



---

SANT'ANNA LEGAL STUDIES

STALS RESEARCH PAPER N. 3/2010

Natalia Caicedo Camacho

**Panorámica jurídica del fenómeno  
migratorio en España**

---

Sant'Anna School of Advanced Studies  
Department of Law  
*<http://stals.ssup.it>*

ISSN: 1974-5656

Natalia Caicedo Camacho

## **Panorámica jurídica del fenómeno migratorio en España**

### **Resumen**

El presente trabajo tiene como finalidad realizar un encuadre general de la regulación jurídica del fenómeno migratorio en España. En primer lugar se expondrá una delimitación del fenómeno por medio de la descripción de contexto demográfico, la evolución en la entrada de población inmigrante, las principales actividades económicas que desarrollan, las principales nacionalidades así como las regiones con mayor número de población inmigrante.

La parte central se divide en dos partes: una primera de carácter descriptivo dedicada tanto a los aspectos generales de la legislación en materia de extranjería, como a la evolución de la doctrina constitucional. En la segunda parte, se toma como eje de análisis la interpretación que el Tribunal Constitucional ha realizado sobre los derechos de los inmigrantes en un intento de aproximarse al estatuto jurídico del inmigrante. En este sentido se analiza la aplicación práctica de la llamada “*teoría tripartita de los derechos*” nacida en la sentencia 89/1987 y mantenida hasta nuestros días. Se individualizarán las concretas carencias que presenta hoy en día dicha doctrina como consecuencia de la dimensión que ha tomado hoy en día el fenómeno migratorio. Se sostiene en este escrito que, para la interpretación del estatuto jurídico del inmigrante, debe acudirse a los criterios de interpretación sobre derechos y libertades desarrollados en la teoría constitucional, en especial el principio de proporcionalidad.

### **Palabras claves**

Fenómeno migratorio, España, teoría tripartita de los derechos, Tribunal Constitucional

# Panorámica jurídica del fenómeno migratorio en España

Natalia Caicedo Camacho\*

**Sumario:** 1. Introducción.- 2 Contexto demográfico.- 3. Breve panorámica a la evolución legislativa en materia de inmigración en España. Referencia constitucional.- 4. La primera legislación en materia de extranjería y los primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional.- 5. Cambios normativos de los últimos 10 años. La aprobación de una nueva Ley, su reforma y el pronunciamiento del Tribunal Constitucional. - 6. El Estado actual de la cuestión. La reforma a la Ley Orgánica 2/2009.- 7. La interpretación constitucional del estatuto jurídico del inmigrante.- 8. Conclusiones.

## 1. Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad realizar un encuadre general de la regulación jurídica del fenómeno migratorio en España. En primer lugar se expondrá una delimitación del fenómeno por medio de la descripción de contexto demográfico, la evolución en la entrada de población inmigrante, las principales actividades económicas que desarrollan, las principales nacionalidades así como las regiones con mayor número de población inmigrante.

La parte central se divide en dos partes: una primera de carácter descriptivo dedicada tanto a los aspectos generales de la legislación en materia de extranjería, como a la evolución de la doctrina constitucional. En la segunda parte, se toma como eje de análisis la interpretación que el Tribunal Constitucional ha realizado sobre los derechos de los inmigrantes en un intento de aproximarse al estatuto jurídico del inmigrante. En este sentido se analiza la aplicación práctica de la llamada “*teoría tripartita de los derechos*” nacida en la sentencia 89/1987 y mantenida hasta nuestros días. Se individualizarán las concretas carencias que presenta hoy en día dicha doctrina como consecuencia de la dimensión que ha tomado hoy en día el fenómeno migratorio. Se sostiene en este escrito que, para la interpretación del estatuto jurídico del inmigrante, debe acudirse a los criterios de interpretación sobre derechos y libertades desarrollados en la teoría constitucional, en especial el principio de proporcionalidad.

El fenómeno migratorio plantea sin lugar a dudas uno de los grandes retos para los Estados democráticos, la relativización del concepto de nacionalidad por medio de la atribución de derechos bajo categorías más cercanas a la residencia que a la nacionalidad; la necesidad de reinterpretación del principio de igualdad y no discriminación; la configuración de un control adecuado y eficaz de las fronteras, así como un sistema de expulsión o alejamiento que se inscriba dentro de los márgenes de protección de los derechos humanos y de los principios democráticos proclamados en cada una de las constituciones; la coordinación de un sistema jurídico donde entran en juego varios productores de normas, en este sentido los sistemas comunitario, estatal y regional poseen competencias en un mismo sector: la inmigración; la configuración e implantación políticas de integración con las dificultades que plantea la incorporación de códigos sociales y culturales distintos a los concebidos tradicionalmente en el Estado, así como la extensión de códigos de conducta democráticos a la población que se asienta en el territorio. Además, la actual situación de

---

\* Doctoranda en Derecho, Universidad de Barcelona. Instituto de Derecho Público de Barcelona (IDP).

crisis económica ha evidenciado el conflicto que, para un modelo migratorio esencialmente laboral, presenta la compatibilización entre las cuotas de entrada de mano de obra y los desequilibrios, temporales o de largo plazo, de la economía, así como el mantenimiento de la población inmigrante en el territorio en momentos de caída del empleo.

Por otra parte, como acertadamente ha señalado el profesor AJA, el control de flujos - necesarios en una adecuada gestión de la inmigración- presenta muchas dificultades. En primer lugar, las dificultades del control en los países que reciben un turismo masivo o que tienen cercanía con los países emisores. En segundo lugar, porque va a contracorriente de todos los demás aspectos del actual tráfico internacional y de la globalización. En tercer lugar, porque las propias restricciones alimentan el desarrollo de mafias que se dedican al tráfico de inmigrantes. Pero sobre todo porque representa un coste humano difícil de admitir, como los centenares de muertes que se producen al intentar pasar el estrecho de Gibraltar o en los cayucos que intentan alcanzar Canarias desde África<sup>1</sup>.

Lo cierto es que ante la actual perspectiva, cierre de fronteras o un sistema de entrada selectivo y controlado<sup>2</sup>, el estudio de la inmigración gira inevitablemente hacia el desarrollo e implantación de las políticas de integración social. Siendo estas, posiblemente, las más difíciles de equilibrar con el modelo, así por ejemplo una clara apuesta por la integración implica el impulso de la reagrupación familiar, no obstante resulta difícil reconocer este derecho cuando se quiere mantener un control estricto del flujo migratorio<sup>3</sup>. Por otra parte, la ausencia de políticas de integración o la elaboración desde perspectivas erróneas tendrá llevara sin lugar a dudas a cultivar climas propicios para el racismo, la xenofobia y problemas en la convivencia social.

## 2. Contexto demográfico

El fenómeno migratorio en España comienza a tener relevancia a partir de finales de la década de los noventa. Acudiendo a las bases estadísticas se puede ver como a 1 de enero de 2000 el número de extranjeros con tarjeta de residencia era de 801.329, mientras que en la actualidad dicha cifra es ampliamente superada con un total de 2.679.000 extranjeros. Si se utiliza la estadística de empadronados<sup>4</sup> (que da una información algo más ajustada a la población extranjera que realmente vive en España por incluir a los inmigrantes en situación irregular o a parte de ellos) lo observado es que se ha pasado de 923.879 extranjeros empadronados a 1 de enero de 2000 a 3.331.883 a 1 de

---

<sup>1</sup> AJA, E., (coord.) *Los derechos de los inmigrantes*, IDP Tirant lo blanch, Valencia, 2009.

<sup>2</sup> En Francia la denominada Ley Zarcos II, de 24 de julio de 2006, opta por el sistema de la “inmigración escogida” y reduce los denominados permisos “permisos de vida privada y familiar”. En Alemania la nueva ley de inmigración de 2005 opta por la selección de inmigrantes. El pacto europeo sobre inmigración y derecho de asilo aprobado por el Consejo el 25 de septiembre de 2008 apuesta por un sistema de inmigración escogida y recientemente ha aprobado la Directiva 2009/50/CE del Consejo de 25 de mayo de 2009 relativa a las condiciones de entrada para fines de empleo altamente cualificado.

<sup>3</sup> Sentencia del TJUE de 27 de junio de Parlamento v. Consejo, asunto C-540/03.

<sup>4</sup> El padrón municipal es un registro gestionado por los Ayuntamientos, al cual se inscriben todas las personas que tienen su residencia en dicho municipio. Respecto a los extranjeros la inscripción se realiza con independencia de la situación administrativa. Véase ZARAUZ, J., “El padrón municipal en la Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España”, en Revista Derecho Migratorio y Extranjería, Lex Nova, n. 22, 2009.

enero de 2008. Teniendo en cuenta la población rumana y búlgara<sup>5</sup>, el salto se calcula en más de 4.000.000 en un período de 8 años<sup>6</sup>.

Las razones del considerable aumento migratorio en algo menos de 10 años se debe primordialmente al crecimiento económico que ha experimentado España en las últimas décadas, crecimiento que ha generado una necesidad de mano de obra carente en territorio nacional como consecuencia de la baja tasa de natalidad. Ello se hace mas notable cuando se evidencia que los sectores económicos que han dinamizado la economía son: la construcción y los servicios, en especial el turismo, sectores que, por otra parte, ocupan en su mayoría la población inmigrante<sup>7</sup>. Por otra parte, el alargamiento de la esperanza de vida de la población española ha generado así mismo la necesidad de una población que se dedique al cuidado de las personas mayores. En este sentido la tipología de inmigrantes en España es en su mayoría de naturaleza laboral.

**TABLA 14**  
DISTRIBUCIÓN DEL EMPLEO POR SECTOR

	Total población ocupada en España	Extranjeros	Porcentaje de extranjeros
Total ambos sexos	20.476.900	2.887.000	14,1
Agricultura	905.800	168.800	18,6
Industria	3.279.100	313.500	9,6
Construcción	2.693.500	654.700	24,3
Servicios	13.598.500	1.750.000	12,9
Hombres	11.997.100	1.605.400	13,4
Agricultura	658.800	125.800	19,1
Industria	2.440.100	236.700	9,7
Construcción	2.539.400	647.300	25,5
Servicios	6.358.700	595.700	9,4
Mujeres	8.479.800	1.281.600	15,1
Agricultura	247.000	43.100	17,4
Industria	838.900	76.800	9,2
Construcción	154.100	7.400	4,8
Servicios	7.239.800	1.154.400	15,9

Elaboración propia.

FUENTE: INE (EPA 4º trimestre 2007).

Los datos de la presente tabla hacen referencia al 2007, no se tiene en cuenta el 2008 año en que España entra en recesión económica y por lo tanto la participación de la población inmigrante se ve fuertemente reducido

<sup>5</sup> Sobre estos datos hay que tener en cuenta que ante la entrada de Rumania y Bulgaria a la Unión Europea, las estadísticas a partir del 2008 incluyen este tipo de población dentro de la población de la UE. Según el informe del Instituto Nacional de estadística a fecha de 1 de enero hay en España 769.576 rumanos que representa el 14% de la población y 164.359 búlgaros.

<sup>6</sup> El 38,30% de los extranjeros es nacional de un país de Europa Comunitaria<sup>1</sup>, el 31,13% es iberoamericano, el 20,98% africano, el 6,24% asiático, el 2,86% es europeo de países no comunitarios, el 0,44% norteamericano y el 0,04% de países de Oceanía. Informe Trimestral estadístico de Extranjería e Inmigración, num. 19 de febrero de 2009. Observatorio permanente de la inmigración. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Disponible electrónicamente en [http://extranjeros.mtin.es/es/InformacionEstadistica/Informes/Extranjeros31Marzo2009/Archivos/Informe\\_Trimestral\\_31-03-2009.pdf](http://extranjeros.mtin.es/es/InformacionEstadistica/Informes/Extranjeros31Marzo2009/Archivos/Informe_Trimestral_31-03-2009.pdf)

<sup>7</sup> Los cuatro grandes sectores que ocupan la población inmigrante son: agricultura, industria, construcción y servicios. Los hombres se ocupan principalmente en la construcción y las mujeres en el sector servicios, véase Inmigración y mercado de trabajo, Informe 2008 Observatorio permanente de la inmigración. Ministerio de Trabajo e Inmigración, disponible electrónicamente en [http://extranjeros.mtas.es/es/ObservatorioPermanenteInmigracion/Publicaciones/archivos/Inmigracion\\_y\\_Mercado\\_de\\_trabajo.\\_Informe\\_2008.pdf](http://extranjeros.mtas.es/es/ObservatorioPermanenteInmigracion/Publicaciones/archivos/Inmigracion_y_Mercado_de_trabajo._Informe_2008.pdf)

debido a su alto nivel de desempleo. Fuente, Informe 2007 Observatorio permanente de la inmigración. Ministerio de Trabajo e Inmigración

Las personas que llegan a territorio español tienen como característica bien, la cercanía territorial, bien, la cercanía lingüística y cultural. En este sentido las nacionalidades que encabezan la lista migratoria son: la marroquí y la rumana con 717.416 y 718.884 respectivamente. Luego se incorpora el colectivo latinoamericano con 421.527 ecuatorianos, 274.832 colombianos y 130.900 peruanos. La población de origen boliviano se registran 80.973 residentes, no obstante se calcula que sea el colectivo con mayor numero de nacionales en situación administrativa irregular, según los datos del padrón a 1 de enero de 2009 hay 227.145 bolivianos que residen en España. Respecto al continente asiático, la población de origen chino es la más significativa con 138.558<sup>8</sup>.

Respecto a la distribución territorial tiene lógica que, bajo un modelo de inmigración básicamente laboral pensado en cubrir las carencias de mano de obra, sean las Comunidades autónomas con mayor producción económica la que encabezen la lista. Siendo Cataluña la Comunidad con mayor numero de extranjeros residentes, 974.743, seguida por la Comunidad de Madrid con 796.979 residentes extranjeros; Comunidad valenciana con 577.615 y Andalucía 551.771 residentes extranjeros.

---

<sup>8</sup> Datos extraídos del Observatorio permanente de la Inmigración y Emigración. Anuario estadístico de inmigración actualizado a 31 del 12 del 2008. <http://extranjeros.mtas.es/es/InformacionEstadistica/Anuarios/>

**TABLA 8**  
RESIDENTES EXTRANJEROS EN ESPAÑA, SEGÚN NACIONALIDAD (\*)

	Año 2005		Año 2006		Año 2007		Año 2008	
	Residentes a 31 dic. 2005	% crecimiento en 2005	Residentes a 31 dic. 2006	% crecimiento en 2006	Residentes a 31 dic. 2007	% crecimiento en 2007	Residentes a 31 dic. 2008	% crecimiento en 2008
Unión Europea	817.747	33,1	932.503	14,0	1.546.309	65,8	1.794.229	16,0
Bulgaria*	56.329	74,7	60.174	6,8	127.058	111,2	144.401	13,6
Rumania*	192.134	130,5	211.325	10,0	603.889	185,8	718.844	19,0
Resto Europa	88.714	66,5	96.175	8,4	114.936	19,5	122.840	6,9
Ucrania	49.812	81,4	52.760	5,9	62.409	18,3	65.795	5,4
África	649.251	30,2	709.174	9,2	841.211	18,6	922.635	9,7
Argelia	35.437	28,7	39.433	11,3	45.825	16,2	48.919	6,8
Marruecos	493.114	27,4	543.721	10,3	648.735	19,3	717.416	10,6
Latinoamérica	986.178	51,9	1.064.916	8,0	1.215.351	14,1	1.333.886	9,8
Argentina	82.412	46,7	86.921	5,5	96.055	10,5	97.277	1,3
Bolivia	50.738	342,5	52.587	3,6	69.109	31,4	85.427	23,6
Colombia	204.348	48,8	225.504	10,4	254.301	12,8	274.832	8,1
Cuba	36.142	17,6	39.755	10,0	45.068	13,4	49.553	10,0
Ecuador	357.065	61,2	376.233	5,4	395.808	5,2	421.527	6,5
Perú	82.533	15,8	90.906	10,1	116.202	27,8	130.900	12,6
R. Dominicana	50.765	18,3	58.126	14,5	70.775	21,8	80.973	14,4
Norteamérica	17.052	0,5	18.109	6,2	19.256	6,3	20.272	5,3
Asia	177.423	24,3	197.965	11,6	238.770	20,6	270.210	13,2
China	85.745	19,3	99.526	16,1	119.859	20,4	138.558	15,6
Oceania	1.466	31,8	1.819	24,1	2.051	12,8	1.839	-10,3
Total	2.738.932	38,5	3.021.808	10,3	3.979.014	31,7	4.473.499	12,4

Elaboración propia.

FUENTE: Observatorio Permanente de la Inmigración. Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

(\*) En el epígrafe «Unión Europea», están incluidos Rumanía y Bulgaria, incluso en los años 2004, 2005, 2006, aun cuando en tales años no formaban parte de la UE. También están incluidos Suiza y los países pertenecientes al Espacio Económico Europeo que no forman parte de la Unión Europea.

Fuente, Informe 2007 Observatorio permanente de la inmigración. Ministerio de Trabajo e Inmigración

### 3. Breve panorámica a la evolución legislativa en materia de inmigración en España. Referencia constitucional.

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 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>9</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).

#### **4. La primera legislación en materia de extranjería y los primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional**

La Ley Orgánica 5/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, es la primera ley en materia de extranjería, no obstante es una norma que está pensada, más que en regular el fenómeno migratorio (casi inexistente en este periodo), en evitar la entrada de extranjeros hacia Europa (Francia y Alemania que habían ya cerrado las puertas a la inmigración tras la crisis del petróleo de 1970) ante la de la incorporación de España a la comunidad económica europea (enero de 1986). En términos generales la norma regula un sistema de entrada regular por turismo y

---

<sup>9</sup> Vidal Fuero C., “Los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en la CE”, en E. AJA (coord.) *Los derechos de los inmigrantes...* op.cit., p.25. Sin un ánimo exhaustivo, los tratados que vinculan a España son: en el marco de las Naciones Unidas, cabe señalar que en 1977 el Estado Español ratifica el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950). El pacto de derechos económicos sociales y culturales de 1966 ratificado en 1977. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 ratificado en 1987. La convención sobre los derechos del niño de 1989 ratificada en 1990. La Convención sobre el estatuto del refugiado de 1951, ratificado en 1978. España no hace parte de la Convención Internacional de los Derechos de los trabajadores migrantes y su familia, adoptado por las Naciones en 1990. Respecto a los convenios de la OIT, hay que tener presente el Convenio sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo) de 1925 ratificado en 1919; el Convenio sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes de 1935 ratificado en 1937; el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado) de 1949 ratificado en 1967; y el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, ratificado en 1967.

trabajo, para este último era necesario una oferta de trabajo a la persona en su país de origen (mecanismo que resultaba muy dificultoso). Por otra parte, cabe destacar que es una regulación pensada para la inmigración temporal (no había el permiso de residencia de larga duración, ni la reagrupación familiar) y la regulación en materia de expulsión resultaba poco garantista<sup>10</sup>.

Durante la década de los noventa la llega de inmigrantes tuvo origen en la necesidad de mano de obra por parte del mercado, un sistema de entrada por motivos laborales poco adecuado a la realidad (la existencia de la oferta labora en el país de origen) y un sistema de entrada por motivos de turismo muy flexible (en ese momento la mayoría de países latinoamericanos no tenían visado). Si se tiene en cuenta estos elementos se puede ver como la aplicación práctica de la legislación de extranjería de 1985, dio como resultado la imposibilidad de adecuar la demanda de mano de obra con un sistema de entrada de inmigrantes regular por motivos laborales. Dicha imposibilidad se tradujo, en la entrada de cientos de inmigrantes bajo la categoría de “turistas” que pasados 3 meses no regresaban a su país de origen permaneciendo en España en situación irregular.

La practica desarrollada tanto por el gobierno socialista, hasta 1996, como después por el gobierno del partido popular fue la del establecimiento de una política de regularizaciones anuales entre 1993 y 1999 disimuladas como “contingente anual”<sup>11</sup>, junto con la aprobación de varias regularizaciones extraordinarias. El contingente instrumento pensado para planificar la entrada anual de inmigración se perfilo en realidad como una regularización encubierta porque quienes se acogían a él no eran nuevos inmigrantes que llegaban a España, sino los que estaban allí en situación irregular y al apuntarse al contingente conseguían “papeles”. Su volumen (inicialmente poco más de 20.000 personas, después en torno a las 30.000 personas de media anual) era rebasado sistemáticamente por los muchos inmigrantes que pretendían legalizar el trabajo precario que venían realizando y conseguir los permisos de trabajo y residencia<sup>12</sup>.

El primer pronunciamiento relevante en materia de interpretación de los derechos y libertades de los extranjeros por parte del Tribunal Constitucional Español se desarrolla con la **STC 107/1984** de 23 de noviembre (recurso de amparo)<sup>13</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

---

<sup>10</sup> Aja E., “La evolución normativa sobre inmigración”, en AJA E. y ARANGO J. (coord.) Veinte años de inmigración en España” Perspectivas jurídica y sociológica (1985-2004), CIDOB, 2004.

<sup>11</sup> El Contingente es una figura pensada para la planificación de los flujos migratorios, por medio del cual se pretende equilibrar la necesidad de mano de obra laboral que necesita la economía con la expedición de visados para trabajo. En este sentido, el gobierno una vez consultados los agentes económicos y sindicales se fija una cifra anual de permisos de trabajo. A la práctica aquellos que adquirían la residencia por vía del contingente no eran extranjeros que llegaban sino aquellos que ya estaban en territorio español, trabajan en negro y residían en situación irregular. .

<sup>12</sup> Aja E., “La evolución normativa sobre inmigración”... op.cit. p. 32.

<sup>13</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.

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; o dicho de otro modo, de aquellos derechos que no son atribuidos directamente por la Constitución a los extranjeros pero que el legislador puede extender a los no nacionales “*aunque no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles*” (STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3). Con este primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional se incorpora la llamada “*Teoría tripartita de los derechos*”, teoría que no obstante los problemas de aplicación que planea, cuestión que se desarrollara con posterioridad, es mantenida a lo largo de toda su jurisprudencia<sup>14</sup>.

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 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>15</sup>. Finalmente, en el pronunciamiento implanta una lectura amplia de termino “libertades públicas” del art. 13.1 en el

---

<sup>14</sup> El Tribunal Constitucional ha reafirmado la doctrina de la teoría tripartita de los derechos a lo largo de su jurisprudencia, incluso en la STC 238/2007 donde el Tribunal tiene que pronunciarse sobre un conjunto importante de derechos y situaciones jurídicas (regularidad/ irregularidad) fundamenta su sentencia en la conexión con la dignidad humana y el reconocimiento de los Tratados internacionales

<sup>15</sup> Vidal Fuero C., “Los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en I CE”...op.cit. p.25

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<sup>16</sup>). 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) En materia de derechos:**

Esta Sentencia anula las limitaciones al derecho de reunión y manifestación. El derecho de reunión y asociación eran reconocidos a los extranjeros en situación regular pero supeditaba el ejercicio de las reuniones de naturaleza pública a una previa autorización por parte de la autoridad pública. Esta autorización podía ser denegada en caso de que resultaran lesivas para la seguridad nacional o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los españoles. El tribunal entiende que:

*“La necesidad de una autorización administrativa previa, referida al ejercicio del derecho de reunión, no es un requisito puramente rituario o procedimental, sobre todo porque nuestra Constitución ha optado por un sistema de reconocimiento pleno del derecho de reunión, sin necesidad de autorización previa (art. 21.1). Esta libertad de reunión sin autorización se constituye así en una facultad necesaria "para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito" (STC 11/1981 de 8 abril); al imponerse la necesidad de autorización administrativa se está desnaturalizando el derecho de reunión, consagrado en la Constitución "sin supeditarlo a la valoración discrecional y al acto habilitante y de poder implícito de la Administración" (STC 32/1982 de 16 junio).”*

En el mismo sentido se declara inconstitucional la limitación al derecho de reunión, por la cual el Ministerio del Interior podía acordar la suspensión de las actividades de las asociaciones promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros, por un plazo no superior a 6 meses, cuando atenten gravemente contra la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los españoles. (Véase el FJ 3)

#### **b) En materia de expulsión:**

---

<sup>16</sup> El recurso de inconstitucionalidad en España (art. 162.1ª CE Y LOTC) se configura por dos vías: directa/incidental, donde están legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas. (en TC en sent. estableció que puede presentarse en sentido general no es necesario que se limite a aspectos competenciales). En un plazo de 3 meses desde su publicación. Otra vía de juzgar la constitucionalidad de la ley es la cuestión de inconstitucionalidad que se desarrolla en el margen de un proceso, según el art. 162 CE cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la Ley, que en ningún caso serán suspensivos.

No entiende contrario al texto constitucional el internamiento preventivo con fines de la expulsión. El Tribunal entiende que pasados las 72 horas (plazo establecido en el art. 17.2 CE<sup>17</sup>) el detenido será puesto a disposición de autoridad judicial<sup>18</sup>

*“La intervención del Juez asegura siempre la protección jurisdiccional de derechos y libertades públicas, sin que pueda dudarse de su actividad jurisdiccional independiente por la circunstancia de que la Administración, en ejercicio de sus potestades de policía, interese el internamiento del incurso en un expediente de expulsión.”*

Y será este (el juez) el que, en atención a las circunstancias particulares de cada caso ponderara la conveniencia de decretar el internamiento preventivo del extranjero<sup>19</sup> (la decisión es del juez, atendiendo a las circunstancias del caso, previa audiencia, con derecho de defensa, mediante resolución motivada y con derecho a recursos, incluyendo el Habeas corpus)

*“El órgano judicial habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, en el bien entendido no las relativas a la decisión de la expulsión en sí misma (sobre la que el Juez no ha de pronunciarse en este procedimiento), sino las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión.”*

Finalmente la Sentencia declara inconstitucional la prohibición de suspensión de las resoluciones administrativas relativas a los extranjeros.

## **5. Cambios normativos de los últimos 10 años. La aprobación de una nueva Ley, su reforma y el pronunciamiento del Tribunal Constitucional.**

Tal y como se ha descrito anteriormente, la Ley Orgánica de Extranjería de 1985 resultaba realmente ineficaz a la hora de regular la entrada de inmigrantes y facilitaba la inmigración irregular. Por otra parte, la norma padecía graves problemas, así: la legislación carecía de un listado de reconocimiento de derechos, otorgaba un amplio margen de discrecionalidad a la administración, no se tipificaba correctamente el sistema de infracciones y sanciones. Estos y otros motivos llevaron a la promulgación de la primera norma de inmigración en sentido estricto la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Antes de entrar en la descripción de los principales aspectos es oportuno señalar que una de las principales características de la norma es el contexto político en que se desarrolla. La norma se aprueba en la VI legislatura (1996-2000) bajo la presidencia de José María Aznar, pero con los votos en contra del PP (PP 156). Es decir, una ley aprobada por la oposición parlamentaria (141

---

<sup>17</sup> El art. 17.2 establece *“La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.”*

<sup>18</sup> El Defensor del Pueblo niega la constitucionalidad de esta disposición, partiendo de la naturaleza administrativa del procedimiento de expulsión y de la prohibición constitucional de que la Administración imponga sanciones que impliquen privación de libertad (art. 25.3 CE), por lo que tampoco podría la Administración adoptar este tipo de medidas de internamiento aun con carácter cautelar

<sup>19</sup> Pese a que el Tribunal declara la constitucionalidad del internamiento por un plazo máximo de 40 días, cuando lo que se juzga es una sanción administrativa. Es oportuno destacar la importancia de la doctrina constitucional al dejar en manos del juez la decisión (no de la administración) e imponer la obligación de valoración individual de cada caso (motivada) evitando así la automaticidad que hasta el momento venía rigiendo en el régimen de internamiento de extranjeros.

PSOE + 21 IU) y en contra del partido del gobierno (hay que tener presente que el PP en ese momento no tenía mayoría absoluta, estaba en colación con CiU)

Los principales aspectos que introdujo la nueva Ley Orgánica 4/2000 se pueden resumir en:

La creación de un estatuto de derechos de los extranjeros y el reconocimiento de la reagrupación familiar. En términos generales la ley equipara en derechos a los inmigrantes en situación regular (excepto el derecho a voto)

Se reconoce un conjunto de derechos a los inmigrantes en situación irregular (vida y dignidad, libertad religiosa de pensamiento, sanidad básica, servicios sociales básicos, educación a menores) y se crea una vía de regularización, el arraigo

Se establece el estatuto del residente permanente

Se tipifican el sistema de infracciones y sanciones al incumplimiento de la ley de extranjería

Por primera vez plantea la incorporación de las CCAA y de los Ayuntamientos a las políticas de inmigración. Se crea el Consejo Superior de Política de la Inmigración.

En materia de integración se crea el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes es un órgano colegiado de consulta, información y asesoramiento, adscrito al Ministerio de Trabajo e Inmigración,

La promulgación de la Ley coincide con la celebración de nuevas elecciones, en la VII legislatura (2000-2004) el PP obtiene la mayoría absoluta y se aprueba la reforma a la Ley Orgánica 4/2000. Las principales modificaciones de la LO8/2000 se puede resumir en:

Negación a los inmigrantes en situación irregular los derechos de reunión y manifestación, asociación, sindicación y huelga.

Limitación del derecho a la educación (los menores tiene derecho hasta el ciclo obligatorio, es decir 16 años) y asistencia jurídica gratuita (en caso de residencia irregular solo para los procedimientos de expulsión)

Limitaciones a la reagrupación familiar

Limitaciones al visado, al permiso de residencia permanente, vías de regularización individual

Se reinstaura la posibilidad de sancionar con expulsión la residencia irregular (la LO4/2000 preveía solo multa). Prevé que la residencia irregular junto con la comisión de un delito con pena mayor a 1 año sea motivo de expulsión. Instaura el procedimiento preferente de expulsión de 48 horas.

Esta ley es impugnada ante el Tribunal Constitucional (recurso de inconstitucionalidad) por el grupo parlamentario del POSE y parlamentos de varias Comunidades Autónomas. El Tribunal resuelve mediante STC 236/2007, las principales cuestiones son:

Reconocimiento a los inmigrantes en situación administrativa irregular del derecho de reunión y manifestación; derecho de asociación y derecho de 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.

Derecho a la reagrupación familiar. Se niega que la reagrupación familiar sea un derecho fundamental derivado del derecho a la intimidad familiar del art. 18.1 y se conecta a la protección de la familia (art. 39.1) como consecuencia la reagrupación familiar es considerada como no como un derecho fundamental sino como una principio rector<sup>20</sup>.

En materia de visados se entiende constitucional que no se motive la denegación del visado (excepto cuando se refiere al visado por reagrupación familiar y a la solicitud de permiso de trabajo por cuenta ajena).

La expulsión y el principio de non bis in idem: La ley prevé que la condena por una conducta dolosa que constituya un delito sancionado con pena privativa de la libertad superior a un año es causa que permite la expulsión de un extranjero irregular<sup>21</sup>. El Tribunal sostiene que este no sería un caso de violación del *principio del non bis in idem* ya que la sanción penal y la sanción administrativa no tendrían el mismo fundamento al perseguir la protección de bienes e intereses jurídicos diversos. Pues la sanción penal atiende a la prevención de ciertos comportamientos, mientras que la sanción administrativa, ubicada en el marco de la política estatal de extranjería, perseguiría controlar los flujos migratorios. En relación a la expulsión judicial, entendida como la posibilidad de sustituir la pena por expulsión el Tribunal declara la constitucionalidad porque es una medida alternativa más no complementaria. También declara constitucional el plazo de 40 días de retención en los centros de internamiento con fin a tramitar la expulsión del extranjero.

Procedimiento preferente de expulsión<sup>22</sup>: declara constitucional el plazo de alegaciones de 48 horas en el procedimiento preferente de expulsión, señalando que el legislador puede prever la reducción de los plazos en el marco de determinados procedimientos administrativos siempre que persiga una finalidad razonable. Según el Tribunal en este

---

<sup>20</sup> Al respecto véase MONTILLA MARTOS, J.A., “El derecho a la reagrupación familiar”, en E.AJA (coord.) *Los derechos de los inmigrantes*, op.cit., p189 y ss. Sobre los efectos de los principios rectores de la Constitución española véase JIMÉMEZ CAMPO, J., *Derechos Fundamentales. Concepto y Garantía*, Trotta, Valladolid, 1999; PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales.*, Madrid, Ed. Debate, 1 ed. 1990; PÉREZ LUÑO, A., *Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005.

<sup>21</sup> Al respecto cabe mencionar que según el art. 55 LODYLE la residencia irregular esta sancionada con una multa entre 300-3.000 euros. No obstante, según el art.. 57 LODYLE dicha multa puede ser sustituida por la expulsión. En todo caso, la comisión de un delito con pena superior a un año por parte de un inmigrante en residencia irregular constituye la apertura del procedimiento de expulsión.

<sup>22</sup> Los procedimientos preferentes de expulsión según el artículo 63.1 LODYLE se aplica a las infracciones de naturaleza muy grave: participación en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado; participación en la promoción, favorecimiento de la inmigración clandestina; incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública de presentación periódica o de alejamiento de fronteras; la participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público.

supuesto se buscaba una tramitación veloz de las expulsiones cuyas causas fueran de muy sencilla apreciación o de especial gravedad. Por otra parte, también se valoró la constitucionalidad de la inmediata ejecución de las ordenes de expulsión tramitadas por el procedimiento preferente, impidiendo que el órgano judicial que entendiera de un eventual recurso contra la decisión administrativa pudiera adoptar la suspensión cautelar de la misma. El Tribunal confirma la ejecutividad de la orden administrativa de expulsión cuando ponga fin a la vía administrativa y sea adoptada por el procedimiento preferente. Ahora bien, esta resolución administrativa puede perfectamente ser recurrida ante el órgano jurisdiccional competente quien podrá pronunciarse sobre su suspensión, garantizando la tutela cautelar.

## 6. El Estado actual de la cuestión. La reforma a la Ley Orgánica 2/2009

El 26 de junio el Gobierno presentó ante el Congreso de los Diputados la Reforma a la Ley de Extranjería. La reforma tiene como principal finalidad adaptar la Ley a la sentencia del Tribunal Constitucional y transponer las diversas directivas comunitarias en materia de inmigración<sup>23</sup>. Cabe señalar que el Estado español ha sido condenado por el Tribunal de Justicia de la Unión por no transponer a tiempo la Directiva 109/2003/CE, de 25 de noviembre de 2003, sobre el estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (STJUE de 15 de noviembre de 2007, *asunto C-59-07, comisión c. España*) y la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes (STJUE de 14 de mayo de 2009, *asunto C-266-08*). La reforma se aprueba en 26 de noviembre de 2009 con 180 votos a favor (PSOE, CiU y CC), 163 (PP, PNV) en contra y 3 abstenciones.

Las principales modificaciones de la Ley orgánica 2/2009 son:

La definición de las competencias estatales en materia de inmigración y la definición del concepto y las políticas de integración

La incorporación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

---

<sup>23</sup> Las Directivas que se transponen son: Directiva 2003/110/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea. (DOUE de 6 de diciembre de 2003). Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre, de 2003, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DOUE de 23 de enero de 2004). Directiva 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes (DOUE de 6 de agosto de 2004). Directiva 2004/82/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas (DOUE de 6 de agosto de 2004). Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, del Consejo, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado (DOUE de 23 de diciembre de 2004). Directiva 2005/71/CE, de 12 de octubre de 2005, del Consejo, relativa a un procedimiento específico de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica (DOUE de 3 de noviembre de 2005). Directiva 2008/115/CEE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal (DOUE de 24 de diciembre de 2008). Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado (DOUE 18 de junio 2009). Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. (DOUE 30 jun. 2009).

La equiparación del régimen de residencia permanente art. 71 a 74 de la LODYLE con el estatuto de residente de larga duración (Directiva 109/2003). Tanto el tiempo de residencia para adquirir una y otro régimen es similar, 5 años, así como las causas de pérdida. Las grandes diferencias radican en que bajo el régimen comunitario computa tanto la residencia en otros Estado miembro como la residencia como estudiante, si bien este último no en toda su duración. El régimen comunitario a diferencia de la simple residencia permanente permite la posibilidad de desplazarse y residir en otro Estado miembro por un periodo mayor de 3 meses sin necesidad de iniciar los trámites de acceso a un país contemplados por la normativa de extranjería del segundo Estado de acogida. También es diverso el régimen de ausencias<sup>24</sup>.

Reagrupación familiar limita la reagrupación de los ascendientes a los mayores de 65 años. Permite que el reagrupado en edad laboral pueda trabajar. Con el objetivo de evitar las “reagrupaciones en cadena” la reforma prevé que el reagrupado puede ejercer el derecho a reagrupar siempre que este posea una larga duración.

El establecimiento de mecanismos de protección en las situaciones de violencia de género, colaboración contra redes organizadas y a las víctimas de trata de personas;

El reconocimiento de la capacidad de obrar de los menores no acompañados en los procedimientos de repatriación;

La exigencia de motivación de los visados de estancia y ligeras flexibilizaciones en el régimen de inadmisiones a trámite,

El acceso de las Organizaciones no Gubernamentales a los centros de internamiento y la creación de un “Juzgado de Vigilancia” de estos centros.

Si bien la reforma resultaba necesaria por los motivos que se señalaron anteriormente no se introducen mecanismos eficaces para hacer frente a la crisis económica. En estos momentos la población inmigrante se perfila como uno de los colectivos mas afectados. En especial se ha referencia a la necesidad de flexibilizar el régimen de renovación de permisos de residencia y trabajo para evitar de esta forma que un amplio numero de población ante la pérdida del empleo y la imposibilidad de conseguir uno nuevo caiga en situación administrativa irregular<sup>25</sup>.

## **7. La interpretación constitucional del estatuto jurídico del inmigrante**

Como ya se señaló anteriormente, el Tribunal Constitucional ha interpretado el estatuto jurídico del inmigrante en función a la teoría tripartita de los derechos, en este sentido un primer catalogo de derechos que se reconocen al extranjero-inmigrante con independencia de su situación administrativa son aquellos vinculados a la dignidad de la persona. Un segundo catalogo que solo pertenece a los españoles, concretamente el derecho al voto, y sobre el resto de derechos el legislador es libre de reconocer y modular el ejercicio. Además, el Tribunal ha extendido la figura del contenido esencial de los derechos y por lo tanto la capacidad del legislador en su configuración es limitada.

---

<sup>24</sup> Véase, GOIZUETA VERTIZ, J., “El derecho de entrada y circulación”; ILLAMOLA DAUSA M., “La libertad de residencia de los no españoles en España” en E.AJA (coord.) *Los derechos de los inmigrantes*, IDP, Tirant lo blanc, Valencia, 2009.

<sup>25</sup> La respuesta del gobierno ante la crisis ha sido el establecimiento del Plan de retorno que no ha tenido mucho éxito y la drástica disminución de la entrada de inmigrantes.

Si bien es cierto que el Tribunal en su última sentencia ha matizado la teoría tripartita por medio de la introducción de otros elementos a valorar así,

*“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, 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.”*

También reafirma la conexión entre derechos reconocidos a todas las personas y la dignidad humana.

*“nuestra jurisprudencia ha reiterado que 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 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).”*

La doctrina constitucional española<sup>26</sup> ha planteado la dificultad de construir el estatuto jurídico de los inmigrantes en base a la “teoría tripartita de los derechos”. Si bien es cierto que la jurisprudencia sentada por el intérprete máximo del texto constitucional ha sido de gran ayuda a la hora de configurar el régimen de los derechos y libertades de los extranjeros, en este sentido – tal y como ha señalado la doctrina- la Sentencia 107/1987 transforma una comprensión original del artículo 13 CE como mera habilitación (y reserva) legal para constituirlo en norma que pone de manifiesto la existencia de un estatuto constitucional del extranjero protegido frente al legislador y da inicio así a un proceso de identificación progresiva de un derecho constitucional material de la extranjería<sup>27</sup>. En este sentido la jurisprudencia ha promovido activamente la restricción a la actuación de la administración dejando siempre como garante último al juez, en especial para los supuestos de procedimientos administrativos (expedición, renovación de las tarjetas de residencia)

---

<sup>26</sup> Véase, ROIG. E., “Los derechos de los extranjeros. Titularidad y limitación”. En REVENGA, Miguel (Coord.) *Problemas constitucionales de la Inmigración: Una visión desde Italia y España*. Tirant lo Blanc. Valencia 2004. p. 598 y ss. Camino Vidal, Fuero C., “Los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en la CE”... op. cit.; E AJA, Los derechos de los inmigrantes... op.cit. p. 22

<sup>27</sup> ROIG. E., “Los derechos de los extranjeros ... op.cit., p. 590

así como los expedientes sancionatorios y de expulsión<sup>28</sup>. Por otra parte, ha configurado el límite que poseía el legislador a la hora de regular el estatuto jurídico de los inmigrantes en cada uno de los derechos<sup>29</sup>. El problema planteado es el mantenimiento por parte del Tribunal de una tesis que desde el punto de vista del dogmático de los derechos y libertades no termina siendo del todo útil y coherente. En este sentido, la doctrina ha identificado varios elementos o puntos débiles a tener en cuenta a la hora de valorar la aplicabilidad de la teoría tripartita de los derechos: la uniformidad del concepto extranjero, la interpretación del concepto dignidad humana y la ambigua posición mantenida respecto al alcance de los Tratados internacionales.

***La uniformidad sobre el concepto extranjeros.*** En las últimas décadas la realidad migratoria ha tomado tales dimensiones que analizar desde la categoría general de “extranjero” toda la diversidad de estatus existentes es un criterio que realmente queda corto. En primer lugar, esta categoría no permite distinguir entre las situaciones de extranjero e inmigrante, distinción clave a la hora de desarrollar el estatuto jurídico de cada uno<sup>30</sup>. La extranjería permite una amplia limitación de los derechos y libertades, puesto que delimita su regulación a la condición individual de extranjero. Como bien ha señalado la doctrina, “*la extranjería disimula o diluye propiedades comunes a extranjeros y nacionales. Los extranjeros residentes viven junto a su condición de extranjeros, la de los nacionales en su misma categoría social o profesional: son, como las naciones obreros, comerciantes, empleados, etc. Sin embargo, la calidad de extranjero parece prevalecer social y jurídicamente*”<sup>31</sup>. En este sentido, los inmigrantes a diferencia de los extranjeros desarrollan su vida laboral, social y afectiva en el país al que emigran y con el transcurso de los años nacen lazos entre ellos y el entorno. Estas circunstancias terminan con el tiempo dibujando una gran diferencia entre la persona que llega como turista o se instala por periodos cortos y la persona que lleva años viviendo en el país de acogida y que crea una situación de estabilidad y convivencia. Esta situación sociológica, indudablemente ha de verse reflejada en el ordenamiento jurídico, “entre el estatuto jurídico del extranjero y del inmigrante hay puntos en común (esencialmente los derechos fundamentales que corresponden a la dignidad de la persona), pero reducir a éstos los que corresponden a los inmigrantes es una simpleza, aunque haya sido la primera doctrina del TC”<sup>32</sup>. En opinión del profesor AJA elementos como la excepcionalidad de la expulsión de residentes con permiso indefinido o las recomendaciones de la cumbre Europea de Tampere, son cambios en la manera de concebir la inmigración que apunta hacia esta diferencia.

---

<sup>28</sup> REVENGA SANCHEZ, M., “De los rigores de la ley a las “dulzuras” del Derecho: la aplicación de la Constitución y el régimen jurídico de las expulsiones”, en *Problemas constitucionales de la Inmigración...* op.cit., p. 279 y ss.

<sup>29</sup> Para la evolución de la jurisprudencia véase, GARCIA ROZA, J., “La titularidad constitucional e internacional de los derechos fundamentales de los extranjeros y las modulaciones legales a sus contenidos”, en REVENGA, Miguel (Coord.) *Problemas constitucionales de la Inmigración...* op.cit., p.71; GARCIA VAZQUEZ, S., *El Estatuto jurídico constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2007.

<sup>30</sup> Para el profesor ELISEO AJA la necesidad de diferenciar entre el estatus del inmigrante y del extranjero deriva del hecho que el inmigrante tiene una vocación de perdurabilidad en el Estado de acogida y desarrollara su vida en éste. AJA, E., “La política migratoria del Estado como marco de la actividad de las CCAA”. En AJA, E. ROIG, E. MONTILLA, J.A. (Coords.) *Las Comunidades Autónomas y la Inmigración*. Tirant lo Blanc. Novedades de derecho público nº9. Valencia. 2006. p. 176-177. Otras posturas entienden que esta diferencia tiene origen en que el inmigrante, a diferencia del extranjero acude a otro país para paliar el Estado de necesidad derivado de la imposibilidad de alcanzar y/o sostener un nivel mínimo de subsistencia en su país de origen. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., “Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante: La dialéctica universalidad/ciudadanía”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. nº 63. 2006. p.254

<sup>31</sup> LÁZARO GÓMEZ, I., “Noción de extranjero. Diferentes situaciones de extranjería. Normativa de extranjería”. En ADROHER BIOSCA, S y CHARRO BAENA, P (Coord.), *La inmigración. Derecho Español e Internacional*. Bosch. Barcelona. 1995. p.22

<sup>32</sup> AJA FERNÁNDEZ, E., “La política migratoria del Estado como marco de la actividad de las CCAA”. ..op.cit. p.177

En segundo lugar, el concepto uniforme de extranjero tampoco responde a la variedad de regímenes existentes en la actualidad. Así, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) al inmigrante que pose de una vida familiar en el país de acogida le ha dotado de unos derechos y protección jurídica con especial importancia para el supuesto de expulsiones<sup>33</sup>. En el Derecho comunitario la Directiva 2003/109, de 25 de noviembre, relativa al Estatuto nacionales de terceros estado residentes de larga duración, permite a los inmigrantes con más de cinco años de residencia legal, residir, trabajar y estudiar en otro Estado miembro distinto al que le haya otorgado éste título, así como la ampliación del principio de igualdad en los campos y términos previstos en la directiva<sup>34</sup>. En términos del ordenamiento jurídico interno y, concretamente, con la LODYLE se ha creado la figura del arraigo que permite la regularización individual del inmigrante<sup>35</sup>. También se encuentra la figura del inmigrante empadronado, el cuál puede acceder a derechos como la sanidad básica, la educación y los servicios sociales básicos. Así mismo la LODYLE crea un régimen diferenciado entre extranjeros en situación regular y no regular, al punto que en la actualidad muchas de las discusiones sobre el principio de igualdad se plantean no ya en términos de españoles/no españoles, sino entre inmigrantes en situación regular e inmigrantes en situación irregular.

Todas estas categorías creadas por las leyes y la jurisprudencia hacen que el análisis sobre el derecho a la igualdad sea mucho más complejo que la clasificación establecida por el Tribunal. En este sentido el profesor ROIG plantea la inoperatividad práctica de la actual jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la titularidad y limitaciones de los derechos de los extranjeros y la insuficiencia de los criterios de distinción entre derechos porque no obedece a la razón real de las diferencias existentes en la práctica legislativa y administrativa (extranjero en situación regular o irregular, arraigado o no, en España o fuera de ella, y extranjero o nacional)<sup>36</sup>.

**La interpretación de la dignidad humana:** Otra cuestión que merece la pena mencionar es la referencia del Tribunal a la dignidad humana como parámetro atributivo de derechos. Retomando la jurisprudencia del TC, en aquellos derechos que se encuentran en íntima relación con la dignidad

---

<sup>33</sup> Esta jurisprudencia nace a partir de la Sentencia Berrehab contra Países Bajos, de 21 de junio de 1988. Sobre la configuración y alcance del derecho a la vida familiar de los extranjeros ver. SANTOLAYA MACHETTI, P., *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*. Tirant lo blanch. Novedades de derecho público nº6. Valencia. 2004.

<sup>34</sup> Para un estudio sobre el contenido y efectos de la directiva ver. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P., *Derecho Comunitario de la inmigración*. Atelier. Barcelona. 2006. Cap V. o, OLESTI RAYO, A., “El estatuto de los residentes de larga duración: comentario a la Directiva del Consejo 2003/109 de 25 de noviembre de 2003”. En *Revista Electrónica de Derecho Comunitario*. Nº4. mayo de 2004.

<sup>35</sup> Artículo 31.1 LODYLE y artículos 45 a 47 del Real Decreto 2393/2003, reglamento de la LODYLE.

<sup>36</sup> Para el autor la teoría tripartita del TC resulta inadecuada por varias razones. La primera hace referencia a que, la decisión resultante de la ley o la jurisprudencia en la práctica es poco eficaz, por cuanto no obedece a la razón real de las diferencias existentes en la práctica legislativa y administrativa (extranjero en situación regular o irregular, arraigado o no, en España o fuera de ella y extranjero o nacional). Sólo en el ámbito del desarrollo legislativo del contenido esencial del derecho, que en todo caso esta garantizado al extranjero, sigue el Tribunal proyectando la tripartición, pero sin que en ningún caso haya debido plantearse si la regulación legal. En segundo lugar, para el autor, la distinción entre derechos de la persona y derechos del ciudadano, parece difícil trasladar sin más a los actuales preceptos constitucionales, y que en cualquier caso ofrece pocos y ambiguos asideros para una clara definición ¿El derecho a la educación, es un derecho de ciudadanía limitable por lo tanto por el legislador de modo diferenciado para los extranjeros o es más bien un derecho de la persona vinculado al libre desarrollo de la misma?. Por último, la referencia a la distinción entre derechos fundamentales y libertades públicas, nacida en los votos particulares a la Sentencia 155/87, plantea problemas no sólo de la delimitación de cada uno de éstos grupos, sino también las consecuencias de la clasificación son oscuras, por cuanto la distinción sigue estando prisionera de la afirmación inicial del tribunal Constitucional según la cual pueden producirse limitaciones especiales para el ejercicio de los derechos por parte de los extranjeros en el ámbito de la “segunda categoría” de derechos más alejados del valor de la dignidad de la persona, de manera que el debate sobre la legitimidad de una concreta restricción o exclusión en estos ámbitos se plantea en torno a si se trata de una privación de la titularidad o del ejercicio de un determinado derecho. ROIG. E., “Los derechos de los extranjeros. Titularidad y limitación”. En REVENGA, Miguel (Coord.) *Problemas constitucionales de la Inmigración: Una visión desde Italia y España*. Tirant lo Blanc. Valencia 2004. p. 598 y ss.

humana, existe un pleno reconocimiento y equiparación con los españoles, pues de por sí son derechos que le pertenecen a las personas por el mero hecho de serlas. Estructurar un conjunto de derechos sobre la base de la dignidad humana no es un criterio lo suficientemente preciso. En principio nos dejaría claro aquellos supuestos donde la relación dignidad humana-derecho fundamental es evidente e indiscutible, como por ejemplo la prohibición de pena de muerte, los tratos inhumanos y degradantes o la tortura consagrados en el art. 15 CE. No obstante, nos abocaría a una inacabable discusión sobre el reconocimiento y ejercicio de buen número de derechos, pues en último término todos los derechos tienen como fundamento la dignidad humana<sup>37</sup>.

La propia jurisprudencia del Tribunal ha caído en contradicción, así en su primera jurisprudencia sobre la interpretación del art. 19 CE (derechos de entrada, salida, libre circulación y residencia) entendió que no hacía parte del núcleo de derechos vinculados a la dignidad humana, posteriormente en sentencia 94/1993 señala que el extranjero en situación regular puede ser considerado titular de los derechos del art. 19 CE<sup>38</sup>. También se ha visto forzada a interpretar de forma poco ortodoxa que efectivamente el derecho a la libertad y seguridad del art. 17 CE tiene una evidente conexión con la dignidad humana y, por lo tanto, hace parte de la categoría de derechos que gozan tanto los españoles como los extranjeros, líneas posteriores ha señalado que en todo caso el legislador puede regular las condiciones de ejercicio y establecer un régimen de limitaciones mayores para los extranjeros, entendido constitucional todo el sistema de detención preventiva para asegurar las futuras medidas de devolución o expulsión. Esta doctrina de vinculación a la dignidad humana ha generado una ausencia de parámetros constitucionales donde parecen ser las mayorías parlamentarias las que determinan en que medida se amplía o se restringe el marco constitucional de los derechos de los inmigrantes<sup>39</sup>.

***El alcance de los Tratados internacionales*** Bajo la cláusula del art. 10.2 CE el texto constitucional incorpora una vía de entrada a las normas internacionales, siendo estas en el mismo sentido que el texto constitucional un límite a la actuación del legislador<sup>40</sup>. Según el nombrado artículo los tratados internacionales en materia de derechos humanos firmados por España actúan como normas de interpretación de los derechos del Título I. Concretamente el mencionado artículo establece:

*“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”*

No obstante la vinculación por parte del legislador respecto a los Tratados y normas relativas a la inmigración no es del todo clara. Como principio general el alto Tribunal en STC 3237/2006 ha cerrado la puerta a que los tratados y acuerdos internacionales vía artículo 10.2 puedan constituirse como canon de constitucionalidad de las leyes españolas. Según el alto interprete, la vinculación de los tratados internacionales solo tienen efectos de interpretación, no obstante no hay claridad respecto de las consecuencias jurídicas de una interpretación contraria a los tratados, el Tribunal para salir de este impase señala que “la interpretación convierte a los tratados en el *“contenido*

---

<sup>37</sup> Sobre la vinculación de los derechos y la dignidad humana ver PECES-BARBA, G., *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*. Dykinson. Cuadernos Bartolomé de las Casas. Madrid 2004.

<sup>38</sup> VIDAL FUEYO, MC., “Los derechos y libertades fundamentales de los extranjero en la CE” ... op.cit., p.43

<sup>39</sup> VIDAL FUEYO, MC., “Los derechos y libertades fundamentales de los extranjero en la CE” ... op.cit., p. 48

<sup>40</sup> SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos*. El artículo 10.2 de la Constitución Española, CGPJ, Madrid, 1999. Sobre la jurisprudencia del TEDH véase QUERAL JIMENEZ, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, 2008

*constitucionalmente declarado*" de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de la Constitución". Concretamente en palabras del Tribunal:

*“esta norma se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los convenios y tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución”*

No obstante, el uso de los Tratados internacionales como parámetros de constitucionalidad en algunas sentencias resulta evidente. Esta situación es especialmente evidenciada en la STC 238/2007, cuando realiza un análisis individual de cada derechos como educación, huelga, asociación, sindicación, los tratados y normas internacionales toman una relevancia capital al punto que en casos como la educación, terminan siendo la base para la extensión de los derechos a los menores.

Ante dicha perspectiva la doctrina española parece alinearse hacia la teoría que el reconocimiento y contenido de los derechos y libertades de los inmigrantes debe buscarse en la propia dogmática sobre derechos y libertades, en concreto, en el principio de proporcionalidad. Así se encuentra la aportación del profesor ROIG quien siguiendo la línea planteada por el TEDH entiende que la delimitación del estatus jurídico de los inmigrantes ha de resolverse por medio de la aplicación del test de la proporcionalidad. A su entender la Ley de Extranjería puede introducir las limitaciones que desee en referencia a cualquier derecho, siempre que tales limitaciones se vinculen a una finalidad legítima, sean necesarias y proporcionadas. El citado autor entiende que, al momento de aplicar el test de la proporcionalidad a un determinado derecho en campo de la inmigración debe tenerse en cuenta diversas finalidades en juego (que no tienen siempre porque arrojar siempre el mismo resultado): las propias de la política de inmigración: control de flujos, protección del mercado nacional de trabajo o la integración social de los inmigrantes y las de cada derecho en concreto. A lo expuesto anteriormente, puede añadirse también como finalidad legítima de interpretación de los derechos la presencia en el territorio o la conexión con la comunidad<sup>41</sup>

De este modo el estatuto constitucional del extranjero como del nacional, debe buscarse en las leyes de desarrollo examinando caso por caso cada una de las restricciones y no con divisiones apriorísticas que permiten la limitación de algunos derechos pero no de otros, aunque obviamente existen derechos en los que tales limitaciones, en función de las finalidades legítimas que lo permitan, serán más fácilmente susceptibles de verse limitadas<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> CORSI.C., *Lo stato e lo straniero*. Padova, Cedam, 2001

<sup>42</sup> La legitimidad de la finalidad necesaria el test de constitucionalidad, para el caso de la limitación de los derechos y libertades de los extranjeros viene dada por el artículo 13 CE. “El artículo 13 CE viene simplemente a poner de manifiesto que en el caso de los extranjeros existe algunas finalidades, comunes en todos los Estados, que justifican tales restricciones: las propias de las políticas de extranjería entendida como el control de flujos de entrada y residencia en España que, como hemos visto antes se erige en el fundamento de la propia existencia de un régimen especial para los extranjeros. E. ROIG,... op.cit., p. 605.

En aplicación a dicha doctrina se entiende porque al inmigrante en situación administrativa irregular se limita fuertemente su libertad de ambulatoria (detención y traslado a centros de internamiento), su derecho a residir en el territorio del Estado (sometimiento a la expulsión y medidas similares de alejamiento). Porque al inmigrante en situación regular se somete a un sistema administrativo de renovación de permisos de residencia y porque dicha residencia se sujeta a la demanda del mercado laboral y justifica así mismo el establecimiento de políticas de integración social. Lógicamente el legislador no es libre para limitar de “cualquier forma dichos derechos” tendrá necesariamente que ser necesarias y proporcionales en sentido estricto. Así mismo, la conexión con la comunidad justifica el establecimiento de mecanismos de regularización como el arraigo.

La negativa del Tribunal a utilizar el test de la proporcionalidad como criterio interpretativo de las limitaciones de los derechos y libertades de los inmigrantes se puede entender, en lo que respecta a sus primeras sentencias, en la propia dinámica por la que se introduce y consolida este método interpretativo en la jurisprudencia constitucional. Así, en la primera década de jurisprudencia constitucional, el principio de proporcionalidad no fue propiamente uno de los aspectos más destacables<sup>43</sup>. Posteriormente, en la década de los noventa y, en particular, tras la sentencia 207/1996, el principio de proporcionalidad se insertará en el ordenamiento constitucional como un principio interpretativo ante las limitaciones de los derechos fundamentales. En el campo de la inmigración esta doctrina hace sus primeros pasos con el voto particular del Magistrado Diego González Campos en la Sentencia 13/2001, de 29 de enero, sobre control policial<sup>44</sup>. Un año más tarde es aplicada de forma explícita por la STC 53/2002, de 27 de febrero, que resolvía un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. El Defensor del Pueblo entendía que la previsión del párrafo 3 del art. 5.7 de la ley que señalaba «Durante la tramitación de la admisión a trámite de la solicitud y, en su caso, de la petición de reexamen, el solicitante permanecerá en el puesto fronterizo, habilitándose al efecto unas dependencias adecuadas para ello.», vulneraba el art. 17.1 CE y la reserva del ley orgánica del art. 53.1 CE.

En lo que respecta a la vulneración del derecho a la libertad y seguridad, el Tribunal realiza un examen sobre los límites introducidos al derecho. Por una parte, enjuicia los límites referidos expresamente en los distintos párrafos del art. 17 CE, para concluir que el límite de las 72 horas no es aplicable dado que el término *«el detenido» a que se refiere el art. 17.2 CE es, en principio, el afectado por una medida cautelar de privación de libertad de carácter penal; y por lo mismo, el límite máximo de setenta y dos horas no es aplicable cuando la privación de libertad sirve a un fin radicalmente distinto, como es la protección de quien se dice perseguido con simultáneo aseguramiento de que la entrada y estancia de los extranjeros en España se hacen con pleno respeto a la Ley*<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> El test de la proporcionalidad como criterio de interpretación ante la limitación de los derechos y libertades de las personas, tuvo en los primeros años del Tribunal Constitucional un particular impulso por el Magistrado Carles Viver Pi-Sunyer, como lo de muestran las sentencias STC 66/95 y 55/96.

<sup>44</sup> En esta sentencia el TC resuelve un recurso de amparo sobre un control policial basado exclusivamente en la raza. El alto tribunal entiende que no hubo violación del derecho pues la raza es un indicio de mayor probabilidad de que la persona sea extranjera. Por su parte, el magistrado en su voto particular sostiene que *“si se pretende buscar su legitimación en otros bienes constitucionalmente relevantes, como la seguridad ciudadana o la protección del mercado nacional de trabajo, las medidas adoptadas para control general de los extranjeros, a mi entender, han de someterse necesariamente a un juicio de proporcionalidad para que sus fines no resulten distorsionados y, en particular, para determinar si tales medidas, aun siendo acordes con esa finalidad, son en sí misma proporcionadas”*.

<sup>45</sup> El razonamiento jurídico de que se esta ante un tipo de restricción de la libertad, pero no ante una detención, y que no todas las garantías previstas en el artículo 14CE, y singularmente el plazo máximo de 72 horas, son de aplicación a las restricciones de libertad previstas por las leyes con finalidad distintas a las penales, lo que también se deriva que las leyes que establezcan tales restricciones, no han de ser orgánicas. Puede traer ciertos inconvenientes pues hace renacer la posibilidad constitucional de figuras intermedias entre la detención y libertad. SATOLAYA, P., “Sobre

Posteriormente, se analiza la limitación al derecho del artículo 17 CE por medio del test de la proporcionalidad. Se entiende que la medida es idónea pues “*es innegable que la permanencia de los peticionarios de asilo en «dependencias adecuadas» evita eficazmente que, por vía de la protección al perseguido, se eludan las leyes que regulan la entrada, residencia y circulación de los extranjeros en España*”. Respecto de la exigencia de necesidad, el Tribunal no percibe con claridad qué otra medida menos restrictiva de la libertad puede alcanzar el mismo nivel de eficacia en la aplicación del régimen ordinario de entrada de extranjeros, que la permanencia o espera de los solicitantes en «dependencias adecuadas» de frontera. Por último, el plazo máximo de cuatro días se entiende proporcional pues se guarda una clara relación con el tiempo mínimo que requiere la tramitación y resolución fundada de una petición de asilo y lo mismo se puede decir respecto del lapso máximo de dos días para el reexamen.

No obstante lo señalado anteriormente la aplicación del principio de proporcionalidad como criterio de interpretación de los derechos y libertades de los extranjeros no ha sido adoptada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La clara prueba de ello ha sido que en STC 236/2007, por la cual se resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la reforma de la LO8/2000 a LODYLE el Tribunal reitera su doctrina de la teoría tripartita de los derechos.

## 8. Conclusiones

Conjugando ahora los dos principios explicados hasta el momento, la razonabilidad y la proporcionalidad, podemos concluir que la aplicación del principio de igualdad a la población inmigrante dependerá de la existencia de un *tertum comparationis*, es decir, de dos situaciones jurídicas distintas sobre algún derecho en concreto y susceptibles de ser comparadas. El análisis de este *tertum comparationis* en el derecho migratorio cobra especial relevancia, pues como vimos anteriormente la igualdad en el ejercicio y disfrute de los derechos no se proyecta de forma exclusiva entre españoles y extranjeros, sino entre los múltiples estatus existentes en la actualidad (extranjero, inmigrante, arraigado, empadrandando, inmigrante regular, inmigrante irregular...). Por otra parte, la arbitrariedad o irrazonabilidad dependerá no sólo de la superación del juicio de idoneidad, sino de todos los elementos del test de la proporcionalidad, pues en caso del reconocimiento y limitación de los derechos de los inmigrantes, no sólo se está frente a un supuesto de control de la relación causal (supuesto típico del juicio de igualdad), sino también del régimen jurídico del respectivo derecho en juego.

Concluimos que la aplicación del principio de igualdad a la población inmigrante, al igual que para los españoles, dependerá de la aplicación del test de la proporcionalidad. No se puede establecer *a priori* un principio de aplicación o negación sobre la igualdad en el ejercicio de los derechos de las personas inmigrantes, pues ello dependerá en cada caso de los intereses constitucionales que estén en juego. Esta respuesta, si bien satisfactoria a nuestro parecer, más que una respuesta nos dota de un instrumento de interpretación y nos abre la puerta a un análisis casuístico de cada uno de los derechos.

---

la constitucionalidad del procedimiento de tramitación de solicitudes de asilo en frontera tras la STC53/2002”. En REVENGA, Miguel (Coord.) *Problemas constitucionales de la Inmigración...op.cit.*, p.223-224