mayoría de los asuntos en la comprobación de que existe un peligro real más que hipotético para la persona<sup>7</sup> o bien porque el extranjero padece una **enfermedad grave** que no podrá ser tratada en el país de origen<sup>8</sup>.

Por vía del art. 8 CEDH cuando la expulsión conlleva una vulneración a la vida privada y familiar. En estos supuestos el tribunal realiza una valoración entre: los vínculos existentes en el país de residencia y en el de origen; el conocimiento de la lengua del país de origen; la gravedad de los delitos cometidos<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> Vease los trabajos de BOZA MARTINEZ, d., Los derechos de los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos, Universidad de Cádiz, 2007; SANTOLAYA MACHETI, El derecho a la vida familiar de los extranjeros, IDP Tirant lo Blanch, Valencia, 2006

<sup>6</sup> MONTILLA MARTOS, J.A., “El derecho a la reagrupación familiar”, en E.AJA (coord) *Los derechos de los inmigrantes*, IDP, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. p. 188. vease las STEDH; Caso Nsona vs Países Bajos, de 28/11/96; STEDH Sen v. Países Bajos, de 21/12/200; STEDH Tuquabo-Tekle y otros v. Países Bajos, de 1 de diciembre de 2005..

<sup>7</sup> STEDH Jabari v. Turquía, de 11/7/2000; Caso Soering vs Reino Unido, de 7/7/89; Caso Vijayanathan y Pusparajah vs Francia, 27/8/92.

<sup>8</sup> D. vs Reino Unido, de 2/05/97; B.B vs Francia, de 7/10/98; STEDH Bensaid v. Reino Unido, de 6/2/2001

<sup>9</sup> Caso Djeroud vs Francia, de 23/1/91; Caso Moustaqim vs Francia, de 18/2/91; Caso Vilvarajah y otros vs Reino Unido, de 30/10/91; Caso Nasri vs Francia, de 13/7/95; Caso C. vs Bélgica, de 07/08/96; Mehemi vs Francia, de 26/09/97; Boujlifa vs Francia, de 21/10/97

