

EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN EL DESARROLLO DEL DERECHO PÚBLICO DE LA INMIGRACIÓN

Markus González Beilfuss*

Sumario

I. Introducción

II. Aspectos básicos de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional

III. El estatuto constitucional del extranjero

- a) Los derechos inherentes a la dignidad y a la persona
- b) Los derechos de configuración legal

IV. Normas subconstitucionales del derecho de la inmigración desarrolladas por el Tribunal Constitucional

- a) El derecho a la libertad personal (art. 17 CE)
- b) La libertad de circulación (art. 19 CE)

V. Conclusiones

* Markus González Beilfuss, profesor titular de derecho constitucional de la Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho, Avda. Diagonal, 684, 08034 Barcelona, markusgonzalez@ub.edu.

Artículo recibido el 2.12.2009. Evaluación: 11.12.2009. Fecha de aceptación de la versión final: 11.01.2010.

I. Introducción

En un monográfico sobre la evolución del derecho público de la inmigración parece oportuno dedicar el comentario jurisprudencial que habitualmente acompaña a todos los números de la *Revista* al papel desarrollado por el Tribunal Constitucional en este ámbito. Como es sabido el derecho público de la inmigración es una rama del ordenamiento jurídico que en el caso español sólo se ha desarrollado de forma significativa en los últimos años. En este proceso, que ha ido siempre por detrás del propio fenómeno migratorio, el protagonismo lo han tenido el legislador y la Administración —sobre todo centrales—, los cuales han ido aprobando normas que intentaban dar respuesta a las necesidades que se iban planteando en la práctica. Más allá de los problemas de rango y de dispersión normativa que se han dado en diferentes momentos, el derecho de la inmigración se ha fundamentado básicamente en las sucesivas leyes de extranjería y en los respectivos reglamentos de ejecución. Pero, como todo fenómeno social que surge y se desarrolla progresivamente, la inmigración también ha obligado a los jueces a dar respuestas a conflictos concretos a partir de un marco normativo muchas veces insuficiente. El derecho público de la inmigración ha encontrado, pues, en las resoluciones judiciales una fuente de desarrollo que en algunos casos ha sido muy importante.

Como se desprende del título, el objeto de este trabajo se limita al papel del Tribunal Constitucional en el desarrollo del derecho público de la inmigración. En este ámbito, la jurisprudencia constitucional es especialmente relevante por varios motivos. De entrada, porque el Tribunal Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución y porque sus sentencias vinculan a todos los poderes del Estado. Pero también porque ha sido el alto tribunal quien ha puesto de relieve la dimensión constitucional de este sector del ordenamiento jurídico. Aunque las normas constitucionales que hacen referencia explícita a los extranjeros son únicamente los artículos 13 y 149.1.2 CE, la jurisdicción constitucional ha sido testigo y garante de la irradiación de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución de 1978 sobre la realidad de los inmigrantes. El papel del Tribunal ha sido clave, pues, para adaptar el derecho de la inmigración a las exigencias que se derivan del texto constitucional. En el caso español, esta tarea se ve favorecida por la existencia de diferentes vías de acceso a la jurisdicción constitucional. Así, el hecho de que toda persona —no necesariamente nacional— pueda recurrir en amparo cualquier actuación administrativa y judicial pretendidamente vulneradora de un derecho fundamental, así como la facultad de cualquier juez, del Defensor del Pueblo, de cincuenta diputados o senadores y de los gobiernos y parlamentos autonómicos de instar al control de normas con rango de ley han posibilitado que el Tribunal Constitucional se haya pronunciado en más de cuarenta sentencias sobre temas de extranjería. La importancia de la jurisdicción constitucional en el desarrollo del derecho de la inmigración también viene dada, por último, por los efectos del artículo 10.2 CE, que ha permitido incorporar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos a la interpretación de los derechos fundamentales de los extranjeros. Por este motivo, y por una cuestión de espacio, no se analizarán específicamente las sentencias del Tribunal de Estrasburgo.

Este comentario se centrará, pues, en las sentencias del Tribunal Constitucional en el ámbito de la inmigración aprobadas hasta el mes de diciembre de 2009 en cualquier procedimiento. En la medida, sin embargo, en que se trata de contribuir a un debate sobre la evolución y el futuro del derecho de la inmigración, no se llevará a cabo un comentario individualizado de los pronunciamientos más destacados, sino que se analizará el papel del Tribunal Constitucional desde una perspectiva más general. Para empezar, se resaltarán los aspectos básicos de los pronunciamientos del Tribunal y los retos a los que ha tenido que hacer frente en este ámbito. Sólo desde esta perspectiva es posible, en efecto, valorar la jurisprudencia constitucional. A

continuación, se analizará la contribución del Tribunal en la determinación del estatuto constitucional del extranjero, aspecto que ha centrado la atención de los pronunciamientos constitucionales. Y, finalmente, se repasarán los aspectos más importantes de la jurisprudencia constitucional en relación con dos derechos fundamentales —la libertad personal y la libertad de circulación— que son básicos en el ámbito de la extranjería. De esta manera, yendo de las cuestiones más generales a las más concretas, se podrá obtener una visión general de la contribución del Tribunal Constitucional al desarrollo del derecho de la inmigración.

II. Aspectos básicos de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional

Antes de adentrarnos en los contenidos de la jurisprudencia constitucional, conviene destacar algunas cuestiones de la actividad del Tribunal en el ámbito objeto de estudio. En primer lugar, y desde una perspectiva estrictamente cuantitativa, se tiene que constatar que en casi treinta años de actividad el Tribunal ha dictado unas cuarenta sentencias en materia de inmigración. La cifra concreta no es determinante considerando la posible reiteración de sentencias sobre un mismo tema, pero se trata de un volumen modesto teniendo en cuenta el alcance de la jurisdicción constitucional española. Las causas de este hecho son probablemente muchas y se deben a factores heterogéneos. Sin embargo, llama la atención que en treinta años no se haya planteado ninguna cuestión de inconstitucionalidad y que los recursos de inconstitucionalidad se hayan limitado a aspectos de la primera Ley de extranjería (STC 115/1987), de la Ley de asilo (STC 53/2002), de la Ley de asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003) y de la reforma de la Ley de extranjería del año 2000 (SSTC 236/2007 y 259-265/2007). Mucho más frecuentes han sido, en cambio, los recursos de amparo presentados por personas extranjeras en defensa de sus derechos fundamentales, ya sea contra actuaciones de la Administración (art. 43 LOTC), de los órganos judiciales (art. 44 LOTC) o contra ambos simultáneamente (recursos mixtos). En cualquier caso, la cifra de sentencias de amparo que han entrado en el fondo de los problemas pone de relieve que la demanda de jurisdicción constitucional por parte de personas inmigradas no ha sido alta. Como se desprende de las Memorias del Tribunal Constitucional de los años 2007 y 2008, esta tendencia ha cambiado radicalmente en los últimos años. No obstante, el bajo número de recursos admitidos a trámite y el contenido de la mayor parte de los mismos permite afirmar que en la inmensa mayoría de casos los problemas planteados no son de extranjería, sino de tutela judicial efectiva.¹

Más allá de los procesos en los que se han planteado problemas de extranjería, una segunda cuestión que hay que tener en cuenta es el carácter rogado de la jurisdicción constitucional. No puede olvidarse, en efecto, que la doctrina del Tribunal Constitucional sirve sobre todo para dar respuesta a impugnaciones concretas que, en el caso de los recursos de amparo, se producen una vez agotada la vía ordinaria previa. Aunque el carácter vinculante de esta doctrina provoca que el Tribunal haga a menudo afirmaciones generales, a la hora de analizar la jurisprudencia constitucional no pueden dejarse de lado las circunstancias concretas de cada uno de los casos resueltos.

Pero el aspecto más destacable para valorar la contribución del Tribunal Constitucional al desarrollo del derecho a la inmigración es la brevedad del texto constitucional en este ámbito. Como ya se ha mencionado, la Constitución sólo se refiere explícitamente a la inmigración en los artículos 13 y 149.1.2 CE: en este último

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, Valencia, 2007, p. 689 y ss.

precepto, para atribuir al Estado la competencia exclusiva sobre «inmigración y extranjería», y en el primero, para referirse a los derechos de la población extranjera. Con este marco constitucional tan escaso, es evidente que el reto al que se ha enfrentado el Tribunal Constitucional ha sido difícil: se trataba, básicamente, de definir y proteger el marco constitucional del derecho de la inmigración haciendo uso de categorías jurídicas claras y dogmáticamente coherentes. Dos eran las grandes cuestiones que se tenían que resolver: concretar cuál es el estatuto constitucional del extranjero y determinar cuál es la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en un ámbito tan poliédrico como la inmigración. Esta segunda cuestión no ha sido tratada hasta ahora, de modo que la futura sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña también será importante desde este punto de vista. Mucho más frecuentes, en cambio, han sido los pronunciamientos sobre los derechos de los extranjeros, cuestión que por este motivo centrará nuestra atención a partir de ahora.

III. El estatuto constitucional del extranjero

El aspecto del derecho de la inmigración que ha monopolizado la jurisprudencia constitucional ha sido la relativa a los derechos constitucionales de las personas extranjeras. Determinar, en efecto, si el extranjero era titular del derecho constitucional debatido y en qué condiciones podía ejercerlo ha sido en la mayor parte de sentencias —sobre todo en las de amparo— la cuestión previa a resolver. Como es sabido, el artículo 13 CE prevé en su apartado primero que «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley». Acto seguido, el segundo apartado del artículo exceptúa que «solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por Tratado o Ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales». En la interpretación de este precepto, que sin duda es clave para determinar el estatuto constitucional de los extranjeros, el Tribunal Constitucional ha defendido desde un principio tres ideas.

En primer lugar, que la remisión del artículo 13.1 CE a la ley y a los tratados no implica una desconstitucionalización de los derechos de los extranjeros. Como se reconoció en la primera sentencia que interpretó este precepto (STC 107/1984, FJ 3), la Constitución no dice que los extranjeros disfrutaran en España de las libertades que les atribuyan las leyes y los tratados, sino de las libertades que garantiza el título I «en los términos» que establezcan los tratados y las leyes. Estos derechos continúan siendo derechos constitucionales, pese a que desde el punto de vista de su contenido se trata de «derechos de configuración legal». El uso de la referida categoría —presente sobre todo en los pronunciamientos de los primeros años— no ha ayudado a clarificar el margen de las leyes y de los tratados para delimitar el contenido de los derechos de los extranjeros. De hecho, como se verá más adelante, la afirmación en la mencionada sentencia que «todos ellos, sin excepción, son derechos de configuración legal» da una impresión de uniformidad que rápidamente fue rechazada por el propio Tribunal.

La segunda cuestión que desde un comienzo quedó clara es que las personas extranjeras no pueden ser titulares de los derechos de participación reconocidos en el artículo 23 CE. Aunque este precepto utiliza la expresión «ciudadanos» para referirse a los titulares de los mencionados derechos, es la previsión del artículo 13.2 CE la que impide extender tales derechos a los extranjeros sin una reforma constitucional previa, tal como sucedió con ocasión de la ratificación del Tratado de Maastricht.

Por último, a pesar de la apariencia uniformadora de la categoría «derechos de configuración legal», un tercer aspecto que desde un principio se ha derivado de la jurisprudencia constitucional es que el régimen de los derechos constitucionales de los extranjeros no es uniforme, sino que depende del contenido de cada derecho. Ésta es, sin duda, la cuestión que ha condicionado de forma más decisiva la jurisprudencia del Tribunal. Es más, como se tendrá la oportunidad de comprobar, la distinción de varios «grupos» de derechos —expresión utilizada por el propio Tribunal, entre otras, en la STC 95/2000, FJ 3— está en el origen de muchos de los problemas que han existido —y continúan existiendo— con el fin de clarificar el régimen jurídico de los derechos de los extranjeros. Y es que más allá de las dificultades para diferenciar estos grupos con criterios dogmáticos claros, su existencia dificulta la integración del elemento de la extranjería en una teoría general de los derechos constitucionales. Desde un comienzo, el Tribunal no consideró, en efecto, que los extranjeros son titulares —a excepción del artículo 23 CE— de todos los derechos del título I y que lo que permite el elemento de la extranjería es limitar los derechos de una manera distinta que respecto de los nacionales. Por el contrario, sobre todo durante los primeros años, el Tribunal realizó una serie de pronunciamientos que en gran medida se han mantenido teóricamente y que han originado buena parte de los problemas que siguen existiendo en este ámbito y que cabe destacar.

Así, en la primera sentencia sobre extranjería que se ha mencionado anteriormente (STC 107/1984) el Tribunal rechazó la aplicación del principio de igualdad entre españoles y extranjeros alegando que el artículo 14 CE se refiere exclusivamente a los españoles. En lugar de analizar si la exigencia de tener permiso de residencia era un requisito razonable para formalizar un contrato de trabajo con una persona extranjera, el Tribunal no consideró aplicable el artículo 14, sino el 13 CE. Y, a partir de la ya mencionada afirmación que este precepto no desconstitucionaliza los derechos de los extranjeros, sino que los configura como derechos de configuración legal, se adentró en el camino de diferenciar la titularidad de los derechos en función de su contenido. De este modo, consideró que aquellos derechos que pertenecen a la persona como tal y no como ciudadano o que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana corresponden a los extranjeros por mandato constitucional, por lo que no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles. A título de ejemplo se mencionaron los derechos a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad y a la libertad ideológica. En cambio, el contenido y el ejercicio del resto de derechos, con excepción de los reconocidos en el artículo 23 CE, depende de lo que establezcan las leyes y los tratados. Sin entrar en los límites del legislador y de los tratados a la hora de regular el contenido de estos derechos y la posibilidad de utilizar el principio de igualdad respecto de estas previsiones, la STC 107/1984 puso los fundamentos de una distinción que se ha mantenido —al menos teóricamente— hasta ahora y que conviene analizar de una forma más concreta.

a) Los derechos inherentes a la dignidad y a la persona

La doctrina posterior del Tribunal ha reiterado, en efecto, que los derechos constitucionales íntimamente vinculados a la dignidad o inherentes a la persona humana pertenecen directamente a los extranjeros sin que el legislador pueda introducir diferencias en su régimen jurídico respecto de los nacionales. Las fórmulas utilizadas para expresar esta idea son distintas en algunas sentencias, pero se trata de una línea jurisprudencial que se ha mantenido invariable. La lista de derechos que, según el Tribunal, cumplen este requisito se ha ido ampliando con el paso del tiempo, incluyendo los derechos a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985), a la libertad personal (STC 115/1987), a no sufrir discriminación por cualquier circunstancia personal o social (STC 137/2000) y a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003). Pero los problemas principales de esta doctrina son, lógicamente, su fundamento y los criterios para determinar cuándo estamos ante un derecho inherente a la persona humana.

Sobre todo teniendo en cuenta que la dignidad humana es uno de los fundamentos del orden político reconocidos en el artículo 10.1 CE y que todos los derechos están vinculados al mismo.

En la mayoría de casos, los criterios utilizados para considerar que un derecho pertenece a este primer grupo prácticamente no se han explicitado. La vinculación a la dignidad humana se ha afirmado sin una argumentación clara y ha parecido un *prius* a la decisión del Tribunal. Una vez afirmado que un derecho es inherente a la persona humana y que pertenece, por lo tanto, a los extranjeros en las mismas condiciones que a los nacionales, las sentencias posteriores se han limitado a resolver los casos no planteados sin explicitar ni casi tener en cuenta el elemento de la extranjería. Buena parte de la doctrina ha criticado que el criterio de la dignidad es muy débil dogmáticamente.² De hecho, en la sentencia sobre la última Ley de extranjería (STC 236/2007), el propio Tribunal Constitucional ha reconocido que «la aplicación del criterio fijado en su día por este Tribunal para determinar si un concreto derecho pertenece o no a este grupo ofrece algunas dificultades por cuanto todos los derechos fundamentales, por su misma naturaleza, están vinculados a la dignidad humana» (FJ 3). Sin embargo, en lugar de rectificarla, como muchos autores habían esperado, el Tribunal ha reiterado esta construcción dogmática con una argumentación pretendidamente clarificadora, pero que realmente no sólo no aporta muchas novedades, sino que incluso introduce más confusión.³

Después de hacer un repaso de los criterios utilizados para identificar los derechos que pertenecen a este primer grupo —repaso que tendría que haber llevado a la conclusión de que no había criterio, dado que se mencionaba de forma imprecisa el contenido esencial y los tratados suscritos por España—, la STC 236/2007 considera que «el grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad debe determinarse a partir de su contenido y naturaleza, los cuales permiten a su vez precisar en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona concebida como un sujeto de derecho, siguiendo para ello la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales a los que remite el art. 10.2 CE» (FJ 3). Que los referidos criterios continúan siendo claramente insatisfactorios se pone de relieve con la lectura de los fundamentos jurídicos que analizan los diferentes preceptos impugnados. Y es que analizar cuál es el contenido del derecho fundamental afectado para determinar después su conexión con la dignidad humana a partir de las previsiones de los tratados internacionales ratificados por España es un método claramente insuficiente para concluir si un derecho es inherente a la persona humana. Sobre todo si a la hora de hacerlo no se siguen siempre los mismos criterios —por ejemplo, si lo único relevante es el contenido esencial del derecho— o si se utilizan argumentos como la literalidad del texto constitucional o anteriores pronunciamientos jurisprudenciales que el propio Tribunal no siempre ha seguido. Si, además, la vinculación a la dignidad humana no se puede derivar claramente de los tratados internacionales ratificados por España, y si esta vinculación no impide que en algunos casos — como el derecho de reunión, que se considera vinculado a la dignidad humana— el legislador pueda establecer «condiciones específicas» para los extranjeros, siempre que no impliquen negarlos absolutamente, la conclusión parece clara: la STC 236/2007 no sólo no ha clarificado el régimen jurídico de los derechos vinculados a la persona humana, sino que lo ha complicado todavía más por el hecho de admitir en algunos casos diferencias respecto del régimen jurídico de los derechos de los españoles con el argumento de que se trata de derechos que

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

³ En este sentido, *vid.* también Vidal Fueyo, C., «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007», en REDC, n.º. 85, 2009, y Viana Garcés, A., «Igualdad bajo llave. Jurisprudencia constitucional sobre los derechos fundamentales de los extranjeros en España», en *Repensar la pluralidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

«la Constitución reconoce directamente a los extranjeros, pero pueden ser desarrollados por el legislador respetando en todo caso las prescripciones constitucionales».

b) Los derechos de configuración legal

Como ya se ha mencionado, un segundo grupo de derechos de los extranjeros tradicionalmente reconocido por la jurisprudencia constitucional es el de los que sólo se garantizan «en los términos que establezcan los Tratados y la Ley». A pesar de que en la STC 107/1984 se afirmó que todos los derechos del extranjero son, sin excepción, de configuración legal, la distinción de un grupo de derechos inherentes a la persona humana, del que los extranjeros disfrutaban en igualdad de condiciones que los nacionales, permite reservar esta categoría a los derechos que pueden ser desarrollados por el legislador introduciendo diferencias entre extranjeros y nacionales.

En la medida en que los derechos que nunca pueden ser extendidos a los extranjeros son los previstos en el artículo 23 CE, la determinación de cuáles son estos derechos de configuración legal es algo que no ha resultado muy problemático (al menos tradicionalmente), puesto que se trata de una categoría a la que se llega por exclusión. Los derechos no vinculados a la dignidad humana son, en efecto, derechos de este tipo y pueden ser regulados, por lo tanto, por el legislador introduciendo diferencias respecto de los nacionales. Utilizando el argumento *a contrario* o sin muchas explicaciones, el Tribunal ha incluido en este grupo la libertad de circulación y el resto de derechos derivados del artículo 19 CE (SSTC 94/1993 y 72/2005), el derecho al trabajo (STC 107/1984), el derecho a la salud (STC 95/2000) y el derecho a recibir una prestación de desempleo (STC 130/1995). El verdadero problema de esta categoría ha sido, sin embargo, el de los límites del legislador a la hora de regular estos derechos teniendo en cuenta que el Tribunal ha reiterado que la remisión a la ley y a los tratados no significa desconstitucionalizarlos.

Sin explicitarlo de forma clara, la jurisprudencia constitucional ha resuelto este problema aplicando los mismos límites que utiliza en relación con los derechos fundamentales de los nacionales: el principio de proporcionalidad y el contenido esencial. Las mismas dudas e interrogantes que existen en la teoría general de los derechos aparecen, pues, en el caso de los extranjeros, y dificultan que las decisiones del Tribunal sean previsibles. Por este motivo, la STC 236/2007 también ha resultado frustrante desde una doble perspectiva. Por una parte, porque no aporta nada a la concreción de los límites del legislador en relación con los mencionados derechos. Es más, a la hora de recordar que el principio de proporcionalidad es uno de estos límites, hace referencia a la necesidad de preservar otros bienes o intereses «constitucionalmente protegidos», cuando es suficiente que sean simplemente aceptables desde un punto de vista constitucional. Por otra parte, esta sentencia parece introducir un cuarto grupo de derechos que no hace más que complicar la tradicional clasificación tripartita de los derechos de los extranjeros. El FJ 4 de la STC 236/2007 contiene, en efecto, una referencia a los derechos «que la Constitución reconoce directamente a los extranjeros» respecto de los cuales sí se pueden establecer «condicionamientos adicionales» que en cualquier caso tienen que respetar las prescripciones constitucionales. Citando la STC 115/1987 como precedente, se ponen los derechos de reunión y asociación como ejemplos, aunque posteriormente se consideran vinculados a la dignidad humana. Y con carácter general se añade que para la identificación de los derechos reconocidos *ex constitutione* a los extranjeros deben tenerse especialmente en cuenta, entre otros criterios, la literalidad de los preceptos constitucionales que los reconocen y, concretamente, el uso de expresiones como «todos», «todas las personas», «los españoles» o fórmulas impersonales como «se reconoce» o «se garantiza». Como se verá acto seguido, sin embargo, otras sentencias

constitucionales se habían apartado radicalmente de la interpretación literal de los preceptos constitucionales en el ámbito de la extranjería.

La posterior aplicación de todos estos criterios para resolver las impugnaciones concretas pone de relieve que la STC 236/2007 está lejos de haber clarificado el régimen jurídico de los derechos de los extranjeros que pueden ser modulados por el legislador. No sólo porque en algunos casos, como en los derechos de reunión y de asociación, se concluye que el derecho en cuestión está vinculado a la dignidad humana sin que este hecho impida un trato legislativo diferenciado, sino porque tampoco están claros los límites de este trato diferenciado, que en algunos casos parecen derivarse del principio de proporcionalidad y en otros de previsiones constitucionales específicas. Con carácter general puede afirmarse, pues, que los criterios generales explicitados al inicio de la STC 236/2007 para determinar cuál es el margen del legislador a la hora de desarrollar los derechos de los extranjeros no son claros desde una perspectiva dogmática, y que las conclusiones a las que llega el Tribunal en cada caso tienen un grado de voluntarismo excesivo.

IV. Normas subconstitucionales del derecho de la inmigración desarrolladas por el Tribunal Constitucional

A pesar de no haber sido capaz de clarificar el estatuto constitucional del extranjero de una manera satisfactoria, el papel de intérprete supremo de la Constitución y el carácter vinculante de sus decisiones han permitido al Tribunal Constitucional derivar del texto constitucional una serie de normas que se integran en el del derecho de la inmigración. En la medida en que derivan de la propia Constitución, estas exigencias constitucionales vinculan tanto al legislador como a la administración de extranjería y a los jueces que actúan en este ámbito. Lógicamente, sin embargo, su contenido no es exactamente el mismo, como tampoco lo es el grado de vinculación de estos poderes del Estado al texto constitucional. Dado que la mayor parte de sentencias constitucionales en el ámbito de la extranjería han utilizado los artículos 17, 19 y 24 CE como parámetros, estas normas subconstitucionales están relacionadas sobre todo con los mencionados derechos. Sin ánimo de exhaustividad, a continuación se analizarán las exigencias constitucionales que el Tribunal ha derivado de los artículos 17 y 19 CE en el ámbito de la extranjería. Preguntarse cuáles son los mandatos constitucionales derivados del derecho a la libertad personal y de la libertad de circulación que tanto el legislador como la administración y los jueces tienen que cumplir cuando inciden en la posición jurídica de los inmigrantes es preguntarse, en efecto, por unos de los límites más importantes que en este ámbito se derivan de la Constitución. Antes, sin embargo, hay que detenerse brevemente en algunas cuestiones generales que afectan a la posición constitucional de los extranjeros ante los poderes públicos y que también han sido resueltas de manera vinculante por la jurisprudencia constitucional.

Una primera contribución del Tribunal Constitucional al derecho a la inmigración se refiere al ámbito territorial de vigencia de los derechos constitucionales de los extranjeros. Como es sabido, en el ámbito de la extranjería periódicamente se ha puesto en duda si las zonas de tráfico de los aeropuertos son territorio nacional o si la Constitución es aplicable a personas que todavía no han cruzado la frontera. En estos casos, el problema no es saber si los extranjeros son titulares de derechos fundamentales, sino si la Constitución es aplicable en lugares que no siempre forman parte del territorio nacional. Pues bien, esta cuestión ha sido en gran parte resuelta por el Tribunal al considerar que el criterio importante a estos efectos no es el territorial, sino el del sometimiento efectivo a un poder público español. A pesar de no tratarse de una sentencia de extranjería, la STC

21/1997 debe considerarse clave para esta cuestión. Y es que para poder resolver un recurso de amparo que tenía su origen en una actuación del servicio de vigilancia aduanera en un barco que fue interceptado en alta mar, el Tribunal tuvo que afirmar que, a pesar de estar fuera de los límites del territorio español, los poderes públicos españoles no están menos sujetos a la Constitución que cuando ejercen *ad intra* sus atribuciones. Invocando jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y algún pronunciamiento previo, el Tribunal Constitucional no dudó, en efecto, en analizar si los hechos impugnados habían vulnerado las garantías de la libertad personal que se derivan del artículo 17 CE. El criterio del sometimiento efectivo a los poderes públicos españoles también ha permitido analizar desde la perspectiva del artículo 17 CE las condiciones de privación de libertad en frontera a las que se somete a las personas que piden asilo cuando pretenden entrar en España (STC 53/2002). Este criterio no puede considerarse rectificado por la STC 72/2005, que, interpretando el primer apartado del artículo 13 CE, destaca que este precepto se refiere a los derechos de los que disfrutaban los extranjeros «en» España. Como se verá acto seguido, en esta sentencia el Tribunal analizaba el artículo 19 CE en la vertiente de derecho de entrada a España, derecho que, a partir del mencionado inciso del artículo 13.1, CE se considera que no tienen en general los extranjeros que no se encuentran en España.

Más allá de esta cuestión general y de la interpretación del artículo 13 CE que se ha analizado anteriormente, el resto de contribuciones del Tribunal Constitucional al derecho a la inmigración debe analizarse por derechos. Por cuestiones de espacio, este análisis se limitará al derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) y a las libertades deambulatorias del artículo 19.1 CE, derechos que el Tribunal Constitucional ha considerado tradicionalmente que formaban parte de «grupos» diferentes. Como se ha mencionado, el de libertad personal ha sido un derecho que desde la STC 115/1987 siempre se ha considerado inherente a la persona humana, mientras que los derivados del artículo 19.1 CE son derechos que desde la STC 94/1993 el Tribunal ha defendido que pueden ser ejercidos por los extranjeros «en los términos» previstos por las leyes y los tratados internacionales. El análisis de la jurisprudencia constitucional sobre estos dos preceptos permite comprobar hasta qué punto el propio Tribunal ha sido coherente en la práctica con su doctrina sobre el artículo 13 CE.

a) El derecho a la libertad personal (art. 17 CE)

Por lo que respecta a este derecho fundamental, la jurisprudencia constitucional en el ámbito de la extranjería se ha centrado básicamente en tres cuestiones: los requisitos constitucionales que afectan al internamiento de los extranjeros, los límites constitucionales de otros supuestos de privación de libertad —como la retención de los extranjeros en las salas de retorno de los aeropuertos— y el *habeas corpus*. A pesar de que los pronunciamientos en relación con esta última institución han sido frecuentes e importantes —especialmente porque han servido para garantizar su uso respecto de cualquier privación de libertad en el ámbito de la extranjería—,⁴ nos centraremos en las otras dos cuestiones.

El punto de partida de la jurisprudencia constitucional en relación con el artículo 17.1 CE es la consideración, ciertamente discutible, que la detención es una medida cautelar de carácter penal, de modo que las garantías del artículo 17.2 CE (sobre todo el límite máximo de setenta y dos horas para pasar a disposición judicial) no son aplicables a todas las privaciones de libertad que pueden sufrir las personas extranjeras. Eso sí, del artículo 17.2 CE el Tribunal ha derivado un principio constitucional de limitación temporal que, a pesar de ser variable, afecta a cualquier privación de la libertad en cuanto medida excepcional (entre otras, SSTC 96/1995

⁴ Los pronunciamientos más destacados en este ámbito son los de las SSTC 115/1987, 12/1994, 174/1999 y 303/2005.

y 53/2002).

Aceptada la posibilidad de detener a un extranjero como medida cautelar del respectivo procedimiento administrativo de expulsión o retorno, el Tribunal Constitucional ha insistido en la necesidad de que un juez autorice el correspondiente internamiento en el plazo máximo de setenta y dos horas (STC 115/1987). El régimen jurídico de dicha autorización judicial ha sido claramente condicionado por la jurisprudencia constitucional, que, entre otros aspectos, ha insistido en que se trata de una decisión plenamente jurisdiccional (la Administración tiene un interés propio en la expulsión y, por lo tanto, tiene que limitarse a pedir el internamiento; STC 115/1987) y, sobre todo, motivada y que debe tener en cuenta las concretas circunstancias del caso, no siendo posibles, por ejemplo, autorizaciones colectivas o genéricas de internamiento (STC 114/1990). El Tribunal también ha reiterado que la decisión judicial de internar a una persona extranjera tiene que tener en cuenta los criterios de excepcionalidad y limitación temporal. Y, con respecto a la regulación legal del internamiento, se ha recordado la necesidad de una previsión legal específica que tiene que cumplir exigencias de certeza y proporcionalidad (STC 169/2001).

Como se ha mencionado anteriormente, los otros pronunciamientos del Tribunal que deben destacarse en relación con el artículo 17.1 CE son los que afectan a algunos otros supuestos de privación de la libertad que pueden darse en el ámbito de la extranjería: concretamente, la retención de los extranjeros en las zonas de devolución de los aeropuertos (STC 174/1999) o en la frontera mientras se solicita asilo (STC 53/2002). En estos casos, el Tribunal ha subrayado que desde la perspectiva del artículo 17 CE lo importante es que se produzca una limitación real de la libertad de movimientos y no el título jurídico que la legitima. También ha rechazado el argumento que niega la existencia de una situación de privación de libertad a partir de la posibilidad de abandonar libremente territorio español (SSTC 174/1999 y 179/2000). Pero el aspecto sin duda más importante de ambas sentencias es que, prescindiendo absolutamente de la doctrina sobre la vinculación de la libertad personal a la dignidad humana, el Tribunal ha resuelto las impugnaciones aplicando los criterios habituales para analizar si el legislador, los tribunales o la Administración han vulnerado un derecho fundamental: en el caso del legislador, que la limitación de la libertad sea proporcionada y esté establecida con carácter general en una norma con rango de ley (STC 53/2002), y en el caso de la Administración o de los tribunales ordinarios, que las privaciones de libertad se decreten de forma motivada y proporcionada a partir de previsiones legales específicas (STC 174/1999). En la práctica, pues, el Tribunal no ha sido coherente con la doctrina de la vinculación de determinados derechos a la dignidad humana.

b) La libertad de circulación (art. 19 CE)

La jurisprudencia constitucional relacionada con este precepto se contiene sobre todo en la STC 94/1993, sentencia que realiza al menos dos pronunciamientos que deben destacarse. En primer lugar, excluye sin mucha argumentación que el artículo 19 CE esté íntimamente vinculado a la dignidad humana, con lo que reconoce una amplia libertad al legislador para modular su contenido en relación con los extranjeros. No obstante, lo más importante de esta sentencia es que prescinde absolutamente de la literalidad del artículo 19 CE (que utiliza como sujeto la expresión «los españoles») y considera que también los extranjeros son titulares de los derechos que contempla. El argumento de que la literalidad no es definitiva y que el artículo 13 CE se refiere a los extranjeros en general y sólo excluye el artículo 23 CE es contundente, pero no se ha utilizado respecto de otros derechos ni con carácter general. En cualquier caso, con la mencionada interpretación del artículo 19 CE el Tribunal Constitucional ha hecho posible controlar la constitucionalidad de las órdenes de expulsión o retorno

desde una perspectiva material y no únicamente desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva.

El análisis de estas sentencias pone de relieve que en este ámbito el Tribunal también ha utilizado la teoría general de los derechos para controlar lo que considera una limitación del derecho de desplazamiento (STC 110/1993) o del derecho a permanecer en territorio español (STC 242/1994). Así, respecto del legislador ha subrayado que las causas de expulsión tienen que estar previstas en normas con rango de ley y que no pueden utilizarse conceptos genéricos incompatibles con las exigencias de certeza que se derivan del artículo 25.1 CE (STC 116/1993). En definitiva, que la ley debe tener una determinada calidad (STC 169/2001) más allá de prever causas de expulsión que sean proporcionadas. Y de forma similar, y respecto de la Administración que decreta la orden de expulsión o de retorno, el Tribunal también ha exigido que se trate de una decisión motivada y proporcionada, que tenga en cuenta las circunstancias del caso concreto y que sea respetuosa con las garantías procedimentales que se derivan de los artículos 19 y 24 CE, como la audiencia del extranjero (STC 242/1994). Un aspecto todavía no resuelto satisfactoriamente es el de la posibilidad de extender sin matices las garantías de los artículos 24 y 25 CE a decisiones que son administrativas y no jurisdiccionales. La posibilidad, por ejemplo, de controlar una decisión jurisdiccional que no analizó la situación de arraigo de un extranjero con orden de expulsión ha sido aceptada recientemente en la STC 140/2009, aunque como vulneración del artículo 24.1, y no del artículo 19 CE.

Un último aspecto de la jurisprudencia constitucional que hay que destacar es la progresiva individualización de diferentes derechos dentro del artículo 19 CE. El último exponente de esta evolución es la STC 72/2005, que ha reconocido que este precepto acoge cuatro derechos diferentes: los derechos de entrada y salida de territorio español, el derecho a escoger residencia y el derecho a circular dentro de España. A partir de una interpretación que parte del artículo 13.1 CE y, concretamente, de que este precepto hace referencia a los derechos que pueden disfrutar los extranjeros «en España», el Tribunal considera que éstos no tienen un derecho fundamental de entrada en territorio español. Aunque esta conclusión se matiza entre otros casos respecto de los ciudadanos comunitarios y de los solicitantes de asilo, la jurisprudencia constitucional parece limitar el alcance del artículo 19 CE a las decisiones que implican que los extranjeros tengan que abandonar territorio español. En cualquier caso, también en este ámbito la experiencia del Tribunal pone de relieve que es la teoría general de los derechos, y no las construcciones ajenas a dicha teoría, la que otorga criterios dogmáticos más sólidos para resolver los problemas que se plantean en el ámbito de la extranjería. Con independencia, en efecto, de si se trata de una limitación de la libertad personal o del derecho a permanecer en territorio español, la reserva de ley y la proporcionalidad en el contenido y la aplicación de la concreta limitación son los criterios que el Tribunal Constitucional utiliza en la práctica.

V. Conclusiones

Aunque el número de sentencias no ha sido excesivo, el papel del Tribunal Constitucional en el desarrollo del derecho público de la inmigración ha sido relevante. Como era de esperar, la jurisprudencia constitucional ha sido clave para interpretar el artículo 13 CE y para no desconstitucionalizar los derechos de las personas extranjeras. Ahora bien, el reto de concretar el estatuto constitucional de este colectivo a partir de categorías dogmáticas sólidas está lejos de haberse conseguido. La distinción de varios tipos de derechos en función de si están íntimamente vinculados a la dignidad humana no sólo es confusa desde un punto de vista dogmático, sino que no ha sido seguida por el propio Tribunal en la práctica, porque, como se ha visto, en

muchas ocasiones ha preferido utilizar las categorías propias de la teoría general como los derechos fundamentales para resolver problemas concretos. Desde este punto de vista, la STC 237/2007 no puede calificarse sino de frustrante, dado que representaba una oportunidad inmejorable para poner fin a una construcción dogmática débil.

A pesar de no haber definido el estatuto constitucional de los extranjeros satisfactoriamente, el Tribunal Constitucional ha incidido en el desarrollo concreto del derecho público de la inmigración de forma notable. Por una parte, declaró la inconstitucionalidad de determinados aspectos del régimen legal de los derechos de reunión y asociación, así como del internamiento de extranjeros y la suspensión de los actos administrativos en materia de extranjería derivados de la Ley de 1985 (STC 115/1987). Más recientemente (SSTC 236 y 259/2007) también ha estimado inconstitucional la exclusión absoluta de los extranjeros irregulares del régimen jurídico de los derechos de reunión, asociación, educación no obligatoria, sindicación, huelga y asistencia jurídica gratuita introducido por la Ley 8/2000. Aunque los efectos prácticos de las sentencias del año 2007 se han visto afectados por una confusa utilización de la figura de la inconstitucionalidad sin nulidad en algunos preceptos, los tres pronunciamientos han obligado al legislador a adaptar recientemente la regulación de los respectivos derechos a la jurisprudencia constitucional.

La incidencia del Tribunal Constitucional en el derecho de la inmigración también se ha producido, sin embargo, en el ámbito de los recursos de amparo. Es más, la mayor parte de sentencias del Tribunal han resuelto este tipo de procedimientos y han contribuido a la constitucionalización de las actuaciones de la administración de extranjería y de los jueces ordinarios. La jurisprudencia relativa a los artículos 17 y 19 CE le ha permitido insistir en determinados requisitos del internamiento de los extranjeros, de otras privaciones de la libertad que sólo se dan en el ámbito de la extranjería y del *habeas corpus*. En la formulación de dichas exigencias constitucionales la jurisprudencia del Tribunal ha vuelto a poner de relieve la utilidad de las categorías que normalmente se utilizan para controlar las limitaciones de los derechos o, lo que es lo mismo, el fracaso de la distinción de varios tipos de derechos en función de su vinculación a la dignidad humana. Hay que desear, pues, que el Tribunal rectifique su jurisprudencia tradicional incorporando el elemento de la extranjería en la teoría general de los derechos fundamentales.