

Comentari jurisprudencial

## **EL PAPER DE LA JURISPRUDÈNCIA CONSTITUCIONAL EN EL DESENVOLUPAMENT DEL DRET PÚBLIC DE LA IMMIGRACIÓ**

Markus González Beilfuss\*

### **Sumari**

- I. Introducció
- II. Aspectes bàsics dels pronunciaments del Tribunal Constitucional
- III. L'estatut constitucional de l'estranger
  - a) Els drets inherents a la dignitat i a la persona
  - b) Els drets de configuració legal
- IV. Normes subconstitucionals del dret de la immigració desenvolupades pel Tribunal Constitucional
  - a) El dret a la llibertat personal (art. 17 CE)
  - b) La llibertat de circulació (art. 19 CE)
- V. Conclusions

---

\* Markus González Beilfuss, professor titular de dret constitucional de la Universitat de Barcelona, Facultat de Dret, Av. Diagonal, 684, 08034 Barcelona, markusgonzalez@ub.edu.  
Article rebut el 2.12.2009. Avaluació: 11.12.2009. Data d'acceptació de la versió final: 11.01.2010.

## I. Introducció

En un monogràfic sobre l'evolució del dret públic de la immigració sembla oportú dedicar el comentari jurisprudencial que habitualment acompanya tots els números de la *Revista* al paper desenvolupat pel Tribunal Constitucional en aquest àmbit. Com és sabut, el dret públic de la immigració és una branca de l'ordenament jurídic que en el cas espanyol només s'ha desenvolupat de forma significativa en els darrers anys. En aquest procés, que ha anat sempre per darrere del fenomen migratori, el protagonisme l'han tingut el legislador i l'Administració –sobretot centrals–, els quals han anat aprovant normes que intentaven donar resposta a les necessitats que s'anaven plantejant a la pràctica. Més enllà dels problemes de rang i de dispersió normativa que s'han donat en diferents moments, el dret de la immigració s'ha fonamentat bàsicament en les successives lleis d'estrangeria i en els respectius reglaments d'execució. Però, com tot fenomen social que sorgeix i es desenvolupa progressivament, la immigració també ha obligat els jutges a donar respostes a conflictes concrets a partir d'un marc normatiu moltes vegades insuficient. El dret públic de la immigració ha trobat, doncs, en les resolucions judicials una font de desenvolupament que en alguns casos ha esdevingut molt important.

Com es desprèn del títol, l'objecte d'aquest treball es limita al paper del Tribunal Constitucional en el desenvolupament del dret públic de la immigració. En aquest àmbit, la jurisprudència constitucional és especialment rellevant per diversos motius. D'entrada, perquè el Tribunal Constitucional és el màxim intèrpret de la Constitució i perquè les seves sentències vinculen tots els poders de l'Estat. Però també perquè ha estat l'alt tribunal qui ha posat en relleu la dimensió constitucional d'aquest sector de l'ordenament jurídic. Tot i que les normes constitucionals que fan referència explícita als estrangers són únicament els articles 13 i 149.1.2 CE, la jurisdicció constitucional ha estat testimoni i garant de la irradiació dels drets i de les llibertats reconeguts en la Constitució de 1978 sobre la realitat dels immigrants. El paper del Tribunal ha estat clau, doncs, per adaptar el dret de la immigració a les exigències que es deriven del text constitucional. En el cas espanyol, aquesta tasca es veu afavorida per l'existència de diferents vies d'accés a la jurisdicció constitucional. Així, el fet que tota persona –no necessàriament nacional– pugui recórrer en empara qualsevol actuació administrativa i judicial pretesament vulneradora d'un dret fonamental, així com la facultat de qualsevol jutge, del Defensor del Poble, de cinquanta diputats o senadors i dels governs i els parlaments autonòmics d'instar el control de normes amb rang de

llei han possibilitat que el Tribunal Constitucional s'hagi pronunciat en més de quaranta sentències sobre temes d'estrangeria. La importància de la jurisdicció constitucional en el desenvolupament del dret de la immigració també ve donada, per últim, pels efectes de l'art. 10.2 CE, que ha permès incorporar la jurisprudència del Tribunal Europeu dels Drets Humans en la interpretació dels drets fonamentals dels estrangers. Per aquest motiu, i per una qüestió d'espai, en aquest estudi no s'analitzaran específicament les sentències del Tribunal d'Estrasburg.

Aquest comentari se centrarà, doncs, en les sentències del Tribunal Constitucional en l'àmbit de la immigració aprovades fins al mes de desembre de 2009 en qualsevol procediment. En la mesura, però, que es tracta de contribuir a un debat sobre l'evolució i el futur del dret de la immigració, no es durà a terme un comentari individualitzat dels pronunciaments més destacats, sinó que s'analitzarà el paper del Tribunal Constitucional des d'una perspectiva més general. Per començar, es ressaltaran els aspectes bàsics dels pronunciaments del Tribunal i els reptes a què ha hagut de fer front en aquest àmbit. Només des d'aquesta perspectiva és possible, en efecte, valorar la jurisprudència constitucional. A continuació, s'analitzarà la contribució del Tribunal en la determinació de l'estatut constitucional de l'estranger, aspecte que ha centrat l'atenció dels pronunciaments constitucionals. I, finalment, es repassaran els aspectes més importants de la jurisprudència constitucional en relació amb dos drets fonamentals –la llibertat personal i la llibertat de circulació– que són bàsics en l'àmbit de l'estrangeria. D'aquesta manera, anant de les qüestions més generals a les més concretes, es podrà obtenir una visió general de la contribució del Tribunal Constitucional al desenvolupament del dret de la immigració.

## **II. Aspectes bàsics dels pronunciaments del Tribunal Constitucional**

Abans d'endinsar-nos en els continguts de la jurisprudència constitucional, convé destacar algunes qüestions de l'activitat del Tribunal en l'àmbit objecte d'estudi. En primer lloc, i des d'una perspectiva estrictament quantitativa, s'ha de constatar que en gairebé trenta anys d'activitat el Tribunal ha dictat unes quaranta sentències en matèria d'immigració. La xifra concreta no és determinant atesa la possible reiteració de sentències sobre un mateix tema, però es tracta d'un volum modest tenint en compte l'abast de la jurisdicció constitucional espanyola. Les causes d'aquest fet són probablement moltes i es deuen a factors heterogenis. Tanmateix, crida l'atenció que en trenta anys no s'hagi plante-

jat cap qüestió d'inconstitucionalitat i que els recursos d'inconstitucionalitat s'hagin limitat a aspectes de la primera Llei d'estrangeria (STC 115/1987), de la Llei d'asil (STC 53/2002), de la Llei d'assistència jurídica gratuïta (STC 95/2003) i de la reforma de la Llei d'estrangeria de l'any 2000 (SSTC 236/2007 i 259-265/2007). Molt més freqüents han estat, en canvi, els recursos d'empara presentats per persones estrangeres en defensa de llurs drets fonamentals, ja sigui contra actuacions de l'Administració (art. 43 LOTC), dels òrgans judicials (art. 44 LOTC) o contra ambdós simultàniament (recursos mixtos). En qualsevol cas, la xifra de sentències d'empara que han entrat en el fons dels problemes posa en relleu que la demanda de jurisdicció constitucional per part de persones immigrades no ha estat alta. Com es desprèn de les Memòries del Tribunal Constitucional dels anys 2007 i 2008, aquesta tendència ha canviat radicalment en els darrers anys. Això no obstant, el baix nombre de recursos admesos a tràmit i el contingut de la major part d'aquests recursos permet afirmar que en la immensa majoria de casos els problemes plantejats no són d'estrangeria, sinó de tutela judicial efectiva.<sup>1</sup>

Més enllà dels processos en què s'han plantejat problemes d'estrangeria, una segona qüestió que cal tenir en compte és el caràcter rogat de la jurisdicció constitucional. No pot oblidar-se, en efecte, que la doctrina del Tribunal Constitucional serveix sobretot per donar resposta a impugnacions concretes que, en el cas dels recursos d'empara, es produeixen un cop exhaurida la via ordinària prèvia. Malgrat que el caràcter vinculant d'aquesta doctrina provoca que el Tribunal faci sovint afirmacions generals, a l'hora d'analitzar la jurisprudència constitucional no poden deixar-se de banda les circumstàncies concretes de cadascun dels casos resolts.

Però l'aspecte més destacable per valorar la contribució del Tribunal Constitucional al desenvolupament del dret a la immigració és la brevetat del text constitucional en aquest àmbit. Com ja s'ha esmentat, la Constitució només es refereix explícitament a la immigració en els articles 13 i 149.1.2 CE: en aquest darrer precepte, per atribuir a l'Estat la competència exclusiva sobre «immigració i estrangeria», i en el primer, per referir-se als drets de la població estrangera. Amb aquest

---

1. González Beilfuss, M.; Gómez Fernández, I., «La creciente demanda de amparo por parte de extranjeros: ¿problemas nuevos o confirmación de déficits tradicionales del recurso de amparo?», Pérez Tremps, P. (coord.), *La reforma del Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, València, 2007, p. 689 i seg.

marc constitucional tan escàs, és evident que el repte a què s'ha enfrontat el Tribunal Constitucional ha estat difícil: es tractava, bàsicament, de definir i protegir el marc constitucional del dret de la immigració fent ús de categories jurídiques clares i dogmàticament coherents. Les grans qüestions que s'havien de resoldre eren dues: concretar quin és l'estatut constitucional de l'estranger i determinar quina és la distribució de competències entre l'Estat i les comunitats autònomes en un àmbit tan polièdric com la immigració. Aquesta segona qüestió no ha estat tractada fins ara, de manera que la futura sentència sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya també serà important des d'aquest punt de vista. En canvi, han estat molt més freqüents els pronunciaments sobre els drets dels estrangers, qüestió que, per aquest motiu, centrarà la nostra atenció a partir d'ara.

### III. L'estatut constitucional de l'estranger

L'aspecte del dret de la immigració que ha monopolitzat la jurisprudència constitucional ha estat el relatiu als drets constitucionals de les persones estrangeres. Determinar, en efecte, si l'estranger era titular del dret constitucional debatut i en quines condicions podia exercir-lo ha estat en la major part de sentències –sobretot en les d'empara– la qüestió prèvia a resoldre. Com és sabut, l'article 13 CE preveu en l'apartat primer que «els estrangers gaudiran a Espanya de les llibertats públiques que garanteix el títol present en els termes que estableixin els tractats i la llei». Acte seguit, el segon apartat de l'article exceptua que «només els espanyols seran titulars dels drets reconeguts en l'article 23, llevat d'allò que, amb criteris de reciprocitat, fos establert per tractat o per llei per al dret de sufragi actiu i passiu en les eleccions municipals». En la interpretació d'aquest precepte, que sens dubte és clau per determinar l'estatut constitucional dels estrangers, el Tribunal Constitucional ha defensat des d'un principi tres idees.

En primer lloc, que la remissió de l'article 13.1 CE a la llei i als tractats no implica una desconstitucionalització dels drets dels estrangers. Com es va reconèixer en la primera sentència que va interpretar aquest precepte (STC 107/1984, FJ 3), la Constitució no diu que els estrangers gaudeixen a Espanya de les llibertats que els atribueixin les lleis i els tractats, sinó de les llibertats que garanteix el títol I «en els termes» que estableixin els tractats i les lleis. Aquests drets continuen essent drets constitucionals, tot i que des del punt de vista del seu contingut es tracta de «drets de configuració legal». L'ús d'aquesta categoria –present sobretot en els pronunciaments dels primers anys– no ha ajudat a clarificar

el marge de les lleis i dels tractats per delimitar el contingut dels drets dels estrangers. De fet, com es veurà més endavant, l'afirmació en la sentència esmentada que «tots ells, sense excepció, són drets de configuració legal» fa una impressió d'uniformitat que va ser rebutjada ràpidament pel mateix Tribunal.

La segona qüestió que des d'un començament va quedar clara és que les persones estrangeres no poden ser titulars dels drets de participació reconeguts en l'article 23 CE. Malgrat que aquest precepte utilitza l'expressió «ciutadans» per referir-se als titulars dels drets esmentats, és la previsió de l'article 13.2 CE la que impedeix estendre aquests drets als estrangers sense una reforma constitucional prèvia, tal com va succeir en ocasió de la ratificació del Tractat de Maastricht.

Finalment, malgrat l'aparença uniformadora de la categoria «drets de configuració legal», un tercer aspecte que des d'un principi s'ha derivat de la jurisprudència constitucional és que el règim dels drets constitucionals dels estrangers no és uniforme, sinó que depèn del contingut de cada dret. Aquesta és, sens dubte, la qüestió que ha condicionat de forma més decisiva la jurisprudència del Tribunal. És més, com es tindrà l'oportunitat de comprovar, la distinció de diversos «grups» de drets –expressió emprada pel mateix Tribunal, entre d'altres, en la STC 95/2000, FJ 3– es troba en l'origen de molts dels problemes que han existit –i continuen existint– per tal de clarificar el règim jurídic dels drets dels estrangers. I és que més enllà de les dificultats per diferenciar aquests grups amb criteris dogmàtics clars, llur existència dificulta la integració de l'element de l'estrangeria en una teoria general dels drets constitucionals. Des d'un començament el Tribunal no va considerar, en efecte, que els estrangers són titulars –a excepció de l'article 23 CE– de tots els drets del títol I i que allò que permet l'element de l'estrangeria és limitar els drets d'una manera diferent que respecte dels nacionals. Per contra, sobretot durant els primers anys, el Tribunal va realitzar una sèrie de pronunciaments que en gran mesura s'han mantingut teòricament i que han originat bona part dels problemes que continuen existint en aquest àmbit, i que cal destacar.

Així, en la primera sentència sobre estrangeria que s'ha esmentat anteriorment (STC 107/1984) el Tribunal va rebutjar l'aplicació del principi d'igualtat entre espanyols i estrangers al·legant que l'article 14 CE es refereix exclusivament als espanyols. En lloc d'analitzar si l'exigència de tenir permís de residència era un requisit raonable per formalitzar un contracte de treball amb una persona es-

trangera, el Tribunal no va considerar aplicable l'article 14, sinó el 13 CE. I, a partir de la ja esmentada afirmació que aquest precepte no desconstitucionalitza els drets dels estrangers, sinó que els configura com a drets de configuració legal, es va endinsar en el camí de diferenciar la titularitat dels drets en funció de llur contingut. D'aquesta manera, va considerar que aquells drets que pertanyen a la persona com a tal i no com a ciutadà o que són imprescindibles per a la garantia de la dignitat humana corresponen als estrangers per mandat constitucional, per la qual cosa no resulta possible un tractament desigual respecte dels espanyols. A títol d'exemple, es van esmentar els drets a la vida, a la integritat física i moral, a la intimitat i a la llibertat ideològica. En canvi, el contingut i l'exercici de la resta de drets, excepció feta dels reconeguts en l'article 23 CE, depenen d'allò que estableixin les lleis i els tractats. Sense entrar en els límits del legislador i dels tractats a l'hora de regular el contingut d'aquests drets i la possibilitat de fer servir el principi d'igualtat respecte d'aquestes previsions, la STC 107/1984 va posar els fonaments d'una distinció que s'ha mantingut –almenys teòricament– fins ara i que convé analitzar d'una manera més concreta.

### **a) Els drets inherents a la dignitat i a la persona**

La doctrina posterior del Tribunal ha reiterat, en efecte, que els drets constitucionals vinculats íntimament a la dignitat o inherents a la persona humana pertanyen directament als estrangers sense que el legislador pugui introduir diferències en llur règim jurídic respecte dels nacionals. Les fórmules emprades per expressar aquesta idea varien en algunes sentències, però es tracta d'una línia jurisprudencial que s'ha mantingut invariable. La llista de drets que, segons el Tribunal, compleixen aquest requisit s'ha anat ampliant amb el pas del temps, incloent-hi els drets a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985), a la llibertat personal (STC 115/1987), a no patir discriminació per qualsevol circumstància personal o social (STC 137/2000) i a l'assistència jurídica gratuïta (STC 95/2003). Però els problemes principals d'aquesta doctrina són, lògicament, el seu fonament i els criteris per determinar quan ens trobem davant d'un dret inherent a la persona humana. Sobretot tenint en compte que la dignitat humana és un dels fonaments de l'ordre polític reconeguts en l'article 10.1 CE i que tots els drets hi estan vinculats.

En la majoria de casos, els criteris emprats per considerar que un dret pertany a aquest primer grup pràcticament no s'han explicat. La vinculació a la

dignitat humana s'ha afirmat sense una argumentació clara i ha semblat un *prius* a la decisió del Tribunal. Un cop afirmat que un dret és inherent a la persona humana i que pertany, per tant, als estrangers en les mateixes condicions que als nacionals, les sentències posteriors s'han limitat a resoldre els casos plantejats sense explicitar ni gairebé tenir en compte l'element de l'estrangeria. Bona part de la doctrina ha criticat que el criteri de la dignitat és molt feble dogmàticament.<sup>2</sup> De fet, en la sentència sobre la darrera Llei d'estrangeria (STC 236/2007), el mateix Tribunal Constitucional ha reconegut que «l'aplicació del criteri fixat en el seu dia per aquest Tribunal per determinar si un concret dret pertany o no a aquest grup ofereix algunes dificultats per tal com tots els drets fonamentals, per la seva mateixa naturalesa, estan vinculats a la dignitat humana» (FJ 3). Tanmateix, en lloc de rectificar-la, com molts autors havien esperat, el Tribunal ha reiterat aquesta construcció dogmàtica amb una argumentació pretesament clarificadora, però que realment no tan sols no aporta gaires novetats, sinó que encara introdueix més confusió.<sup>3</sup>

Després de fer un repàs dels criteris emprats per identificar els drets que pertanyen a aquest primer grup –repàs que hauria d'haver portat a la conclusió que no hi havia criteri, atès que s'esmentava de forma imprecisa el contingut essencial i els tractats subscrits per Espanya–, la STC 236/2007 considera que «el grau de connexió d'un dret concret amb la dignitat s'ha de determinar a partir del seu contingut i naturalesa, els quals permeten al seu torn precisar en quina mesura és imprescindible per a la dignitat de la persona concebuda com un subjecte de dret, seguint per a això la Declaració universal de drets humans i els tractats i acords internacionals a què remet l'art. 10.2 CE» (FJ 3). Que aquests criteris continuen essent clarament insatisfactoris es posa en relleu amb la lectura dels fonaments jurídics que analitzen els diferents preceptes impugnats. I és que analitzar quin és el contingut del dret fonamental afectat per determinar després la seva connexió amb la dignitat humana a partir de les previsions dels

---

2. Entre d'altres, Roig Molés, E., «Los derechos de los extranjeros: titularidad y limitaciones», a Revenga Sánchez, M. (coord.), *I problemi costituzionali dell'immigrazione in Italia e Spagna*, Tirant lo Blanch, València, 2005.

3. En aquest sentit, *vid.* també Vidal Fueyo, C., «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007», a REDC, núm. 85, 2009, i Viana Garcés, A., «Igualdad bajo llave. Jurisprudencia constitucional sobre los derechos fundamentales de los extranjeros en España», a *Repensar la pluralidad*, Tirant lo Blanch, València, 2009.

tractats internacionals ratificats per Espanya és un mètode clarament insuficient per concloure si un dret és inherent a la persona humana. Sobretot si a l'hora de fer-ho no se segueixen sempre els mateixos criteris –per exemple, si l'únic rellevant és el contingut essencial del dret– o si es fan servir arguments com ara la literalitat del text constitucional o pronunciaments jurisprudencials anteriors que el mateix Tribunal no ha seguit sempre. Si, a més a més, la vinculació a la dignitat humana no es pot derivar clarament dels tractats internacionals ratificats per Espanya, i si aquesta vinculació no impedeix que en alguns casos –com ara el dret de reunió, que es considera vinculat a la dignitat humana– el legislador pugui establir «condicions específiques» per als estrangers sempre que no impliquin negar-los absolutament, la conclusió sembla clara: la STC 236/2007 no solament no ha clarificat el règim jurídic dels drets vinculats a la persona humana, sinó que l'ha complicat encara més pel fet d'admetre en alguns casos diferències respecte del règim jurídic dels drets dels espanyols amb l'argument que es tracta de drets que «la Constitució reconeix directament als estrangers, però poden ser desenvolupats pel legislador respectant en tot cas les prescripcions constitucionals».

## b) Els drets de configuració legal

Com ja s'ha esmentat, un segon grup de drets dels estrangers reconegut tradicionalment per la jurisprudència constitucional és el dels que només es garanteixen «en els termes que estableixin els tractats i la llei». Tot i que en la STC 107/1984 es va afirmar que tots els drets del estrangers són, sense excepció, de configuració legal, la distinció d'un grup de drets inherents a la persona humana, que els estrangers gaudeixen en igualtat de condicions que els nacionals, permet reservar aquesta categoria als drets que poden ser desenvolupats pel legislador introduint-hi diferències entre estrangers i nacionals.

En la mesura que els drets que mai no poden ser estesos als estrangers són els que preveu l'article 23 CE, la determinació de quins són aquests drets de configuració legal és quelcom que no ha resultat gaire problemàtic (almenys tradicionalment), atès que es tracta d'una categoria a la qual s'arriba per exclusió. Els drets no vinculats a la dignitat humana són, en efecte, drets d'aquest tipus i, per tant, poden ser regulats pel legislador introduint-hi diferències respecte dels nacionals. Fent servir l'argument *a contrario* o sense gaires explicacions, el Tribunal ha inclòs en aquest grup la llibertat de circulació i la resta de drets derivats de

l'article 19 CE (SSTC 94/1993 i 72/2005), el dret al treball (STC 107/1984), el dret a la salut (STC 95/2000) i el dret a rebre una prestació d'atur (STC 130/1995). El veritable problema d'aquesta categoria ha estat, però, el dels límits del legislador a l'hora de regular aquests drets tenint en compte que el Tribunal ha reiterat que la remissió a la llei i als tractats no significa desconstitucionalitzar-los.

Sense explicitar-ho de forma clara, la jurisprudència constitucional ha resolt aquest problema aplicant els mateixos límits que fa servir en relació amb els drets fonamentals dels nacionals: el principi de proporcionalitat i el contingut essencial. Els mateixos dubtes i interrogants que existeixen en la teoria general dels drets apareixen, doncs, en el cas dels estrangers, i dificulten que les decisions del Tribunal siguin previsibles. Per aquest motiu, la STC 236/2007 també ha resultat frustrant des d'una doble perspectiva. D'una banda, perquè no aporta res a la concreció dels límits del legislador en relació amb aquests drets. És més, a l'hora de recordar que el principi de proporcionalitat és un d'aquests límits, fa referència a la necessitat de preservar altres béns o interessos «constitucionalment protegits», quan n'hi ha prou que siguin simplement acceptables des d'un punt de vista constitucional. D'altra banda, aquesta sentència sembla introduir un quart grup de drets que no fa res més que complicar la tradicional classificació tripartida dels drets dels estrangers. En el FJ 4 de la STC 236/2007 es fa, en efecte, una referència als drets «que la Constitució reconeix directament als estrangers» respecte dels quals sí que es poden establir «condicionaments addicionals» que en qualsevol cas han de respectar les prescripcions constitucionals. Citant la STC 115/1987 com a precedent, es posen els drets de reunió i associació com a exemples, malgrat que posteriorment es consideren vinculats a la dignitat humana. I amb caràcter general s'afegeix que per a la identificació dels drets reconeguts *ex constitutione* als estrangers han de tenir-se especialment en compte, entre altres criteris, la literalitat dels preceptes constitucionals que els reconeixen i, concretament, l'ús d'expressions com «tots», «totes les persones», «els espanyols» o fórmules impersonals com ara «es reconeix» o «es garanteix». Com es veurà tot seguit, però, altres sentències constitucionals s'havien apartat radicalment de la interpretació literal dels preceptes constitucionals en l'àmbit de l'estrangeria.

L'aplicació posterior de tots aquests criteris per resoldre les impugnacions concretes posa en relleu que la STC 236/2007 resta lluny d'haver clarificat el règim jurídic dels drets dels estrangers que poden ser modulats pel legislador. No tan sols perquè en alguns casos, com en els drets de reunió i d'associació, es conclou que el dret en qüestió està vinculat a la dignitat humana sense que aquest

fet impedeixi un tracte legislatiu diferenciat, sinó perquè tampoc no són clars els límits d'aquest tracte diferenciat, que en alguns casos semblen derivar-se del principi de proporcionalitat i en d'altres de previsions constitucionals específiques. Amb caràcter general pot afirmar-se, doncs, que els criteris generals explicats a l'inici de la STC 236/2007 per determinar quin és el marge del legislador a l'hora de desenvolupar els drets dels estrangers no són clars des d'una perspectiva dogmàtica, i que les conclusions a què arriba el Tribunal en cada cas tenen un grau de voluntarisme excessiu.

#### **IV. Normes subconstitucionals del dret de la immigració desenvolupades pel Tribunal Constitucional**

Tot i no haver estat capaç de clarificar l'estatut constitucional de l'estranger d'una manera satisfactòria, el paper d'intendent suprem de la Constitució i el caràcter vinculant de llurs decisions han permès al Tribunal Constitucional derivar del text constitucional tot un seguit de normes que s'integren en el del dret de la immigració. En la mesura que deriven de la Constitució mateixa, aquestes exigències constitucionals vinculen tant el legislador com l'administració d'estrangeria i els jutges que actuen en aquest àmbit. Lògicament, però, llur contingut no és exactament el mateix, com tampoc no ho és el grau de vinculació d'aquests poders de l'Estat al text constitucional. Atès que la major part de sentències constitucionals en l'àmbit de l'estrangeria han fet servir els articles 17, 19 i 24 CE com a paràmetres, aquestes normes subconstitucionals estan relacionades sobretot amb els drets esmentats. Sense ànim d'exhaustivitat, a continuació s'analitzaran les exigències constitucionals que el Tribunal ha derivat dels articles 17 i 19 CE en l'àmbit de l'estrangeria. Preguntar-se quins són els mandats constitucionals derivats del dret a la llibertat personal i de la llibertat de circulació que tant el legislador com l'administració i els jutges han de complir quan incideixen en la posició jurídica dels immigrants és preguntar-se, en efecte, per uns dels límits més importants que en aquest àmbit es deriven de la Constitució. Abans, però, cal aturar-se breument en algunes qüestions generals que afecten la posició constitucional dels estrangers davant dels poders públics i que també han estat resoltes de manera vinculant per la jurisprudència constitucional.

Una primera contribució del Tribunal Constitucional al dret a la immigració fa referència a l'àmbit territorial de vigència dels drets constitucionals dels

estrangers. Com és sabut, en l'àmbit de l'estrangeria periòdicament s'ha posat en dubte si les zones de trànsit dels aeroports són territori nacional o si la Constitució és aplicable a persones que encara no han travessat la frontera. En aquests casos, el problema no és saber si els estrangers són titulars de drets fonamentals, sinó si la Constitució és aplicable en llocs que no sempre formen part del territori nacional. Doncs bé, aquesta qüestió ha estat resolta en gran part pel Tribunal en considerar que el criteri important a aquest efecte no és el territorial, sinó el del sotmetiment efectiu a un poder públic espanyol. Tot i no tractar-se d'una sentència d'estrangeria, la STC 21/1997 s'ha de considerar clau per a aquesta qüestió. I és que per poder resoldre un recurs d'empara que tenia l'origen en una actuació del servei de vigilància duanera en un vaixell que va ser interceptat en alta mar, el Tribunal va haver d'afirmar que, malgrat trobar-se fora dels límits del territori espanyol, els poders públics espanyols no estan menys subjectes a la Constitució que quan exerceixen *ad intra* llurs atribucions. Invocant jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans i algun pronunciament previ, el Tribunal Constitucional no va dubtar, en efecte, a analitzar si els fets impugnats havien vulnerat les garanties de la llibertat personal que es deriven de l'article 17 CE. El criteri del sotmetiment efectiu als poders públics espanyols també ha permès analitzar des de la perspectiva de l'article 17 CE les condicions de privació de llibertat en frontera a què són sotmeses les persones que demanen asil quan pretenen entrar a Espanya (STC 53/2002). Aquest criteri no pot considerar-se rectificat per la STC 72/2005, que, interpretant el primer apartat de l'article 13 CE, destaca que aquest precepte es refereix als drets que gaudeixen els estrangers «a» Espanya. Com es veurà tot seguit, en aquesta sentència el Tribunal analitzava l'article 19 CE en la vessant de dret d'entrada a Espanya, dret que, a partir de l'incís esmentat de l'article 13.1 CE, es considera que no tenen en general els estrangers que no es troben a Espanya.

Més enllà d'aquesta qüestió general i de la interpretació de l'article 13 CE que s'ha analitzat anteriorment, la resta de contribucions del Tribunal Constitucional al dret a la immigració s'ha d'analitzar per drets. Per qüestions d'espai, aquesta anàlisi es limitarà al dret a la llibertat personal (art. 17.1 CE) i a les llibertats deambulatòries de l'article 19.1 CE, drets que el Tribunal Constitucional ha considerat tradicionalment que formaven part de «grups» diferents. Com s'ha esmentat, el de llibertat personal ha estat un dret que des de la STC 115/1987 sempre s'ha considerat inherent a la persona humana, mentre que els derivats de l'article 19.1 CE són drets que des de la STC 94/1993 el Tribunal ha defensat que poden ser exercits pels estrangers «en els termes» previstos per les lleis i els trac-

tats internacionals. L'anàlisi de la jurisprudència constitucional sobre aquests dos preceptes permet comprovar fins a quin punt el mateix Tribunal ha estat coherent a la pràctica amb la seva doctrina sobre l'article 13 CE.

### a) El dret a la llibertat personal (art. 17 CE)

Pel que fa a aquest dret fonamental, la jurisprudència constitucional en l'àmbit de l'estrangeria s'ha centrat bàsicament en tres qüestions: els requisits constitucionals que afecten l'internament dels estrangers, els límits constitucionals d'altres supòsits de privació de llibertat –com ara la retenció dels estrangers a les sales de retorn dels aeroports– i l'*habeas corpus*. Tot i que els pronunciaments en relació amb aquesta darrera institució han estat freqüents i importants –especialment perquè han servit per garantir el seu ús respecte de qualsevol privació de llibertat en l'àmbit de l'estrangeria–,<sup>4</sup> ens centrarem en les altres dues qüestions.

El punt de partida de la jurisprudència constitucional en relació amb l'article 17.1 CE és la consideració, certament discutible, que la detenció és una mesura cautelar de caràcter penal, de manera que les garanties de l'article 17.2 CE (sobretot el límit màxim de setanta-dues hores per passar a disposició judicial) no són aplicables a totes les privacions de llibertat que poden patir les persones estrangeres. Això sí, de l'article 17.2 CE, el Tribunal n'ha derivat un principi constitucional de limitació temporal que, malgrat ser variable, afecta qualsevol privació de la llibertat en tant que mesura excepcional (entre d'altres, SSTC 96/1995 i 53/2002).

Acceptada la possibilitat de detenir un estranger com a mesura cautelar del respectiu procediment administratiu d'expulsió o retorn, el Tribunal Constitucional ha insistit en la necessitat que un jutge autoritzi l'internament corresponent en el termini màxim de setanta-dues hores (STC 115/1987). El règim jurídic d'aquesta autorització judicial ha estat condicionat clarament per la jurisprudència constitucional, que, entre altres aspectes, ha insistit que es tracta d'una decisió plenament jurisdiccional (l'Administració té un interès propi en l'expulsió i, per tant, s'ha de limitar a demanar l'internament; STC 115/1987)

---

4. Els pronunciaments més destacats en aquest àmbit són els de les SSTC 115/1987, 12/1994, 174/1999 i 303/2005.

i, sobretot, motivada i que ha de tenir en compte les circumstàncies concretes del cas, de tal manera que no són possibles, per exemple, autoritzacions col·lectives o genèriques d'internament (STC 114/1990). El Tribunal també ha reiterat que la decisió judicial d'internar una persona estrangera ha de tenir en compte els criteris d'excepcionalitat i limitació temporal. I, pel que fa a la regulació legal de l'internament, s'ha recordat la necessitat d'una previsió legal específica que ha de complir exigències de certesa i proporcionalitat (STC 169/2001).

Com s'ha esmentat anteriorment, els altres pronunciaments del Tribunal que s'han de destacar en relació amb l'article 17.1 CE són els que afecten alguns altres supòsits de privació de la llibertat que poden donar-se en l'àmbit de l'estrangeria: concretament, la retenció dels estrangers a les zones de devolució dels aeroports (STC 174/1999) o a la frontera mentre se sol·licita asil (STC 53/2002). En aquests casos, el Tribunal ha subratllat que des de la perspectiva de l'article 17 CE l'important és que es produeixi una limitació real de la llibertat de moviments i no pas el títol jurídic que la legitima. També ha rebutjat l'argument que nega l'existència d'una situació de privació de llibertat a partir de la possibilitat d'abandonar lliurement territori espanyol (SSTC 174/1999 i 179/2000). Però l'aspecte sens dubte més important d'ambdues sentències és que, prescindint absolutament de la doctrina sobre la vinculació de la llibertat personal a la dignitat humana, el Tribunal ha resolt les impugnacions aplicant els criteris habituals per analitzar si el legislador, els tribunals o l'Administració han vulnerat un dret fonamental: en el cas del legislador, que la limitació de la llibertat sigui proporcionada i estigui establerta amb caràcter general en una norma amb rang de llei (STC 53/2002), i en el cas de l'Administració o dels tribunals ordinaris, que les privacions de llibertat es decretin de forma motivada i proporcionada a partir de previsions legals específiques (STC 174/1999). A la pràctica, doncs, el Tribunal no ha estat coherent amb la doctrina de la vinculació de determinats drets a la dignitat humana.

## **b) La llibertat de circulació (art. 19 CE)**

La jurisprudència constitucional relacionada amb aquest precepte es conté sobretot en la STC 94/1993, sentència que realitza almenys dos pronunciaments que s'han de destacar. En primer lloc, exclou sense gaire argumentació que l'article 19 CE estigui vinculat íntimament a la dignitat humana, amb la qual

cosa reconeix una àmplia llibertat al legislador per modular el seu contingut en relació amb els estrangers. Això no obstant, el més important d'aquesta sentència és que prescindeix absolutament de la literalitat de l'article 19 CE (que utilitza com a subjecte l'expressió «els espanyols») i considera que també els estrangers són titulars dels drets que preveu. L'argument que la literalitat no és definitiva i que l'article 13 CE fa referència als estrangers en general i només exclou l'article 23 CE és contundent, però no s'ha fet servir respecte d'altres drets ni amb caràcter general. En qualsevol cas, amb aquesta interpretació de l'article 19 CE el Tribunal Constitucional ha fet possible controlar la constitucionalitat de les ordres d'expulsió o retorn des d'una perspectiva material i no únicament des del punt de vista de la tutela judicial efectiva.

L'anàlisi d'aquestes sentències posa en relleu que en aquest àmbit el Tribunal també ha fet servir la teoria general dels drets per controlar el que considera una limitació del dret de desplaçament (STC 110/1993) o del dret a romandre en territori espanyol (STC 242/1994). Així, respecte del legislador ha subratllat que les causes d'expulsió han d'estar previstes en normes amb rang de llei i que no poden fer-se servir conceptes genèrics incompatibles amb les exigències de certesa que es deriven de l'article 25.1 CE (STC 116/1993). En definitiva, que la llei ha de tenir una determinada qualitat (STC 169/2001) més enllà de preveure causes d'expulsió que siguin proporcionades. I de forma similar, i respecte de l'Administració que decreta l'ordre d'expulsió o de retorn, el Tribunal també ha exigít que es tracti d'una decisió motivada i proporcionada, que tingui en compte les circumstàncies del cas concret i que sigui respectuosa amb les garanties procedimentals que es deriven dels articles 19 i 24 CE, com ara l'audiència de l'estranger (STC 242/1994). Un aspecte encara no resolt satisfactòriament és el de la possibilitat d'estendre sense matisos les garanties dels articles 24 i 25 CE a decisions que són administratives i no jurisdiccionals. La possibilitat, per exemple, de controlar una decisió jurisdiccional que no va analitzar la situació d'arrelament d'un estranger amb ordre d'expulsió ha estat acceptada recentment en la STC 140/2009, tot i que com a vulneració de l'article 24.1, i no pas de l'article 19 CE.

Un darrer aspecte de la jurisprudència constitucional que cal destacar és la individualització progressiva de diferents drets dintre de l'article 19 CE. L'últim exponent d'aquesta evolució és la STC 72/2005, que ha reconegut que aquest precepte acull quatre drets diferents: els drets d'entrada i de sortida de territori espanyol, el dret a escollir residència i el dret a circular dins d'Espanya. A partir

d'una interpretació que parteix de l'article 13.1 CE i, concretament, del fet que aquest precepte fa referència als drets que poden gaudir els estrangers «a Espanya», el Tribunal considera que aquests no tenen un dret fonamental d'entrada en territori espanyol. Encara que aquesta conclusió es matisa entre altres casos respecte dels ciutadans comunitaris i dels sol·licitants d'asil, la jurisprudència constitucional sembla limitar l'abast de l'article 19 CE a les decisions que impliquen que els estrangers hagin d'abandonar territori espanyol. En qualsevol cas, també en aquest àmbit l'experiència del Tribunal posa en relleu que és la teoria general dels drets, i no pas les construccions alienes a aquesta teoria, la que atorga criteris dogmàtics més sòlids per resoldre els problemes que es plantegen en l'àmbit de l'estrangeria. Amb independència, en efecte, de si es tracta d'una limitació de la llibertat personal o del dret a romandre en territori espanyol, la reserva de llei i la proporcionalitat en el contingut i l'aplicació de la limitació concreta són els criteris que el Tribunal Constitucional fa servir a la pràctica.

## V. Conclusions

Tot i que el nombre de sentències no ha estat excessiu, el paper del Tribunal Constitucional en el desenvolupament del dret públic de la immigració ha estat rellevant. Com era d'esperar, la jurisprudència constitucional ha estat clau per interpretar l'article 13 CE i per no desconstitucionalitzar els drets de les persones estrangeres. Ara bé, el repte de concretar l'estatut constitucional d'aquest col·lectiu a partir de categories dogmàtiques sòlides és lluny d'haver-se aconseguit. La distinció de diversos tipus de drets en funció de si estan vinculats íntimament a la dignitat humana no solament és confusa des d'un punt de vista dogmàtic, sinó que no ha estat seguida pel mateix Tribunal a la pràctica, perquè, com s'ha vist, en moltes ocasions ha preferit fer servir les categories pròpies de la teoria general dels drets fonamentals per resoldre problemes concrets. Des d'aquest punt de vista, la STC 236/2007 no pot qualificar-se sinó de frustrant, atès que representava una oportunitat immillorable per posar fi a una construcció dogmàtica feble.

Malgrat no haver definit l'estatut constitucional dels estrangers satisfactòriament, el Tribunal Constitucional ha incidit en el desenvolupament concret del dret públic de la immigració de forma notable. D'una banda, va declarar la inconstitucionalitat de determinats aspectes del règim legal dels drets de reunió i associació, així com de l'internament d'estrangers i la suspensió dels actes administratius en matèria d'estrangeria derivats de la Llei de 1985 (STC 115/1987).

Més recentment (SSTC 237 i 259/2007) també ha estimat inconstitucional l'exclusió absoluta dels estrangers irregulars del règim jurídic dels drets de reunió, associació, educació no obligatòria, sindicació, vaga i assistència jurídica gratuïta introduït per la Llei 8/2000. Tot i que els efectes pràctics de les sentències de l'any 2007 s'han vist afectats per una utilització confusa de la figura de la inconstitucionalitat sense nul·litat en alguns preceptes, tots tres pronunciaments han obligat el legislador a adaptar recentment la regulació dels respectius drets a la jurisprudència constitucional.

La incidència del Tribunal Constitucional en el dret de la immigració també s'ha produït, però, en l'àmbit dels recursos d'empara. És més, la major part de sentències del Tribunal han resolt aquest tipus de procediments i han contribuït a la constitucionalització de les actuacions de l'administració d'estrangeria i dels jutges ordinaris. La jurisprudència relativa als articles 17 i 19 CE li ha permès insistir en determinats requisits de l'internament dels estrangers, d'altres privacions de la llibertat que només es donen en l'àmbit de l'estrangeria i de l'*habeas corpus*. En la formulació d'aquestes exigències constitucionals la jurisprudència del Tribunal ha tornat a posar en relleu la utilitat de les categories que normalment es fan servir per controlar les limitacions dels drets o, el que és el mateix, el fracàs de la distinció de diversos tipus de drets en funció de llur vinculació a la dignitat humana. Cal desitjar, doncs, que el Tribunal rectifiqui la seva jurisprudència tradicional incorporant l'element de l'estrangeria en la teoria general dels drets fonamentals.

## RESUM

**Revista catalana de dret públic**, 40, ISSN 1885-5709, 2010

Font de la classificació: Classificació Decimal Universal (CDU)

Font dels descriptors: paraules clau facilitades pels autors

---

342.314.7

Markus González Beilfuss, professor titular de dret constitucional de la Universitat de Barcelona

### **ca El paper de la jurisprudència constitucional en el desenvolupament del dret públic de la immigració**

p. 203-222

El dret públic de la immigració s'ha anat desenvolupant en els darrers anys per donar resposta a les necessitats que planteja el fenomen migratori. Tot i que el protagonisme l'han tingut el legislador i l'Administració –sobretot centrals–, la jurisprudència del Tribunal Constitucional ha estat decisiva per posar en relleu la dimensió constitucional d'aquest nou sector de l'ordenament. A partir de pocs preceptes, aquest Tribunal ha anat concretant les exigències constitucionals que se'n deriven pel legislador, les

administracions i els jutges ordinaris en aquest àmbit. El present estudi analitza quina ha estat la contribució del Tribunal Constitucional en el desenvolupament del dret públic de la immigració. No s'analitzen una per una les quaranta sentències constitucionals dictades en aquest àmbit, sinó les grans línies jurisprudencials que s'han anat perfilant durant els gairebé trenta anys de jurisprudència constitucional sobretot en la determinació de l'estatut constitucional de l'estranger.

---

Paraules clau: estrangeria; Tribunal Constitucional; drets fonamentals.

## RESUMEN

**Revista catalana de dret públic**, 40, ISSN 1885-5709, 2010

Fuente de la clasificación: Clasificación Decimal Universal (CDU)

Fuente de los descriptores: palabras clave facilitadas por los autores

---

342.314.7

Markus González Beilfuss, profesor titular de derecho constitucional de la Universidad de Barcelona

### **ca El paper de la jurisprudència constitucional en el desenvolupament del dret públic de la immigració**

es El papel de la jurisprudencia constitucional en el desarrollo del derecho público de la inmigración

p. 203-222

El derecho público de la inmigración se ha ido desarrollando en los últimos años para dar respuesta a las necesidades que plantea el fenómeno migratorio. Aunque el protagonismo lo han tenido el legislador y la Administración –sobre todo centrales–, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido decisiva para poner de relieve la dimensión constitucional de este nuevo sector del ordenamiento. A partir de pocos preceptos, este Tribunal ha ido concretando las exigencias constitucionales que se derivan por el le-

gislador, las administraciones y los jueces ordinarios en este ámbito. El presente estudio analiza cuál ha sido la contribución del Tribunal Constitucional en el desarrollo del derecho público de la inmigración. No se analizan una por una las cuarenta sentencias constitucionales dictadas en este ámbito, sino las grandes líneas jurisprudenciales que se han ido perfilando durante los casi treinta años de jurisprudencia constitucional sobre todo en la determinación del estatuto constitucional del extranjero.

---

Palabras clave: extranjería; Tribunal Constitucional; derechos fundamentales.

## ABSTRACT

**Revista catalana de dret públic**, 40, ISSN 1885-5709, 2010

Classification source: Universal Decimal Classification (UDC)

Key words source: Key words are given by the authors

---

342.314.7

Markus González Beilfuss, tenured professor of Constitutional Law at the University of Barcelona

### **ca El paper de la jurisprudència constitucional en el desenvolupament del dret públic de la immigració**

en The Role of Constitutional Case Law in the Development of Public Immigration Law

p. 203-222

Public immigration law has developed in recent years to provide a response to the needs that arise from the phenomenon of immigration. Although the executive and legislative branches have played the most prominent role, especially at the central government level, Constitutional Court case law has proved decisive in underscoring the constitutional dimension of this new sector of the legal system. Starting from a few principles, this court has gradually laid down the specific constitutional requirements regarding public immigration law that can be derived

from these principles, requirements affecting the legislative branch, the various levels of public administration and the courts of general jurisdiction. This paper analyzes the contribution of the Constitutional Court to the development of public immigration law. The 40 Constitutional Court rulings in this area are not analyzed one by one, but rather, an attempt is made to review the major trends in case law that have taken shape over during the course of practically 30 years of constitutional case law, especially as regards the constitutional status of foreigners.

---

Key words: foreign status; Constitutional Court; fundamental rights.