



# UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

## TESIS DOCTORAL

Título
<b>La posición <i>iusfundamental</i> de los no nacionales en los ordenamientos constitucionales español e italiano</b>
Autor/es
<b>Nuria Sangüesa Ruiz</b>
Director/es
Roberto Bin y Ricardo Luis Chueca Rodríguez
Facultad
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Titulación
Departamento
Derecho
Curso Académico



**La posición *iusfundamental* de los no nacionales en los ordenamientos constitucionales español e italiano**, tesis doctoral de Nuria Sangüesa Ruiz, dirigida por Roberto Bin y Ricardo Luis Chueca Rodríguez (publicada por la Universidad de La Rioja), se difunde bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported. Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los titulares del copyright.

© El autor  
© Universidad de La Rioja, Servicio de Publicaciones, 2017  
publicaciones.unirioja.es  
E-mail: publicaciones@unirioja.es



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI FERRARA  
- EX LABORE FRUCTUS -



UNIVERSIDAD  
DE LA RIOJA

**LA POSICIÓN *IUSFUNDAMENTAL* DE LOS NO  
NACIONALES EN LOS ORDENAMIENTOS  
CONSTITUCIONALES ESPAÑOL E ITALIANO**

Nuria Sangüesa Ruiz

Tesis Doctoral dirigida por:

Dr. Roberto Bin (*Università degli Studi di Ferrara*)

Dr. Ricardo Chueca Rodríguez (*Universidad de La Rioja*)



*La culminación de la presente Tesis Doctoral ha sido posible gracias a las imprescindibles aportaciones intelectuales y materiales de un gran número de personas e instituciones. Una Tesis siempre es un trabajo en cierto modo coral, por lo que estas menciones son necesariamente incompletas.*

*En primer lugar, quiero expresar mi agradecimiento a Roberto Bin y a Ricardo Chueca, directores de la Tesis.*

*No puedo dejar de mencionar la Universidad Complutense de Madrid, lugar donde comenzó mi andadura académica, así como a todos los profesores y compañeros que auspiciaron mis inicios.*

*Mi paso por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, donde cursé el Diploma en Estudios Políticos y Constitucionales, enriqueció mis primeros pasos como investigadora, escuchando y compartiendo con compañeros y maestros mis primeros retos.*

*En el Servicio de Doctrina del Tribunal Constitucional tuve el placer de disfrutar de una de las prestigiosas becas convocadas para obtener un privilegiado acceso al conocimiento de la Doctrina Constitucional. Periodo del que ya siempre me beneficiaré.*

*La Tesis ha sido realizada con financiación del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad de España, al haber disfrutado de una ayuda concedida en el marco del Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica 2008-2011, Subprograma de Formación de Personal Investigador (FPI), convocatoria 2012, asociada al Proyecto de Investigación La relación jurídica dignidad humana-derecho fundamental (DER 2011-23566).*

*También he contado con la ayuda del Proyecto de Investigación Crisis y cambio de los derechos fundamentales: la frontera del derecho fundamental en la Constitución normativa (DER 2014-52817-P).*

*Ambos proyectos de investigación han resultado primordiales para la elaboración de la Tesis. Además de la imprescindible financiación, he contado con un excelente apoyo académico y humano. El trabajo tan próximo con los investigadores de ambos Proyectos, y el ambiente de investigación desarrollado en su seno, han sido capitales en mi formación doctoral. Y ha sembrado en mí una idea firme y clara de la auténtica actividad de investigación y de su naturaleza grupal y organizada.*

*Durante el mes de junio de 2013 tuve la oportunidad de realizar una breve estancia con el prestigioso grupo de constitucionalistas de la Universidad de Oviedo, que me acogieron generosamente y donde disfruté de su atención beneficiándome de su ayuda y consejo investigador.*

*La Sapienza de Roma me brindó la posibilidad de realizar una estancia de investigación que resultó determinante para la internacionalización de esta investigación doctoral. Los profesores y compañeros que allí me atendieron, y la orientación recibida, se revelaron especialmente importantes.*

*La Tesis ha sido realizada en régimen de co-tutela entre dos universidades: la Università degli Studi di Ferrara y la Universidad de La Rioja. Su personal, los compañeros, los profesores con los que he tenido contacto en estos años, han posibilitado su ejecución y mi propia formación como investigadora.*

*En la Università degli Studi di Ferrara pude profundizar en la internaciolización de la Tesis Doctoral que ya había vislumbrado en Roma, así como tener la oportunidad de contemplar el Derecho propio desde nuevas perspectivas.*

*La Universidad de la Rioja ha sido mi casa durante los últimos cuatro años. Y deseo que lo sea durante más tiempo. La acogida brindada por los profesores y compañeros de esta institución, especialmente los miembros del Departamento de Derecho, ha facilitado en gran medida las tareas de investigación asociadas a la Tesis. Esta institución me ha proporcionado un inigualable ambiente de trabajo.*

*La Tesis tiene también mucho que agradecer a todos mis colegas constitucionalistas, con los que he podido entrar en contacto a lo largo de estos años, en los diferentes congresos y seminarios a los que he asistido.*

*Por último, quiero recordar íntima y discretamente a quienes, desde los muy diversos modos en que nos comunicamos los seres humanos, me descubrieron, desde distintos lugares del mundo, diferentes perspectivas y modos de ver los fenómenos sociales aquí estudiados.*

## ÍNDICE

RESUMEN/SOMMARIO.....	11
-----------------------	----

INTRODUCCIÓN .....	15
--------------------	----

### CAPÍTULO 1º: NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA

I. Introducción .....	25
II. Etapa previa a las revoluciones liberales.....	27
III. Etapa revolucionaria francesa .....	34
IV. Nacionalidad y ciudadanía en la Constitución española de 1812.....	42
V. La configuración de la nacionalidad y la ciudadanía durante el siglo XIX.....	46
VI. El panorama posterior a la Segunda Guerra Mundial .....	55
1. El extranjero: sujeto de Derecho y titular de derechos .....	55
A. El estatuto del extranjero en Derecho internacional público. Estándar mínimo de tratamiento y tratados internacionales.....	56
B. Los instrumentos internacionales de derechos humanos elaborados tras la II GM. ....	58
a. El reconocimiento de subjetividad y capacidad jurídica a toda persona .....	62
b. Derecho de asilo y protección internacional .....	65
c. Tratados internacionales sobre los derechos de las personas migrantes .....	69
2. Ciudadanía y nacionalidad en Europa tras la Segunda Guerra Mundial.....	70
A. Ámbito internacional.....	72
B. Ámbito de la Unión Europea. La ciudadanía de la Unión.....	76
C. Concepciones de la ciudadanía y nexos de este concepto con la nacionalidad.....	85
VII. <i>Nacionalidad y ciudadanía</i> en el ordenamiento democrático-constitucional .....	91
1. Nacionalidad y ciudadanía en el ordenamiento constitucional español.....	93
2. Nacionalidad y ciudadanía en el ordenamiento constitucional italiano. ....	98
VIII. Recapitulación.....	105

CAPÍTULO 2º: CONSIDERACIONES GENERALES EN MATERIA DE DERECHOS  
FUNDAMENTALES

I.	Introducción .....	109
II.	Estructura y características del derecho fundamental .....	111
III.	Titularidad de derechos fundamentales. La nacionalidad como criterio de atribución .....	119
1.	Capacidad jurídica, sujeto, persona .....	120
2.	Titularidad, titularidad <i>iusfundamental</i> , capacidad de obrar, ejercicio.....	123
IV.	Desarrollo, limitación y regulación del ejercicio de derechos fundamentales por el legislador....	127
V.	Control de constitucionalidad en materia de derechos fundamentales .....	132
1.	La garantía del contenido esencial.....	134
2.	El principio de igualdad.....	139
A.	La igualdad en los textos constitucionales italiano y español .....	139
B.	El juicio de igualdad y las normas jurídicas. Las normas sobre derechos fundamentales .....	144
C.	El principio de igualdad como límite frente al legislador. El criterio de razonabilidad de las diferencias. Aplicación del principio de igualdad en el contenido de la ley cuando se ven afectados derechos fundamentales.....	146
3.	Los juicios de razonabilidad y de proporcionalidad .....	150
A.	Canon de razonabilidad y juicio de proporcionalidad .....	151
B.	Igualdad, razonabilidad y proporcionalidad en el sistema CEDH. Derechos absolutos y relativos.....	155
C.	<i>Ragionevolezza</i> y proporcionalidad en el sistema constitucional italiano .....	165
D.	Razonabilidad y proporcionalidad en el sistema constitucional español.....	168
VI.	Recapitulación.....	172



### CAPÍTULO 3º: LA POSICIÓN DE LOS NO NACIONALES EN EL SISTEMA CEDH

I.	Introducción .....	175
II.	Ámbito de aplicación personal de los derechos del CEDH.....	175
III.	Preceptos del CEDH que diferencian expresamente entre nacionales y extranjeros.....	184
IV.	Derechos <i>absolutos</i> y no <i>absolutos</i> . Limitaciones de derechos y principio de no discriminación	188
V.	Derechos absolutos y no nacionales.....	190
1.	Expulsión de no nacionales y derechos absolutos garantizados en los arts. 2 y 3 CEDH .....	191
VI.	Principio de no discriminación del art. 14 CEDH y no nacionales .....	195
VII.	No nacionales y derechos no absolutos .....	208
1.	Derecho a la libertad personal. Privaciones de libertad del art. 5.1.f) CEDH.....	208
2.	Los derechos al “proceso equitativo” (art. 6 CEDH) y al “recurso efectivo” (art. 13 CEDH) en procedimientos de inmigración y asilo .....	211
3.	Derecho a la vida privada y familiar: restricciones derivadas de la potestad estatal para regular la entrada, estancia y expulsión del territorio (art. 8 CEDH) .....	213
4.	Libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9 CEDH); libertad de expresión (art. 10 CEDH); libertades de reunión y asociación (art. 11 CEDH).....	219
5.	Derecho a contraer matrimonio y a formar una familia (art. 12 CEDH) .....	223
6.	Derecho a la educación (art. 2 del Protocolo No. 1 CEDH) .....	225
VIII.	Recapitulación.....	227

CAPÍTULO 4º: LA POSICIÓN *IUSFUNDAMENTAL* DE LOS EXTRANJEROS EN EL  
ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ITALIANO. UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

I.	Introducción .....	231
II.	La posición <i>iusfundamental</i> de los no nacionales en Italia. Marco constitucional .....	234
III.	La doctrina científica previa a los primeros pronunciamientos de la <i>Corte costituzionale</i> . .....	240
IV.	Bases de la jurisprudencia constitucional relativa a la posición de los no nacionales en la CI. ....	246
V.	La jurisprudencia de la <i>Corte costituzionale</i> .....	250
1.	Posiciones constitucionales que la CI garantiza a todos los extranjeros.....	255
A.	Derecho a la vida.....	255
B.	Protección de la salud.....	255
C.	Derecho de defensa. Libertad personal. ....	257
D.	Garantías penales .....	263
E.	Derecho al matrimonio. Protección de la unidad familiar y del menor de edad.....	264
2.	Entrada, permanencia y alejamiento del extranjero del territorio nacional italiano.....	268
A.	Potestad-deber del estado de proteger las propias fronteras y regular los flujos migratorios. ....	268
B.	“Automatismos legislativos” en la autorización y expulsión .....	271
C.	Tratamiento penal de la inmigración irregular .....	277
a.	Sentencias en las que se aborda la constitucionalidad de la opción penal .....	279
b.	Sentencias en que se abordan cuestiones concretas en el marco del tratamiento penal de la inmigración.....	283
3.	Extranjeros en situación de regularidad administrativa: derechos sociales y principio de igualdad .....	286
VI.	“Igualdad en los derechos inviolables” .....	295
1.	Igualdad-razonabilidad .....	295
A.	Justificación de las diferencias entre nacionales y extranjeros. <i>Differenze di fatto</i> .....	297
B.	Diferencias entre extranjeros.....	299
2.	Núcleo mínimo de derechos .....	300
VII.	Recapitulación.....	303

CAPÍTULO 5º: LA POSICIÓN *IUSFUNDAMENTAL* DE LOS EXTRANJEROS EN EL  
ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

I.	Introducción.....	307
II.	La posición <i>iusfundamental</i> de los no nacionales en España. Marco constitucional.....	308
III.	Doctrina científica y jurisprudencial sobre derechos fundamentales y extranjeros.....	315
1.	Los derechos de los extranjeros en la CE.....	315
2.	Introducción de la división tripartita de los derechos en la STC 107/1984.....	319
3.	La división tripartita (cuatripartita) de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TC. Incorporación y evolución.....	320
4.	Posición de la doctrina científica.....	326
5.	Algunas cuestiones problemáticas en relación con la <i>teoría tripartita (cuatripartita)</i> de los derechos de los extranjeros.....	330
IV.	Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos de los extranjeros.....	331
1.	La “relación con la dignidad humana” del derecho fundamental como criterio de determinación de su grupo de pertenencia.....	331
2.	Aplicación práctica de la clasificación tripartita. Consecuencias jurídicas de la integración en cada grupo de la división. Cuestiones problemáticas.....	339
3.	La STC 236/2007. Problematización de la teoría tripartita y esbozo de un esquema de razonamiento unitario.....	342
4.	La jurisprudencia constitucional en materia de no nacionales y libertad de circulación y residencia.....	346
5.	Igualdad y posición <i>iusfundamental</i> de los no nacionales.....	357
6.	Ponderación y proporcionalidad. El cumplimiento de la legislación de extranjería como bien constitucionalmente relevante. STC 53/2002.....	362
7.	La STC 17/2013: contenido esencial y proporcionalidad.....	364
8.	La STC 139/2016, en materia de asistencia sanitaria a extranjeros en situación irregular. Argumentos económicos como justificación de la limitación de acceso a un derecho social.....	367
9.	El “examen agravado” o “escrutinio estricto” de determinados supuestos: distinción entre dos tipos de casos.....	371
10.	Derechos del art. 24 CE y posición <i>iusfundamental</i> de los no nacionales.....	375
V.	Recapitulación.....	382

CONCLUSIONES .....	389
CONCLUSIONI.....	399

#### ANEXOS

TABLA DE ACRÓNIMOS .....	409
SELECCIÓN JURISPRUDENCIAL .....	411
BIBLIOGRAFÍA.....	431
LINKS DE INTERNET .....	467

## RESUMEN

La tesis analiza las estrategias utilizadas por los tribunales constitucionales italiano y español para abordar el problema de la posición *iusfundamental* de las personas extranjeras. En cumplimiento de su función de adaptación de los mandatos constitucionales a los cambios provocados por el transcurso del tiempo y el surgimiento de nuevos escenarios, ambos han desarrollado argumentaciones con el objeto de determinar la situación de las personas extranjeras desde el punto de vista de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados. Los casos italiano y español presentan elementos comunes que justifican un análisis conjunto que permite detectar problemas y respuestas comunes, o distintas.

Los sistemas *iusfundamentales* incorporados a las constituciones normativas se ven forzados a responder frente a un escenario novedoso caracterizado por distintos parámetros. Entre ellos: 1) características e intensidad de los movimientos migratorios; 2) consolidación de organizaciones supranacionales como UE, con capacidad de incidencia directa en cuestiones tradicionalmente consideradas competencia absoluta del estado; 3) asunción por los estados de obligaciones en materia de derechos humanos. Una de las preguntas que subyacen a la investigación se refiere a la capacidad de los sistemas *iusfundamentales* incorporados en las constituciones normativas para adaptarse a la nueva situación.

El objeto de la investigación es evidenciar determinados esquemas de resolución de problemas relacionados con derechos fundamentales y extranjeros, obtenidos por inducción a partir del análisis de la casuística constitucional.

La tesis pone al descubierto algunos caracteres comunes a dichos sistemas argumentativos en los casos español e italiano, resaltando la influencia del TEDH. Ello nos permite vislumbrar algunos de los problemas e inconsistencias de dichas argumentaciones. El problema de los derechos fundamentales de los extranjeros – concluye la tesis- necesita una reflexión en profundidad, con revisión de algunas de las categorías principales que dibujan las coordenadas de la cuestión.

El trabajo ha sido realizado en régimen de cotutela entre la *Università degli Studi di Ferrara* (Italia) y la Universidad de La Rioja (España); y cuenta con Mención internacional.



## SOMMARIO

La tesi analizza le tecniche amministrative impiegate dai tribunali costituzionali italiano e spagnolo per fare fronte al problema della posizione *iusfundamentale* delle persone straniere. Entrambi i tribunali, soddisfacendo il compito di adattare i mandati costituzionali ai cambiamenti derivanti dal decorso tempo e dall'insorgere di nuovi scenari, hanno sviluppato argomentazioni per determinare la situazione degli stranieri dal punto di vista dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti. Si riscontrano elementi comuni tra i due ordinamenti, che giustificano un'analisi congiunta, con l'obiettivo di individuare problemi e risposte comuni, o diverse.

I sistemi *iusfundamentali* inseriti nelle moderne costituzioni normative vengono forzati a reagire di fronte a un scenario inedito contraddistinto per diversi parametri. Tra questi parametri rientrano: 1) caratteristiche e intensità dei flussi migratori; 2) consolidazione di organizzazioni *sovranazionali* come la UE, con capacità di incidere direttamente in questioni ritenute tradizionalmente di competenza assoluta dello stato (o rientranti nella sovranità dello Stato); 3) gli stati assumono obblighi (obbligazione si usa più in diritto civile) in materia di diritti umani. Nella ricerca condotta è implicita la domanda sulla capacità di adattamento al nuovo contesto dei sistemi *iusfundamentali* inseriti nelle costituzioni normative.

L'obiettivo della ricerca è quello di mettere in evidenza gli schemi di risoluzioni dei problemi collegati ai diritti fondamentali degli stranieri, ottenuti per induzione partendo dall'analisi della casistica costituzionale.

La tesi mette in luce caratteri comuni ai suddetti sistemi argomentativi nei casi italiano e spagnolo, mettendo in evidenza l'influenza della giurisprudenza CEDU. Questo ci permetterà intravedere problemi ed contraddizioni nelle argomentazioni. La questione dei diritti fondamentali degli stranieri –conclude la tesi- merita una riflessione in profondità, con revisione di alcune delle categorie principali che disegnano le coordinate del problema.

Questo lavoro è stato realizzato in regime di cotutela tra la Università degli Studi di Ferrara (Italia) e la *Universidad de la Rioja* (Spagna) e gode di Menzione internazionale.





## INTRODUCCIÓN

La presencia en las sociedades de personas provenientes de diferentes regiones geográficas no es un fenómeno novedoso: las migraciones, en sus diversos tipos, son un fenómeno consustancial al ser humano. Por diferentes razones, prácticamente desde la formación de las primeras comunidades humanas, las personas han buscado oportunidades de supervivencia o desarrollo en zonas geográficas o comunidades distintas de las propias. Como es lógico, no es objeto de nuestro trabajo analizar la migración humana como tal, fenómeno social complejísimo, multidimensional, y objeto de una vasta literatura científica. Pese a ello, creemos adecuado subrayar la importancia de las migraciones en la configuración de la cultura y sociedades actuales: no puede entenderse la historia del ser humano sin tener en cuenta sus movimientos migratorios, de los que son deudores variados fenómenos sociales, económicos y culturales.

Es interesante resaltar esta idea para evitar determinado sesgo. Nuestro trabajo pretende ahondar en la cuestión de la posición *iusfundamental* de los extranjeros en los sistemas constitucionales democráticos contemporáneos. Así, resulta tentador partir de la idea de la inmigración como fenómeno nuevo en las sociedades estudiadas, idea incorrecta.

Todo lo anterior no supone negar la (relativa) novedad de la situación, que no sólo deriva de las características e intensidad de los movimientos migratorios en la actualidad. La consolidación de organizaciones supranacionales como la Unión Europea (UE), con capacidad de incidencia directa en cuestiones tradicionalmente consideradas competencia absoluta del estado (protección de fronteras, e incluso regulación de la nacionalidad); o la asunción por los estados de obligaciones en materia de derechos humanos son clave en la conformación de la situación actual. Así, los sistemas *iusfundamentales* incorporados a las constituciones normativas se ven forzados a responder frente a un escenario novedoso caracterizado por estos y otros parámetros.

Muchos trabajos han abordado la cuestión de los derechos fundamentales de los extranjeros, desde el Derecho u otras disciplinas científicas. El problema ha sido tratado desde enfoques muy variados, y suscita más perplejidades que soluciones, más preguntas que respuestas. Hace emerger algunas de las tensiones y contradicciones más agudas en los actuales sistemas políticos y jurídicos, y su análisis plantea problemas

irresolubles sin una profunda revisión de las categorías e instituciones que sustentan aquéllos.

En una investigación como ésta, es tan necesario determinar con claridad cuál es el objeto de estudio como qué es lo que no va a ser analizado. En el ámbito del Derecho constitucional se entremezclan cuestiones puramente jurídicas con otras políticas, culturales, éticas o sociales, lo que es consecuencia de su propia naturaleza y función; y no resulta posible deslindarlas completamente. No se trata pues, como es obvio, de negar las mutuas interdependencias entre las distintas dimensiones de la cuestión, sino de tratar, en la medida de lo posible, de aislar el problema concreto y establecer con nitidez nuestras herramientas de análisis.

Las políticas migratorias estatales y supranacionales (UE); el asilo y el refugio; la protección de las fronteras del estado; la convivencia de nacionales y extranjeros; y en definitiva, el trato dispensado por los poderes públicos a los individuos que no gozan de la nacionalidad del estado en que se encuentran, son cuestiones de acuciante actualidad e innegable importancia. Se trata de problemas con innumerables aristas que pueden ser contemplados desde diversos puntos de vista y que suscitan diferentes debates. Pero nuestro punto de vista es el del Derecho constitucional: qué es lo que dicen las constituciones acerca del modo en que los poderes públicos deben tratar a las personas no nacionales. Concretamente, la cuestión de si los sistemas de derechos fundamentales incorporados a las vigentes constituciones normativas vinculan al legislador y al resto de poderes públicos en su trato a los extranjeros, y en qué medida.

Resultan necesarios un especial rigor y precisión al analizar cuestiones como las aquí tratadas. Debe partirse de conceptos y categorías bien definidas, que permitan acotar el objeto de estudio con criterios científico-jurídicos.

No nos ocuparemos de cuáles son, o deben ser, los derechos de los extranjeros, en general, sino únicamente de la posición de este colectivo en relación con los *derechos fundamentales*. Los extranjeros gozan, o pueden gozar, en los sistemas jurídico-políticos contemporáneos, de muchos y variados derechos. Sin embargo, como es obvio, no todos ellos son calificables de fundamentales. Los derechos fundamentales constituyen una categoría jurídica con unas características muy determinadas, entre las que interesa destacar su carácter de vínculo para el legislador democrático.

En relación con los extranjeros, no siempre resulta fácil discernir cuándo se está hablando de derechos fundamentales y cuándo de otro tipo de posiciones jurídicas. Ello tiene que ver, entre otras cuestiones, con la relativa universalidad de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Los estados reconocen diferentes derechos a los extranjeros, a distintos niveles: en muchas ocasiones, dicho reconocimiento y garantía tiene lugar en leyes o normas de distinto rango, y muy frecuentemente se produce en cumplimiento de compromisos internacionales adquiridos por los estados. La garantía de derechos a los extranjeros, sin embargo, no coincide necesariamente con el reconocimiento de derechos fundamentales, si bien ambos niveles se encuentran entrelazados de un modo prácticamente inextricable.

Nuestra investigación analiza las estrategias utilizadas por los tribunales constitucionales italiano y español para abordar el problema de la posición *iusfundamental* de las personas extranjeras. En cumplimiento de una de las funciones que los órganos de justicia constitucional están llamados a desempeñar, la relacionada con la adaptación de los mandatos constitucionales a los cambios provocados por el transcurso del tiempo y el surgimiento de nuevos escenarios en las sociedades que la constitución pretende regular, ambos tribunales han desarrollado argumentaciones con el objeto de determinar la situación en que se hallan, desde el punto de vista de los distintos derechos fundamentales recogidos en las constituciones, las personas extranjeras.

Los casos italiano y español presentan importantes elementos comunes, con sus lógicas peculiaridades. En ambos casos nos encontramos ante constituciones normativas que incorporan sistemas de derechos fundamentales. Se trata de constituciones abiertas al Derecho internacional, con un importante papel de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Ninguna de las dos normas constitucionales determina con claridad cuál es la situación de las personas extranjeras en relación con los derechos fundamentales, si bien ambas contienen preceptos que se refieren a los derechos y libertades de los extranjeros (resultando patente la influencia italiana en la española).

Asimismo, ambos países experimentan similitudes en la evolución de los flujos migratorios y su regulación. En ambos casos, previamente al aumento de la inmigración producido a partir de los años ochenta y especialmente los noventa, que crecerá

exponencialmente durante la primera década de los dos mil, se trataba de países emisores de emigrantes. Sus normas de extranjería son tardías, y se encuentran influidas de manera determinante por exigencias derivadas de la pertenencia a la UE y al Espacio Schengen.

Lo anterior hace especialmente interesante un análisis conjunto que permitirá detectar problemas y respuestas comunes, o distintas, frente a una cuestión que interroga no sólo a estos sistemas constitucionales, sino a los sistemas constitucionales democráticos contemporáneos en general.

Los sistemas *iusfundamentales* italiano y español están contruidos sobre categorías actualmente sometidas a tensión. Los sistemas de derechos fundamentales, tal y como se configuran a día de hoy, no se consolidan en Europa hasta la segunda mitad del siglo XX. Lo hacen, por un lado, fundamentándose en categorías jurídico políticas provenientes de etapas históricas anteriores y resultado de una larga evolución; creadas y se desarrolladas en contextos diversos del actual. Por otro lado, a la vez, toma forma un nuevo contexto internacional, en el que el ser humano aparece como sujeto de derecho y titular de determinadas posiciones en relación a su estado de nacionalidad –lo que resulta una importante novedad- y también en relación a estados diferentes. Y, lo que resulta clave, estas constituciones se configuran como abiertas al Derecho internacional, lo que supone la vinculación –de diferentes modos y en diferentes grados- entre el Derecho constitucional y determinadas obligaciones en el plano internacional, destacadamente en materia de derechos y libertades.

Al analizar estas cuestiones, entran en juego instituciones jurídico-políticas básicas, entre las que se encuentra de modo destacado la *ciudadanía* que, como veremos, se vincula casi desde su origen a la *nacionalidad*. Sin embargo esta relación, desde un principio, no se encuentra exenta de problematicidad.

En las constituciones italiana y española, así como en otras de su entorno, *nacionalidad*, *ciudadanía* y *derechos fundamentales* se encuentran, en principio y aparentemente, vinculados. Sin embargo, estas constituciones y sistemas *iusfundamentales* integran elementos que problematizan dicha vinculación.

La primera parte de la tesis (Capítulos 1º y 2º) se centra en el análisis de las categorías e instituciones que determinan las coordenadas de nuestro interrogante. La progresiva construcción de la categoría jurídica *derecho fundamental*, tal y como se

configura en las constituciones democráticas contemporáneas, se encuentra vinculada – al menos parcialmente- con la *ciudadanía*. Y ésta se ha vinculado a su vez, sin que en muchos casos existiera una superposición entre ellas, con la *nacionalidad*. Así, la relación *derecho fundamental-ciudadanía-nacionalidad* se ha ido forjando paulatinamente, al menos desde el surgimiento moderno de dichos conceptos. Esta relación, como se expone en la primera parte de la tesis, no ha estado nunca exenta de ambigüedades y problemas. Y, posteriormente, a la vez que se consolida en Europa la categoría jurídica *derecho fundamental* con sus actuales características –vinculación al legislador, inserción en constituciones normativas, implementación de mecanismos de eficacia y garantía de los derechos, dimensión objetiva de los derechos fundamentales...- la relación *derecho fundamental-ciudadanía-nacionalidad* comenzará a verse sometida a fuertes tensiones, exacerbadas por determinadas evoluciones de los sistemas constitucionales y del panorama jurídico político internacional. La tensión se hace patente especialmente en la vinculación *ciudadanía-nacionalidad*.

Con el objeto de ahondar en las cuestiones apuntadas, el Capítulo 1º se centra en el estudio de las categorías *nacionalidad* y *ciudadanía*. El análisis de los antecedentes y surgimiento de estas categorías, así como su evolución y actual configuración y funciones, pueden arrojar luz acerca de la relación de dichos institutos con la categoría *derecho fundamental*. Por otra parte, se identifican fenómenos que, especialmente desde el final de la II Guerra Mundial y en la actualidad, están incidiendo de forma gradual en la regulación, significado y función de estas instituciones, afectando especialmente a la regulación y significado de la nacionalidad y su relación con la ciudadanía.

Dicho análisis permite abordar el papel de la nacionalidad en la determinación de la titularidad y la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales, una de las preguntas básicas de la investigación. La duda se dirige tanto a su vinculación constitutiva, producto de la relación *nacionalidad-ciudadanía* construida a lo largo de los tres últimos siglos, como a la influencia que puedan tener en la naturaleza de esta vinculación los cambios y evoluciones soportados por esta institución a lo largo de los últimos sesenta o sesenta años.

El Capítulo 2º, por su parte, se dirige al análisis de la categoría jurídica *derecho fundamental*. En él se ponen de manifiesto características configuradoras del instituto, recogiendo a continuación consideraciones relacionadas con el conjunto de técnicas

de garantía de los derechos fundamentales desarrolladas a lo largo de los últimos cincuenta años. Ello contribuye tanto a la delimitación del objeto de estudio de la tesis como, a la luz de los resultados obtenidos mediante los análisis jurisprudenciales de los capítulos siguientes, a clarificar las estrategias de razonamiento seguidas por los tribunales a la hora de resolver supuestos relacionados con derechos fundamentales y extranjeros.

La segunda parte de la tesis aborda el análisis de la jurisprudencia en materia de derechos fundamentales y extranjeros del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Capítulo 3º); de la *Corte costituzionale* italiana (Capítulo 4º); y del Tribunal Constitucional español (Capítulo 5º).

Puesto que nuestra investigación pretende indagar en las estrategias argumentativas desarrolladas por los tribunales constitucionales frente a la pregunta sobre la posición *iusfundamental* de los extranjeros, la jurisprudencia TEDH se analiza desde dicho punto de vista, y en razón de su influencia sobre dichos tribunales. No se pretende realizar una enumeración o examen de todas las posiciones jurídicas que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), a la luz de la doctrina del TEDH, garantiza a las personas extranjeras. Nos hemos centrado en determinados esquemas desarrollados por el TEDH, en el marco de su doctrina general, para la resolución de este tipo de problemas. Se ha procedido a una sistematización de las principales estrategias adoptadas por este tribunal, lo que permite observar las influencias e interrelaciones existentes entre su jurisprudencia y la de los tribunales constitucionales analizados.

No se aborda, de manera específica, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE). Aunque es indudable la relevancia de la UE sobre la situación de los extranjeros en los estados miembros, se ha optado por no tratar la doctrina jurisprudencial de dicho Tribunal en relación con los derechos de los extranjeros. Aunque existen múltiples resoluciones con importancia en el tema que nos ocupa, este tribunal presenta especificidades importantes en relación con las estrategias argumentativas desarrolladas por el TEDH o los tribunales constitucionales italiano y español. A día de hoy puede resultar comprometido hablar de derechos fundamentales en sentido estricto en el contexto de la UE, pese a los indudables avances producidos, entre otras causas, con la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales a los

tratados de la UE. Ello complicaría sobremanera el análisis aquí realizado. Esto no obsta a que, en ulteriores investigaciones, resulte de indudable interés el examen de la titularidad de derechos por nacionales de terceros países en el ámbito de la UE, así como de la jurisprudencia del TJUE al respecto, especialmente en la época actual en que la cuestión de los derechos fundamentales en la UE se encuentra en plena efervescencia y evolución, con multitud de cuestiones irresueltas e interrogantes importantes de cara al futuro.

Las doctrinas constitucionales italiana y española se han analizado desde el punto de vista que venimos exponiendo. No se ha pretendido realizar una enumeración exhaustiva de los derechos de los que extranjeros disfrutan en uno y otro país; ni agotar la casuística en relación a la posición de los extranjeros en relación a cada derecho fundamental. Nuestro objeto ha sido evidenciar determinados esquemas de resolución de problemas relacionados con derechos fundamentales y extranjeros. Tales esquemas, obtenidos por inducción a partir del análisis de la casuística constitucional, pretenden enfrentar una situación de tensión y un conjunto de contradicciones de nuestros sistemas constitucionales mediante diferentes técnicas que son puestas de manifiesto en esta investigación.

Una de las preguntas que subyacen a nuestro trabajo se refiere a la capacidad de los sistemas *iusfundamentales* incorporados en las constituciones normativas para adaptarse a la nueva situación. El fenómeno migratorio se ha revestido a lo largo de los últimos años de características novedosas, fruto de diversas dinámicas sociales y económicas, relacionadas con los procesos de mundialización en curso y con un contexto económico marcado por una fuerte influencia del neoliberalismo. El contexto jurídico social internacional parece exigir a los estados comportamientos contradictorios, y en ocasiones difícilmente conjugables, en lo tocante al trato a dispensar a las personas migrantes. Por un lado, los estados deben cumplir con una serie de obligaciones en materia de derechos humanos, en atención a los instrumentos internacionales ratificados y a los pronunciamientos de sus órganos de aplicación. Por otro, la potestad estatal de controlar las propias fronteras y de regular la entrada, permanencia y expulsión de extranjeros se encuentra hoy fuertemente condicionada, al

menos en los países pertenecientes a la UE, por el cumplimiento de diversos compromisos comunitarios.<sup>1</sup>

En este marco operan unos sistemas *iusfundamentales* forjados sobre categorías elaboradas en contextos socio políticos diversos del actual. La nacionalidad aparece como criterio de atribución de la titularidad de derechos fundamentales, y como situación jurídica del individuo con incidencia en la regulación del ejercicio de esos derechos. Asimismo, la potestad estatal sobre entrada, permanencia y expulsión de extranjeros aparece como condicionante del ejercicio de derechos fundamentales por extranjeros; o como límite. Pero, a la vez, los sistemas *iusfundamentales* actuales ponen en cuestión las funciones de la nacionalidad y la potestad estatal sobre entrada y permanencia. Las instancias aparentemente contradictorias que operan en este campo, y las tensiones que surgen, motivan la elaboración de una serie de esquemas argumentativos por los tribunales constitucionales que pretenden hacer frente al problema.

La tesis pone al descubierto algunos caracteres comunes a dichos sistemas argumentativos en los casos español e italiano, resaltando la influencia del TEDH. Ello nos permite vislumbrar algunos de los problemas e inconsistencias de dichas argumentaciones.

A lo largo de las páginas que siguen, expondremos los puntos hasta ahora adelantados, con la finalidad de arrojar luz sobre las potencialidades y problemas de los esquemas argumentativos elaborados. No es nuestro objetivo elaborar propuestas de *lege ferenda* en la materia; ni hemos considerado adecuado elaborar una construcción dogmática propia en relación con cuál deba ser la posición *iusfundamental* de los extranjeros en las constituciones.

Principio de igualdad, técnicas de razonabilidad y proporcionalidad y protección absoluta de determinadas posiciones jurídicas, que tienden a asociarse con un mínimo

---

<sup>1</sup> A lo largo de este trabajo, al hablar de expulsión nos referimos a cualquier alejamiento forzoso del territorio nacional (el *Diccionario de la lengua española* de la *Real Academia Española*, en su edición más reciente en el momento de redacción de este trabajo, define “expulsar”, entre otras, como “echar a una persona de un lugar”). No se utiliza, salvo en supuestos concretos, la expresión en el sentido técnico-jurídico que suele adquirir en distintos ordenamientos, que diferencian la figura de la expulsión de otras similares que también conllevan echar a un extranjero del territorio nacional.



## *Introducción*

imprescindible para la protección de la dignidad humana, o con el ser humano como sujeto de derecho, aparecen como puntos clave en las argumentaciones estudiadas. Los derechos fundamentales de los extranjeros se presentan, frecuentemente, en tensión con otros bienes jurídicos, bien dotados explícitamente de protección constitucional, bien a los que los tribunales califican como relevantes desde el punto de vista constitucional. La cuestión es que la dosis de incerteza siempre presente en cuestiones de garantía de derechos fundamentales, frecuentemente relacionadas con conflictos de derechos o intereses constitucionales, aumenta cuando estos supuestos afectan a personas no nacionales.

Desde nuestro punto de vista, el problema de los derechos fundamentales de los extranjeros necesita una reflexión en profundidad, con revisión de algunas de las categorías principales que dibujan las coordenadas de la cuestión.



## CAPÍTULO 1º

### NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA

#### I. Introducción

A lo largo del siguiente capítulo, se prestará atención a un conjunto de conceptos y categorías jurídico-políticas que resultan básicos para el análisis de la posición *iusfundamental* de no nacionales en los sistemas democrático-constitucionales. Así, las categorías y conceptos jurídicos a que nos referimos se configuran como herramientas de análisis indispensables desde las que analizar la cuestión de los derechos fundamentales de los extranjeros.

El presente capítulo se centra en las categorías jurídicas *nacionalidad* y *ciudadanía*. En relación con ellas, nos referiremos también a otros conceptos técnico-jurídicos como son el de *sujeto*, *status*, *persona*, *personalidad jurídica*.

Estos conceptos y categorías jurídicas, tal y como se configuran en las actuales constituciones democráticas, son resultado de una lenta y larga evolución histórica. A lo largo de las siguientes páginas se presta atención al surgimiento y evolución de estos conceptos; y al modo en que quedan configurados en la época contemporánea. Ello nos permitirá, en capítulos posteriores, estudiar el impacto que están teniendo, en estas categorías y en la relación entre ellas, la inmigración como nuevo escenario de derechos fundamentales y las respuestas normativas y jurisprudenciales asociadas a este nuevo escenario.

En los epígrafes II, III, IV y V, nos centramos en el surgimiento y evolución de estas categorías jurídico-constitucionales en Europa. Nuestra atención se dirige al caso francés por ser éste el contexto en que dichas categorías surgen en Europa. Los sistemas jurídicos español e italiano, con sus lógicas peculiaridades, son tributarias de la configuración de *ciudadanía* y *nacionalidad* en la Francia revolucionaria y liberal. Asimismo, pondremos el foco en los casos español e italiano, por ser estos los principales ordenamientos constitucionales objeto de estudio en la presente investigación.

En los epígrafes VI y VII prestaremos atención a la incidencia que han tenido en las categorías objeto de estudio algunos de los cambios que el Estado constitucional ha

sufrido durante el último siglo, en especial aquéllos asociados al surgimiento y consolidación de tratados y órganos internacionales de reconocimiento y garantía de derechos humanos.

Se trata de categorías que nacen ligadas al Estado liberal, y que en la actualidad se ven sometidas a tensiones importantes relacionadas con los cambios que el Estado constitucional ha sufrido a lo largo del último siglo.

El concepto jurídico de *sujeto de derecho* fue elaborado principalmente en el ámbito del Derecho privado. Ello no quiere decir que haya permanecido totalmente al margen del Derecho público o que los cambios político-institucionales no hayan tenido una enorme influencia en su configuración y evolución. Por el contrario, es un concepto jurídico tributario de las ideas filosófico-políticas que plasman en las revoluciones liberales del S. XVIII.

En cuanto a las categorías jurídicas *nacionalidad* y *ciudadanía*, se trata, como veremos, de categorías diferentes, que desempeñan distintas funciones jurídicas.

La nacionalidad es un vínculo jurídico entre el individuo y el estado, que habilita para el acceso a determinados *status*, cuya vertiente internacional es muy importante. Su principal función es determinar el ámbito personal de validez permanente y estable del ordenamiento jurídico.

La ciudadanía se configura como *status* jurídico, determina una posición del sujeto en el seno del ordenamiento jurídico. Es un concepto jurídico-político que se plasma en determinadas instituciones en el ordenamiento jurídico.

Nuestra investigación ha pretendido ahondar en la vinculación nacionalidad-titularidad de derechos fundamentales.

La ciudadanía se sitúa en el centro de esa vinculación. La ciudadanía como categoría jurídica tiene un contenido, formado por las instituciones jurídicas que permiten al sujeto ostentar un determinado *status* jurídico. En los ordenamientos constitucionales democráticos, la ciudadanía se expresa en las posiciones jurídicas *iusfundamentales* garantizadas en la Constitución.

La ciudadanía como categoría jurídica tiene también unos titulares: los individuos a los que el ordenamiento atribuye y garantiza la posición de ciudadanos.

Nacionalidad y ciudadanía construyen su nexo en el momento de determinación de la titularidad de la ciudadanía.

Desde su nacimiento como categorías modernas, que no se produce simultáneamente, en varias etapas históricas nacionalidad y ciudadanía han incoado grupos distintos dentro de la población del estado

Con la progresiva extensión de la igualdad de derechos a todos los nacionales durante el siglo XIX y principios del XX, nacionalidad y ciudadanía se aproximan cada vez en mayor medida. Ello desemboca en una identificación de ambas categorías y en la dificultad para distinguir las. La nacionalidad aparece como criterio de atribución de la ciudadanía y con ella de los derechos fundamentales.

Sin embargo, pese a la apariencia, el nexo nacionalidad-ciudadanía-derechos fundamentales nunca ha sido sencillo. Ello porque en el mismo momento en que se consolida el vigente modelo de constitución normativa que garantiza posiciones fundamentales frente al legislador, y en conexión con ello, se producen una serie de transformaciones importantes en los estados constitucionales que terminaran por poner en jaque las categorías jurídicas nacionalidad y ciudadanía, y el nexo existente entre ellas y con los derechos fundamentales.

Las categorías jurídicas nacionalidad y ciudadanía, y su vinculación, se ven sometidas a fuertes tensiones en los sistemas constitucionales contemporáneos, caracterizados por su carácter democrático y por su apertura al derecho internacional.

## **II. Etapa previa a las revoluciones liberales**

Con anterioridad a la Revolución Francesa, durante la etapa histórica de formación del Estado moderno que nace y se desarrolla en Europa, y en la posterior fase absolutista, se van formando y consolidando una serie de conceptos de los que derivan las categorías modernas de subjetividad o personalidad jurídica, de ciudadanía y de nacionalidad.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Un análisis histórico de la formación del estado moderno en Europa en Maurizio Fioravanti, “Estado y Constitución”, *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Maurizio Fioravanti (ed.), trad. Manuel Martínez Neira, Madrid: Trotta, 2004. Para un análisis histórico-jurídico de la formación y evolución del concepto de ciudadanía y su relación con la nacionalidad y los derechos (que

A lo largo de esta etapa, y más nítidamente en su etapa final, se configuran los conceptos de soberanía y de representación política, a los que la ciudadanía revolucionaria nace estrechamente ligada. De igual modo, se sentarán las bases de la posterior concepción política del término nación y de la idea de soberanía nacional, íntimamente asociadas y sin las que no tendría sentido el concepto moderno de ciudadanía. Asimismo, durante esta etapa se consolida el concepto de sujeto jurídico.

El concepto de sujeto jurídico, como centro abstracto de imputación de derechos y deberes, no ha existido en todos los sistemas jurídicos. Surge y se va haciendo fragmentariamente, a partir de una serie de elementos institucionales y teórico jurídicos, que terminarán plasmando, desde el punto de vista del Derecho positivo, en las revoluciones liberales del S. XVIII.<sup>2</sup>

Asimismo, en la Europa continental, los conceptos modernos de *ciudadanía* y de *nacionalidad* surgen a partir de la Revolución francesa. Como se verá, su aparición no es simultánea, y la evolución de ambas categorías tampoco coincide. Ambas van evolucionando con la consolidación del Estado liberal. Hasta este momento histórico, resulta anacrónico hablar de ciudadanía o nacionalidad en sentido moderno.

A lo largo de este epígrafe analizaremos los antecedentes, y circunstancias del surgimiento y consolidación de las categorías jurídicas objeto de estudio.

---

se remonta a sus antecedentes remotos), Pietro Costa, *Civitas: storia della cittadinanza in Europa*. Roma: Laterza, 1999-2001. Aláez Corral, desde la perspectiva del Derecho constitucional, también se ha ocupado de la evolución histórica de dichas categoría poniendo el objetivo en su función jurídico-política en diferentes ordenamientos: Benito Aláez Corral, *Nacionalidad, ciudadanía y democracia: ¿A quién pertenece la Constitución?*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

<sup>2</sup> Sobre el surgimiento y consolidación de la idea de sujeto jurídico como centro abstracto de imputación de derechos y deberes: Carlos de Cabo Martín, “El sujeto y sus derechos”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 7 (2001), p. 118; Riccardo Orestano, *Azioni, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bolonia: Il Mulino, 1978, *passim*; Guido Alpa, *Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma: Laterza, 1993, *passim*; Tzung-Mou Wu, “Legal Personhood from the 18th to mid-20th Century: From Neologism to Concept” (*paper* presentado el 15 de mayo de 2014 en el marco del congreso *Legal Bodies: Corpus/ Persona/ Communitas* celebrado en la Universidad de Leiden, Países Bajos) [http://idv.sinica.edu.tw/tmwu/share/20140530\\_Personhood\\_18\\_20sec.pdf](http://idv.sinica.edu.tw/tmwu/share/20140530_Personhood_18_20sec.pdf) (a. 01-12-2016); y “*Personne*” en *droit civil français: 1804-1914, tesis doctoral*, Law. Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales (EHESS), Università Degli Studi Roma III, 2011. <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00738952/document> (a. 01-12-2016).

En esta época, no se utilizaba la palabra *nacionalidad* (ni sus equivalentes en otros idiomas)<sup>3</sup> para referirse al vínculo entre el individuo y el estado. Sin embargo, puede decirse en general, con las lógicas variaciones a través del tiempo y lugar, que cada estado diferencia entre sus súbditos y quienes no lo son. En cuanto al término *ciudadano* (y sus equivalentes en otros idiomas)<sup>4</sup> circulaba ya en esta época, adoptando distintos significados, en los diferentes países europeos.<sup>5</sup>

Durante este periodo (sobre todo en su primera época), en la Europa continental se encuentran pocas normas regulando explícitamente la pertenencia de los individuos a las diferentes unidades territoriales o políticas existentes. Es de destacar, en este sentido, la codificación realizada durante la reorganización de la Europa continental en la paz de Westfalia, que introdujo un criterio de *ius domicilii*, asumiéndose que cualquier individuo que viviera en el territorio de un soberano debía ser considerado súbdito de tal soberano.<sup>6</sup> A medida que se consolidan las diferentes monarquías absolutistas, la diferencia entre súbditos del soberano y extranjeros cobra mayor importancia. Si bien el principal criterio de determinación del *status* y los derechos del individuo no es su condición de súbdito de tal o cual monarca, tal cualidad va adquiriendo mayor relevancia, surgiendo crecientemente normas y documentos diferenciando entre propios y extranjeros.

En Francia, durante el Antiguo Régimen se distinguía entre franceses (*régnicole, sujet, naturel* o *citoyen*) y extranjeros. Los criterios para la atribución de la condición de

---

<sup>3</sup> Entre ellos: *nationalité* (francés), *nationality* (inglés), *nationalità* (italiano), *Staatsangehörigkeit* (alemán).

<sup>4</sup> Entre ellos: *citoyenneté* (francés), *citizenship* (inglés), *cittadinanza* (italiano), *Staatsbürgerschaft* (alemán).

<sup>5</sup> Manuel Pérez Ledesma, “La invención de la ciudadanía moderna”, en Manuel Pérez Ledesma (dir.) *De súbditos a ciudadanos. Una historia de la ciudadanía moderna*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 21. Según este autor, la confusión por parte de los autores franceses acerca del significado de la palabra ciudadano que Rosseau señaló en *El Contrato Social*, no afectaba sólo a Francia, sino que “en toda Europa el término había cambiado de sentido en tantas ocasiones a lo largo de los siglos que era muy difícil saber a qué se referían quienes lo utilizaron en cada momento”.

<sup>6</sup> Mathias Bös, “The legal construction of membership: nationality law in Germany and the United States”, *Working Paper Series, Center for European Studies*, Vol. 5, 2000, p. 5. <http://www.people.fas.harvard.edu/~ces/publications/docs/pdfs/Boes.pdf> (a. 01-12-2016)

francés se construyeron desde el derecho privado y mediante un criterio indirecto: serán extranjeros los afectados por el *droit d'aubaine*, y franceses quienes no lo sean.<sup>7</sup>

El término *citoyen* habría adoptado en Francia, durante esta época, un sentido de súbdito, siendo utilizado en ciertos escritos como sinónimo de francés. En la obra de Bodin, el ciudadano es el súbdito y se contrapone al extranjero: “*il faut bien dire que les privileges ne font pas le citoyen, mais l'obligation mutuelle du souverain au subject, auquel, pour la foy et obeïssanse qu'il reçoit, il doit justice, conseil, confort, aide, et protection; e qui n'est point deu aux estrangers*”.<sup>8</sup>

Sin embargo, al igual que en otros estados europeos, y recogiendo el significado que se había venido otorgando al término a lo largo de la Edad Media, la palabra ciudadano designa también en Francia al habitante de la ciudad, situación que conlleva un *status* jurídico determinado.<sup>9</sup> Las primeras ediciones del *Dictionnaire de L'Académie française* definen así al *citoyen*.<sup>10</sup> La primera edición, de 1694, incorpora la siguiente definición “*bourgeois, habitant d'une cité*”. Es necesario esperar a la quinta edición, publicada en 1798, para encontrar en este diccionario alguna alusión al significado de *citoyen* como nacional.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> Benoît Guiguet, “Citizenship and nationality: tracing the French roots of the distinction”, en Massimo La Torre (ed.) *European Citizenship. An institutional Challenge*, La Haya: Kluwer Law International, 1998, pp. 96-98.

<sup>8</sup> Massimo La Torre, *Cittadinanza e ordine político. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea*, Turín: Giappichelli, 2000, pp. 174-179. A lo largo de estas páginas, La Torre analiza el concepto de ciudadano en Bodin, la cita transpuesta se encuentra en la página 176.

<sup>9</sup> De acuerdo con Pérez Ledesma, a lo largo de la Edad Media europea, las referencias a la ciudadanía se habían referido a “la diferenciación entre el habitante de la ciudad, integrado en el *corpus* jerárquico de la comuna medieval, y el campesino sometido habitualmente a la autoridad de los señores”. Según este autor, la visión clásica del ciudadano participante no habría desaparecido por completo durante esta época, habiendo pervivido una tradición republicana que habría tenido influencia decisiva en los posteriores discursos sobre la ciudadanía moderna. M. Pérez Ledesma, “La invención... ob. cit. p. 22.

<sup>10</sup> *Dictionnaires d'autrefois*, proyecto conjunto de ATILF (*Analyse et Traitement Informatique de la Langue Française*) y la Universidad de Chicago. <http://portail.atilf.fr/dictionnaires/onelook.htm> (a. 01-12-2016)

<sup>11</sup> En él, se incorpora la siguiente acepción: “[l]e nom de Citoyen, dans une acception stricte et rigoureuse, se donne à l'habitant d'une Cité, d'un État libre, qui a droit de suffrage dans les Assemblées



En cualquier caso, durante el absolutismo francés, en general, la idea de súbdito había absorbido a la de ciudadano. Como señala Pérez Ledesma, “[é]sta [la plasmada por Bodin] fue la imagen del ciudadano que dominó durante dos siglos el pensamiento político europeo en cualquiera de sus encarnaciones, desde los defensores del absolutismo hasta quienes formularon por primera vez las doctrinas contractualistas”. Tal concepción se encontraría en el *De Cive*, de Thomas Hobbes, y en el artículo de la *Enciclopedia* dedicado al *citoyen* y redactado por Diderot (si bien, en esta última, con algunos matices).<sup>12</sup>

Frente a estas concepciones del ciudadano, en la segunda mitad del siglo XVIII, fruto de los cambios derivados de la filosofía de la Ilustración, tuvo lugar lo que Brubaker denomina “la invención del concepto de ciudadanía moderna”.<sup>13</sup>

Esta “invención” viene de la mano del surgimiento y consolidación de la idea de sujeto jurídico como centro abstracto de imputación de derechos y deberes. Esta idea de sujeto jurídico se encuentra muy conectada a la de igualdad formal y por tanto a la de ciudadanía, al menos en alguno de los sentidos con que nace esta categoría jurídico-política. Las mismas causas que dieron lugar al nacimiento del Estado moderno y a la creación y consolidación del concepto de ciudadanía propiciaron el surgimiento de la idea de sujeto jurídico como centro abstracto de imputación de derechos y obligaciones.

---

*publiques, et fait partie du Souverain*”. Por otra parte, se publicó en el mismo año, tras la Revolución, un suplemento al diccionario, el *Supplement, contenant les mots nouveaux en usage depuis la revolution*, en el que *citoyen* se define como “[n]om commun à tous les François et autres individus des nations libres, qui jouissent des droits de Citoyen. C'est, relativement aux femmes, une simple qualification.” Antes, en 1791, hay que señalar la definición incorporada en el *Dictionnaire de la constitution et du gouvernement français* que, como recoge Pérez Ledesma, establece: “el hombre en sociedad es libre cuando participa en la formación de las leyes a las que obedece, y esas leyes le garantizan el pleno disfrute de los derechos que ha recibido de la naturaleza; entonces es *citoyen*, es decir, miembro de la *cité*. Se entiende por *cité* (*civitas*) una reunión de hombres que se gobiernan a sí mismos; y ese nombre puede aplicarse a un estado lo mismo que a una ciudad [*ville*]. Una ciudad no es *citè*, un estado no es *citè*, y sus habitantes no son *citoyens*, cuando están sometidos a leyes que no han hecho y gobernados por magistrados que no han elegido. El hombre que no es *citoyen* es un esclavo”. M. Pérez Ledesma, “La invención... ob. cit. p. 25.

<sup>12</sup> M. Pérez Ledesma, “La invención... ob. cit. p. 23.

<sup>13</sup> *Ibidem* p. 25.

Este cambio de enfoque, en relación a la ciudadanía, se reflejó con nitidez en los escritos de Rousseau, de acuerdo con el cual, en su obra *El Contrato Social*: “*A l’égard des associés, ils prennent collectivement le nom de peuple, et s’appellent en particulier Citoyens, comme participant à l’autorité souveraine, et Sujets, comme soumis aux lois de l’Etat*”.<sup>14</sup>

En el caso español, se partía de la idea de extranjería entre reinos (los distintos reinos de la Corona de España se consideraron, durante mucho tiempo, dotados de distinta naturaleza: la vinculación del individuo con uno u otro reino era tan o más importante que su ligamen con la Corona española), que convivía con la distinción entre “naturales” de la Corona de España y “extranjeros”. La abolición de la extranjería entre reinos fue un camino lento y parcial que se prolongó durante toda la Edad moderna española: ésta no desapareció casi completamente hasta entrado el siglo XVIII, con la aprobación de los Decretos de Nueva Planta, con la supresión casi total del derecho público de Aragón y Valencia (1707), Mallorca (1715) y Cataluña (1716).<sup>15</sup>

Durante el siglo XVIII, con la dilución en gran medida de la diferenciación entre naturales de los diversos reinos españoles, se consolida en España una distinción normativa entre españoles “naturales” de los reinos de España y extranjeros, a la que se ligaban diferentes consecuencias legales.<sup>16</sup>

Surgirá también una suerte de categoría intermedia, la de los “extranjeros avecindados”, que parece acercarse, en algunos sentidos, más a la idea moderna de

---

<sup>14</sup> M. La Torre, *Cittadinanza...* ob. cit. pp. 179-182. La Torre analiza en concepto de ciudadanía en Rousseau, citando las palabras transcritas en la p. 181. También M. Pérez Ledesma, “La invención... ob. cit. p. 26.

<sup>15</sup> Manuel Álvarez-Valdés y Valdés, *Evolución del estatuto del extranjero en el derecho histórico español* (tesis doctoral), Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1991, Colección Tesis Doctorales, nº 312/91, pp. 407-408, 411, <http://biblioteca.ucm.es/tesis/19911996/S/0/S0009301.pdf> (a. 01-12-2016)

<sup>16</sup> Durante el siglo XVIII, el fuero de extranjería (que había nacido como privilegio de determinados extranjeros naturales de estados con los que se hubiesen celebrado tratados al respecto y que implicaba la sujeción a una jurisdicción especial) se convierte en el aplicable a todos los extranjeros en España. *Ibidem* p. 390.

español “naturalizado” que a la de extranjero “residente autorizado”.<sup>17</sup> Sin embargo la vecindad del extranjero no implica una igualdad con los naturales por nacimiento: los extranjeros avencindados continúan siendo tales, denominados “vasallos y naturales”, mientras que los propiamente españoles se diferencian terminológicamente como “naturales vasallos”, teniendo derecho a que se les reserven los oficios y beneficios, debiendo primaria y exclusiva fidelidad al Rey y al reino y pudiendo tratar libremente con las Indias.<sup>18</sup>

El ciudadano es definido en la edición de 1729 del Diccionario de la Real Academia española como “el vecino de una Ciudad, que goza de sus privilegios, y está obligado a sus cargas, no relevándole de ellas ninguna particular exención”. La edición de 1780 proporciona las siguientes definiciones: “[l]o mismo que hombre bueno”, “[e]l vecino de alguna ciudad”, “[e]n Cataluña es grado de nobleza inferior al de caballero”, o “[l]o perteneciente a la ciudad o los ciudadanos”. La palabra “ciudadanía” no aparece en el diccionario de la Real Academia hasta el año 1843, que la define como “[l]a calidad y el derecho de ciudadano”. En su versión de 1852, por primera vez, el ciudadano se define como “[e]l que está en posesión de los derechos de ciudadanía”.

---

<sup>17</sup> Los extranjeros avencindados no se encuentran sometidos al fuero de extranjería. Además, debían prestar un juramento cuya fórmula recuerda a las empleadas en las modernas adquisiciones de nacionalidad, renunciando el extranjero a todo fuero de extranjería y a toda relación, unión o dependencia con el país en que nació, manifestando querer convertirse en vasallo del rey. La renuncia del extranjero se entendía hecha en las materias políticas, gubernativas y de sujeción civil, pero no en las domésticas y económicas de los bienes y comercio de cada uno y de sus personas y parentela. M. Álvarez-Valdés y Valdés, *Evolución...* ob. cit. pp. 395-396, 401.

<sup>18</sup> *Ibidem* pp. 399, 401-402. En otras disposiciones se denomina a los españoles de nacimiento “súbditos y naturales” o “naturales”, mientras los extranjeros avencindados son “vasallos y súbditos”, “súbditos de la Corona” o simplemente “vasallos”.

### III. Etapa revolucionaria francesa

El concepto moderno de ciudadanía nace de la mano del conjunto de ideas e instituciones jurídico-políticas que se consolidan en las revoluciones liberales de finales del S. XVIII. La ciudadanía moderna no puede existir sin la idea de atribución de la soberanía a un sujeto colectivo, sin la idea de los derechos del individuo, del sujeto de derecho, sin la idea de constitución, sin la nación revolucionaria francesa. Y viceversa. La ciudadanía moderna es consustancial al sistema jurídico-político liberal, que es inconcebible sin ella.

El concepto de ciudadanía aparece, en la Francia revolucionaria, dotado de cierta ambigüedad. El término *citoyen* adopta varios significados en el sistema jurídico surgido de la Revolución francesa, bien que estrechamente relacionados entre sí.<sup>19</sup> El *citoyen* es, en primer lugar, miembro de la nación revolucionaria francesa: un individuo que forma parte de la entidad colectiva políticamente representada por el órgano legislativo. En cuanto miembro de la nación, el *citoyen* forma parte del sujeto colectivo que legitima la asociación política: el estado existe para proteger determinados derechos e intereses de los individuos que forman parte de la asociación, que no serían, desde este punto de vista, sino los ciudadanos o miembros de la nación.

El ciudadano es además, en relación con lo anterior, titular de una serie de derechos que le sitúan en condiciones de igualdad con los demás miembros de esa nación, todo ello en un contexto en el que se persigue la eliminación de los privilegios de clase: el ciudadano es el individuo no privilegiado, igual titular de iguales derechos que el resto de ciudadanos.

---

<sup>19</sup> Pérez Ledesma llama la atención sobre los diferentes significados que el término adquirió durante esta etapa histórica, caracterizaciones que pronto darían lugar a problemas y contradicciones: “[c]iudadano como miembro del cuerpo político, y no como simple habitante de la ciudad; ciudadano como individuo liberado de la arbitrariedad del soberano, y del sometimiento del súbdito; ciudadano como poseedor de derechos en condiciones de igualdad, y no sólo de deberes y obligaciones; ciudadano como hombre en sociedad, tras el abandono del estado de naturaleza; ciudadano como sujeto virtuoso, capaz de anteponer el bien común a sus intereses individuales... Puestas unas al lado de otras, estas caracterizaciones pronto darían lugar a problemas y contradicciones. Y los revolucionarios franceses fueron los primeros que tuvieron que enfrentarse a unos y otras”. M. Pérez Ledesma, “La invención... ob. cit. p. 29.

Por otra parte, en la Constitución francesa de 1791 aparece la idea de *citoyen actif*: ciudadano legitimado para contribuir a la expresión de la voluntad del sujeto colectivo de la soberanía mediante el ejercicio de los derechos políticos. La cuestión clave en este punto es que, como se verá, la distinción entre *citoyen* y *citoyen actif* desaparece enseguida de las constituciones revolucionarias francesas, y el término *citoyen* comienza a utilizarse como sinónimo del *citoyen actif*.

Por último, la palabra *citoyen* se seguirá utilizando durante esta etapa como sinónimo de francés: quien no es extranjero, es ciudadano.

En la Francia pre-revolucionaria, la nación surgirá como el sujeto político por antonomasia.<sup>20</sup> La nación, a finales del siglo XVIII se utilizó como concepto revolucionario y radicalmente transformador: se configuró como noción a partir de la cual repensar las reglas de la convivencia: muchas obras de este periodo invitan a reconsiderar la nación a partir de la idea de contrato social.<sup>21</sup>

En sus conocidos ensayos, escritos durante los meses previos a la revolución, Sieyès refleja puntos fundamentales de las concepciones de la nación y el ciudadano durante este periodo. En varios pasajes, Sieyès equipara “nación” y “tercer estado”: en un contexto de mantenimiento de privilegios por parte de la población, de diferenciación estamental en materia de derechos, este autor afirma que la nación únicamente puede estar formada por individuos iguales -no privilegiados-, por lo que la nación francesa debe estar formada sólo por individuos del tercer estado, entendido como conjunto de individuos no privilegiados, es decir, en situación de igualdad de derechos.

---

<sup>20</sup> Brubaker se refiere a este fenómeno de la politización de la nación en la Francia prerrevolucionaria, contraponiéndolo a la despolitización del concepto que habría tenido lugar en el contexto alemán. William Rogers Brubaker, *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Columbia University, 1990, p. 46.

<sup>21</sup> Pietro Costa, “Nazione, diritti, stato”, en *Fundamentos 7/2012. El pueblo del Estado. Nacionalidad y ciudadanía en el Estado constitucional democrático*, Junta General del Principado de Asturias, 2012, p. 49. Chueca se refiere a la nación como “concepto de combate”, como “nodo ideológico donde se sincretiza toda la carga liberal revolucionaria: Ricardo Chueca Rodríguez, “La quiebra de la representación política”, *Fundamentos 3/2004. La representación política*, Junta General del Principado de Asturias, 2004, p. 29.

Sieyès contrapone los conceptos de “ciudadano” o miembro del tercer estado, a “privilegiado”, miembro de alguno de los estados que ostentan privilegios,<sup>22</sup> en coherencia con la idea de que siendo “cada orden una nación distinta”,<sup>23</sup> y siendo imposible que la voluntad general sea una mientras se mantenga la existencia de varios órdenes y representaciones,<sup>24</sup> sería posible considerar que “el tercer Estado es la *nación*” (al representar a la mayoría de los individuos).<sup>25</sup> De acuerdo con esta visión de Sieyès, el ciudadano es el individuo que forma parte de la nación, representada en una Asamblea nacional cuyo objeto es la persecución de un interés común; el interés de la nación, es decir, el de los ciudadanos tomados en su conjunto.

Además, Sieyès afirma que todos los ciudadanos deben encontrarse en una situación de igualdad con respecto a ciertos derechos e intereses que les son comunes, lo que excluye la posibilidad de que los privilegiados se vean representados mientras mantengan sus privilegios legales. Determinadas diferencias entre los ciudadanos, expresamente “la propiedad y la industria”, no son relevantes (aunque no es la ley la que puede otorgar esas diferencias: “la ley no concede nada, protege lo que existe hasta el momento en que comienza a perjudicar al interés común”), pero deben existir unos derechos comunes a todos los ciudadanos, de manera que “[l]a ley, al proteger los

---

<sup>22</sup> Emmanuel-Joseph Sieyès, “¿Qué es el tercer Estado?”, en *El tercer Estado y otros escritos de 1789*, edición y traducción de Ramón Maíz, Madrid: Espasa Calpe, 1991, *passim*. Como ejemplos de tal utilización del término: “Los privilegiados han osado pronunciar la palabra *escisión* y han amenazado al rey y al pueblo. Y por cierto que sería deseable para la nación que se realizara definitivamente la mencionada escisión. ¡Cuán fácil sería prescindir de los notables! ¡Cuán difícil sería *convertirlos en ciudadanos!*” (énfasis añadido), p. 228; “¿qué no ha de suceder con aquellos que, despreciando los derechos comunes, se han apoderado de tales privilegios que la nación les resulta ajena, siendo su sola existencia una continua hostilidad contra el gran cuerpo del pueblo) Ciertamente *estos últimos han renunciado a la condición de ciudadano* y deben ser excluidos de los derechos a elegir y a ser elegible, con mayor razón si cabe que un extranjero cuyo interés podría incluso no ser contrario al vuestro” (énfasis añadido), pp. 246-7; “al revestir el carácter de privilegiados han devenido enemigos reales del interés común y no pueden en modo alguno hacerse cargo del mismo [...] son muy dueños de entrar a formar parte, cuando lo deseen, de la verdadera nación, deshaciéndose de sus injustos privilegios”, p. 251.

<sup>23</sup> *Ibidem* p. 232

<sup>24</sup> *Ibidem* pp. 232-233

<sup>25</sup> *Ibidem* p. 238. También, entre otros, en la página 229: “el tercer estado, esto es, la nación”.

derechos comunes de todo ciudadano, ampara a cada uno de ellos hasta el momento mismo en que sus tentativas perjudiquen los derechos de otro”.<sup>26</sup>

Ambos sentidos del término *citoyen*, miembro de la nación, y, como tal, titular de determinados derechos, aparecen en la *Declaration des Droits de l’Homme et du Citoyen* de 1789 (DDHC).<sup>27</sup> Los derechos expuestos en la declaración se reconocen y declaran respecto del “hombre” y del “ciudadano” (como se indica en el título y se especifica en el preámbulo). El artículo primero afirma que los *hombres* nacen libres e iguales en derechos, así como la existencia de unos derechos naturales e imprescriptibles del *hombre* (libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión). Estos derechos son, según el artículo 2, *el fin de toda asociación política*. En la declaración, algunos derechos se proclaman de modo impersonal (artículo 8); otros, respecto de “todo hombre” (artículo 9); algunos preceptos, en forma negativa, determinan que “nadie” puede ser objeto de un determinado trato (artículo 10); mientras algunos derechos se predicán de “todos los ciudadanos” (artículo 10).

El texto de la DDHC no precisa el término *citoyen*, ni tampoco el término *homme*, ni especifica quiénes son los ciudadanos. No explicita cuál es la diferencia entre ambos términos ni por qué algunos derechos y deberes se proclaman de todos los hombres mientras otros se atribuyen exclusivamente a los ciudadanos.

En cualquier caso, los derechos del ciudadano, en la DDHC, no son sólo los de participación política: los derechos naturales y civiles son también derechos del ciudadano<sup>28</sup>. Troper detecta dos sentidos del término *citoyen* en la DDHC: por un lado,

---

<sup>26</sup> E. Sieyès, “¿Qué es... ob. cit. pp. 243-245.

<sup>27</sup> El texto de la declaración, así como el del resto de constituciones francesas analizadas se encuentran accesibles en la página web del *Conseil Constitutionnel* francés <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/les-constitutions-de-la-france.5080.html> (a. 01-12-2016)

<sup>28</sup> Michel Troper, “The concept of citizenship in the period of the French Revolution”, en Massimo La Torre (ed.) *European Citizenship: An Institutional Challenge*, La Haya: Kluwer Law International, 1998, p. 31, nota 12, recoge las palabras escritas por Sieyès en *Préliminaire de la constitution. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l’homme et du citoyen*: “nous n’avons exposé jusqu’à présent que les droits naturels et civil des citoyens. Il nous reste à reconnaître les droits politiques”. En esta misma línea, Guiguet señala que, mientras Rosseau define la ciudadanía a través de la participación política, Siéyes la define no solamente a través de los derechos de participación política,

designaría a los individuos que detentan el derecho a participar en la formación de la ley, que, según este autor, no implica necesariamente el derecho de voto; por otro, el término sería utilizado también para referirse a cualquier persona. Según Troper, el paso de “hombre” a “ciudadano” serviría aquí para llamar la atención sobre el hecho de que ciertos derechos naturales “apropiadamente llamados derechos civiles” sólo se pueden ejercitar en sociedad: desde este punto de vista, el ciudadano es el hombre en sociedad.<sup>29</sup>

Como se ha avanzado al principio de este epígrafe, el término *citoyen* no sólo se utiliza en los dos sentidos analizados hasta ahora: miembro de la nación y titular de determinados derechos (no necesariamente de participación política). Esta palabra tendría, en la Francia revolucionaria, otros significados que perdurarán a lo largo de la evolución del Estado liberal, determinando algunas de sus posteriores inconsistencias.

La Constitución francesa de 1791 ilustra y anticipa estos otros significados, ya presentes en el texto de Sieyès *Préliminaire de la constitution. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l’homme et du citoyen*, leído ante el Comité de Constitución a fines de julio de 1789, pocos días antes de la aprobación de la DDHC.<sup>30</sup>

El texto constitucional de 1791 consagra la distinción entre *citoyen* y el *citoyen actif*.

Por un lado, dicho texto constitucional contiene una serie de criterios de atribución, adquisición y pérdida de la ciudadanía francesa: se determina así quién es *citoyen*. La Constitución no utiliza el término “ciudadanía pasiva” acuñado

---

sino también a través del disfrute de los derechos civiles: B. Guiguet, “Citizenship... ob. cit. p. 99, nota 22. También Manuel Pérez Ledesma se refiere a esta dualidad de significados presente en la DDHC, influida por el *Préliminaire de la constitution. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l’homme et du citoyen* de Sieyès, M. Pérez Ledesma, “La invención... ob. cit. pp. 30-32. Aláez expresa una opinión contraria: de acuerdo con este autor, “al hombre le corresponden derechos meramente civiles que requieren una actitud pasiva del Estado en relación con la esfera privada del individuo, mientras que al ciudadano se le atribuyen derechos de participación directa o indirecta en la formación de la voluntad de la comunidad política, esto es, en el ejercicio de la soberanía”: B. Aláez Corral, *Nacionalidad...* ob. cit. p. 43, nota 88.

<sup>29</sup> M. Troper, “The concept... ob. cit. pp. 30-31.

<sup>30</sup> M. Pérez Ledesma, “La invención... ob. cit. p. 31.



doctrinalmente y utilizado por Sieyès en el citado discurso ante el Comité de Constitución, refiriéndose simplemente al *citoyen français*.<sup>31</sup>

Por otra parte, entre los artículos destinados a la regulación de la asamblea nacional, la constitución regula los requisitos necesarios para ser *citoyen actif*, condición que permite el ejercicio de los derechos relacionados con la elección de los representantes de la nación en la asamblea nacional, así como la posibilidad de ser elegido.<sup>32</sup>

Los criterios de atribución, adquisición y pérdida de la ciudadanía francesa “pasiva” coincidirían, en buena medida, con los criterios de atribución de la condición de francés en el Antiguo Régimen.<sup>33</sup> Así, el término *citoyen* mantiene en cierta medida en este texto constitucional su significado de “francés” o “no extranjero” (la ciudadanía se funde aquí muy estrechamente con la nacionalidad), desempeñando una función de determinación del ámbito de validez personal estable del ordenamiento.

En otro orden de cosas, la distinción entre *citoyen* y *citoyen actif* contenida en la Constitución francesa de 1791 avanza otro de los significados que el término ciudadano adquirirá a lo largo del periodo revolucionario francés. Derogada esta constitución, los siguientes textos constitucionales del periodo revolucionario se preocupan únicamente

---

<sup>31</sup> El artículo 2 del Título II (“De la división del Reino y del estado de los ciudadanos”) de la Constitución francesa de 1791 enumera los criterios de atribución de la condición de *citoyen français* (haber nacido en Francia de padre francés; haber nacido en Francia de padre extranjero y fijado su residencia en el reino; haber nacido en un país extranjero de padre francés, establecerse en Francia y prestar juramento cívico; los descendientes en cualquier grado de un francés o una francesa expatriados por motivos religiosos que se establecieron en Francia y prestasen juramento cívico); mientras los artículos 3 y 4 del mismo Título se refieren a la naturalización de extranjeros; y el 6 a la pérdida de la condición de ciudadano francés.

<sup>32</sup> Artículos 2, 3, 5 y 7 de la Sección II del Capítulo Primero (“De la Asamblea nacional legislativa”) de la Constitución francesa de 1791.

<sup>33</sup> B. Aláez Corral, *Nacionalidad...* ob. cit. p. 47. “Se trataba, en buena medida, de los mismos criterios de atribución de la nacionalidad que manejaba el Antiguo Régimen pero con una base filosófico-política diferente que, al vincular aquélla a la ciudadanía y hacerlas cumplir una función de cohesión política de la nación soberana, bien distinta a la que desempeñaban durante el Antiguo Régimen, exigían la presencia del *ius domicili* tanto en la naturalización como en la atribución de la condición de miembro de la nación por nacimiento”.

de la regulación de lo que en el texto de 1791 se denominaban ciudadanos activos, ya sea determinando quiénes son los admitidos en el ejercicio de los derechos de ciudadanía, sin calificarlos explícitamente como ciudadanos, ya determinando quiénes son ciudadanos pero asignando a este término el significado que en la constitución de 1791 tenía el concepto jurídico de ciudadano activo.<sup>34</sup> Así, por obra de las constituciones revolucionarias posteriores a la de 1791, el término ciudadano se identifica con la participación en la representación de la nación, bien a través del ejercicio del sufragio activo o del sufragio pasivo.<sup>35</sup>

Analizados los distintos significados adoptados por el término *citoyen* durante la época inmediatamente posterior a la Revolución Francesa, procede poner de manifiesto un fenómeno interesante. Puesto que durante este periodo, el concepto moderno de nacionalidad aún no había sido forjado, la distinción extranjero/no extranjero se realiza básicamente en términos de ciudadanía. Esto guarda una evidente relación con la sinonimia entre las palabras “ciudadano” y “francés” propia del Antiguo Régimen y que, bien que en otro sentido, se perpetúa durante este periodo revolucionario. La nacionalidad como concepto jurídico autónomo se consolida algo más tarde y, a lo largo del periodo revolucionario francés, la distinción entre extranjero y francés parece un tanto borrosa<sup>36</sup>. Los textos revolucionarios franceses, especialmente los que siguieron a la constitución de 1791, se ocupan de la cuestión del *status* político de los ciudadanos, sin prestar atención a la distinción entre francés y extranjero.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> M. Troper, “The concept... ob. cit. pp. 35-50. Este autor recoge las diferentes regulaciones del concepto jurídico “ciudadano” a lo largo del periodo revolucionario francés, y sus consecuencias en la posterior consolidación de la institución de la nacionalidad.

<sup>35</sup> Pérez Ledesma pone de manifiesto la importancia de la experiencia jacobina en esta identificación. Tras esta experiencia se habría asentado la idea de que sólo podían considerarse ciudadanos quienes disfrutaban de derechos políticos, además de aparecer una versión radical democrática de la ciudadanía que habría producido “embriaguez” en media Europa y “terror” en la otra media. M. Pérez Ledesma, “La invención... ob. cit. pp. 34-35.

<sup>36</sup> B. Guiguet, “Citizenship... ob. cit. p. 99. Guiguet cita textualmente a W. R. Brubaker, de acuerdo con el cual: “*La citoyenneté était devenue un statut caractéristique, significatif, mais a la question: “qui était français”, on répondait encore selon la jurisprudence des Parlements d’Ancien Régime, en tenant compte du lieu de naissance, de l’ascendance et du lieu de résidence*”.

<sup>37</sup> *Ibidem* pp. 98-106.

La ciudadanía, por lo demás, estuvo conectada en todo momento, a lo largo de este periodo revolucionario, con la condición de francés en el sentido de “no extranjero”. Durante los primeros años posteriores a la Revolución Francesa tuvieron lugar un gran número de naturalizaciones al calor de normas legales particularmente inclusivas, y, de hecho, varios extranjeros naturalizados ocuparon cargos políticos de relevancia. Sin embargo, los extranjeros no disfrutaban de derechos políticos.<sup>38</sup>

La condición de *citoyen* fue perdiendo, a lo largo de los años posteriores a la Revolución, su equivalencia con la cualidad de francés. Al mismo tiempo, su relación con la pertenencia a la entidad colectiva soberana se fue desdibujando. Las constituciones revolucionarias francesas posteriores a la de 1791 se preocupaban únicamente de la determinación de los llamados “ciudadanos activos”, sin hacer referencia a lo que en aquélla se había denominado “ciudadanos pasivos”.

Tras unos años de indeterminación, la regulación de la “cualidad de francés” se establece en el Código Civil de 1804. Éste no utiliza el término *nationalité*, sino que se refiere a la *qualité de Français*, pues el término *nationalité* no aparece en el derecho francés hasta mediados del S. XIX.<sup>39</sup> Sin embargo, se suele señalar esta norma como la primera en regular la nacionalidad francesa moderna (categoría jurídica que se consolida a lo largo del siglo XIX), determinante de la distinción definitiva entre nacionalidad y ciudadanía en el sistema jurídico francés.<sup>40</sup>

La cualidad de francés, tal y como se regula en el Código Civil francés de 1804 aparece despojada, en cierto modo, de significado político (aunque para ser ciudadano será necesario ser francés). La condición de francés se configura como criterio de

---

<sup>38</sup> Cristophe Bertossi y Abdellali Hajjat, *Country Report: France*, EUDO CITIZENSHIP OBSERVATORY, revisado y actualizado en enero de 2013, <http://eudo-citizenship.eu/country-profiles/?country=France> (a. 01-12-2016)

<sup>39</sup> Parece que el primer uso de este término en el derecho francés doctrinal se encuentra en el *Traité du droit international privé ou du conflit des lois des différents nations en matière de droit privé*, de Foelix, publicado en 1843. La palabra aparece por primera vez en el diccionario de la *Académie française* en 1835. B. Guiguet, “Citizenship... ob. cit. pp. 106-107, nota 58.

<sup>40</sup> B. Guiguet, “Citizenship... ob. cit. pp. 106-107; Andreas Fahrmeir, “Defining the Citizen. Citizenship law in the Code Napoleon and its legacy”, trabajo presentado en el congreso *Napoleon and the Empire*, Università Degli Studi di Verona, 2004.

titularidad de los derechos civiles (artículos 8 y 11). En cuanto a la condición de ciudadanía y por consiguiente, la titularidad y ejercicio de los derechos políticos, el Código Civil se remite expresamente a la constitución (artículo 7).<sup>41</sup>

#### **IV. Nacionalidad y ciudadanía en la Constitución española de 1812**

La Constitución española de 1812 (CE 1812) es bastante clara en la determinación de los conceptos de español y ciudadano, así como en el vínculo que religa a ambos con el sujeto colectivo de la soberanía, la Nación española.

La influencia francesa se hizo sentir en el periodo revolucionario español, y muy especialmente en todo lo relacionado con la “invención de la ciudadanía moderna”, si bien junto a las semejanzas aparecen notables diferencias, relacionadas tanto con una diferente cultura política como con la realidad bélica de enfrentamiento con Francia que se vivía en aquel momento.<sup>42</sup>

La idea de los derechos del ciudadano no fue una novedad absoluta del periodo revolucionario. Tanto en las formulaciones de los ilustrados como entre los liberales españoles, dicha idea se encontraba ya bastante extendida. Esto acercaba a los autores españoles a las concepciones defendidas por Rosseau y, más tarde, por Sieyès y los redactores de la DDHC, si bien, en general, los españoles no compartieron el relato en que éstos apoyaban sus concepciones sobre los derechos, optando por una justificación historicista de los mismos.

En cualquier caso, durante los años de la guerra, se consolidaron en España una serie de cambios en la definición del ciudadano, en línea con los producidos en el resto de Europa. El término se desvincula en parte de la referencia tradicional a la ciudad, así como de los rasgos morales a él asociados, y se caracteriza por una definición política y jurídica algo más precisa. El término ciudadano, por lo demás, se opondrá durante esta época al de “vasallo”, históricamente utilizado para definir a los sometidos a la voluntad del soberano. Lo que caracterizaba al *ciudadano* era su condición de “hombre libre” y los derechos que tal condición llevaba consigo. Como se verá más adelante, la CE 1812

---

<sup>41</sup> B. Guiguet, “Citizenship... ob. cit. pp. 107-108

<sup>42</sup> En relación con la definición del ciudadano durante el periodo revolucionario español, M. Pérez Ledesma, “La invención... ob. cit. pp. 38-45

recogerá una diferente concepción del ciudadano, como sujeto legitimado para el ejercicio de los derechos políticos.

La Nación española se configura, en el sistema político diseñado por la CE 1812, de acuerdo con las bases sentadas a lo largo del periodo revolucionario español, como sujeto colectivo titular de la soberanía y del poder constituyente.

La CE 1812 define la Nación española como “la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios” (art. 1º), determinando que “la soberanía reside esencialmente en la Nación”, por lo que “pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales” (art. 3ª). Para Artola, la definición del art. 1º CE 1812, unida a la descripción del territorio nacional en el artículo 10, tiene la finalidad de no incurrir en la fórmula habitual que definía el estado por la dependencia de un príncipe, lo que habría servido para justificar la soberanía nacional.<sup>43</sup>

Según el citado autor, 1808 es el punto de partida de la nacionalidad española en el moderno sentido que se simboliza en la palabra *patria*, pero hasta la CE 1812 no se definen dogmáticamente los elementos de esta nacionalidad. Hasta ese momento, los reyes españoles lo habrían sido de múltiples territorios, sin otra unidad que la derivada del vasallaje común: la CE 1812 señala un claro desplazamiento nacionalista.<sup>44</sup>

La CE 1812, por otra parte, contiene dos dicotomías estrechamente relacionadas que suponen una reformulación de las concepciones sobre la ciudadanía que habían venido forjándose a lo largo del periodo anterior: distingue entre “españoles” y “ciudadanos”, diferenciando además entre derechos civiles y políticos. En la CE 1812, no todos los “españoles”, y por tanto titulares de derechos civiles, son “ciudadanos”, y

---

<sup>43</sup> Artola señala como aportación esencial de la CE de 1812 la primera formulación de lo que más adelante se denominaría estado-nación, la doctrina que identifica este concepto con los individuos que lo componen. Mientras la Constitución francesa de 1791 contienen una única referencia a la Nación francesa en el Título VI al tratar de las relaciones internacionales, la CE de 1812 define a la nación en su artículo 1, como forma de justificar la soberanía nacional. Miguel Artola, “Estudio preliminar”, en Miguel Artola y Rafael Flaquer Montequi, *II. La Constitución de 1812*, Madrid: Iustel, 2008, pp. 15-16, 71.

<sup>44</sup> Miguel Artola, *La Revolución Española (1808-1814)*, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2010, p. 121.

por tanto, titulares de derechos de participación en la elaboración de la ley.<sup>45</sup> Resulta llamativa la regulación explícita y detallada de tal diferenciación, que no se encuentra en otras constituciones europeas del periodo revolucionario.

El Discurso preliminar leído ante las Cortes de Cádiz, cuyo objeto fue la justificación y legitimación de la constitución elaborada por la Comisión de Constitución, se refería a “los derechos de la Nación española”, conteniendo una serie de afirmaciones interesantes para comprender la concepción de los derechos individuales en la CE 1812.<sup>46</sup> El Discurso distinguió entre la “libertad civil de los ciudadanos” y “la libertad política de los ciudadanos”. Se entendía en él que “en un estado libre puede haber personas que por circunstancias particulares no concurren mediata o inmediatamente a la formación de las leyes positivas; más estas no pueden conocer diferencia ninguna de condiciones ni de clases entre los individuos de este mismo estado”.<sup>47</sup>

Los derechos de libertad y propiedad, así como la igualdad de derechos “a favor de todos los naturales originarios de la monarquía”, se concebían como universales (entendiendo esta universalidad referida a los integrantes de la nación, es decir, los catalogados como españoles en la Constitución). Así, el artículo 4 CE 1812 establece la obligación de la nación de “conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de *todos los individuos que la componen*”.<sup>48</sup> Los derechos “universales” en la CE 1812 lo son de los individuos que componen la nación. En cuanto la nación es la reunión de todos los españoles, estos derechos deben ser entendidos como referidos a “los españoles”, siendo el artículo 5 CE 1812 el encargado de determinar qué personas ostentaban esta condición.<sup>49</sup>

---

<sup>45</sup> M. Pérez Ledesma, “La invención... ob. cit. pp. 49-52. Este autor señala que, aunque los términos de la dicotomía fueran en este caso algo diferentes a los utilizados en Francia, al no hablarse de “ciudadanos activos” frente a “ciudadanos pasivos”, el sentido último de la distinción era el mismo.

<sup>46</sup> M. Artola, “Estudio... ob. cit. p. 60.

<sup>47</sup> M. Artola, “Estudio... ob. cit. pp. 61-62; M. Pérez Ledesma, “La invención... ob. cit. pp. 51-52.

<sup>48</sup> Énfasis añadido.

<sup>49</sup> Artola señala como, en el curso de los debates de la Comisión de Constitución, “[a]lguien propuso que se identificase a los españoles *como titulares de estos derechos* [seguridad, libertad y

Pérez Ledesma apunta como explicación de esta vinculación de los derechos a la condición de español (¿por qué no se habla, como en la DDHC, de *hombres y ciudadanos?*), tanto el deseo de no ser identificados con los revolucionarios franceses, en una situación bélica, como la justificación historicista de los derechos contenida en la CE 1812.<sup>50</sup>

En la CE de 1812, sólo los ciudadanos pueden concurrir a la formación de la ley, mediata o inmediatamente, debiendo entenderse por ciudadanos, en este punto concreto, aquellas personas a las que la Constitución atribuye formalmente tal condición en el Capítulo IV del Título II (artículos 18 a 26, en los que se establecen los requisitos de acceso a la ciudadanía, así como los supuestos en que un ciudadano puede perder dicha calidad, y los casos en que se ven suspendidos los derechos de ciudadanía).<sup>51</sup> La ciudadanía se vincula a la nacionalidad española, puesto que los extranjeros, para poder ser ciudadanos, deberán “gozar ya de los derechos de español” (artículo 19) o encontrarse naturalizados.

Son muy relevantes las diferencias de *status* entre españoles atendiendo al criterio de pertenencia. Se establecen diferencias en el acceso a la condición de ciudadanía entre españoles “por naturaleza” y españoles “naturalizados” -extranjeros que la han adquirido por carta de naturaleza o ganado la vecindad en España (artículos

---

propiedad]” (énfasis añadido), recayendo el encargo en Huerta y Romanillos, para lo que se tuvo en cuenta el Decreto sobre igualdad de derechos entre los españoles europeos y ultramarinos, de 15 de octubre de 1810. M. Artola, “Estudio... ob. cit. p. 53

<sup>50</sup> M. Pérez Ledesma, “La invención... ob. cit. p. 57.

<sup>51</sup> Artola analiza los debates en las Cortes de Cádiz acerca de los criterios de atribución de la ciudadanía española, con especial atención al tema de los “castas” (“españoles que por cualquiera línea son habidos y reputados por originarios del África”, de acuerdo con el artículo 22 CE 1812). Según este autor, “[l]a distinción de dos condiciones –naturales y ciudadanos- en el colectivo de los españoles era la forma de asegurarse la mayoría parlamentaria frente a la representación americana”. A esta distinción se sumó, como vía para asegurar dicha mayoría parlamentaria, la exclusión de los “castas” a la hora de determinar la población, la base demográfica de la representación (artículo 29 CE 1812). M. Artola, “Estudio... ob. cit. pp. 66-67. Desde el punto de vista de Pérez Ledesma, “la discusión de la Constitución puso de manifiesto la existencia de dos concepciones contrapuestas de la ciudadanía”: los diputados de los territorios de americanos defendieron la concesión de la ciudadanía a todos los súbditos de la Corona, fuera cual fuera su origen, con la única excepción de los esclavos. M. Pérez Ledesma, “La invención... ob. cit. pp. 48-49.

19 y 20, que imponen al español naturalizado la obligación de obtener “carta de ciudadanía” para acceder a tal condición). También se distingue a este respecto entre los españoles que lo son con arreglo a criterios de *ius sanguini* y los que lo son con arreglo a criterios de *ius soli* (artículo 21). Los españoles “que por cualquiera línea son habidos y reputados por originarios del África”, los llamados “castas”, debían optar por una vía especial para acceder a la ciudadanía (artículo 22). Y se establecen diferencias entre diferentes “tipos de españoles” en cuanto a los derechos de ciudadanía<sup>52</sup>.

La Constitución de 1812 acoge pues una gama de *status* de pertenencia a la Nación española y discrimina entre posiciones de ciudadanía también diversas.

## V. La configuración de la nacionalidad y la ciudadanía durante el siglo XIX

El estado-nación surge y se consolida en la Europa continental a lo largo del siglo XIX. Aunque existen diferencias importantes entre países en el cuándo y el cómo, se trata de un proceso que presenta una serie de características esenciales que son compartidos por todos y permiten, al término de este periodo, hablar de un modelo final similar: en esencia, nos encontramos con una idea de nación asociada fundamentalmente a la forma política estatal.<sup>53</sup>

A lo largo de este epígrafe vamos a prestar atención a la evolución de las instituciones *nacionalidad* y *ciudadanía* en este proceso de conformación de los estados-nación europeos. Una característica básica de este periodo, en lo que ahora interesa, es la concepción de los derechos del individuo en clave nacional. Las luchas por los derechos que tienen lugar a lo largo del siglo XIX tienen lugar en el contexto del estado-nación: se persigue la extensión de derechos a todos los nacionales, o a determinados grupos de entre ellos. En general los derechos se conciben respecto de un estado concreto; más allá de que las reivindicaciones tengan un carácter universalista, el hecho es que las luchas se desarrollan en el contexto de los concretos estados.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> Por poner un ejemplo, los extranjeros naturalizados, aun cuando hubieran obtenido carta de ciudadanía, no pueden ser elegidos Diputados de Cortes (artículo 96 CE 1812).

<sup>53</sup> P. Costa, “Nazione... ob. cit. p. 63.

<sup>54</sup> *Ibidem* p. 70.



Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la asunción de que los derechos siempre fueron contemplados en clave nacional ha sido problematizada.<sup>55</sup>

Debe en todo caso advertirse que los países vecinos presentan particularidades relevantes para nuestro estudio. Mientras Francia, como hemos visto, construye un concepto de nación en clave política, de sujeto político, la tendencia es muy otra en otras partes de Europa, especialmente en la península itálica y en el mundo germánico.<sup>56</sup> Sólo con la ocupación napoleónica, el concepto de nación comienza a adquirir un significado político en la península itálica y el mundo germánico.

Tanto en España como en Francia, a lo largo del siglo XIX, nacionalidad –como pertenencia- y ciudadanía –como *status* político- van a regularse en normas diferentes, pues ambas categorías jurídicas aparecen diferenciadas, aunque para acceder a la condición de ciudadano será precisa la cualidad de nacional. En ambos casos, la función de la nacionalidad se despolitiza y la institución se configura como determinante para el disfrute de derechos no políticos, bien que no siempre en la misma medida, sobre todo en el caso español. Sin embargo, la nacionalidad, en un contexto de estados-metrópoli, no se configura como un estatuto jurídico unitario, en varios sentidos. Por un lado,

---

<sup>55</sup> En este sentido, Joppke y Marzal: “*the “national” moment in the history of rights has been extremely short and highly variable [...] In the history of Western states, the nationality principle has always competed with the territoriality principle, according to which the state was not to intrude in the free play of civil society, which was conceived of as in principle nationality blind. “The closer a right was to the expanding state sector, the more the nationality principle prevailed over the territorially principle” [...] There never were nation-states in which the whole bundle of civic, political and social rights was exclusively for citizens; there where at best moments and domains in which the nationality principle prevailed over the countervailing territoriality principle*”. En relación con los “momentos”, puede señalarse el final del S. XIX como el periodo de mayor prevalencia del “principio de nacionalidad”, en conexión con el reconocimiento de derechos sociales. En relación con los “ámbitos”, el “principio de nacionalidad” habría prevalecido tradicionalmente sobre los derechos políticos. Christian Joppke y Elia Marzal, “Courts, the new constitutionalism and immigrant rights: The case of the French *Conseil Constitutionnel*”, *European Journal of Political Research*, núm. 43 (2004), pp. 826-827. Borrajo señala cómo durante el S. XIX español se tendió a una equiparación en determinados derechos entre españoles y extranjeros, si bien define la situación como contradictoria. Ignacio Borrajo Iniesta, “El status constitucional de los extranjeros”, en *Estudios sobre la CE (Homenaje a García de Enterría)*, vol. II, Madrid: Civitas, 1991, pp. 703-707.

<sup>56</sup> W. Rogers Brubaker, *Citizenship...* ob. cit. p. 46.

porque no todos los nacionales pueden acceder a la ciudadanía ni tienen iguales derechos; por otro porque aparecen diferentes tipos de nacionalidades, distintas cualidades, asociadas al modo de adquisición de la misma. Y en función de dicha distinción, serán también distintos los requisitos de acceso a la ciudadanía.

El término *ciudadanía*, empero, no conseguirá perder su ambigüedad y seguirá utilizándose, también en las normas jurídicas y constitucionales, para designar cosas diferentes.

La nacionalidad aparece así durante este periodo como categoría consolidada frente a la más diluida de ciudadanía, más asociada al espacio político, y desde luego frente a la de soberanía. En España y en Francia, la regulación de los criterios de atribución y adquisición de la nacionalidad se mantiene básicamente estable a lo largo del siglo XIX, mientras que la ciudadanía y la soberanía oscilan en su concepto y naturaleza siempre a merced de la permanente lucha política en todo el siglo XIX.

En Francia, desde comienzos del S. XIX la dicotomía nacional-extranjero pasó a ocupar el primer plano, desplazando a la dualidad entre el hombre y el ciudadano: los derechos vinculados a las dos partes de esta dualidad acabaron vinculados a aquella dicotomía.<sup>57</sup>

La *qualité de français* determinará tanto la titularidad de los derechos civiles como la posibilidad de acceder a la condición de ciudadano, según la regulación contenida en los sucesivos textos constitucionales. El Código Civil regulará los criterios de atribución, adquisición y pérdida de la condición de francés durante todo el siglo XIX, hasta el año 1924, momento en que se promulga el *Code de la Nationalité*.

Frente a esta permanencia en la regulación de la condición de francés (*nationalité*), la de ciudadano no es objeto de una normación clara, ni mucho menos estable.

En primer lugar, la palabra *citoyen* no consigue disolver su ambigüedad a medida que avanza el siglo XIX.

En las *Chartes constitutionnelles* francesas de 1814 y 1830, son muy escasas las referencias al *citoyen*. En lo tocante a la regulación de la participación política, el

---

<sup>57</sup> M. Pérez Ledesma, "La invención... ob. cit. p. 36.

término *citoyen* desaparece para dar paso a las palabras *député* (artículo 38 del texto de 1814 y 32 del de 1830) y *électeur* (artículo 40 del texto de 1814 y 34 del de 1830). Las referencias a los *citoyens* contenidas en los artículos 11 del texto de 1814 y 10 del de 1830, preceptos idénticos, parecen tener un sentido genérico, no pretendiendo designar un colectivo concreto sino a los destinatarios generales de la recomendación que contienen.<sup>58</sup> El texto de 1830, por su parte, en su artículo 66 se refiere al deber de todos los ciudadanos franceses de proteger la *Charte* y todos los derechos consagrados por ella, utilizando el término *citoyen* como sinónimo de francés.<sup>59</sup>

En ambos textos constitucionales se encuentra un título con la denominación “*Droit public des français*”, conteniendo un elenco de derechos, algunos de los cuáles se atribuyen explícitamente a los franceses, como la igualdad ante la ley (artículo 1 de ambos textos) o el derecho a publicar y hacer imprimir las opiniones (artículo 8 de la *Charte constitutionnelle* de 1814 y 7 de la de 1830). Otros preceptos no hacen explícita referencia a los franceses, aunque podría ser relevante la denominación del título en que se agrupan (este sería el caso de los artículos 2 y 4 de la *Charte constitutionnelle* de 1814).

La *Constitution* francesa de 1848 establece el sufragio universal directo masculino, que se mantendrá a partir de este momento como una constante de la historia constitucional francesa hasta la 2ª Guerra Mundial.

Este texto constitucional contiene numerosas referencias al *citoyen*. La palabra se utiliza, en esta constitución, como sinónimo de francés, o bien indicando la pertenencia del individuo al sujeto colectivo de la soberanía, precisamente como consecuencia de esa condición de francés. Así, el artículo primero residencia la soberanía en “la universalidad de los ciudadanos franceses” (“*l’universalité des citoyens français*”), a los que se refiere continuamente el preámbulo como fundamento de la República. El Capítulo II se refiere a los “Derechos de los ciudadanos garantizados por

---

<sup>58</sup> El contenido, idéntico, de ambos preceptos, es el siguiente: “[t]outes recherches des opinions et des votes émis jusqu’à la Restauration sont interdites: le même oubli est commandé aux tribunaux et aux citoyens”.

<sup>59</sup> Art. 66 de la *Charte constitutionnelle* francesa de 1830: “[l]a présente charte et tous les droits qu’elle consacre demeurent confiés au patriotisme et au courage des gardes nationales et de tous les citoyens français”.

la Constitución”, reconociéndose estos derechos en ocasiones de modo impersonal (artículo 2, según el que “nadie” puede ser arrestado o detenido sino de acuerdo con la ley, o artículos 5 y 6, que prohíben, en general, la pena de muerte en materia política o la esclavitud) o a “toda persona que habita en territorio francés” (artículo 3, que reconoce la inviolabilidad de domicilio), y en ocasiones a “los ciudadanos” (artículo 8, derecho de asociación, o artículo 13, referido a la libertad de trabajo y de industria y a determinados principios rectores en materia social).

Sin embargo, la Constitución de 1848 no emplea el término *citoyen* o *citoyens* para designar al colectivo que, de entre los nacionales, goza de los derechos de sufragio activo y pasivo. Sus artículos 25 a 27 se refieren a los *électeurs* (electores) o *éligibles* (susceptibles de ser elegidos), estableciendo los requisitos que permiten a los franceses o a los ciudadanos franceses -empleando aquí el término como sinónimo de nacional- acceder a estos derechos y en qué casos pueden verse privados de ellos, que no de la condición de francés o de ciudadano.

Los textos constitucionales del II Imperio reducen de nuevo las referencias al *citoyen*. En los puntos en que se utiliza, se hace como sinónimo de francés (así, el artículo 26 de la Constitución de 1852 se refiere a la igualdad de los ciudadanos ante la ley, y el 29 a los documentos denunciados como inconstitucionales por “*les pétitions des citoyens*”). El artículo 35 del mismo texto, regulando la elección de los diputados del Cuerpo legislativo, hace referencia a los electores (*électeurs*) y no a los ciudadanos.

Por tanto, a lo largo del siglo XIX francés, parece mantenerse, en algunos planos, la correspondencia de significado entre los términos ciudadano y francés al utilizarse la palabra *citoyen* para designar a la persona que ostenta la condición de francés. También se mantiene la correspondencia entre la condición de *citoyen*, como sinónimo de francés, y la pertenencia al sujeto colectivo de la soberanía, lógicamente en los periodos en que la soberanía es atribuida a un sujeto colectivo, pueblo o nación.<sup>60</sup>

En cuanto al caso español, a excepción del Estatuto Real de 1834, todas las constituciones españolas del S. XIX contienen artículos regulando el acceso a la condición de español, que en estos textos queda en cierta medida despolitizada. Los

---

<sup>60</sup> Así, el artículo 18 de la Constitución de 1848 (en la que se instaura el sufragio universal masculino en Francia y que supone la consolidación de esta institución en el Estado francés), establece que “*la souveraineté reside dans l’universalité des citoyens français*”).

criterios constitucionales de atribución, adquisición, mantenimiento y pérdida de tal condición apenas varían a lo largo de este periodo. Es necesario tener en consideración que, aunque las constituciones sigan conteniendo preceptos en los que se determina quiénes son españoles, la legislación va a introducir requisitos para el acceso a la condición de español que se desvían en cierta medida de la configuración de la nacionalidad en ellas contenida. Así sucedería en lo relativo a la atribución de la condición de español por *ius soli*, es decir, por nacimiento en el territorio español, que cedería en las leyes frente al de *ius sanguinis*.<sup>61</sup>

En cuanto a la ciudadanía, desaparece de los textos constitucionales del siglo XIX español, aunque éstos las mantengan vinculadas al exigir la posesión de una nacionalidad para el ejercicio de los derechos políticos de la ciudadanía.<sup>62</sup>

En otro orden de cosas, una de las características de la regulación de la nacionalidad en este periodo histórico en España, y de su relación con la ciudadanía, es la inexistencia de un estatuto jurídico unitario predicable de todos los españoles. Esta característica no es exclusiva de este periodo, pero la desconexión entre la condición de español y el estatuto jurídico del individuo va a ser particularmente llamativa a lo largo del mismo, prolongándose en algunos aspectos hasta bien entrado el siglo XX.<sup>63</sup>

Esto se aprecia muy claramente en lo relativo a los españoles de los territorios de ultramar. Las Constituciones decimonónicas españolas posteriores a la de 1812, considerando españoles a los naturales de los territorios de ultramar, no preveían un

---

<sup>61</sup> B. Aláez Corral, *Nacionalidad...* ob. cit. pp. 61-62, pone de manifiesto, citando a José Carlos Fernández Rozas, que, a pesar de que de un examen del desarrollo constitucional parezca deducirse una igualdad entre la adquisición de nacionalidad por *ius soli* y *ius sanguini*, el desarrollo legal (tanto previo como posterior a la entrada en vigor del Código Civil de 1889) muestra un predominio de criterio sanguíneo, pasando el del nacimiento en territorio español a tener un carácter subordinado al ejercicio del derecho de opción. En apoyo de su tesis, cita este autor los Proyectos anteriores al Código Civil de 1889 (Proyecto de Código Civil de 1851, artículos 22 y 23, Proyecto de Código Civil de 1869, artículos 24 y 25, Proyecto de Código Civil de 1882, artículos 16 y 17) y el propio Código Civil de 1889, artículo 19.

<sup>62</sup> *Ibidem* p. 61.

<sup>63</sup> Ya se ha analizado la distinción, en la tradición jurídica española, entre españoles naturales y extranjeros avecindados (hay que tener en cuenta que durante este periodo, la condición de español o extranjero no era la única determinante del estatuto jurídico del individuo). También en la vigente CE de 1978 podemos encontrar diferencias entre españoles de origen y naturalizados.

estatuto jurídico uniforme para estas personas y los nacionales españoles de la península.<sup>64</sup> Además, el régimen jurídico variaba en función del “territorio ultramarino” en cuestión, discriminando entre los españoles de Cuba y Puerto Rico, los de Filipinas o los de los territorios de África. Esta diferenciación entre españoles “de la península e islas adyacentes” y españoles de territorios coloniales se prolongaría en el tiempo, más allá del siglo XIX.

Igualmente, a partir de la Constitución de 1845, que autoriza al legislador a distinguir los derechos que habían de disfrutar los nacionalizados por “Carta de naturaleza” o “de vecindad”, se abrió la puerta a su diferenciación respecto a los españoles de origen.<sup>65</sup>

El caso italiano presenta peculiaridades importantes, relacionadas con la tardía constitución de Italia como estado. En este sentido, los casos italiano y germánico, estados nacionales que se consolidan como tales a partir de mediados del S. XIX, suelen

---

<sup>64</sup> La CE de 1837 establecía un régimen ultramarino específico (artículo adicional 2º); de acuerdo con un decreto de las Cortes de abril de 1837, en sintonía con la existencia de un régimen ultramarino especial “no tomarán asiento en las Cortes actuales Diputados por las expresadas provincias”. El artículo 80 de la CE de 1845 introdujo un precepto análogo al mencionado artículo adicional 2º de la de 1837. La CE de 1869 estableció en su artículo 108: “Las Cortes Constituyentes reformarán el sistema actual de gobierno de las provincias de Ultramar, cuando hayan tomado asiento los diputados de Cuba o Puerto Rico, *para hacer extensivas a las mismas, con las modificaciones que creyeren necesarias, los derechos consignados en la Constitución*” [énfasis añadido]. El Proyecto de Constitución federal de 1873 incluía a Cuba y Puerto Rico entre los estados que componían la Nación (mientras Filipinas, Fernando Poo, Annobón, Corisco y los establecimientos de África se elevarían a estados en la medida de sus progresos). La CE de 1876 establecía de nuevo que las provincias de ultramar serían gobernadas por leyes especiales (artículo 89), determinando que “Cuba y Puerto Rico serán representados en las Cortes del Reino en la forma que determine una ley especial, que podrá ser diversa para cada una de las dos provincias”. La información (y la sistematización de la misma) acerca de estos extremos se ha obtenido del documento de trabajo “Tratamiento de la nacionalidad en la bisecular desintegración del Estado español con nacimiento de estados sucesores. Posible relevancia de los apartados 2 y 3 del art. 11 CE para los problemas relativos a la nacionalidad en la hipotética separación de Cataluña”, presentado por Jesús García Torres en el *Seminario de Derecho Constitucional* celebrado en la Universidad Autónoma de Madrid el 10 de enero de 2014.

<sup>65</sup> B. Aláez Corral, *Nacionalidad...* ob. cit. p. 62.

contraponerse a otros como el francés o el español, en que la consolidación como estado es más temprana.<sup>66</sup>

El Piamonte, en el momento de la unificación italiana, reunía las características de un estado liberal. Asimismo, cabe destacar los lazos del Piamonte y la casa de los Saboya con Francia, y la influencia del sistema jurídico francés. Hay que tener en cuenta la incidencia de estos factores sobre la configuración y regulación de la nacionalidad y la ciudadanía durante el periodo inmediatamente posterior a la unificación.<sup>67</sup>

De acuerdo con el artículo 24 del *Statuto Albertino* de 1848, situado en el título *Dei diritti e doveri dei Cittadini*, “[t]utti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, sono eguali dinanzi alla Legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici, e sono ammissibili alle cariche civili e militari, salve le eccezioni determinate dalle leggi”. La norma no definía en ninguno de sus preceptos quiénes eran los *regnicoli* a los que se reconocía el goce igual de los derechos civiles y políticos.<sup>68</sup> El *Statuto* establecía requisitos para acceder al sufragio pasivo, que no se configuraban como derecho del que

---

<sup>66</sup> Pietro Costa, “Derechos”, en Maurizio Fioravanti (ed.) *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Madrid: Trotta, 2004, pp. 55-56. Sobre el *principio di nazionalità* en Italia, y su influencia en los sistemas político y jurídico italianos, Vezio Crisafulli y Damiano Nocilla, “Nazione”, *E. Dir.*, vol. XXVII. Milán: Giuffrè, 1977, *passim*, esp. p. 794; M. La Torre, *Cittadinanza...* ob. cit. pp. 43 y ss.

<sup>67</sup> Acerca de estas categorías jurídicas en la Italia del S. XIX, Giovanna Zincone y Marzia Basili, *Country Report: Italy*, EUDO Citizenship Observatory, revisado y actualizado en enero de 2013, pp. 4 y ss. [http://www.eudo-citizenship.eu/images/docs/Italy\\_Citizenship\\_Report\\_update\\_2013%20AMENDED.pdf](http://www.eudo-citizenship.eu/images/docs/Italy_Citizenship_Report_update_2013%20AMENDED.pdf) (a. 01-12-2016)

Clerici señala que la primera codificación de las normas italianas en materia de *cittadinanza*, en el *Codice civile* de 1865, es en gran medida tributaria de las normas del *Code Civil* de 1804, que había inspirado los códigos previos a la unificación de Italia. Roberta Clerici, “Cittadinanza”, *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. III, 4ª ed. Turín: UTET, 1999.

<sup>68</sup> El *Statuto Albertino* de 1848 se convirtió el 17 de marzo de 1861, con la proclamación del Reino de Italia, en norma fundamental del recién creado Estado italiano. La dicción de este precepto no debe llevar a confusión: el artículo no supuso la introducción del sufragio universal en Italia, a pesar de la referencia a la igualdad de derechos políticos de los *regnicoli*. Énfasis añadido. El *Statuto* se encuentra disponible en <http://storia.camera.it/norme-fondamentali-e-leggi/nf-statuto-albertino> (a. 01-12-2016)

gozasen todos los ciudadanos (arts. 33 y 40 del *Statuto*). En cuanto al sufragio activo, la norma remitía la regulación a una ley en su art. 39.

Tampoco el *Codice civile* piemontés de 1837 contenía una regulación detallada y completa de la nacionalidad, aunque se refería a determinados casos conflictivos relacionados con extranjeros residentes y emigrantes, y sus familias. En él, se preveían diversos casos de adquisición de la nacionalidad por *ius soli*.

El *Codice civile* italiano de 1865, en el *Titolo I* de su *Libro Primo*, titulado *Della cittadinanza e del godimento dei diritti civili*, regulaba el régimen jurídico de la *cittadinanza* y el goce de derechos civiles por nacionales y extranjeros.<sup>69</sup> El texto legal no empleaba la palabra *nazionalità*, sino *cittadinanza*.

En cuanto al goce de los derechos civiles, de acuerdo con su artículo 1, “*ogni cittadino gode dei diritti civili, purchè non ne sia decaduto per condanna penale*”. El artículo 3, por su parte, establecía que “*lo straniero è ammeso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini*”.

En cuanto al régimen jurídico de la *cittadinanza*, el *Codice* de 1865 sancionaba un modelo de atribución basado en el *ius sanguinis* (artículo 4), matizado por reglas que incorporaban criterios de *ius soli*, *ius optandi* y *ius connubi* (artículos 5 a 9). El artículo 10 se refería a la naturalización de extranjeros. Los artículos 11 a 15 regulaban la pérdida y recuperación de la nacionalidad.

A pesar de que el *Codice civile* de 1865 utilizaba la palabra *cittadinanza*, aparentemente la norma regulaba lo que aquí hemos denominado *nacionalidad*, y no la categoría jurídico-política *ciudadanía* tal y como la hemos caracterizado en este trabajo. Esto pone de manifiesto una constante en el caso italiano, situación que se mantiene hasta nuestros días. En Italia, la distinción entre *nacionalidad* –como vínculo jurídico entre el individuo y el estado que determina el ámbito personal de validez permanente y estable del ordenamiento jurídico- y *ciudadanía* –como *status* jurídico que determina

---

<sup>69</sup> *Codice civile del Regno d'Italia. Corredato della relazione del Ministro guardasigilli fatta a S.M. in udienza del 25 di giugno 1865*, Turín: Tipografia Eredi Botta; Florencia: Tipografia Reale, 1865. Los primeros códigos del Reino de Italia se encuentran disponibles en la biblioteca del *Ministero della Giustizia* italiano, accesibles a través de internet en [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_22\\_4\\_3\\_4.wp;jsessionid=A122AB37D3A85EDA7609543ECCF73A02.ajpAL01](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_22_4_3_4.wp;jsessionid=A122AB37D3A85EDA7609543ECCF73A02.ajpAL01) (a. 01-12-2016). Énfasis añadido.



una posición del sujeto en el seno del ordenamiento jurídico- resulta especialmente dificultosa. Como consecuencia de la estrecha vinculación entre *nacionalidad* y *ciudadanía* este fenómeno se produce en muchos ordenamientos jurídicos, pero en el caso italiano la dificultad para discernir entre ambas categorías es particularmente intensa. Ello puesto que la palabra *cittadinanza* se utiliza, generalmente, para designar ambas categorías jurídicas.

En el *Codice civile* de 1865, *straniero* y *cittadino* se contraponen: quien no es *cittadino* es *straniero*. Sólo el art. 10 parece remitir a la distinción entre ciudadanía y nacionalidad al establecer que “*la cittadinanza si acquista dallo straniero anche colla naturalità concessa per legge o per decreto reale*”, diferenciando aparentemente entre naturalización del extranjero y concesión de la ciudadanía.

## **VI. El panorama posterior a la Segunda Guerra Mundial**

### **1. El extranjero: sujeto de Derecho y titular de derechos**

A partir de los años cincuenta del siglo XX, se consolidaron una serie de instituciones jurídico-políticas que trajeron consigo cambios importantes en las categorías jurídicas *nacionalidad* y *ciudadanía*, así como en la configuración del *sujeto de derecho*. Los cambios a que nos referimos son, como es sabido, tributarios de la situación internacional posterior a la Segunda Guerra Mundial (II GM). Algunas de las categorías y coordenadas jurídico-políticas que se afianzan durante este momento histórico surgen y se arraigan, en buena medida, como parte del “consenso antitotalitario” posterior a la II GM, es decir, como respuesta o reacción.<sup>70</sup>

Los tratados internacionales de derechos humanos, que incorporan la dignidad humana como fundamento y el reconocimiento de la subjetividad jurídica de toda persona, entre otros extremos relevantes, van a incidir de manera determinante en la posición jurídica de los extranjeros, tanto desde el punto de vista del Derecho internacional como desde el Derecho interno.

---

<sup>70</sup> La expresión la hemos tomado de R. Chueca, que habla de “consenso antitotalitario asociado a los horrores de la II GM”. Ricardo Chueca, “La marginalidad jurídica de la dignidad humana”, en Ricardo Chueca (dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Madrid: CEPC, 2015 p. 34.

Previamente a la época histórica que analizamos, las cuestiones relacionadas con el tratamiento de un estado a sus propios nacionales no se consideraban relevantes desde el punto de vista del Derecho internacional. En este sentido, la aprobación de tratados internacionales de derechos humanos que exigían a los estados un determinado trato a toda persona –nacional o extranjera- bajo su jurisdicción, supuso un cambio importante.<sup>71</sup>

Sin embargo, ya con anterioridad a la aprobación de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, y también después, el tratamiento del extranjero sí ha sido relevante desde el punto de vista del Derecho internacional público.<sup>72</sup>

Por ello, antes de prestar atención a la cuestión de las organizaciones e instrumentos internacionales relevantes en la materia, analizaremos algunas cuestiones relacionadas con la regulación del estatuto del extranjero desde la óptica del Derecho internacional público.

#### **A. El estatuto del extranjero en Derecho internacional público. Estándar mínimo de tratamiento y tratados internacionales.**

El extranjero goza de la protección de su estado de nacionalidad aun cuando no se encuentre sometido a su jurisdicción. En esta lógica, al menos desde principios del S. XX se venía entendiendo que el estado de nacionalidad de un extranjero podía exigir a otro estado responsabilidad por el tratamiento a dicha persona. Ello en base a principios de Derecho internacional general, o con fundamento en Tratados bilaterales o multilaterales en que se previese determinado tratamiento para los extranjeros de un estado en el territorio del otro.

---

<sup>71</sup> Francis Jacobs, Robin White y Clare Ovey, *The European Convention on Human Rights* (5ª edición), Nueva York: Oxford University Press, 2010, p. 6.

<sup>72</sup> Rafael Jover Gómez-Ferrer, Carlos Ortega Carballo y Santiago Ripol Carulla, *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Valladolid: Lex Nova, 2011, pp. 35 y ss. Estos autores, en una obra dedicada a los derechos fundamentales de los extranjeros en el sistema constitucional español que tiene especialmente en cuenta la perspectiva del Derecho internacional, realizan una sistematización de las normas de Derecho internacional público, los tratados internacionales de derechos humanos y las normas emanadas de organizaciones regionales y supranacionales con incidencia en la materia.

Desde el Derecho internacional público es habitual afirmar la existencia de un *standard minimum* de tratamiento a los extranjeros, derivado del Derecho internacional general.<sup>73</sup> Se encuentran referencias a dicho estándar al menos desde principios del S. XX.<sup>74</sup> Este estándar de tratamiento se encontraría integrado por un conjunto de garantías exigibles no por el sujeto afectado por un tratamiento contrario a los principios generales del Derecho internacional que determinan dicho estándar, sino por el estado de nacionalidad del sujeto.

En cuanto a su contenido –cambiante- en la fase actual de evolución del Derecho internacional, el estándar de tratamiento mínimo del extranjero se compone de: 1) derecho a la protección de su vida e intereses contra las acciones de violencia colectiva organizada en contra de los extranjeros; 2) derecho a no ser detenido arbitrariamente y a una investigación en tiempo razonable, dando al interesado la posibilidad de ser oído; 3) derecho a no ser torturado y a que no se le someta a tratamientos inhumanos; 4) libre acceso a los tribunales y derecho a no ser discriminado ante ellos por razones de nacionalidad (ligado a la responsabilidad internacional por “denegación de justicia”); 5) derecho a ejercitar determinados derechos civiles, como los relativos a las relaciones paterno-filiales y, en general, los admitidos en la mayoría de estados como derechos de familia. El derecho a la propiedad privada de los extranjeros ha sido una cuestión controvertida a lo largo del S. XX, a consecuencia de acontecimientos histórico-políticos como la implantación del comunismo en algunos estados, el movimiento descolonizador, el fin de la Guerra Fría, y la posición del liberalismo económico.<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> En relación con dicho estándar, y con su contenido, Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público* (decimoséptima edición), Madrid: Tecnos, 2009, pp. 610-611, 616, 618-621. Afirma este autor: “la existencia del referido *standard* hoy parece innegable y frecuentemente encontramos referencias al mismo en la doctrina, la jurisprudencia y los tratados internacionales”.

<sup>74</sup> Alfred Verdross, *Derecho Internacional Público* (5ª edición alemana), traducción de Antonio Truyol y Serra, Madrid: Aguilar, 1980. pp. 340 y ss. y las obras aquí citadas. La edición que se ha manejado es del año 1963, con traducción y actualización de 1976. El autor pone de manifiesto la existencia de una serie principios de Derecho internacional común en relación al tratamiento de los extranjeros, que se remonta a principios del S. XX.

<sup>75</sup> M. Díez de Velasco, *Instituciones...* ob. cit. pp. 620-621 se refiere a un proceso de revisión de ida y vuelta en relación con este derecho. La histórica superioridad de las garantías internacionales de los derechos de propiedad –y en general de contenido económico- de los extranjeros tendió a disminuir a lo largo del S. XX debido a un sentido cada vez más social de la propiedad y a los abusos que determinados

Para determinar el contenido del *standard minimum* habrá que recurrir no sólo a las normas de Derecho internacional público, sino también al Derecho interno comparado, para extraer del mismo los derechos que se consideran básicos por la mayoría de las legislaciones internas.

Por lo demás, los estados pueden adoptar –y lo hacen con frecuencia- tratados internacionales bilaterales o multilaterales que reconocen derechos y libertades específicas a los ciudadanos de cada una de las partes en el territorio de las demás. Este tipo de tratados pueden incorporar cláusulas como la del “trato nacional”, que persigue la equiparación entre extranjeros y nacionales, la de “nación más favorecida”, o la muy frecuente “cláusula de reciprocidad”. En cualquier caso, interesa destacar la existencia de este tipo de tratados desde mucho antes del surgimiento de los vigentes instrumentos internacionales de derechos humanos. Los antiguos tratados de amistad, comercio y navegación (algunos de ellos todavía vigentes) garantizaban derechos como la libre entrada y salida del territorio o la protección de la persona y bienes del extranjero. En la actualidad, los tratados no prevén determinados derechos por haber pasado a formar parte del estándar mínimo de tratamiento a los extranjeros o de los tratados de derechos humanos, pero se incorporan otros como el goce de beneficios de seguridad social.

## **B. Los instrumentos internacionales de derechos humanos elaborados tras la II GM**

Analizados algunos extremos sobre la posición del extranjero desde el punto de vista del Derecho internacional público con anterioridad a la aprobación de los vigentes instrumentos de derechos humanos –que continúan teniendo cierta relevancia a día de hoy- nos centraremos en determinadas cuestiones derivadas del panorama jurídico-político internacional posterior a la II GM.

Los cambios filosóficos, políticos y jurídicos de esta época no afectan, como es lógico, sólo a la posición de los extranjeros. Se trata de modificaciones profundas que

---

propietarios extranjeros habían llevado a cabo en países en vías de desarrollo. Sin embargo, este proceso de disminución de garantías habría experimentado un movimiento contrario a partir de los años ochenta, aunque no ha habido un retorno a la situación anterior. En la actualidad muchas medidas protectoras y garantistas de los derechos económicos de los extranjeros se encuentran en normas convencionales.

determinan la consolidación de una serie de categorías y conceptos que fundamentan los sistemas jurídicos internacionales y también nacionales. Estos cambios inciden profundamente en el concepto de sujeto de Derecho; la relación individuo- estado-derechos; y terminarán por impactar en el vínculo jurídico-constitucional entre nacionalidad, ciudadanía y derechos fundamentales.

En relación con los antecedentes de los sistemas internacionales de promoción y protección de los derechos humanos hoy vigentes, puede señalarse la existencia ya desde finales del S. XIX de instituciones que concurrían en la protección de la persona humana.<sup>76</sup>

A partir de mediados de los años cuarenta del S. XX, diferentes instituciones nacionales e internacionales trabajaron con el objetivo de elaborar un sistema común de protección y garantía de un conjunto de derechos necesario para asegurar la consolidación de lo que podría llamarse “el orden internacional de posguerra”.

En la *Carta de la Organización de las Naciones Unidas*, que entró en vigor en octubre de 1945, se establecía el principio de respeto de los derechos humanos.<sup>77</sup> A partir de este mandato, en 1948 se adoptó la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (DUDH), que contiene la definición de un primer estándar internacional en materia de derechos humanos, iniciándose así un proceso codificador que posteriormente se caracterizará por su profundización y especialización.

---

<sup>76</sup> En M. Díez de Velasco, *Instituciones...* ob. cit. p. 649, se señalan: la regulación relativa a las denominadas “prácticas odiosas” (esclavitud, tráfico de estupefacientes o trata de blancas), la consolidación de la técnica de la protección diplomática, la regulación del asilo diplomático y territorial en América Latina. En el seno de la Sociedad de Naciones se establecieron regímenes específicos de protección de las minorías y de protección de la población de territorios sometidos al régimen de mandato. En relación con los antecedentes del actual sistema de protección de derechos humanos: Paul Gordon Lauren, *The Evolution of International Human Rights. Visions Seen* 3ª ed., Filadelfia: University of Pennsylvania Press, 2011.

<sup>77</sup> Su art. 1.3 incluía entre los propósitos de las Naciones Unidas “[r]ealizar la cooperación internacional en la soluciones de problemas internacionales de carácter social o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”, mientras de acuerdo con su art. 55, “[...] la Organización promoverá [...] el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.

El *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC) y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP) fueron aprobados en el año 1966 aunque no entrarían en vigor hasta 1976.

En el contexto europeo, el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* (CEDH) fue aprobado en 1950, en el seno del Consejo de Europa, organismo creado en 1949 con el objetivo de “salvaguardar y promover los ideales y principios” que constituyen el “patrimonio común” de los estados miembros, perseguido a través de “la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

A partir de estos primeros textos (especialmente, son textos fundantes la DUDH y el CEDH), con niveles muy diferentes de vinculatoriedad, se aprobaron gran cantidad de tratados en materia de derechos humanos en el seno de diferentes organizaciones y órganos, algunos con carácter general y otros especializados.

Frecuentemente, se destaca la *universalidad* como característica de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Es cierto que estos tratados se dirigen a la protección de los derechos humanos de “toda persona”, sin distinguir en principio entre nacionales y extranjeros.<sup>78</sup> Sin embargo, como veremos con detenimiento en relación con el CEDH (*vid. infra*), los tratados internacionales de derechos humanos diferencian entre nacionales y extranjeros, y entre extranjeros en situación regular e irregular, en relación con determinados derechos. Así, con respecto a los derechos de sufragio activo y pasivo, y al derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, el art. 21 DUDH establece el derecho de toda persona

---

<sup>78</sup> El art. 2 DUDH proclama “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. El art. 1 del CEDH establece que los estados miembros “reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades [...]”- De acuerdo con el art. 2 del PIDCP, cada estado parte “se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto [...]”. El PIDESC, por su parte, adopta una posición algo diversa, al establecer en su art. 2.3 “los países en desarrollo [...] podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos” (lo que *a sensu contrario* permite deducir que los países que no estén en vías de desarrollo deben garantizar dichos derechos también a los no nacionales).

a participar en el gobierno de *su país*, mientras el art. 25 PIDCP garantiza estos derechos a “todos los ciudadanos”. En lo tocante a los derechos relacionados con la libertad de circulación y residencia, los arts. 12 y 13 del PIDCP diferencian entre nacionales y extranjeros y entre extranjeros en situación regular e irregular. En cuanto a las diferencias que el CEDH realiza entre nacionales y extranjeros, remitimos a las consideraciones desarrolladas *infra*.

En cualquier caso, puede afirmarse una *universalidad* relativa de los tratados en materia de derechos humanos, puesto que la mayoría de derechos se garantizan a todos, o a todas las personas en el territorio o bajo la jurisdicción de los estados contratantes.

Pese a ello, encontramos una suerte de “clasificación tripartita” de los derechos, que recuerda a la división de los derechos fundamentales de los extranjeros difundida en la doctrina constitucional española, en los principales instrumentos de derechos humanos y en la doctrina de los órganos encargados de su interpretación. Así, puede identificarse: 1) un núcleo de derechos inderogables o absolutos, frente a los que no caben limitaciones y cuya garantía no admite diferencias entre nacionales y extranjeros, como consecuencia de su carácter absoluto (art. 15.2 CEDH y art. 4.2 PIDCP); 2) derechos que no se garantizan a los extranjeros, como los derechos de participación política en sentido estricto o el derecho de entrada y residencia en territorio nacional; 3) derechos cuyo ejercicio puede estar sujeto a límites, motivados por la persecución de objetivos determinados (como el mantenimiento de la seguridad nacional, el orden o la salud pública; o la protección de los derechos y libertades de los demás), que deben estar previstos por la ley y en condiciones de superar un escrutinio de razonabilidad o proporcionalidad (acerca de estas técnicas de enjuiciamiento, *vid. infra*). En relación con este último grupo de derechos las limitaciones pueden afectar exclusivamente a extranjeros, o a determinados grupos de extranjeros (como los que se hallen en situación irregular o pretendan entrar en territorio del estado sin autorización).<sup>79</sup>

A continuación, expondremos algunas normas en materia de derechos humanos con especial incidencia en el tema que nos ocupa. En primer lugar, prestaremos atención

---

<sup>79</sup> En Ana Fernández Pérez, *Los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en España*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016, p. 30 encontramos una clasificación de los derechos garantizados en los principales instrumentos internacionales. En un sentido similar, R. Jover Gómez-Ferrer, C. Ortega Carballo y S. Ripol Carulla, *Derechos fundamentales...* ob. cit. pp. 38-39.

a las disposiciones internacionales relacionadas con la exigencia del reconocimiento de subjetividad y capacidad jurídica a toda persona. A continuación haremos referencia a la existencia de un conjunto de instrumentos internacionales que se encargan específicamente de determinados derechos de las personas extranjeras. Por un lado, realizaremos una referencia a los instrumentos internacionales en materia de asilo y refugio. Y a continuación nos centraremos en los tratados internacionales que se ocupan de los derechos de las persona migrantes.

**a. El reconocimiento de subjetividad y capacidad jurídica a toda persona**

Como hemos mencionado *supra*, el sujeto de derecho se había configurado, en la doctrina jurídica de principios del siglo XX, como una figura abstracta. Esta abstracción del sujeto de derecho resultaba funcional a las exigencias del sistema socio-político diseñado en interés de la burguesía capitalista.

En el panorama jurídico europeo posterior a la II GM, la situación es diferente. En gran parte, aunque no sólo, ello se debe a la reacción a los horrores de la II GM.

Muchos de los tratados internacionales de derechos humanos comienzan por establecer cláusulas de obligatoriedad del reconocimiento de la personalidad jurídica a todo ser humano.

Los principales textos en la materia proclaman el derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica, que debe producirse “en todas partes”. Así se establece en el art. 6 de la DUDH.<sup>80</sup> El PIDCP recoge el mismo derecho, en términos muy similares, en su art. 16.

También recogen esta norma instrumentos internacionales encaminados a la protección de grupos específicos, como la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* de

---

<sup>80</sup> Que se refiere al derecho, de “todo ser humano” (en la versión inglesa, *everyone*, y en la francesa *chacun*) al “reconocimiento de su personalidad jurídica” (*recognition as a person before the law* y *reconnaissance de sa personnalité juridique*) que debe producirse en “todas partes”.



1990, cuyo artículo 24 proclama este derecho respecto de “los trabajadores migratorios y sus familiares”.<sup>81</sup>

En lo relativo a la capacidad jurídica, encontramos referencias al concepto en relación con el Derecho civil. El artículo 15 de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* de 1979 se refiere a la capacidad jurídica de ésta, tras establecer la obligación de los estados partes de reconocer la igualdad ante la ley entre mujeres y hombres. De acuerdo con su segundo punto, los estados deben reconocer a la mujer “en materias civiles” una capacidad jurídica (*legal capacity*) idéntica a la del hombre, y las mismas oportunidades para el ejercicio de tal capacidad; mientras el punto 3 establece la nulidad de cualquier contrato que “tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer”.<sup>82</sup>

También se detiene en la noción de capacidad jurídica la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*.<sup>83</sup> Su artículo 12, tras reafirmar el derecho a la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, desarrolla previsiones relativas al derecho a la capacidad jurídica, que han sido analizadas por el *Comité de los derechos de las personas con discapacidad* en un documento publicado en 2014.<sup>84</sup> Esta

---

<sup>81</sup> *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*. Nueva York, 18 de diciembre de 1990. Su entrada en vigor no se produciría hasta el año 2003. Ningún estado miembro de la UE (por tanto, tampoco España o Italia) ha ratificado hasta el momento este tratado, pese a ser uno de los diez instrumentos internacionales de derechos humanos más relevantes a juicio de la Organización de las Naciones Unidas. En relación a ello, Alan Desmond, “The development of a Common EU Migration Policy and the Rights of Irregular Migrants: A Progress Narrative?” *HRLR*, núm. 16 (2016), p. 248.

<sup>82</sup> *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Nueva York, 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981. Entró en vigor en Italia el 10 de julio de 1985. En España, el 4 de febrero de 1985. Ambos países han formulado objeciones frente al Convenio.

<sup>83</sup> *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Nueva York, 13 de diciembre de 2006. Su entrada en vigor se produjo el 3 de mayo de 2008. Este tratado vincula tanto a España (que ratificó la convención el 3 de diciembre de 2007) como a Italia (la ratificación del instrumento se produjo el 15 de mayo de 2009).

<sup>84</sup> Comité sobre los derechos de las personas con Discapacidad, Observación general N° 1 (2014) [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1&Lang=en) (a. 01-12-2016)

convención se dirige a asegurar la efectividad de los derechos humanos de las personas con discapacidad, y sus previsiones relativas a la capacidad jurídica tienen como objeto evitar diferenciaciones basadas en dicha discapacidad. Pese a la especificidad del ámbito normativo, tanto las disposiciones de la precitada convención como el documento de análisis aludido pueden arrojar luz sobre la configuración y función actuales de los conceptos de personalidad y capacidad jurídica.

El reconocimiento de la personalidad jurídica se vincula a la igualdad ante la ley (párrafos 5 y 6). Según este texto, de las normas internacionales derivaría un derecho al *igual reconocimiento* ante la ley, que conecta con la atribución de capacidad jurídica a todo ser humano. La capacidad jurídica se configura, como consecuencia del derecho al igual reconocimiento ante la ley, como un atributo universal inherente a toda persona en virtud de su *humanidad* (párrafo 8). La personalidad jurídica aparece como prerrequisito para el reconocimiento de capacidad jurídica: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica garantiza que “todo ser humano sea respetado como una persona titular de personalidad jurídica, lo que es un requisito indispensable para que se reconozca la capacidad jurídica de la persona” (párrafo 11).

El documento recuerda cómo la capacidad jurídica ha sido denegada, basándose en prejuicios, a diversos grupos a lo largo de la historia. En este punto, hace referencia a las mujeres y las minorías étnicas y no a la ciudadanía o nacionalidad (párrafo 8).

La capacidad jurídica se configura como “un derecho inherente reconocido a todas las personas” (párrafo 14) que tiene, según este texto, dos facetas. La primera es la capacidad legal de ser titular de derechos y de ser reconocido como persona jurídica ante la ley (que en la versión en inglés se denomina *legal standing*). La segunda es la legitimación para actuar con respecto a estos derechos y el reconocimiento de esas acciones por la ley (en la versión en inglés, *legal ability*) (párrafo 14).

Así, de los textos internacionales en materia de derechos humanos –tanto de los primeros redactados como de los de elaboración más reciente- se deduce la existencia de un consenso a nivel internacional sobre el reconocimiento de subjetividad y capacidad jurídica a toda persona. Este es uno de los fundamentos del sistema de tratados internacionales de derechos humanos que, como se verá, desempeñan un papel crucial en los ordenamientos constitucionales democráticos contemporáneos y en sus sistemas *iusfundamentales*. El reconocimiento de subjetividad jurídica a toda persona se

vincula en estos textos al igual reconocimiento ante la ley y al respeto de la dignidad humana.

### **b. Derecho de asilo y protección internacional**

En las páginas que siguen, realizaremos una somera referencia a los instrumentos internacionales que reconocen y regulan los institutos de asilo y refugio y de su protección internacional.

En el marco de este tipo de tratados se garantizan posiciones jurídicas que limitan –al igual que otros instrumentos en materia de derechos humanos- la discrecionalidad de los estados en el ejercicio de su potestad de regulación de la entrada, permanencia y expulsión de extranjeros de su territorio nacional.

Si bien el derecho internacional reconoce a los estados la facultad de regular dichos extremos, tal facultad debe ejercerse de conformidad con los tratados internacionales. Ello conlleva la necesidad de respetar en todo caso los derechos humanos de las personas afectadas.

Y en lo que ahora nos interesa, puede conllevar la obligación para un estado de permitir la entrada y permanencia de extranjeros en su territorio cuando estas personas se encuentren en determinadas situaciones y cumplan unos concretos requisitos. Asimismo, el reconocimiento de un estatus de protección internacional, puede conllevar para el estado protector la obligación de reconocer determinados derechos a esa persona.

Asilo y refugio son instituciones diferentes, aunque en el lenguaje jurídico europeo actual tienden a aproximarse, como consecuencia de planteamientos adoptados por la UE en relación con la política de asilo.<sup>85</sup>

El asilo territorial (no nos ocuparemos aquí del asilo diplomático), cuyo origen es previo al del refugio y a la protección internacional de los derechos humanos, es la

---

<sup>85</sup> María-Teresa Gil-Bazo, “Asylum as a General Principle of International Law”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 27, núm. 1 (2015), pp. 4, 7 y ss.; M. Díez de Velasco, *Instituciones...* ob. cit. pp. 626 y ss.

protección que un estado presta a determinadas personas cuya vida o libertad se encuentran en peligro en el estado de procedencia, *acogiéndolas en su territorio*.

Se trata de una práctica tradicional de los estados, que nace como expresión de su soberanía y no como derecho del individuo.<sup>86</sup>

Hoy en día se encuentra recogida en muchos textos constitucionales (art. 13.4 de la Constitución española; arts. 10 y 117, párrafo 2, a) de la Constitución italiana).

A nivel internacional, debe referenciarse en primer lugar la DUDH, que en su art. 14 reconoce el derecho de toda persona a buscar asilo en cualquier país, y a disfrutar de él, en caso de persecución. El asilo territorial, sin embargo, no ha sido objeto –como tal- de tratado internacional específico. Al respecto, cabe destacar la *Declaración sobre el asilo territorial* adoptada en 1967 por la Asamblea General de la ONU.<sup>87</sup>

La institución del refugio, que como adelantábamos se diferencia del asilo territorial, tiene su origen en Europa en el periodo histórico situado entre las dos guerras mundiales: la Sociedad de Naciones estableció un Alto Comisionado para los Refugiados con el objetivo de buscar una solución al problema creado por la presencia de no-nacionales en el territorio de un estado con el que no tenían vínculo legal alguno y que no se encontraban protegidos por su estado de nacionalidad. La cuestión del refugio surge como un problema de tratamiento a extranjeros presentes en el territorio cuya migración se ha producido de forma forzosa (sin que en este momento tuviesen relevancia las causas de la migración).<sup>88</sup>

Tras la II GM, encontramos instrumentos internacionales regulando la institución del refugio tal y como hoy la conocemos. El concepto de refugiado y su régimen jurídico han sido objeto de regulación a través de la *Convención sobre el*

---

<sup>86</sup> M. Gil-Bazo, “Asylum... ob. cit. pp. 7-8

<sup>87</sup> *Declaración sobre el asilo territorial*. Declaración 2312 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. 14 de diciembre de 1967.

<sup>88</sup> Saskia Sassen, *Inmigrantes y ciudadanos* (trad. Jesús Alborés Rey), Madrid: Siglo XXI, 2013, pp. 115 y ss.; M. Gil-Bazo, “Asylum... ob. cit. pp. 8-9

*Estatuto de los Refugiados* de 1951<sup>89</sup>, modificada por el *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados* en 1967, que viene a ampliar el ámbito espacial (universal) y temporal (actos anteriores y posteriores a 1951) de la Convención de Ginebra.<sup>90</sup>

La figura de refugiado definida en la Convención de Ginebra es más restrictiva que la de asilado, puesto que limita taxativamente las causas que justifican la concesión de tal estatus. De acuerdo con el art. 1.A.2 de la Convención, refugiado es la persona que “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”.

El reconocimiento del estatuto de refugiado sólo confiere al particular un derecho de garantía básico que se identifica con el principio de no devolución, de acuerdo con el cual el solicitante de refugio y el refugiado no pueden ser devueltos en ningún caso al territorio del estado en que sufren o temen sufrir persecución. Ello no impide su expulsión o devolución hacia otro estado considerado como seguro.

El concepto de refugiado ha adquirido un nuevo significado en las últimas décadas al erigirse como eje material de la regulación del asilo en la Unión Europea.

El *Convenio de Dublín relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas*, de 15 de junio de 1990, y el *Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen*, de 19 de junio del mismo año, generaron un nuevo concepto de asilo que se ha impuesto en todos los EEMM de la UE: el asilo es la protección territorial que un EM presta a un individuo que es perseguido por los motivos contemplados en la Convención de Ginebra de 1951.

---

<sup>89</sup> *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*. Ginebra, 18 de julio de 1951. La Convención entró en vigor el 22 de abril de 1954. Tanto Italia (23 de julio de 1952) como España (14 de agosto de 1978) son parte de este tratado.

<sup>90</sup> *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados*. Nueva York, 31 de enero de 1967. Entrada en vigor 4 de octubre de 1967. Tanto Italia (26 de enero de 1972) como España (14 de agosto de 1978) son parte del mismo.

Así, se produce una reducción en el concepto de asilo que se tradujo en la práctica en la desaparición del “asilo por razones humanitarias” común a un buen número de legislaciones europeas (entre ellas la española). Sin embargo, estos convenios otorgan al particular un derecho subjetivo a que su solicitud sea examinada por uno de los EEMM, lo que se traduce en el derecho a obtener el asilo si el estado en cuestión concluye que el particular reúne las condiciones contempladas en la Convención de Ginebra de 1951.<sup>91</sup>

A partir de este concepto y del sistema de cooperación intergubernamental arbitrado en torno a estos convenios, se produjeron una serie de evoluciones que han desembocado en la actual Política de asilo de la UE, y en la puesta en marcha del Sistema Europeo Común de Asilo.<sup>92</sup> En este contexto, la UE ha aprobado gran número de normas, encaminadas a la determinación de los beneficiarios; a la regulación de los procedimientos de asilo y los EEMM responsables de las solicitudes; o al contenido material de la protección.

La política común de asilo contempla la existencia de tres formas de protección que ofrecen regímenes jurídicos diferenciados a sus beneficiarios. La primera de ellas se identifica con el concepto de asilo establecido por el Convenio de Dublín, y se configura como el régimen principal y que otorga mayor nivel de protección a los individuos. En caso de que esta protección no resulte aplicable porque el individuo no pueda prevalerse de los supuestos de persecución definidos en la Convención de 1951 se contempla un segundo régimen al que se denomina en términos generales “protección subsidiaria”: protección territorial prestada a individuos cuya vida o derechos fundamentales corren peligro y que han de salir del país de residencia por haber padecido graves violaciones de derechos humanos. Por último, el “régimen de protección temporal” se concibe para la acogida temporal de grandes masas de población que salen del país de origen como consecuencia de situaciones

---

<sup>91</sup> M. Díez de Velasco, *Instituciones...* ob. cit. pp. 630 y ss.

<sup>92</sup> En relación con desarrollos recientes de este tema: European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A European Agenda on Migration*. Bruselas, 13 de mayo de 2015. COM (2015) 240 final.

extraordinarias como guerras o catástrofes naturales, con independencia de que no sufran persecución individualizada o violación de derechos humanos.<sup>93</sup>

### **c. Tratados internacionales sobre los derechos de las personas migrantes**

En este contexto, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha jugado un papel importante, puesto que en su seno han sido aprobados varios tratados relativos a los derechos de las personas migrantes. Considerando que la falta de protección laboral de los trabajadores migrantes socava la protección de todos los trabajadores y partiendo de la base de que, salvo disposición expresa en contrario, todos los tratados internacionales en materia laboral aprobados en el marco de esta organización son aplicables a los trabajadores migrantes, esta agencia especializada de la ONU ha elaborado varias normas internacionales específicas en la materia.

A este respecto, cabe destacar el *Convenio relativo a los trabajadores migrantes (revisado en 1949)*.<sup>94</sup> El Convenio recoge en su art. 6 la obligación de aplicar a “los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio [...] un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales” en una serie de materias (que incluyen las condiciones de empleo, la libertad sindical y la seguridad social). Asimismo, establece algunas limitaciones a la expulsión de trabajadores migrantes admitidos a título permanente y de los miembros de su familia autorizados a acompañarlo.

También en el ámbito de la OIT, señalamos el *Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes*, aprobado en 1975.<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> M. Díez de Velasco, *Instituciones...* ob. cit. pp. 630 y ss.

<sup>94</sup> C097- *Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97)*. Entrada en vigor: 22 de enero de 1952. Ratificación por Italia en 1952. Ratificación por España en 1967 (BOE núm. 135 de 7 de junio de 1967, pp. 7864 y ss.)

<sup>95</sup> C143- *Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143)*. Entrada en vigor: 9 de diciembre de 1978. Ratificación por Italia en 1981. No ratificado por España.

En el seno del Consejo de Europa, en 1977 se aprobó el *Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante*. Este tratado se refiere a trabajadores nacionales de un estado parte en situación regular en el territorio de otro estado parte. La *Carta Social Europea* contiene preceptos relativos a los derechos sociales de los trabajadores migrantes.<sup>96</sup>

En 1992, se aprobó, también en el ámbito del Consejo de Europa, el *Convenio europeo sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel municipal*.<sup>97</sup>

En el año 1990 se aprobaba en el ámbito de la ONU la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* de 1990, a la que se ha hecho referencia *supra* y cuya entrada en vigor no tendría lugar hasta el año 2003. Como ya hemos mencionado, ningún estado miembro de la UE –y por lo tanto, tampoco España o Italia- ha ratificado esta Convención.

## 2. Ciudadanía y nacionalidad en Europa tras la Segunda Guerra Mundial

En la Europa contemporánea posterior a la II GM se da una falta de claridad conceptual en lo tocante a las categorías *nacionalidad* y *ciudadanía*, tanto desde el punto de vista legal y jurisprudencial como desde el punto de vista de la doctrina científica.

Desde el punto de vista legal, los términos *nacionalidad* y *ciudadanía* (y sus equivalentes en otros idiomas) pueden adoptar significados diferentes en cada país, utilizándose como sinónimos o equivalentes en algunos estados, y diferenciándose entre ellos en otros.

---

<sup>96</sup> R. Jover Gómez-Ferrer, C. Ortega Carballo y S. Ripol Carulla, *Derechos fundamentales...* ob. cit. ponen de manifiesto que estos convenios (igual que los mencionados convenios de la OIT) datan de años previos al fenómeno actual de las migraciones internacionales.

<sup>97</sup> *Convenio Europeo sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel municipal*. Hecho en Estrasburgo el 5 de febrero de 1992, que entró en vigor el 1 de mayo de 1997. El tratado no ha sido firmado por España. En Italia, entró en vigor en mayo de 1997, con Declaración según la que, de acuerdo con lo previsto en el art. 1.1 del Convenio, se exceptiona la aplicación de su último capítulo.



En la mayoría de los países europeos, el régimen jurídico de la nacionalidad - atribución, adquisición y pérdida de la condición de nacional- no se encuentra regulado (al menos no de modo exhaustivo) en la constitución.<sup>98</sup> Tal régimen jurídico suele estar contenido en leyes especiales,<sup>99</sup> o, caso de España o Francia, en el Código Civil.<sup>100</sup>

A continuación, analizaremos la posible incidencia de determinadas normas internacionales y de la Unión Europea en la configuración y regulación contemporáneas de esa categoría jurídica.

---

<sup>98</sup> Usualmente, cuando la doctrina jurídica española habla de “régimen jurídico de la nacionalidad” o de “derecho de la nacionalidad” se refiere, básicamente, a la regulación de los criterios para la determinación de los individuos que se encuentran unidos al estado por dicho vínculo (atribución, adquisición y pérdida de la nacionalidad; y regulación de los casos de doble nacionalidad). En este trabajo se utiliza en ese mismo sentido.

<sup>99</sup> Así sucede en Italia, cuya Constitución no regula el régimen jurídico de la nacionalidad. Estos extremos se encuentran regulados en por una ley especial, *LEGGE 5 febbraio 1992, n. 91. Nuove norme sulla cittadinanza. (GU n.38 del 15-2-1992)*. En Alemania puede distinguirse entre *Staatsangehörigkeit* (equivalente al término nacionalidad), *Staatsbürgerschaft* (que podría traducirse como ciudadanía) y *nationalität* (con un significado únicamente etnocultural). La *Bundesverfassung* contiene algunos artículos en materia de nacionalidad (siendo los más relevantes el 16 y el 116) pero no regula de forma pormenorizada quiénes son alemanes. El régimen de nacionalidad alemán viene regulado en una ley especial, que entró en vigor en enero de 2000, *Staatsangehörigkeitsgesetz* (StAG) de 15 de julio de 1999. Esta ley sustituyó a la ley de nacionalidad de 1913, *Reichs-und Staatsangehörigkeitsgesetz* de 22 de julio de 1913, que había permanecido en vigor desde su aprobación, bien que con importantes cambios durante sus años de vigencia. En relación con el régimen jurídico de la nacionalidad italiana, *vid. supra*. En relación con el régimen jurídico de la nacionalidad en Alemania, Kay Hailbronner, *Country Report: Germany*, EUDO Citizenship Observatory, revisado y actualizado en octubre de 2011, <http://eudo-citizenship.eu/country-profiles/?country=Germany> (a. 01-12-2016)

<sup>100</sup> La CE de 1978 no determina quiénes son españoles. Su art. 11 remite a la ley para el establecimiento del régimen jurídico de la nacionalidad en España. El Código Civil recoge las bases del régimen jurídico de la nacionalidad en España (arts. 17 a 26). Tampoco la *Constitution du 4 octobre 1958*, en Francia, determina el régimen jurídico de la nacionalidad: su regulación corresponde al *Code civil (Titre Ier bis)*. En relación con el régimen jurídico de la nacionalidad española, *vid. infra*. Sobre el régimen jurídico de la nacionalidad en Francia, C. Bertossi y A. Hajjat. *Country Report: France...* ob. cit.

## A. Ámbito internacional

En el ámbito internacional, al menos a nivel europeo, se aprecia una cierta confusión en la utilización de los términos *nationality* y *citizenship*, nacionalidad y ciudadanía. Los ordenamientos jurídicos de los distintos estados no siempre diferencian claramente entre ambos términos, y cuando lo hacen no siempre atribuyen el mismo significado a cada uno de estos términos. En muchos países, el término *nationality* se tiñe de un significado más relacionado con la pertenencia a un determinado grupo étnico que con el vínculo legal entre el estado y el individuo. Esto hace que, en ocasiones, en el ámbito internacional, sea necesario especificar cuál es el sentido en que se utilizan dichos términos.

El esfuerzo del Consejo de Europa por clarificar el uso de estos términos ha quedado patente en el ámbito del *Convenio Europeo sobre Nacionalidad* de 1997 hecho en Estrasburgo el 6 de noviembre de 1997.<sup>101</sup> A efectos del Convenio, se establece en su informe explicativo, los términos *nationality* y *citizenship* se consideran sinónimos. El informe hace notar que muchos países del centro y este de Europa utilizan el término *citizenship* en el sentido en que el propio Convenio y la mayoría de estados europeos occidentales usan *nationality*, motivo por el cual se opta por la equiparación de ambos términos, según el propio informe.<sup>102</sup> En la versión francesa del texto de la Convención se utiliza la palabra *resortissants* en lugar de la palabra *nationaux*, para aludir a las personas que ostenten la nacionalidad del estado.

En los estudios más recientes del observatorio EUDO CITIZENSHIP<sup>103</sup> se utiliza frecuentemente la palabra *citizenship* como sinónimo de nacionalidad, aunque también se utiliza el término *nationality* en el mismo sentido.<sup>104</sup>

---

<sup>101</sup> *Convenio Europeo sobre Nacionalidad*. Hecho en Estrasburgo el 6 de noviembre de 1997, que entró en vigor el 1 de marzo de 2000. El tratado no ha sido firmado por España. Italia, pese a ser uno de los estados que lo firmaron el 6 de noviembre de 1997, no lo ha ratificado.

<sup>102</sup> *Explanatory Report to the European Convention on Nationality* <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/166.htm> (a. 01-12-2016), n. 2.

<sup>103</sup> En el marco del que se han llevado a cabo una serie de proyectos de investigación en relación a la regulación de la nacionalidad en los distintos estados miembros, financiados por la Comisión europea

Así, es habitual en el Derecho internacional –y en determinadas investigaciones de alcance internacional- la utilización del término *citizenship* para hacer referencia a lo que en este trabajo denominamos nacionalidad, como vínculo legal determinado entre estado e individuo; o bien, la utilización indistinta de uno u otro término para hacer referencia al mismo concepto.

En cuanto a la regulación del régimen de la nacionalidad a nivel internacional, puede apreciarse un incremento significativo de las normas en la materia a partir de la segunda mitad del siglo XX.

Históricamente, se ha venido entendiendo que la determinación del régimen jurídico de la nacionalidad corresponde a cada estado, que establece en su derecho interno los criterios de atribución, adquisición y pérdida de la nacionalidad, así como la regulación de los supuestos de doble o múltiple nacionalidad, encontrándose sometido a escasas limitaciones.<sup>105</sup>

En cualquier caso, como decíamos, las normas internacionales en materia de nacionalidad han venido aumentando a partir de mediados del S. XX: la determinación del régimen jurídico de la nacionalidad se encuentra cada vez más condicionada por diversos tratados internacionales, tanto en materia de nacionalidad como en el ámbito de

---

a través del Fondo Europeo para la Integración de Nacionales de Terceros Países. <http://eudo-citizenship.eu/> (a. 01-12-2016)

<sup>104</sup> Resulta de interés en este punto el documento *Citizenship or Nationality?* publicado en el sitio web del observatorio: “[t]here is much terminological confusion in the study of citizenship statuses and laws. While public international law uses the term nationality to refer to legal bond between an individual and a sovereign state, several domestic laws use the term citizenship or its equivalent. In some states, a distinction is made between nationality as a status independent of residence and citizenship as a bundle of rights granted only to nationals residing in the territory”. El documento continúa afirmando: “[i]n most European languages, the term nationality can also refer to individual membership in a nation as a cultural, ethnic and historic community rather than a legal entity. Sometimes, nationality is also contrasted with nation when distinguishing dominant national groups from national minorities”. En este contexto, el observatorio EUDO CITIZENSHIP utiliza ambos términos como sinónimos, en el sentido de “legal status linking individuals to a territorial political entity”. European University Institute, EUDO Observatory on Citizenship. *Citizenship or nationality?* <http://eudo-citizenship.eu/databases/citizenship-glossary/terminology> (a. 01-12-2016)

<sup>105</sup> Desde el punto de vista del Derecho Internacional Público: A. Verdross. *Derecho Internacional...* ob. cit. pp. 286-291; M. Díaz de Velasco, *Instituciones...* ob. cit. pp. 612-614.

los derechos humanos. A ello ha venido a unirse, como veremos, el derecho de la Unión Europea.

Suele señalarse el *Convenio concerniente a determinadas cuestiones relativas a conflictos de leyes de nacionalidad*, en el marco de la Sociedad de Naciones en 1930, como una de las primeras normas de Derecho Internacional Público en materia de nacionalidad.<sup>106</sup> Desde la aprobación de este tratado, el número de instrumentos internacionales en materia de nacionalidad, o con influencia en este campo, ha crecido considerablemente, sobre todo tras la II GM y en el contexto histórico político mencionado *supra*. Estos nuevos instrumentos internacionales no sólo persiguen la determinación de la nacionalidad de los sujetos en casos conflictivos, sino que contienen también una filosofía orientada hacia la protección de los derechos humanos.<sup>107</sup>

Como señala Brubaker, citando a Daniele Lochak, los criterios de determinación de la condición de nacional nunca son neutrales: “*on the one hand they embody a certain understanding of the political community and of its principle of cohesion, on the other hand they reflect more prosaic and utilitarian concerns*”.<sup>108</sup> Así, la historia nos ofrece numerosos ejemplos de cómo los estados, han utilizado los criterios de atribución, adquisición y retirada de la nacionalidad con fines de muy diverso tipo. En la actualidad también pueden observarse ejemplos del uso de estos criterios con diferentes fines políticos. La conexión nacionalidad-derechos, existente en la mayoría de ordenamientos europeos, junto con acontecimientos de la historia reciente, suscitaban cierta inquietud en la doctrina *iusinternacionalista* acerca del uso de los criterios de atribución, adquisición y pérdida de la nacionalidad.

---

<sup>106</sup> *Convenio concerniente a determinadas cuestiones relativas a conflictos de leyes de nacionalidad*. La Haya, 12 de abril de 1930. *Explanatory Report*...ob. cit.; Giuseppe Biscottini, “Cittadinanza; c) Diritto vigente”, *E. Dir.*, vol. VII, Milán: Giuffrè, 1960, pp. 141-142.

<sup>107</sup> El Consejo de Europa señala cómo desde la aprobación del convenio de 1930 ha surgido todo un conjunto de “nuevas ideas” en el ámbito del derecho de la nacionalidad, como consecuencia de los desarrollos legales internos e internacionales *Explanatory Report*...ob. cit.

<sup>108</sup> W. Rogers Brubaker, *Citizenship*... ob. cit. p. 61, citando a Danièle Lochak, “Comment peut-on être Français?”, *Après-Demain*, vol. 286, 1986, p. 16.

Entre las normas internacionales a destacar estarían al menos las siguientes. El artículo 15 de la DUDH de 1948 establece el derecho de toda persona a “una nacionalidad”, así como la prohibición de privaciones arbitrarias de la nacionalidad o del derecho a cambiar de nacionalidad. El artículo 24.3 del PIDCP, por su parte, proclama este mismo derecho a “una nacionalidad” respecto de todo niño, al igual que el artículo 7.1 de la *Convención sobre los Derechos del Niño* de 1989, que establece este derecho para todo niño “desde que nace”.<sup>109</sup>

Las normas internacionales se han centrado especialmente en los siguientes aspectos del régimen jurídico de la nacionalidad: apatridia, persiguiendo tanto su prevención como la regulación de la situación de los afectados y la protección de sus derechos.<sup>110</sup> No discriminación en materia de nacionalidad, con normas relativas a la mujer, la raza, o motivos familiares.<sup>111</sup> Protección de la infancia y la vida familiar.<sup>112</sup>

---

<sup>109</sup> *Convención sobre los Derechos del Niño*. Nueva York, 20 de noviembre de 1989. El tratado entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, y fue ratificado por España el 6 de diciembre de 1990, y por Italia el 5 de septiembre de 1991.

<sup>110</sup> En este sentido, pueden citarse: *Convención sobre el Estatuto de los Apátridas*. Nueva York, 28 de septiembre de 1954. El tratado entró en vigor el 6 de junio de 1960. Fue ratificado por Italia el 3 de diciembre de 1962. En España está en vigor desde el 10 de agosto de 1997; *Convención para reducir los casos de apatridia*. Nueva York, 30 de agosto de 1961. El tratado entró en vigor el 13 de diciembre de 1975. En Italia entró en vigor el 29 de febrero de 2016. España no es parte del tratado; *Convenio relativo a la reducción de los casos de apatridia*. Comisión Internacional del estado civil (nº 13). Berna, 13 de septiembre de 1973. Ni Italia ni España han firmado este tratado.

<sup>111</sup> Pueden citarse: *Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada*. Nueva York, 20 de febrero de 1957. Entró en vigor el 11 de agosto de 1958. No está ratificado ni por España ni por Italia; *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Nueva York, 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981. Entró en vigor en Italia el 10 de julio de 1985. En España, el 4 de febrero de 1985. Ambos países han formulado objeciones frente al Convenio; *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*. Nueva York, 7 de marzo de 1966. La Convención entró en vigor el 4 de enero de 1969. Obligatoria en Italia desde el 4 de febrero de 1976 (Italia ha formulado declaraciones y objeciones). Entrada en vigor en España el 4 de enero de 1969 (España ha formulado declaraciones y objeciones).

<sup>112</sup> *Convenio europeo de adopción de niños*. Estrasburgo, 24 de abril de 1967. Entrada en vigor 26 de abril de 1968. En vigor en Italia el 26 de agosto de 1976. España no ha firmado ni ratificado este tratado. *Convención sobre los Derechos del Niño*, cit.

Conflictos en materia de nacionalidad; doble o múltiple nacionalidad; y nacionalidad en supuestos de sucesión de estados.<sup>113</sup>

En el ámbito del Consejo de Europa, como organización internacional que se ha interesado, desde su creación, por diversos problemas relacionados con el régimen jurídico de la nacionalidad, se aprobó, a finales del pasado siglo, el ya citado *Convenio Europeo sobre Nacionalidad*.

El Convenio regula instituciones fundamentales en materia de nacionalidad, atribución, adquisición, pérdida, recuperación, doble nacionalidad; y ha sido considerado por algunos autores “un verdadero código europeo sobre la nacionalidad”.<sup>114</sup>

## **B. Ámbito de la Unión Europea. La ciudadanía de la Unión**

La creación y evolución normativa y jurisprudencial del Derecho de la Unión Europea (UE) y de la ciudadanía europea han incidido de forma muy importante, y siguen haciéndolo, sobre las categorías jurídicas estatales *nacionalidad* y *ciudadanía*.

En un proceso evolutivo que no parece haber concluido a día de hoy, la ciudadanía europea y el propio Derecho de la UE han traído consigo una serie de cambios importantes en las categorías jurídicas nacionalidad y ciudadanía, al menos en lo que respecta a los estados miembros de la UE (EEMM).

Las características y evolución de este instituto traen consigo una fuerte tensión para las categorías estudiadas, al poner en cuestión elementos importantes de su configuración clásica.

La ciudadanía de la UE se encuentra en constante cambio, y se ve sometida a tensiones similares a las soportadas por la nacionalidad y la ciudadanía estatales,

---

<sup>113</sup> Pueden señalarse, respecto de estos últimos puntos: los protocolos facultativos sobre adquisición de nacionalidad a la *Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas* y a la *Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares*; *Convenio relativo al cambio de comunicación de informaciones en materia de adquisición de la nacionalidad*. Comisión Internacional del estado civil (nº 8). París, 10 de septiembre de 1964. En vigor en Italia desde el 6 de agosto de 1972.

<sup>114</sup> Aurelia Álvarez Rodríguez, *Nacionalidad española. Normativa vigente e Interpretación Jurisprudencial*, Navarra: Aranzadi, 2008, p. 28.

motivadas por los mismos cambios políticos, sociológicos y jurídicos de los que trae causa el proceso evolutivo en que aquéllas se encuentran inmersas. Se trata, por otra parte, de una figura difícilmente categorizable. No resulta fácil determinar si tal institución puede ser llamada propiamente “ciudadanía”, a pesar de su denominación formal: ello dependerá, entre otros extremos, del significado que se otorgue a tal vocablo. Por otro lado, su relación con la nacionalidad es también difícil de aprehender: no existiendo una nacionalidad europea, la ciudadanía se vincula, en principio, con la nacionalidad de cada uno de los EEMM. Esta última vinculación plantea una serie de problemas no resueltos a día de hoy.

Mientras los ordenamientos nacionales contemporáneos no suelen contener una definición formal de la ciudadanía, ni determinar explícitamente cuál es su contenido o quiénes son sus titulares, debiendo realizarse tal determinación a la vista del conjunto del ordenamiento –con especial atención a lo establecido por las normas constitucionales- el Derecho de la Unión contiene normas más específicas, al menos aparentemente, al respecto. Sin embargo, estas cuestiones resultan más problemáticas de lo que podría sugerir una lectura de los tratados. Ello es consecuencia, entre otros extremos, de la especial evolución y las especificidades del derecho de la Unión, pero también de las características y tensiones inherentes a la categoría jurídica.

Aunque la primera plasmación normativa de la figura se llevó a cabo en el Tratado de Maastricht, firmado en 1992, sus antecedentes en el entonces llamado derecho comunitario aparecen mucho antes. La libre circulación de trabajadores prevista en el Tratado de Roma, por el que se instituyó la Comunidad Económica Europea en 1957, y la inclusión en la misma norma del principio de no discriminación de los trabajadores por su nacionalidad, terminan conllevando el reconocimiento de una serie de *sujetos de derecho comunitario* o extranjeros privilegiados, nacionales de alguno de los EEMM, a los que se irán atribuyendo, jurisprudencial y normativamente, determinados derechos subjetivos. Esta *subjetividad comunitaria* venía ligada a condicionamientos de tipo económico, de manera que el sujeto jurídico que se encuentra en el Tratado de Roma es una persona a la que se toma en consideración por su cualidad

de sujeto económicamente activo, en línea con la inicial filosofía económica de la organización supranacional.<sup>115</sup>

El Tribunal de Justicia jugó un papel esencial en la afirmación y extensión de este sujeto de derecho comunitario, que se amplió material y subjetivamente perdiendo en gran medida su vinculación con la condición económica del sujeto.<sup>116</sup>

La ciudadanía de la Unión ha ido evolucionando con la propia organización supranacional, desde el surgimiento de esa subjetividad comunitaria y tras la aprobación del Tratado de Maastricht. El Tribunal de Justicia ha sido clave en el desarrollo de la figura, dotando de contenido al estatuto, y extendiendo su alcance, al igual que lo había sido en la afirmación y extensión del sujeto de derecho comunitario.

No resulta procedente analizar aquí las vicisitudes por las que ha pasado la ciudadanía de la Unión hasta el momento, ni reflejar los diferentes estadios de su evolución. Únicamente se prestará atención a determinados aspectos de ésta, y sobre todo, de su configuración actual, con el objeto de determinar su incidencia en las categorías estatales de nacionalidad y ciudadanía.

En el estado actual de desarrollo de la ciudadanía de la Unión, el estatuto dista de ser claro, en su titularidad y contenido, e incluso en los ámbitos y situaciones concretas en que los derechos que otorga pueden ejercerse.

Aparentemente, se trata de un estatuto nítidamente determinado. Los nacionales de los EEMM, de acuerdo con los tratados, serían automáticamente ciudadanos de la Unión, por razón de dicha nacionalidad, y gozarían, como consecuencia de tal condición, de una serie de derechos determinados en ellos. Sin embargo, al profundizar en el estudio de la institución, se ponen de manifiesto una serie de problemas que ponen en cuestión su carácter aparentemente claro, y se muestra la incidencia que la misma tiene en las categorías estatales de ciudadanía y nacionalidad.

---

<sup>115</sup> Costanza Margiotta, *Cittadinanza europea. Istruzioni per l'uso*, Roma-Bari: Editori Laterza, 2014, pp. 38-50. A lo largo de estas páginas, la autora analiza el surgimiento y etapas iniciales de estos “sujetos de derecho comunitario” o “extranjeros privilegiados”. En su opinión, este estadio de desarrollo permitiría hablar de una “*forma embrionale di cittadinanza*” p. 49.

<sup>116</sup> *Ibidem* pp. 50-60; Pilar Juárez Pérez, “Dieciocho años de ciudadanía de la Unión: ¿hacia una figura emancipada?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2010), vol. 2, nº 2, [www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt), p. 277 (a. 01-12-2016).



Durante la etapa previa a la creación de la ciudadanía de la Unión, los derechos ligados a la *subjetividad comunitaria* nacen vinculados a la nacionalidad de los EEMM. El individuo era titular de estos derechos en cuanto nacional de un EM, siempre que se encontrase en alguna de las situaciones determinadas en el derecho comunitario. Sin embargo, este nexo aparentemente claro entre nacionalidad de un EM y subjetividad comunitaria es algo más complicado. En realidad, los citados derechos subjetivos no se atribuyen, necesariamente, a todos los nacionales de cada uno de los EEMM: casi desde los primeros estadios de evolución de la hoy UE surge la noción de *nacional a efectos comunitarios*. Esta idea permitirá a los EEMM establecer, mediante declaraciones anexas a los Tratados, quiénes pueden ser considerados sus nacionales a efectos del derecho de la Unión. Alemania (en 1957) y el Reino Unido (en 1972, modificada en 1982) realizaron aclaraciones en este sentido.<sup>117</sup>

El Tratado de Maastricht, al incorporar la primera referencia normativa a la ciudadanía europea, institucionalizando así esta figura, mantiene tanto su vinculación con la nacionalidad de un estado miembro, como la posibilidad de que cada estado emita declaraciones acerca de quiénes pueden ser considerados sus nacionales a efectos del Derecho de la UE. Con posterioridad a la aprobación del Tratado, se adoptó una *Declaración relativa a la nacionalidad de un Estado miembro*, de acuerdo con la cual los EEMM tenían la posibilidad de declarar “a efectos informativos”, quiénes deben considerarse sus nacionales a efectos comunitarios.

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (asuntos *Micheletti*<sup>118</sup> y *Kaur*<sup>119</sup>) parece deducirse que esta facultad de los EEMM de *informar* acerca de cuáles de sus

---

<sup>117</sup> Dimitry Kochenov y Aleksejs Dimitrovs, “EU Citizenship for Latvian “Non-Citizens”: A Concrete Proposal”, *Jean Monnet Working Paper Series* 14/2013 <http://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/2014/12/KochenovDimitrovs.pdf>, pp. 18-20 (a. 01-12-2016), analizando las razones históricas que llevaron a cada uno de estos dos países a explicitar qué personas pueden ser consideradas sus nacionales desde el punto de vista del derecho comunitario. Gerard-René De Groot, “Towards a European Nationality Law”, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 8.3 (2004), pp. 5-8, analizando ambas declaraciones y las vicisitudes a que se han visto sometidas.

<sup>118</sup> STJCE de 7 de julio de 1992, *MICHELETTI*, Asunto 369/90.

<sup>119</sup> STJCE de 20 de febrero de 2001, *KAUR*, Asunto 192/99.

nacionales deben ser considerados nacionales a efectos comunitarios es en realidad una posibilidad de *decidir* en tal sentido.<sup>120</sup>

Alemania y el Reino Unido se pronunciaron explícitamente a este respecto, y lo hicieron con anterioridad a la aprobación del Tratado de Maastrich. La declaración de Alemania, en cualquier caso, habría quedado ya sin efecto. Sin embargo, es posible señalar otros casos en los que, a pesar de no existir declaración explícita en tal sentido podrían surgir dudas acerca del automatismo del vínculo nacionalidad-ciudadanía europea.<sup>121</sup>

Además, la posibilidad de los EEMM de señalar cuáles son sus nacionales a efectos de derecho comunitario introduce la posibilidad de incluir como beneficiarios del estatuto de ciudadanía europea o de algunos de sus derechos a personas que no ostenten su nacionalidad.<sup>122</sup>

El vínculo entre nacionalidad de un estado miembro y ciudadanía de la Unión no es, por tanto, automático y necesario.

Por otra parte, esta vinculación entre ciudadanía de la Unión y nacionalidad de un estado miembro (o nacionalidad de un estado miembro a efectos comunitarios), no está exenta de problemas. Durante los años de vigencia de la ciudadanía de la Unión, la doctrina ha puesto de manifiesto las principales cuestiones suscitadas por esta problemática relación. Las propias instituciones comunitarias han enfrentado el problema en diferentes ocasiones, incluso con anterioridad a la creación de la ciudadanía. También el Tribunal de Justicia ha abordado tal vinculación en varias ocasiones, elaborando al respecto una jurisprudencia a la que enseguida nos referiremos.

---

<sup>120</sup> G. De Groot, “Towards a European... ob. cit. p. 8; Juana Goizueta Vértiz, “El carácter exclusivo de la competencia estatal en materia de nacionalidad: una lectura a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, en *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Mora (Vol. II)*, Madrid: Universitas, 2012, p. 3290;

<sup>121</sup> G. De Groot, “Towards a European... ob. cit. pp. 9-10.

<sup>122</sup> En este sentido, la propuesta de Kochenov y Dimitrovs de extender la ciudadanía de la UE a la categoría de “residente permanente no nacional” (integrada por personas de origen ruso que no gozan de la nacionalidad de otro estado pero tampoco de la nacionalidad letona, aunque residen legal y permanentemente en su territorio y no se encuentran vinculados a otro estado). D. Kochenov y A. Dimitrovs. “EU Citizenship... ob. cit. pp. 22-23.

La doctrina científica ha criticado el ligamen ciudadanía de la Unión-nacionalidad de un EM. La posibilidad de desvinculación de ambos institutos, con la creación de criterios autónomos de acceso a la ciudadanía de la Unión independientes de la nacionalidad, se planteó de forma institucional, aunque de momento esta vía haya sido abandonada.

En cualquier caso, como consecuencia de la relación entre ciudadanía de la Unión y nacionalidad de un EM se plantea la posibilidad de que el Derecho comunitario traiga consigo limitaciones a la competencia estatal en materia de nacionalidad. La inexistencia de un modo autónomo de atribución, adquisición y pérdida de la ciudadanía europea conlleva cierta fragmentación de este estatuto, al existir modos muy diversos de acceder a ella.<sup>123</sup> Por otra parte, la existencia de diferentes regímenes de acceso a la ciudadanía puede tener efectos en el disfrute de derechos ligados al estatuto comunitario.<sup>124</sup>

De igual modo, y ya no tan ligada a la relación ciudadanía de la Unión-nacionalidad, sino a consideraciones más generales, se plantea la posibilidad de que las obligaciones en materia de Derecho internacional público y el respeto de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales en la materia conlleven limitaciones a la competencia estatal en materia de nacionalidad.

Varios pronunciamientos del Tribunal de Justicia resultan de interés respecto a las dos últimas ideas. De la jurisprudencia parece deducirse que del Derecho de la Unión pueden derivar limitaciones de la competencia estatal para regular el régimen de nacionalidad. La primera vez en que el Tribunal de Justicia sometió la regulación de la nacionalidad de un estado miembro a consideraciones ajenas a las estatales fue en el asunto *Airola*,<sup>125</sup> sentencia dictada en 1975, en que consideró contraria a la prohibición de discriminación de los trabajadores por razón de sexo la norma italiana que atribuía a la mujer casada la nacionalidad de su marido sin que a la mujer le fuera posible renunciar a ésta. En 1992, en el asunto *Micheletti*, el tribunal estableció explícitamente

---

<sup>123</sup> P. Juárez Pérez, “Dieciocho años... ob. cit. p. 272.

<sup>124</sup> De Groot analiza las consecuencias negativas que las normas nacionales en materia de nacionalidad pueden tener en el disfrute del derecho de libre circulación y residencia. G. De Groot, “Towards a European... ob. cit. pp. 14-20.

<sup>125</sup> STJCE de 20 de febrero de 1975, *AIROLA*, Asunto C-33/72.

que la competencia de cada EM para regular los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad debe ejercerse respetando el derecho comunitario. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no ha precisado en qué consiste este respeto, cuáles son los casos en que una decisión de un estado miembro en materia de régimen de nacionalidad puede resultar contraria a este derecho.

La sentencia *Rottmann*, ya en el año 2010, introduce la proporcionalidad como posible límite a la regulación interna del régimen de nacionalidad, al menos en casos de pérdida de la misma. Este pronunciamiento ha sido visto como un punto de inflexión en la materia.

En el ámbito doctrinal, se han señalado diferentes vías para el abordaje de las dificultades causadas por el vínculo entre la ciudadanía de la Unión y la nacionalidad de los EEMM. Una de ellas es la modificación de su criterio de atribución, mediante la determinación de requisitos autónomos de atribución, adquisición y pérdida de la ciudadanía de la Unión.

Se ha propuesto también la unificación o armonización de los regímenes estatales sobre nacionalidad. El Convenio Europeo sobre Nacionalidad podría ser un instrumento útil si se quisiera lograr dicha armonización, en cuanto contiene normas básicas en la materia, aunque a día de hoy no todos los EEMM son parte de este convenio.<sup>126</sup>

Una tercera vía de solución, que parece ser la más factible en la actualidad, es la modulación de la competencia estatal en la materia a través de la actuación del Tribunal de Justicia, controlando la adecuación de los regímenes de nacionalidad al Derecho de la Unión. La aprobación de la sentencia *Rottman* ha llevado a parte de la doctrina a afirmar la actualidad de dicho control, considerando que la sentencia supone la asunción

---

<sup>126</sup> De Groot señalaba en 2004 la potencialidad práctica de este tratado, que si bien no resolvería todos los problemas motivados por la difícil relación ciudadanía de la Unión-nacionalidad de los EEMM, permitiría que los trabajos de la UE en la materia se centrasen en la resolución de problemas específicos de esta organización supranacional, remitiéndose al Convenio para la resolución de problemas más generales, aprovechando así la experiencia y trabajos del Consejo de Europa. Este autor propone la promoción, por parte de las instituciones de la UE, de la adhesión de los EEMM al Convenio. G. De Groot, "Towards a European... ob. cit. pp. 27-30.

de una importante potestad de control por parte del Tribunal de Justicia, si bien no existe un acuerdo claro al respecto.<sup>127</sup>

Hasta aquí hemos señalado las cuestiones problemáticas suscitadas por la determinación, por los EEMM, de los requisitos de acceso al estatuto de ciudadano de la Unión. Pero la relación entre nacionalidad de un EM y ciudadanía de la Unión no sólo resulta difícil en lo tocante a este tema. Esta vinculación plantea otros problemas, similares en varios sentidos a los que surgen a nivel estatal como consecuencia del ligamen entre nacionalidad y ciudadanía.

No sólo los nacionales de los EEMM pueden disfrutar de los derechos ligados a la ciudadanía de la Unión. El Derecho de la Unión reconoce derechos vinculados a la ciudadanía a personas que no gozan de tal estatuto, por no ser nacionales de ningún EM.<sup>128</sup> Los nacionales de terceros estados residentes de larga duración disfrutan de un estatuto propio cuyo contenido coincide en varios puntos con el estatuto de ciudadanía de la Unión.

Lo anterior entronca con el tema del contenido de la ciudadanía de la Unión. Este no se encuentra nítidamente determinado. El derecho primario y secundario de la UE contienen un buen número de disposiciones atribuyendo derechos subjetivos a los ciudadanos de la Unión y a otros individuos, en general o por razón que se encuentren en determinadas situaciones, como puede ser la de nacional de un tercer estado residente de larga duración en un EM, sin que sea sencillo deducir, ni de las disposiciones normativas ni de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un contenido claro y coherente para este estatuto. Tampoco resulta fácil determinar cuáles son los poderes públicos frente a los que los ciudadanos u otros individuos pueden ejercer estos derechos, ni en qué situaciones.

De acuerdo con el artículo 20.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes “establecidos en los Tratados”. A continuación, este precepto

---

<sup>127</sup> Recogiendo diferentes opiniones respecto de la sentencia *Rottmann*, Jo Shaw y otros, “Has the European Court of Justice challenged Member State sovereignty in nationality law?” *RSCAS 2011/62*, EUDO Citizenship Observatory [http://eudo-citizenship.eu/docs/RSCAS\\_2011\\_62.pdf](http://eudo-citizenship.eu/docs/RSCAS_2011_62.pdf) (a. 01-12-2016)

<sup>128</sup> Se entiende, nacionales a efectos comunitarios.

enumera una serie de derechos que los ciudadanos tienen “entre otras cosas”: libre circulación y residencia; sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y las elecciones municipales del EM en que residan; de protección diplomática cuando se encuentren en un tercer estado y su EM de nacionalidad no posea representación en él; de formular peticiones ante el Parlamento Europeo; de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo; de dirigirse a las instituciones y órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y recibir una contestación en esa misma lengua.

Los artículos 21, 22, 23 y 24 TFUE recogen de nuevo, atribuyéndoselos a “todo ciudadano de la Unión”, los derechos enumerados en el artículo 20.2, desarrollándolos.

El artículo 18 TFUE, por su parte, se refiere a la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad.

El TUE, en sus artículos 9 a 11, dentro del Título II “Disposiciones sobre los principios democráticos”, se refiere a la ciudadanía de la Unión, conteniendo derechos relacionados con la participación democrática de los ciudadanos de la Unión.

Hay que tener también en cuenta el artículo 6 del TUE, relativo a la protección de los derechos fundamentales, que remite a las libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE); así como a los derechos fundamentales que garantiza el CEDH y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los EEMM, que forman parte del Derecho de la Unión como principios generales.

En cuanto al ámbito y situaciones en que pueden ejercerse los derechos subjetivos vinculados a la ciudadanía de la Unión, también distan de ser claros. Algunos pueden ejercitarse directamente ante las instituciones de la UE, como el recurso ante el Defensor del Pueblo Europeo. Respecto de otros, como el de libre circulación y residencia, es claro que deben ser garantizados por EEMM de los que el ciudadano no es nacional, pero con los que éste entra en contacto por una u otra razón, en muchas ocasiones precisamente como consecuencia del ejercicio de ese mismo derecho de libre circulación y residencia. La duda se plantea con respecto de la posibilidad de ejercitar derechos asociados al estatuto de ciudadanía de la Unión frente al propio EM de nacionalidad. Recientemente, algunos cambios jurisprudenciales parecen llevar a la conclusión de que es posible reclamar derechos asociados a la ciudadanía europea

aunque no exista un elemento transnacional, frente al propio EM de nacionalidad, si bien no se trata de una jurisprudencia lo suficientemente clara<sup>129</sup>.

Nos encontramos por tanto con una ciudadanía de la Unión en algún modo incierta, y susceptible de influir en gran medida en las categorías jurídicas nacionalidad y ciudadanía.

### C. Concepciones de la ciudadanía y nexo de este concepto con la nacionalidad

El análisis contemporáneo de la categoría jurídica *ciudadanía* no es siempre preciso desde el punto de vista conceptual. Como muestra lo expuesto a lo largo de los epígrafes anteriores, esta categoría se confunde a menudo con la de *nacionalidad*. Por lo demás, cada uno de estos términos puede adoptar sentidos diversos en los distintos sistemas jurídicos, o incluso dentro del mismo. Algo similar sucede en el ámbito de la doctrina científica.

El término nacionalidad se utiliza, en muchas ocasiones, con el significado de nexo entre un individuo y un grupo humano que comparte determinadas características - típicamente, étnicas o culturales- que constituiría, desde este tipo de perspectivas y en el sentido citado, una nación.<sup>130</sup> Este uso de la palabra nacionalidad no alude

---

<sup>129</sup> Respecto de la necesidad de clarificación del contenido en derechos de la ciudadanía de la Unión, y los cambios jurisprudenciales citados, Dimitry Kochenov, “The Right to Have *What* Rights? EU Citizenship in Need of Clarification”, *European Law Journal*, vol. 19, nº 4 (julio 2013), pp. 502-516.

<sup>130</sup> Un informe del *British Institute of International and Comparative Law*, analizando las distintas utilizations de ambos términos por parte de los ordenamientos jurídicos y la doctrina científica contemporánea, hace referencia a esta idea, citando un trabajo de K. Rubenstein y D. Adler. Así, según la opinión de estos autores recogida en tal informe: “[t]he idea of nationality is used to connote the relationship between an individual and the nation, regardless of the legal citizenship held by the person. A nation may be defined as a collection of people having some kind of corporate identity recognized by themselves and others, a history of association and a name [...] By contrast, the status of citizen is used to denote the link between an individual and a State, a form of political organization with territorial boundaries which may encompass more than one nation (as in the case of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)”, Faria Medjoubia y Justine N. Stefanelli (dir.) y Mónica Sánchez (research fellow), *The Rights and Responsibilities of Citizenship*, British Institute of International and Comparative Law, 2008, p. 3 [http://www.biicl.org/documents/146\\_6467\\_biicl\\_citizenship\\_report\\_-\\_final.pdf?showdocument=1](http://www.biicl.org/documents/146_6467_biicl_citizenship_report_-_final.pdf?showdocument=1) (a. 01-12-2016).

habitualmente a un vínculo jurídico, aunque en ocasiones pueda ser así. Si se adopta este significado del término nacionalidad, su diferencia con el de ciudadanía se encontraría en que éste indica un vínculo de tipo jurídico, mientras el tipo de ligamen designado por aquélla sería de otra naturaleza, aunque pudiera tener alcance jurídico.

En otros casos se entiende que nacionalidad y ciudadanía son términos, en cierto modo, equivalentes: ambos designarían una relación jurídica entre individuo y estado, que llevaría aparejado un determinado *status* jurídico. La diferencia entre ambos estribaría en el ámbito en que la relación o *status* despliega sus efectos. Se hablaría de nacionalidad cuando el vínculo despliega efectos en el ámbito internacional: el individuo nacional gozaría así de cierta posición en dicho ámbito. La ciudadanía en cambio se utilizaría desde un punto de vista interno para designar tanto el vínculo como la posición derivada del mismo, es decir, los derechos de los que el individuo disfruta, en su condición de ciudadano, en relación a su estado.<sup>131</sup>

Una idea similar (aunque, desde nuestro punto de vista, no exactamente igual, pues introduce una mayor distinción entre los conceptos de nacionalidad y ciudadanía, que ya no son “esencialmente el mismo concepto”), puede encontrarse en Verdross a mediados del siglo XX, que desde el punto de vista de su disciplina y en un contexto alemán, considera que:

“[e]l concepto de *nacionalidad* (“Staatsangehörigkeit”, “nationality”), de carácter *jurídico-internacional*, no coincide con el de *ciudadanía* (“Staatsbürgerschaft”, “citizenship”), que es de carácter *jurídico-interno*; para el D.I. lo importante es únicamente la *pertenencia permanente y pasiva* de una persona a un determinado Estado, mientras que el derecho interno establece una distinción entre los ciudadanos propiamente dichos, con plenitud de derechos políticos, y los súbditos de las colonias. Ante el D.I., sin embargo, estos últimos son también *súbditos* del Estado al que la colonia pertenece, y por eso, al igual que los ciudadanos del Estado patrio, están bajo la protección jurídico internacional de este”<sup>132</sup>

---

<sup>131</sup> “The two terms reflect two different legal frameworks, although they are essentially the same concept: both terms identify the legal status of an individual in light of his or her State membership, but citizenship is confined mostly to domestic legal forums whereas nationality is connected to the international forum”. F. Medjoubia *et al.*, *The Rights...* ob. cit. p. 3.

<sup>132</sup> A. Verdross. *Derecho Internacional...* ob. cit. p. 285. Verdross cita en su obra una sentencia dictada por el Tribunal Mixto de Apelación egipcio, de 12 de mayo de 1925, en el asunto *G. Romano c. Hoirs feu Hakim J*, según la cual “[l]a jouissance des droits civils et politiques, qui constitue un attribut



Esta distinción entre nacionalidad y ciudadanía resulta, desde nuestro punto de vista, más precisa. Hay que tener en cuenta el contexto en que se elabora, con el proceso de descolonización aún incompleto, y existiendo estados que no reconocían la posibilidad de acceder a los derechos de ciudadanía a todos los nacionales. Ello permite discernir ambos conceptos con más claridad que en la actualidad, en la medida en que la progresiva extensión del acceso a los derechos de ciudadanía a todos los nacionales ha producido su aproximación, lo que ha contribuido a la dilución de la distinción entre ambas categorías.

El solapamiento de los conceptos de nacionalidad y ciudadanía obedece en gran parte a razones históricas. Tratándose de categorías jurídicas diferentes, que cumplen una función diversa en el ordenamiento, se encuentran estrechamente entrelazadas, como consecuencia de la evolución de los sistemas jurídicos en que nacen y se consolidan. La nacionalidad es un vínculo jurídico entre individuo y estado, mientras la ciudadanía se configura más bien como una posición del individuo en el seno del estado. Sin embargo, esta distinción entre ambas categorías ha adquirido una debilidad que la torna difícil de aprehender, por diversas razones.

Como se ha visto *supra* con detenimiento, la ciudadanía moderna se consolida durante el periodo revolucionario francés: es una idea política que plasma jurídicamente en la DUDH y en diversas constituciones, y que nace dotada de una ambigüedad originaria. A ello se sumó el hecho de que los criterios de adquisición de la ciudadanía pasiva fueran, en un primer momento, sustancialmente coincidentes con los de la condición de francés en el Antiguo Régimen. El surgimiento y consolidación de la nacionalidad moderna, que aparece despojada en gran medida de significado político, es posterior al de la ciudadanía. Durante decenios, ambas categorías permanecen separadas de una forma bastante clara: para ser ciudadano en un sentido pleno, disfrutando de la totalidad de derechos que proporciona la posición de ciudadanía, ser nacional es condición necesaria pero no suficiente. Con la extensión de los derechos de ciudadanía a

---

*de la citoyenneté, n'est pas essentielle à la nationalité, laquelle est exclusivement fondée sur l'idée de la sujétion à la souveraineté de l'Etat".*

todos los nacionales, la diferenciación entre ambos conceptos, ya difusa en algunos sentidos, se difumina aún más.<sup>133</sup>

Por otra parte, los cambios políticos acaecidos a lo largo del siglo XX, sobre todo a partir de su segunda mitad, han tenido un impacto sobre el concepto de ciudadanía.

En el contexto de la segunda posguerra mundial, el sociólogo T. H. Marshall publica el conocido ensayo *Citizenship and social class*.<sup>134</sup> Esta obra es citada con mucha frecuencia en los estudios sobre ciudadanía realizados en la segunda mitad del siglo pasado, especialmente a partir de los años ochenta: se considera un punto de inflexión en cuanto a la forma de concebir la ciudadanía y un cambio importante en la forma de entender este concepto.<sup>135</sup>

Brubaker habla de “*sociologization*” del concepto de ciudadanía para referirse a la preocupación que surge en el ámbito de la sociología política por el contenido sustantivo de esta categoría, bien en el sentido de un conjunto de derechos que pueden encontrarse ligados o no a la “ciudadanía formal” o nacionalidad; bien en el sentido de participación democrática del individuo en el ejercicio del poder (fenómeno éste, el de la “sociologización de la ciudadanía” en el que el ensayo de Marshall habría tenido un papel importante).<sup>136</sup> También P. Costa atribuye al éxito del escrito de Marshall los más

---

<sup>133</sup> Manetti señala: “[i] rivolgimenti che sono stati formalizzati con l’introduzione del suffragio universale hanno imposto di ripensare profondamente le categorie tradizionali della dottrina giuspubblicistica: tra queste, in primo luogo, l’ambigua ricostruzione della cittadinanza come appartenenza ad uno dei tre elementi che costituiscono lo Stato e insieme come fattore di soggezione alla sovranità statale”. Michela Manetti, “Profili costituzionali in materia di diritto alla cittadinanza degli immigrati”, *Rassegna parlamentare*, año 56, núm. 3 (2014), p. 517. Esta afirmación se realiza en el contexto italiano, con importantes peculiaridades en lo tocante al significado y diferenciación entre *cittadinanza* y *nazionalità* (lo que explica que la autora hable únicamente de *cittadinanza*, que en este contexto suele englobar ambas categorías).

<sup>134</sup> Thomas H. Marshall, “Ciudadanía y clase social”, en Thomas H. Marshall y Tom Bottomore, *Ciudadanía y clase social* (trad. Pepa Linares), Madrid: Alianza Editorial, 1998.

<sup>135</sup> Se ha calificado a este texto como “clásico –y, en algún sentido, canónico”: Javier de Lucas Martín y otros, *Los derechos de participación como elemento de integración de los inmigrantes*, Bilbao: Fundación BBVA, 2008, p. 34.

<sup>136</sup> W. Rogers Brubaker, *Citizenship...* ob. cit. pp. 35-38

o menos recientes intentos de redefinir y dilatar el sentido del término ciudadanía en los ámbitos de la sociología y de la filosofía política.<sup>137</sup>

La ciudadanía para Marshall es, ante todo, un *status* de igualdad “entre los miembros de pleno derecho de una comunidad”.<sup>138</sup> Bien entendido que el autor sitúa el criterio de inclusión entre estos “miembros de pleno derecho” en varones nacionales y adultos.<sup>139</sup> Su tripartición de la ciudadanía, muy criticada, deriva de esta forma de entender el concepto. Ciudadanía significa igualdad de derechos y obligaciones: la división de la misma “no la impone, en este caso, la lógica, sino la historia”, en tanto en cuanto sólo es posible hablar de ciudadanía cuando hay igualdad de derechos.<sup>140</sup> Por tanto, puesto que fueron los que él denomina “derechos civiles” los primeros atribuidos a todos los miembros de la comunidad con independencia de su clase económica, en este momento sólo cabe hablar de “ciudadanía civil”. Cuando los que llama “derechos políticos” se extienden a todos los “miembros de pleno derecho de la comunidad”, a la ciudadanía civil se le añade la política.<sup>141</sup> Y, cuando se garantizan “derechos sociales” a todos los miembros de la comunidad, la “ciudadanía social” se une a las otras dos dimensiones.

---

<sup>137</sup> Pietro Costa, “Cittadinanza e storiografia: qualche riflessione metodológica”, *Historia Constitucional* (revista electrónica), n. 6 (2005), p. 78.

<sup>138</sup> Según Marshall, “[l]a ciudadanía es aquel estatus que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad. *Sus beneficiarios son iguales en cuanto a los derechos y obligaciones que implica*” (énfasis añadido), T.H. Marshall, “Ciudadanía... ob. cit. p. 37.

<sup>139</sup> *Ibidem*. p. 28. “La historia de los derechos civiles en su periodo formativo se caracteriza por la inclusión gradual de nuevos derechos en un estatus ya existente que se consideraba propio de todos los miembros adultos de la comunidad, aunque habría que decir de los miembros varones, ya que el estatus de la mujer, al menos de la casada, era especial en muchos aspectos”.

<sup>140</sup> *Ibidem* p. 22.

<sup>141</sup> “Si sostenemos que en el siglo XIX la ciudadanía en forma de derechos civiles era universal, el sufragio político no formaba parte de los derechos de la ciudadanía, puesto que era privilegio de una reducida clase económica. No obstante, la ciudadanía no careció por completo de implicaciones políticas durante el periodo, porque si no confería derechos, sí confería capacidades. Los derechos civiles facultaban al ciudadano para ganar dinero, ahorrarlo, adquirir propiedades o alquilar una casa, así como de disfrutar todo derecho político vinculado a esos logros económicos. Sus derechos civiles le facultaban para hacerlo”, *ibidem* p. 31.

Marshall es consciente de la estrecha conexión existente entre los distintos tipos de derechos.<sup>142</sup> La división que realiza obedece a su idea de que, sin igualdad entre los miembros de pleno derecho de la comunidad, no puede hablarse de ciudadanía y puesto que, según su análisis, la igualdad en derechos entre los miembros de la comunidad se habría alcanzado, en el contexto inglés, por etapas, este autor identifica cada una con una dimensión de la ciudadanía.

Puede decirse que Marshall retoma uno de los significados del concepto de ciudadanía presentes en los primeros momentos de la Revolución francesa -ciudadanía como *status* de igualdad de derechos, como ausencia de privilegios o igualdad en los privilegios- enriqueciéndolo, pues el *status* contemporáneo de ciudadanía desde el punto de vista de Marshall incluye derechos no contemplados en aquel momento histórico.

La “reinterpretación” de la ciudadanía que lleva a cabo T.H. Marshall se formula desde el punto de vista de la sociología. Sin embargo, el ensayo refleja fenómenos y realidades pertenecientes al mundo del derecho, y sus puntos de vista han sido utilizados en análisis jurídicos.

De manera que en el siglo XX, especialmente a partir de la mitad de este periodo, reaparece la idea de ciudadanía como *status* de igualdad de derechos. Además, este *status* se enriquece como consecuencia de las transformaciones del Estado constitucional. La democratización y la socialización del estado tienen consecuencias importantes en todo lo relacionado con la ciudadanía.

---

<sup>142</sup> Marshall analiza en su ensayo la interrelación entre los tres tipos de derechos, al estudiar las barreras económicas para el pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos, T.H. Marshall, “Ciudadanía... ob. cit. pp. 41-50.

## VII. Nacionalidad y ciudadanía en el ordenamiento democrático-constitucional

A lo largo de los siguientes epígrafes, se presta atención al significado y función jurídica de las categorías ciudadanía y nacionalidad en el ordenamiento democrático-constitucional. En relación con ello analizaremos dos ordenamientos concretos, que son los sistemas jurídicos en los que se centra nuestro trabajo: comenzaremos con un examen del significado y función de las categorías nacionalidad y ciudadanía en el ordenamiento español para realizar después una referencia al ordenamiento italiano.

Nos ocuparemos especialmente de las consecuencias del vínculo jurídico *nacionalidad* y de la función que desempeña en el ordenamiento jurídico.

En relación con la ciudadanía, muchas de las cuestiones adelantadas en este epígrafe serán analizadas con detalle en capítulos posteriores. La categoría jurídica *ciudadanía* se configura como *status* con un determinado contenido de derechos. Así, al analizarla, resulta necesario hacer referencia a los derechos que en los vigentes ordenamientos democrático-constitucionales se vinculan a ella. Nos limitaremos ahora a mencionar algunos puntos clave relacionados con el significado, función y contenido de la categoría jurídica, remitiendo a capítulos posteriores en que se profundizará en la relación nacionalidad-ciudadanía-derechos fundamentales y en los cambios que esta relación se encuentra experimentando.

La nacionalidad es una institución central en varios ámbitos del Derecho, desempeñando funciones intensamente relacionadas entre sí.

Desde el punto de vista del Derecho internacional, la nacionalidad tiene la función de delimitar la población mundial en función de su sujeción a los distintos ordenamientos estatales. En relación con lo anterior, determina el ámbito personal estable y permanente de validez de las normas estatales.<sup>143</sup>

---

<sup>143</sup> Identifica y analiza estas funciones de la nacionalidad, B. Aláez, *Nacionalidad, ciudadanía...* ob. cit. *passim* esp. pp. 84 y ss. Desde el punto de vista del Derecho internacional público, se ha definido la nacionalidad como “vínculo que liga a un individuo con una determinada organización política estatal, determinando la pertenencia jurídica de una persona a la población de un estado”. M. Díez de Velasco, *Instituciones...* ob. cit. p. 612.

Asimismo, desde el punto de vista del Derecho internacional privado, la nacionalidad desempeña una función de determinación de la ley personal del sujeto en conflictos de Derecho privado. Desde principios del S. XIX, en el ámbito del Derecho internacional privado la nacionalidad se ha venido utilizando para precisar la ley personal aplicable a una relación jurídica en situaciones de conflicto inter-normativo internacional. Hay que tener en cuenta que, en el contexto de los cambios político-jurídicos asociados al consenso anti-totalitario vinculado al final de la II GM y la evolución de las instituciones creadas en dicho marco, actualmente se ha relativizado en gran medida la idea tradicional de *estatuto personal*.<sup>144</sup>

Las tres funciones de la nacionalidad expuestas hasta ahora tienen mucho que ver con su dimensión internacional, aunque son necesarias para el correcto funcionamiento interno del ordenamiento jurídico estatal, en el actual contexto de división en estados nacionales. Desde este punto de vista, la nacionalidad funciona como vínculo entre individuo y estado en el que convencionalmente denominaremos plano internacional, y en el mundo del Derecho internacionales.

Pero el vínculo jurídico *nacionalidad* tiene también una dimensión que podríamos llamar interna. Esta institución sirve como presupuesto habilitante del reconocimiento de una serie de posiciones del sujeto en el ordenamiento jurídico estatal. La nacionalidad funciona como criterio de pertenencia al sujeto colectivo de la soberanía y, además, opera como criterio de atribución de derechos y deberes. Ello es así en virtud de la conexión de la nacionalidad con la institución jurídico-política de la ciudadanía.

---

<sup>144</sup> Entendido como conjunto de materias que por su consideración preferentemente personal se sujetan a aplicación de la ley personal determinada por la nacionalidad. Sobre el estatuto personal en Derecho Internacional Privado, señalando las tensiones a que se ve sometido en la actualidad, José Carlos Fernández Rozas y Sixto Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, Cizur Mayor (Navarra): Civitas, 2015, pp. 313-332. El *Explanatory Report* sobre el Convenio Europeo sobre nacionalidad señala en su punto 13 que un número creciente de estados están utilizando la noción de “residencia habitual” en lugar de “nacionalidad” como criterio de conexión en cuestiones de Derecho internacional privado. En un sentido similar, José Antonio Paredes Pérez, “La raíz histórica de la nacionalidad y su retroceso como criterio de conexión del estatuto personal en el sistema estatal de Derecho Internacional Privado. Un estudio desde la perspectiva *fórum-ius*”, en *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá*, núm. VI (2013), pp. 33-46.

Por su parte, la ciudadanía es, recordemos, un concepto esencialmente político. Expresa una determinada concepción acerca de la posición que deben ocupar determinados sujetos en el ordenamiento jurídico estatal. Esta concepción puede variar: la idea de ciudadanía no ha sido exactamente la misma desde su nacimiento, como ya hemos visto.

Pero además, la ciudadanía es un concepto jurídico. En este sentido, supone la introducción en el ordenamiento jurídico estatal de una serie de instituciones que permiten al sujeto ocupar una determinada posición en el seno de ese ordenamiento. La categoría jurídica ciudadanía tiene un contenido formado por las instituciones jurídicas que permiten al sujeto ostentar un determinado *status* jurídico; y unos titulares, los individuos a los que el ordenamiento atribuye y garantiza la posición de ciudadanos.

En los ordenamientos jurídicos contemporáneos –al igual que en épocas históricas anteriores- nacionalidad y ciudadanía construyen su nexo en el momento de la determinación de la titularidad de la ciudadanía.

## **1. Nacionalidad y ciudadanía en el ordenamiento constitucional español.**

La Constitución española de 1978 (CE) no contiene un régimen de la nacionalidad, pues no determina quiénes son españoles. Es la primera constitución del derecho histórico español que no se pronuncia a este respecto. El art. 11 CE remite a la ley para el establecimiento de las condiciones de su adquisición, conservación y pérdida.

Hubo cierta discusión doctrinal acerca de si la regulación de la nacionalidad debía llevarse a cabo por ley orgánica, dada su incidencia en la atribución de la titularidad de derechos fundamentales, aunque en la práctica se ha entendido adecuada la regulación por ley.<sup>145</sup> De igual modo parte de la doctrina ha puesto de manifiesto la necesidad de una ley especial en materia de nacionalidad, considerando inadecuada la actual inclusión de la materia en el Código Civil.<sup>146</sup>

---

<sup>145</sup> José Carlos Fernández Rozas, “La reforma del derecho español de la nacionalidad”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1984, pp. 155-157.

<sup>146</sup> *Ibidem* pp. 159-160; A. Álvarez Rodríguez, *Nacionalidad...* ob. cit. p. 20.

El mismo artículo 11 CE, por otra parte, recoge la distinción entre españoles de origen y no de origen, que se encuentra a lo largo de todo el derecho histórico español con más o menos consecuencias. El precepto atribuye a los españoles de origen el derecho a no ser privados de su nacionalidad y a no perderla al adquirir la de un país iberoamericano o “que tenga o haya tenido una particular vinculación con España” aun no existiendo un tratado de doble nacionalidad.

El Código Civil recoge las bases del derecho de la nacionalidad español. En sus artículos 17 a 26 regula la atribución, adquisición, mantenimiento y pérdida de la nacionalidad española. La ley y el reglamento del Registro Civil contienen también previsiones en la materia. Estas normas se completan con la Instrucciones y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Las líneas básicas de la actual reglamentación en materia de nacionalidad se encuentran en la reforma llevada a cabo por la Ley 51/1982, de julio, que adaptó a la Constitución la regulación de la nacionalidad española.

El concepto jurídico de nacionalidad no se encuentra, hoy día, exento de discusión en el ordenamiento español. Antes bien, se trata de una institución acerca de la que existen visiones muy diferentes, que con frecuencia varían en función de la rama del derecho desde la que se aborde su estudio.

Como ha quedado expuesto, las normas legales, la jurisprudencia y la doctrina científica no siempre son precisas a la hora de abordar estos dos conceptos, de manera que en ocasiones los términos nacionalidad y ciudadanía se utilizan como sinónimos o equivalentes. El caso español no es una excepción: tanto algunas normas jurídicas españolas, como determinadas resoluciones judiciales, y parte de la doctrina científica, adolecen en ocasiones de falta de claridad conceptual en la utilización de estas categorías jurídicas.

Sin embargo, se trata, como decimos, de instituciones diferentes.

Desde la doctrina civilista española, la nacionalidad se ha definido como “estado civil de la persona, influyente en su capacidad de obrar, pues de acuerdo con la nacionalidad se aplican las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, estado, condición y capacidad legal de la persona y sucesión por causa de muerte; es la ley nacional la reguladora de estas materias para los españoles en el extranjero y para los



extranjeros en España (art. 9.1º del Código Civil)”.<sup>147</sup> Esta visión tiene que ver con el ámbito del Derecho internacional privado.

El Tribunal Supremo español (TS), en reiterada jurisprudencia, ha calificado la nacionalidad como “estado civil de la persona”, afirmando que ésta es la “verdadera naturaleza jurídica” de tal institución.<sup>148</sup> Sin embargo, hay que tener en cuenta que pese a la utilización de la expresión “estado civil”, esta afirmación del Supremo parece tener más que ver con la función de la nacionalidad como criterio de atribución de derechos y deberes, que será analizada más adelante, que con la determinación del estatuto personal en el ámbito conflictual del derecho internacional privado.

La CE contiene una idea determinada de ciudadanía, tributaria del desarrollo histórico del concepto que hemos analizado a lo largo de este capítulo. El contenido de esa ciudadanía se va desglosando a lo largo de sus disposiciones, y se expresa, básicamente, en los derechos fundamentales por ella garantizados.

Nacionalidad y ciudadanía construyen su nexo en el momento de la determinación de la titularidad de la ciudadanía (en nuestro ordenamiento constitucional español y en la mayoría de los demás).

La CE permite una concepción de la ciudadanía y de su relación con la nacionalidad y la soberanía muy influida por la evolución histórica que se ha analizado en los epígrafes anteriores. Pero, a la vez, introduce una serie de categorías jurídicas, tributarias de los desarrollos acaecidos en el contexto político y jurídico constitucional con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, entre las que se encuentra la referencia constitucional a la dignidad de la persona y a los derechos que le son inherentes, que problematizan la citada comprensión de la ciudadanía y la nacionalidad, y que tienen como consecuencia que dichas categorías se vean sometidas a nuevos problemas.

De acuerdo con el artículo 1.2 CE “[l]a soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan todos los poderes del Estado”. Y en el Preámbulo, es la Nación española, en uso de su soberanía, quien proclama su voluntad de establecer un

---

<sup>147</sup> Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil. Volumen I. Duodécima edición*, Madrid: Tecnos, 2003, p. 281.

<sup>148</sup> SSTs de 25 de octubre de 1999 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) (FJ 3); de 5 de octubre de 2002 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) (FJ 6).

ordenamiento constitucional con el objetivo de cumplir con una serie fines, entre los que se encuentra “promover el bien” de los integrantes de la Nación.

En la doctrina del Tribunal Constitucional español (TC), el concepto de “ciudadano” aparece conectado en diversas ocasiones a los de “participación política”, “comunidad nacional”, “cuerpo electoral” y “voluntad general”. El término adopta, en algunos casos, el significado de individuo habilitado para participar políticamente a través de los instrumentos previstos en el artículo 23 CE. Esta participación política posibilita al cuerpo electoral compuesto por los ciudadanos, entendidos en el sentido apuntado, expresar la voluntad general, decidiendo así colectivamente el destino político de la “comunidad nacional” (STC 103/2008, de 11 de septiembre, FFJJ 1 y 2, recogiendo doctrina de las SSTC 119/1995, de 29 de enero, y 12/2008, de 17 de julio). La Nación española aparece constituida por “el conjunto de ciudadanos”: el término “ciudadano” adopta así, desde este punto de vista, el significado de “integrante de la nación”. El estado es “expresión formalizada de un ordenamiento constituido por voluntad soberana de la Nación española”, el poder soberano es exclusivo de la nación constituida en estado. (FJ 4, recogiendo en este punto doctrina de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 4 a), con cita de la STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3).

En cuanto el Pueblo español y la Nación española se entienden constituidos por los nacionales españoles, únicos que pueden ser titulares de los derechos de participación política del artículo 23 CE. La nacionalidad se conecta así con la pertenencia al sujeto colectivo al que se atribuye la soberanía y con la titularidad de los derechos de participación política.

La CE y la doctrina jurisprudencial del Tribunal incorporan, a la vez, otros entendimientos del término “ciudadano” que matizan la comprensión de la ciudadanía y su vínculo con la nacionalidad. Sobre ello profundizaremos en los capítulos siguientes. En todo caso, adelantemos que el reconocimiento de posiciones *iusfundamentales* a no nacionales explicaría aquellas reflexiones.

La jurisprudencia del TS recoge una concepción similar de la nacionalidad y su relación con la ciudadanía. Este tribunal ha afirmado en múltiples ocasiones que la nacionalidad es el “sustrato y fundamento necesario para el ejercicio de los derechos políticos”, y que su otorgamiento no puede ser considerado como un derecho del particular sino como el otorgamiento de una condición que constituye una de las más

plenas manifestaciones de la soberanía de un estado, por constituir la nacionalidad la base misma de aquél, otorgamiento condicionado al cumplimiento de unos requisitos legales (SSTS de 8 de febrero de 1999, de 22 de abril de 2004, de 21 de mayo de 2007). Asimismo, en reiterada doctrina jurisprudencial, este tribunal ha considerado que la nacionalidad tiene una doble dimensión: por un lado, un aspecto público, desde cuya perspectiva es un “título para formar parte de la organización del Estado”; por otro lado, un “aspecto privado”, desde el que constituiría una “cualidad como perteneciente a una comunidad” (entre otras, SSTS de 24 de abril de 1999, de 9 de junio de 1999, de 25 de octubre de 1999, de 7 de octubre de 2000, de 19 de diciembre de 2000 y de 5 de octubre de 2002).

Por lo demás, resulta necesario analizar la nacionalidad y la ciudadanía como criterios de atribución de derechos. La Constitución y las normas legales españolas ligan a la condición de nacional una serie de derechos y deberes. Hay que diferenciar entre lo relacionado con los derechos fundamentales y lo relativo a otro tipo de derechos o consecuencias jurídicas ligadas a la nacionalidad.

Hay que partir de que la nacionalidad no se configura como un estatuto jurídico unitario (desde el momento en que la propia Constitución admite la diferencia entre españoles de origen y naturalizados). El Tribunal Constitucional, en su Declaración 1/1992, de 1 de julio, FJ 5, caracteriza la nacionalidad como la capacidad potencial para ser titular de cualesquiera situaciones jurídicas en el ordenamiento, afirmando que “no existe un régimen jurídico uniforme para todos los nacionales”. Pese a ello, prohíbe al legislador acuñar o troquelar nacionalidades “ad hoc” con el propósito de eludir la imposibilidad, como regla general, de reconocer derechos de participación política a los no nacionales (salvo los derechos de sufragio activo y pasivo en elecciones locales).

En general, se exige la nacionalidad para ser titular de los principales derechos de participación política, particularmente el acceso a funciones públicas que conlleven jurisdicción o autoridad y el derecho de sufragio activo y pasivo en elecciones de ámbito estatal salvo las locales.

Igualmente, se entiende que la condición de nacional influye en la titularidad y ejercicio de otros derechos fundamentales, como puede ser la libertad de entrada en el territorio nacional.

El derecho fundamental del nacional a ser en todo momento aceptado por el propio estado y, por tanto, a entrar en su país, es uno de los elementos esenciales de la nacionalidad y, en consecuencia, una de las diferencias jurídicas básicas en el estatuto personal del nacional y el extranjero, "tradicional binomio" que sólo progresivamente va siendo objeto de "parcial superación", por ahora, en el marco de "una naciente ciudadanía europea".<sup>149</sup>

El régimen de extradición de nacionales muestra que el sistema español hace mayor hincapié en la protección de los derechos fundamentales de los nacionales ante la posibilidad de vulneraciones indirectas de los mismos como consecuencia de una extradición.

La CE y la doctrina jurisprudencial del Tribunal incorporan, a la vez, otros entendimientos del término "ciudadano" que matizan la comprensión de la ciudadanía y su vínculo con la nacionalidad. Sobre ello profundizaremos en los capítulos siguientes. En todo caso, interesa destacar que el reconocimiento de posiciones *iusfundamentales* a no nacionales incide de manera importante en esta cuestión.

## 2. Nacionalidad y ciudadanía en el ordenamiento constitucional italiano.

En la actualidad, y siguiendo la tendencia histórica que se remonta al S. XIX (*vid. supra*), en Italia las palabras *cittadinanza* y *cittadino* se utilizan para referirse tanto a la *ciudadanía* en sentido estricto como a lo que en este trabajo hemos caracterizado como *nacionalidad*. Ello a nivel normativo y doctrinal.<sup>150</sup>

---

<sup>149</sup> DTC 1/1992/3a). En el mismo sentido, STC 72/2005/6.

<sup>150</sup> En las enciclopedias jurídicas italianas (hemos consultado la *Enciclopedia del Diritto* y el *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*), se recogen las voces *cittadinanza*, *nazione* y *straniero*. Las voces relativas a la *cittadinanza* se dedican a analizar cuestiones relacionadas con el régimen jurídico de la nacionalidad. Sin embargo, no encontramos ninguna voz dedicada al término *nazionalità* en relación con las personas físicas. En relación con las cosas y con las personas jurídicas, el *Digesto* contiene una entrada relativa a la *nazionalità della nave*, mientras la *Enciclopedia* trata las cuestiones relacionada con este tema en el marco de las entradas relativas a la navegación marítima y aérea y a las personas jurídicas. El *Digesto* se refiere a la *nazionalità* en relación con las personas físicas sólo en su índice sistemático, remitiendo a la voz *cittadinanza*. *E. Dir. Indici. Sommari-Analitico-Autori*, Milán: Giuffrè, 2004, pp. 212,

Biscottini diferenciaba en un trabajo publicado en 1960 entre *cittadinanza* en sentido amplio y *cittadinanza* en sentido estricto. El concepto de *cittadinanza* en sentido amplio se refiere a la sujeción del individuo al estado, individuando una especificación de la misma. Según este autor, la sujeción del individuo a un concreto poder público estatal se determina en base a dos criterios: territorial y personal. El concepto de *cittadinanza* en sentido amplio se referiría al segundo de ellos: “*risultano sottoposte all'autorità dello Stato le persone che presentano talune caratteristiche in base alle quali vengono considerate membri permanente della collettività statale*”. El concepto de *cittadinanza* en sentido estricto, por su parte, individua un grupo de personas que gozan de una situación jurídica particular (en la concepción del autor, se trata de un “*nucleo più ristretto di persone*”).<sup>151</sup>

En un sentido similar, se ha afirmado: “[n]ella dottrina e nella prassi legislativa e giudiziaria italiana, si distinguono i termini di “*cittadinanza*”, “*sudditanza*” e “*nazionalità*”, assegnando al secondo il significato di pura soggezione nei confronti dello Stato e al terzo la nozione sociologica di appartenenza ad un gruppo sociale legato da comuni tradizioni etniche, culturali e spirituali”.<sup>152</sup> El término *cittadinanza*, según la misma autora, se encontraría compuesto por dos elementos fundamentales: 1)

---

472; *Digesto. Indici: indice degli autori, indice sistematico. Aggiornamento*, 4ª ed., Turín: UTET, 1999, pp. 176, 331.

Zincone y Basili, en un informe sobre la nacionalidad en Italia elaborado en el marco del grupo de estudios sobre la nacionalidad en la Unión Europea (*EUDO Citizenship Observatory*), explican: “*In Italy, the most common term adopted to define the legal status dealt with in this research is “cittadinanza” (citizenship) but we can also alternatively use “nazionalità” (nationality) [...] Here we will use both terms to refer to the membership of a state, unless we want to literally translate specific pieces of legislation; in that case we will use the same term used in law*”. G. Zincone y M. Basili, *Country Report: Italy...* ob. cit. p. 1.

<sup>151</sup> G. Biscottini. “Cittadinanza... ob. cit. p. 140. En algunos puntos de su trabajo, este autor utiliza la palabra *nazionalità* como sinónimo de *cittadinanza*, *ibidem* p. 143

<sup>152</sup> R. Clerici, “Cittadinanza... ob. cit. p. 115. La autora se refiere a la situación en otros sistemas jurídicos distintos del italiano, señalando “*i termini “nationalité” e “nacionalidad” sono correntemente utilizzati (in senso diverso da quello etimologico, que pure permane) per indicare la cittadinanza tout court, mentre risulta meno frequente il ricorso ai termini “citoyenneté” e “ciudadanía”, i quali designano il c.d. status activae civitatis*”. Se refiere también a la situación en Alemania y en el contexto anglosajón. *Ibidem* p. 115, nota 9.

uno relativo a la sujeción, tendencialmente estable y permanente, a una autoridad estatal; 2) otro relativo a la participación en una comunidad política estatalmente organizada que comporta la titularidad de determinados derechos y deberes. Resultaría difícil, desde este punto de vista, categorizar la *cittadinanza*, al resultar calificable como relación jurídica pero también como *status* jurídico.<sup>153</sup>

Esta situación puede provocar problemas derivados de la dificultad para diferenciar entre las categorías jurídicas *nacionalidad* y *ciudadanía*, conceptos de significado y función distintos.<sup>154</sup>

Comenzaremos por analizar algunas cuestiones relevantes en relación con la *nacionalidad* en el ordenamiento jurídico italiano, entendiendo dicha categoría jurídica, como venimos haciendo a lo largo de este trabajo, como vínculo jurídico que determina el ámbito personal de sujeción permanente y estable al ordenamiento. A continuación examinaremos cuestiones relacionadas con la *ciudadanía*, entendida como *status* jurídico que determina una posición del sujeto en el seno del ordenamiento jurídico. Ello con independencia de la utilización, en la cultura jurídica italiana, del término *cittadinanza* para referirse a ambas categorías jurídicas.

Como ya se ha mencionado, al igual que la mayoría de constituciones contemporáneas, la Constitución italiana de 1948 (CI) no contiene en su articulado el régimen jurídico de la nacionalidad.

Originariamente, esta norma constitucional se refería a la *cittadinanza* únicamente en su artículo 22, determinando que “[n]essuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome”. En la actualidad, y tras la reforma constitucional operada en el año 2001, también el art. 117 se refiere a

---

<sup>153</sup> G. Biscottini. “Cittadinanza... ob. cit. p. 113.

<sup>154</sup> Zincone y Basili se ven obligadas a precisar: “[I]n the political and academic debate, according to Thomas Marshall’s (1950) interpretation, we use the term civil, social and political citizenship as membership in a political community” (p. 1). Más adelante, estas autoras hablan de “citizenship as simple nationality” para referirse a la retirada de la nacionalidad a determinadas personas durante el régimen fascista, puesto que durante esta época la condición de nacional no traía consigo un *status* de derechos y libertades políticas (p. 8). En relación con la situación de las mujeres tras la aprobación de la Constitución de 1948, también distinguen entre *political citizenship* y *citizenship* como *status* legal (p. 9). G. Zincone y M. Basili, *Country Report: Italy...* ob. cit. pp. 1, 8-9.

la *cittadinanza* en el marco del reparto territorial de competencias: “[l]o Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: [...] i) *cittadinanza* [...]”.<sup>155</sup> La CI no contiene referencia alguna a la *nazionalità*.

La CI sí se refiere reiteradamente a la condición de *cittadino*, determinando los derechos y deberes vinculados a este *status*, como veremos en detalle en capítulos posteriores (*vid. infra*).

En otro orden de cosas, de acuerdo con el artículo 51 CI, “[l]a legge può, per l’ammissione ai pubblici uffici e alle cariche elettive, parificare ai cittadini gli italiani non appartenenti alla Repubblica”.

En lo tocante a la regulación legal en la materia, el vigente *Codice civile*, cuya primera redacción proviene del año 1942, no determina el régimen jurídico de la nacionalidad.<sup>156</sup> Esa norma contiene pocas referencias a la *cittadinanza*, al *cittadino* o al *straniero*. En lo que ahora nos interesa, el art. 16 de las disposiciones preliminares al Código (*Disposizioni sulla legge in generale*), contrapone las figuras de *cittadino* y *straniero*, al determinar: “[l]o straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali”. Sobre la posible incidencia de esta norma en la determinación del *status* jurídico de los extranjeros en Italia y su conformidad con la Constitución de 1948, nos detendremos en capítulos posteriores (*vid. infra*).

Hasta el año 1992, en Italia estuvo vigente la *Legge 13 giugno 1912, n. 555*, redactada en el contexto de las olas de emigración de finales del S. XIX y principios del S. XX, y que sufrió modificaciones importantes durante el régimen fascista.

La entrada en vigor de la CI trajo consigo la necesidad de adaptación de la *Legge* de 1912.<sup>157</sup> Como señalan Zincone y Basili, los cambios que tuvieron lugar en el

---

<sup>155</sup> Reforma constitucional operada por *LEGGE COSTITUZIONALE 18 ottobre 2001, n. 3. Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione (GU n.248 del 24-10-2001)*.

<sup>156</sup> Norma cuya primera redacción fue aprobada por *REGIO DECRETO 16 marzo 1942, n. 262. Approvazione del testo del Codice civile. (042U0262) (GU n.79 del 4-4-1942)*.

<sup>157</sup> Análisis de las grandes líneas y las principales reglas del régimen jurídico de la nacionalidad de la *Legge* 1912: G. Biscottini. “Cittadinanza... ob. cit. pp. 147-154; R. Clerici, “Cittadinanza... ob. cit. pp. 118-136; G. Zincone y M. Basili, *Country Report: Italy...* ob. cit. pp. 7-10. Zincone y Basili se

régimen jurídico de la nacionalidad durante este periodo se relacionaron con: 1) la garantía de los principios y derechos fundamentales recogidos en la CI; 2) el mandato de igualdad de género derivado de las normas constitucionales e internacionales; 3) la necesidad de regular los supuestos de doble nacionalidad.<sup>158</sup>

En 1992, la regulación contenida en la *Legge* de 1912 fue sustituida por una nueva norma que determinaba pormenorizadamente el nuevo régimen jurídico de la nacionalidad italiana.<sup>159</sup>

Esta norma contiene reglas jurídicas en materia de atribución, pérdida y recuperación de la *cittadinanza* italiana (*nacionalidad*).

Durante la elaboración y los primeros años de vigencia de la norma, las principales preocupaciones del legislador tuvieron que ver con la condición histórica de Italia como país de emigración, así como con la adaptación definitiva del régimen jurídico de la nacionalidad a los mandatos de la CI. El criterio de *ius sanguinis* es la base sobre la que se construye el régimen de la nacionalidad delineado en la *Legge* de 1992. La norma supone la aceptación explícita de la doble nacionalidad en el sistema italiano. Asimismo, se persigue el mantenimiento y recuperación de la nacionalidad por las personas de origen italiano residentes en el extranjero.<sup>160</sup>

Es a partir de finales de la primera década de los 2000, la legislación italiana en materia de nacionalidad comienza a reflejar el “nuevo” carácter de Italia como país de inmigración.

La jurisprudencia constitucional italiana maneja un concepto de *cittadinanza* que engloba las categorías jurídicas *nacionalidad* y *ciudadanía*, en línea con lo que sucede a nivel normativo y en la doctrina científica italiana. Así, la *Corte costituzionale* se ha referido a la *cittadinanza*, en la ya citada *Sentenza n. 87 del 1975*, como “*statuto giuridico costituzionalmente protetto e che importa una serie di diritti nel campo*

---

refieren a las modificaciones normativas acaecidas durante el periodo fascista en lo que afectan al ámbito que nos ocupa.

<sup>158</sup> G. Zincone y M. Basili, *Country Report: Italy...* ob. cit. p. 9.

<sup>159</sup> *LEGGE 5 febbraio 1992, n. 91. Nuove norme sulla cittadinanza. (GU n.38 del 15-2-1992).*

<sup>160</sup> Analizan el régimen jurídico de la nacionalidad configurado por la *Legge* de 1992, G. Zincone y M. Basili, *Country Report: Italy...* ob. cit. pp. 10-16.



*privatistico e pubblicistico e inoltre, in particolare, diritti politici*".<sup>161</sup> La *Sentenza n. 30 del 1983*, en un sentido similar, considera que la discriminación entre hombre y mujer en lo relativo a la transmisión de la nacionalidad es especialmente relevante puesto que *"comporta [...] conseguenze molteplici e di non secondario rilievo [...] alla cittadinanza si riconnettono situazioni soggettive di segno diverso e di disparato contenuto, ma tutte raggruppabili in una condizione complessivamente positiva nell'ambito dell'ordinamento italiano"*.<sup>162</sup>

A principios de los años sesenta, Biscottini realiza un elenco de los derechos relacionados con la condición de *cittadino*. El autor parte de que los derechos y libertades garantizados en la CI pueden extenderse también a los extranjeros, a pesar del título de la parte primera (*Diritti e doveri dei cittadini*), y se propone determinar cuáles son los derechos y deberes no susceptibles de extensión.<sup>163</sup>

Comienza refiriéndose al *diritto di incolato*. Puesto que el *cittadino* es parte de la comunidad establecida en el territorio nacional, tiene derecho a residir en él, escogiendo su lugar de residencia. Ello no sucede en relación con los extranjeros, cuya residencia en el territorio nacional puede verse condicionada.

La referencia al *diritto di incolato* como uno de los derechos que caracterizan la condición de *cittadino* se encuentra, algunos años más tarde, en la jurisprudencia de la *Corte costituzionale* italiana. En la *Sentenza n. 104 del 1969*, que como se verá *infra* es una de sus primeras sentencias en relación con la condición jurídica del extranjero, la *Corte* afirma que entre *cittadino* y extranjero existen *differenze di fatto* que pueden ser tomadas en cuenta por el legislador. Dichas diferencias se fundamentan, según esta *Sentenza*, en la existencia de una *"basilare differenza [...] tra il cittadino e lo straniero, consistente nella circostanza che, mentre il primo ha con lo Stato un rapporto di solito originario e comunque permanente, il secondo ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo"*. Entre las mencionadas *differenze di fatto* se encuentra la no titularidad por el extranjero de un derecho de residencia en el territorio nacional.<sup>164</sup>

---

<sup>161</sup> *Sentenza n. 87 del 1975, punto n. 2 del Considerato in diritto.*

<sup>162</sup> *Sentenza n. 30 del 1983, punto n. 3 del Considerato in diritto.* Énfasis añadido.

<sup>163</sup> G. Biscottini. "Cittadinanza... ob. cit. pp. 157-158.

<sup>164</sup> *Sentenza n. 104 del 1969, punto n. 4 del Considerato in diritto.*

Tras una referencia al carácter excepcional y limitado de la extradición de nacionales, el autor continúa su elenco, manifestando que “*ai soli cittadini sono [...] concessi quei diritti che si connettono con il governo dello Stato*”.<sup>165</sup> Entre ellos señala: derechos de sufragio activo y pasivo, derecho de participar en referéndum, derechos de suscribir peticiones y propuestas de ley, acceso a las funciones y cargos públicos.

Por último, considera que sólo el *cittadino* tiene derecho al mantenimiento y asistencia social.

En sentido similar, se ha considerado que la determinación de los derechos y obligaciones que corresponden al ciudadano debe realizarse teniendo en cuenta las normas que, en cualquier rama del Derecho, concurren a delimitar el “estatuto reservado” del ciudadano. Habría que tener en cuenta, en primer lugar, las reglas del Título VI de la Parte I de la CI, *Rapporti politici*, que refieren al *cittadino* todos los derechos y deberes en ellas contemplados salvo el deber de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas. Resulta clave lo siguiente: la situación jurídica de los extranjeros no resulta uniforme, mientras que desde el punto de vista del derecho constitucional, la condición del ciudadano es unitaria. De modo que la igualdad entre los ciudadanos-nacionales resulta constitutiva de dicha categoría jurídica.<sup>166</sup>

---

<sup>165</sup> G. Biscottini, “Cittadinanza... ob. cit. p. 158.

<sup>166</sup> R. Clerici, “Cittadinanza... ob. cit. p. 116.

### VIII. Recapitulación.

Nacionalidad y ciudadanía son categorías diferentes, que desempeñan distintas funciones jurídicas. Ello ha sido así al menos desde el nacimiento de la concepción moderna de dichas instituciones, que surge en la Europa continental a partir de la Revolución Francesa. Pero ambas son tributarias de conceptos jurídicos y políticos que se habían desarrollado a lo largo de etapas históricas anteriores.

La ciudadanía moderna, inconcebible sin la idea de soberanía nacional, representación política colectiva y constitución (y viceversa) nace dotada de cierta ambigüedad, que siempre la acompañará hasta nuestros días. Es, en parte, responsable de algunas de sus inconsistencias y problemas.

La moderna nacionalidad, por su parte, surge con posterioridad a la ciudadanía. Menos controvertida desde el punto de vista político, se encuentra dotada de una mayor estabilidad en su regulación a lo largo del S. XIX.

La ciudadanía, concepto esencialmente político, expresa una concepción acerca de la posición que deben ocupar determinados sujetos en el ordenamiento jurídico estatal. Sin embargo, tal categoría posee también una dimensión y un contenido jurídicos: lo componen las instituciones jurídicas que permiten al sujeto ostentar un determinado *status* jurídico, entre las que se encuentran determinados derechos y posiciones jurídicas; y unos titulares, los individuos a los que el ordenamiento atribuye y garantiza la posición de ciudadanos y el disfrute de dichas posiciones jurídicas.

En este punto se construye el nexo entre nacionalidad y ciudadanía: nace con la determinación de la titularidad de la ciudadanía. Así se construye también el vínculo entre la nacionalidad y la titularidad de las posiciones jurídicas que garantizan un *status* de ciudadanía.

Durante el S. XIX, ciudadanía y nacionalidad aluden a grupos diferenciados de la población del estado. En las normas constitucionales vigentes en los estados liberales de finales del S. XIX y principios del XX, sólo es *sujeto pleno* de Derecho constitucional el ciudadano burgués: mientras que otras categorías de nacionales no están habilitadas para la participación política de acuerdo a las normas constitucionales. Nacionalidad y ciudadanía son discernibles, si bien la segunda se vincula a la primera.

La extensión progresiva del acceso a los derechos de ciudadanía a todos los nacionales, que se prolonga a lo largo de los siglos XIX y XX y culmina en la adopción de las constituciones democráticas de la II GM, favoreció la aproximación de las categorías nacionalidad y ciudadanía. En las Constituciones democráticas contemporáneas, el ciudadano nacional es *sujeto pleno* de Derecho constitucional. Todo nacional es ciudadano: se plasma así un conjunto de principios y valores resultado de las luchas sociales y del consenso antitotalitario posterior a la II GM.

La paradoja es que en el mismo momento en que el ciudadano nacional se consolida como *sujeto pleno* del Derecho constitucional, y por razones en parte coincidentes, comienza a resquebrajarse el nexo nacionalidad-ciudadanía-derechos fundamentales. El fenómeno es progresivo y obedece a diversas causas, entre las que destacan: la aprobación y consolidación de instrumentos internacionales de derechos humanos; la apertura al Derecho internacional (especialmente, en materia de derechos humanos) de las constituciones y la incorporación en ellas de la dignidad humana como fundamento, y el reconocimiento de la subjetividad jurídica de toda persona. Además, la aparición y desarrollo de la Unión Europea.

Los tratados internacionales configuran un sujeto de derecho universal, en el sentido de que toda persona es titular de las posiciones jurídicas que en ellos se recogen, si bien en ocasiones sólo podrá serlo frente a su estado.

Por otra parte, en el S. XX reaparece con fuerza la idea de ciudadanía como *status* de igualdad de derechos, que se va además enriqueciendo como consecuencia de las transformaciones del Estado constitucional, cuya democratización y socialización tienen consecuencias importantes.

Todo ello incide sobre las categorías nacionalidad y ciudadanía, forzando la reducción de la casi absoluta discrecionalidad original en la determinación de los nacionales de un estado.

La evolución y situación descritas nos muestran una situación de tensión. Los sistemas *iusfundamentales* se construyen sobre categorías jurídico políticas que se encuentran hoy directamente interpeladas.

El examen realizado permite problematizar en cierta medida la automaticidad del nexo ciudadanía-nacionalidad-derecho fundamental, al tratarse de una relación

nunca exenta de ambigüedades: ahora las tensiones originarias, inherentes a dicha relación, se ven exacerbadas en el contexto jurídico-político contemporáneo.

Las personas hoy ostentan determinadas posiciones jurídicas en relación con estados diferentes al de su nacionalidad con los que entran en relación. Ello no es una absoluta novedad. La clave de los problemas aquí analizados se encuentra en la conceptualización de tales posiciones jurídicas como derechos fundamentales, y ello porque nuestros sistemas *iusfundamentales* han sido en parte contruidos sobre la base de la contraposición nacional/extranjero, y de la ligazón entre la condición plena de ciudadano y la posesión de la nacionalidad (aunque no se deben olvidar las instancias universalistas en la configuración de tales sistemas, y las ambigüedades de origen en tal vinculación).



## CAPÍTULO 2º

### CONSIDERACIONES GENERALES EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

#### I. Introducción

A lo largo del presente capítulo, expondremos una serie de características y problemas de la categoría jurídica *derecho fundamental* en la actualidad que, consideramos, resulta de utilidad tener presente al estudiar cómo han abordado los órganos de justicia constitucional la cuestión de la posición constitucional de los no nacionales.

Las tensiones relacionadas con la titularidad y ejercicio de derechos fundamentales por extranjeros se inscriben en un contexto más amplio: las cuestiones que se plantean están íntimamente conectadas con los problemas centrales que han ido surgiendo en relación con los sistemas *iusfundamentales* incorporados en las constituciones liberal-democráticas, normativas y abiertas al Derecho internacional (posteriores a la II GM).<sup>1</sup> Los problemas de la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales; de las técnicas de ponderación para la resolución de conflictos relacionados con los derechos fundamentales; del funcionamiento del principio de igualdad, del recurso a la dignidad humana... aparecen habitualmente

---

<sup>1</sup> Cruz Villalón, en un trabajo que pretende condensar las líneas básicas del Derecho Constitucional de distintos estados de lo que ha venido a llamarse “espacio constitucional europeo”, identifica estructuras básicas comunes a todos ellos. Entre estos rasgos, por lo que ahora nos interesa, el autor destaca: normatividad de las constituciones, su supremacía, posición central de los derechos fundamentales, carácter abierto. En relación con el último, muy relevante a efectos de la materia que nos ocupa, se definen las “Constituciones abiertas” como aquellas que “reconocen la vigencia directa, en el respectivo ámbito de soberanía, de un derecho producido a nivel [internacional] o supranacional (“internacionalización”). Los tratados internacionales, con una posición privilegiada cuanto menos respecto a la ley, son el instrumento esencial de esta apertura, dotada con bastante frecuencia de fundamento constitucional”. Pedro Cruz Villalón, “Rasgos básicos del Derecho Constitucional de los Estados en perspectiva comparada”, en Armin Von Bogdandy, Pedro Cruz Villalón, Peter M. Huber, *El Derecho constitucional en el espacio jurídico europeo*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 15-68, acerca del carácter abierto de las constituciones *vid* pp. 45-47.

cuando se abordan supuestos relacionados con la titularidad y ejercicio de derechos fundamentales por extranjeros.

Los sistemas *iusfundamentales* vigentes no estaban concebidos en origen para funcionar en el nuevo escenario de los procesos migratorios contemporáneos.

La pregunta fundamental se dirige a la capacidad de estos sistemas para adaptarse a la nueva situación en que el “no-nacional” se alza como posible sujeto de derechos fundamentales. Aparece, desde luego, como sujeto de derecho dotado de dignidad.

En relación con la posición *iusfundamental* de los no nacionales, se presentan dos tipos de problemas: aquellos relacionados con la titularidad de derechos fundamentales; y aquellos relacionados con el desarrollo, regulación y ejercicio de estos derechos en relación con no nacionales. Se trata de dos grupos de cuestiones vinculadas pero distintas: las cuestiones relacionadas con la titularidad se entremezclan con las relativas al ejercicio. A pesar de ello, resultará útil partir de la distinción señalada.

Las constituciones democráticas contemporáneas admiten la nacionalidad y el estatus migratorio como criterios de diferenciación válidos –si bien no en todos los casos- a la hora de regular y concretar los derechos fundamentales.

Es necesario analizar cómo opera en este ámbito – el del control de la legitimidad constitucional de las normas legales en relación con los derechos fundamentales cuando los sujetos son extranjeros- el juego del contenido esencial, los criterios de razonabilidad y proporcionalidad y el principio de igualdad como garantías de los derechos fundamentales.

Prestaremos atención los conceptos de estas herramientas técnico-jurídicas, analizando algunas de sus características así como su función de los mismos.



## **II. Estructura y características del derecho fundamental**

Como expresaba Cruz Villalón en 1989, los derechos fundamentales son una categoría jurídica que nace con las constituciones y, hoy por hoy, acaba también en las constituciones (es decir, en el ordenamiento estatal, en cuanto la protección internacional de los derechos supera el marco propio de los derechos fundamentales): donde no hay constitución, no habrá derechos fundamentales.<sup>2</sup>

La doctrina científica ha distinguido entre *disposiciones* de derecho fundamental, *normas* de derecho fundamental y *posiciones* de derecho fundamental. Las *disposiciones de derecho fundamental* se han definido como enunciados de la constitución que tipifican los derechos fundamentales. Las *normas de derecho fundamental* son los significados prescriptivos de las disposiciones de derecho fundamental; expresan mediante proposiciones prescriptivas que algo está *iusfundamentalmente* ordenado, prohibido o permitido o atribuyen a un sujeto una competencia de derecho fundamental. Las *posiciones de derecho fundamental* son relaciones jurídicas de derecho fundamental, entre el individuo y el estado o entre dos individuos. En su forma más común (que sería la de “derecho a algo”) presentan una estructura triádica compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto.<sup>3</sup>

Resulta necesario en este punto diferenciar entre el *derecho fundamental como un todo* y las *posiciones de derecho fundamental*, a las que en ocasiones se denomina derechos fundamentales.<sup>4</sup> En el presente trabajo, al hablar de derecho fundamental se

---

<sup>2</sup> Pedro Cruz Villalón, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *REDC*, núm. 25 (1989), pp. 41-43.

<sup>3</sup> Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 63-66. En el mismo sentido, en la doctrina española, Francisco J. Bastida *et. al.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española*, Madrid: Tecnos, 2004, pp. 38-39; Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid: CEPC, 2007, pp. 84-85.

<sup>4</sup> Carlos Bernal Pulido utiliza la expresión “derecho fundamental en sentido estricto” para referirse a las posiciones iusfundamentales, distinguiéndolas del “derecho fundamental como un todo” o “derecho fundamental en sentido lato”. C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad...* ob. cit. p. 85, nota 14. Martin Borowski se refiere a esta utilización de la denominación derecho fundamental para

hace referencia al derecho fundamental como un todo, y no a las posiciones jurídicas de derecho fundamental.

El *derecho fundamental como un todo*, o derecho fundamental, puede definirse como un haz de posiciones jurídicas -definitivas y *prima facie*- vinculadas recíprocamente y adscritas a una disposición iusfundamental.<sup>5</sup>

El derecho fundamental se configura como una norma o conjunto de normas deducibles de uno o varios enunciados normativos.<sup>6</sup> Las posiciones jurídicas de derecho fundamental se encuentran garantizadas por las normas *iusfundamentales* que derivan de los enunciados jurídicos de derecho fundamental: entre las posiciones y las normas de derecho fundamental existe un nexo de implicación necesaria.<sup>7</sup>

Todas las disposiciones de derechos fundamentales presentan, en mayor o menor medida, indeterminaciones normativas.<sup>8</sup> La indeterminación se presenta cada vez que un enunciado no hace explícito de forma exhaustiva el conjunto de sus significados, generando incertidumbre acerca de si uno o varios significados específicos pueden serle atribuidos. La indeterminación normativa se debe a que a las disposiciones jurídicas pueden adscribirse una multiplicidad de normas y se manifiesta cada vez que una disposición jurídica no explicita de manera exhaustiva el conjunto de sus significados normativos.<sup>9</sup>

Las disposiciones jurídicas iusfundamentales se encuentran caracterizadas no sólo por la indeterminación o vaguedad de los enunciados –que, aunque especialmente

---

referirse a las posiciones jurídicas iusfundamentales –denominación que en opinión del autor sería más adecuada. Martin Borowski, “La restricción de los derechos fundamentales”, en *REDC*, núm. 59 (2000), p. 31, nota 5.

<sup>5</sup> R. Alexy, *Teoría...* ob.cit. p. 244.

<sup>6</sup> F. J. Bastida *et. al.*, *Teoría...* ob. cit. pp. 38-39.

<sup>7</sup> C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad...* ob. cit. pp. 87-90.

<sup>8</sup> Sobre las indeterminaciones o aperturas de los derechos fundamentales, C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad...* ob. cit. pp. 103-114; Juan Carlos Gavara de Cara, *Contenido y Función del Término de Comparación en la Aplicación del Principio de Igualdad*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, pp. 71-75, 120-121.

<sup>9</sup> C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad...* ob. cit. pp. 103-104

presente en el ámbito *iusfundamental* se presenta también respecto a otro tipo de disposiciones- sino por un carácter especial que va más allá de la citada indeterminación.<sup>10</sup>

De Otto se detiene en la cuestión de lo que denomina “carácter abstracto de la definición de los derechos”: que derivaría, por un lado, de que tal definición se realiza mencionando genéricamente una conducta que en la realidad ha de transcurrir siempre como algo concreto, susceptible de múltiples modalidades; y, de otro, en que la definición del derecho se hace prescindiendo de “la pluralidad de facultades con que puede alcanzarse el fin al que el derecho sirve como instrumento”.<sup>11</sup>

En dicha abstracción y apertura radican precisamente, según algunos autores, los aspectos diferenciadores de la estructura de los derechos fundamentales. Los enunciados normativos *iusfundamentales* son abstractos por no incluir referencias al modo, tiempo y lugar de ejercicio de los derechos; y abiertos, porque en principio cualquier conducta que encaje en el enunciado normativo estaría protegida por el derecho fundamental, lo que convertiría a los mismos en “garantía de posibilidades”.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Acerca de este carácter especial de los derechos fundamentales, en el contexto alemán, Dieter Grimm afirma: “[t]he classic legal norm has an “if-then-” structure [...] [fundamental rights] do not have the usual degree or concretization typical of legal norms. They do not have the usual “if-then-” structure [...] The typical fundamental right provision declares a certain conduct [...] or a certain state [...] or certain social institutions [...] to be “free”. At the same time, it empowers the legislature to limit this freedom. Thus, in contrast to other legal norms, fundamental rights do not determine the desired legal situation [...] The extent of freedom can only be ascertained by knowing these statutes which limit this freedom. Beyond that, even the determination of the potential scope of the freedom (disregarding statutory limitations) is highly dependent of an interpretation of the respective fundamental right because it names the object of constitutional protection only briefly [...] Moreover, in contrast to other legal norms, the clauses that empower the legislature to limit a fundamental right have very open wording. It is clear that every infringement of a fundamental right requires a statutory basis. But it is only vaguely described what the legislature may or may not do exactly”. Dieter Grimm, “The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany”, *IJCL*, vol. 13, núm. 1 (2015), p. 16.

<sup>11</sup> Ignacio de Otto, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo y De Otto y Pardo, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid: Civitas, 1988, pp. 155-159.

<sup>12</sup> F. J. Bastida *et. al.*, *Teoría...* ob. cit. p. 39.

Se ha distinguido, desde una perspectiva analítica, entre *normas iusfundamentales directamente estatuidas*, *normas iusfundamentales adscritas* y *normas iusfundamentales individuales*.<sup>13</sup>

Todas las disposiciones *iusfundamentales*, con independencia de su mayor o menor grado de indeterminación, permitirían identificar *a priori* al menos una de las normas que estatuyen. Normas *iusfundamentales* directamente estatuidas serían, por tanto, aquellas directamente identificables a la vista de las disposiciones de derecho fundamental.<sup>14</sup>

Encontraríamos además, una serie de normas que pueden ser formuladas a partir de las disposiciones *iusfundamentales* pero que no son identificables *a priori*: se trataría de las normas adscritas de derecho fundamental.<sup>15</sup> Hay que destacar que estas normas adscritas no son únicamente producto de la interpretación de los derechos fundamentales: forman parte *prima facie* del campo semántico o ámbito normativo de las disposiciones fundamentales, de manera que la tipificación constitucional de una disposición de derecho fundamental implica la validez *prima facie* de las normas adscritas que pueden ser concretadas de manera definitiva por el Tribunal Constitucional o actualizadas por los demás poderes públicos.<sup>16</sup>

Cuando se habla de normas individuales de derecho fundamental, se estaría haciendo referencia al producto de la subsunción del caso concreto bajo el supuesto de hecho de una norma *iusfundamental* directamente estatuida o una norma adscrita de derecho fundamental.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad...* ob. cit. p. 114 y ss.

<sup>14</sup> *Ibidem* p. 104.

<sup>15</sup> *Ibidem* p. 105.

<sup>16</sup> Sobre el concepto de normas adscritas, su concreción, actualización, status y fundamentación, *ibidem* pp. 116-135.

<sup>17</sup> *Ibidem* pp. 135 y ss. Señala este autor que las normas individuales de derecho fundamental presentan características peculiares en comparación con otros tipos de normas individuales. Estarían dotadas de un máximo de generalidad y abstracción dentro de su género y sin dejar de ser individuales pueden estar referidas al mismo tiempo a una generalidad de sujetos. Además, la singularidad provendría del hecho de que, en el ordenamiento constitucional español, los derechos fundamentales pueden ser aplicados en diferentes procesos constitucionales.

Se acepte o no la distinción anterior y la categoría analítica de las normas adscritas de derecho fundamental, lo cierto es que la indeterminación de las disposiciones de derecho fundamental trae consigo una necesidad de concreción y actualización de las mismas. Dicha tarea recae en los órganos aplicadores del Derecho (tribunales de justicia), en los órganos de justicia constitucional y en el legislador.<sup>18</sup> Aparece como una labor en gran medida creadora, de determinación de lo abstractamente formulado en el enunciado constitucional, si bien cada uno de estos órganos llevará a cabo esta labor de manera muy distinta y con consecuencias diferentes, en conexión con su función y posición en el sistema constitucional.<sup>19</sup>

Hay que tener en cuenta la importancia del contexto constitucional en la determinación de las normas y posiciones jurídicas *iusfundamentales* derivadas de las disposiciones jurídicas *iusfundamentales*. Como afirma De Otto, el contenido de la protección otorgada por el derecho fundamental no es tan sólo el que resulta de la norma que lo reconoce, sino el que viene dado por la articulación de esa norma con las restantes de la Constitución de la que forma parte.<sup>20</sup> El contexto constitucional en el que deben situarse las normas de derechos fundamentales estará configurado por las normas *iusfundamentales*, su conexión con otras normas, y las circunstancias o reglas técnicas de la utilización de dichas conexiones.<sup>21</sup>

La cuestión de las modalidades y técnicas más adecuadas de interpretación o concreción de las disposiciones de derecho fundamental es uno de los problemas que más ha ocupado a la doctrina en los últimos decenios.

Lo expuesto hasta este punto puede producir la impresión de que los derechos fundamentales adolecen de una falta de concreción mayor que la que realmente soportan. Es cierto que las disposiciones de derecho fundamental presentan rasgos de abstracción y apertura. Pero ello no significa una absoluta falta de determinación: los derechos fundamentales se encuentran regulados en las disposiciones constitucionales, que determinan su existencia y caracteres.

---

<sup>18</sup> J. C. Gavara de Cara, *Contenido...* ob. cit. p. 74.

<sup>19</sup> F. J. Bastida *et. al.*, *Teoría...* ob. cit. p. 48.

<sup>20</sup> I. de Otto, "La regulación..." ob. cit. p. 144.

<sup>21</sup> J. C. Gavara de Cara, *Contenido...* ob. cit. p. 74.

Los derechos fundamentales tienen un objeto y un contenido y vinculan a su objeto una serie de facultades jurídicas que permiten hacer valer dicho derecho.

Por otra parte, en todo derecho fundamental puede diferenciarse una dimensión subjetiva y una dimensión objetiva. Junto a los derechos fundamentales como derechos subjetivos tradicionales frente al poder público, aparecen los derechos fundamentales como normas objetivas que expresan un contenido que irradia en todos los ámbitos del ordenamiento y afecta a todas las funciones del estado.<sup>22</sup>

Las dimensiones subjetiva y objetiva del derecho fundamental se encuentran interrelacionadas, de manera que las normas de derecho fundamental pueden ser consideradas normas de carácter doble. La dimensión objetiva no absorbe a la subjetiva, actuando como un elemento de fortalecimiento de ésta última.<sup>23</sup>

De acuerdo con el artículo 53 de la CE, los derechos fundamentales “vinculan” a todos los poderes públicos. En esta expresión entran distintos deberes positivos, fundamentados en una visión de los derechos fundamentales no limitada a su imagen de derechos subjetivos, sino que abarca también su condición ordenadora en sentido objetivo de toda la convivencia jurídica (por todas, STC 25/1981/5).<sup>24</sup>

La definición de los derechos fundamentales como “derechos frente al legislador” se encuentra cada vez más generalizada.<sup>25</sup> La instauración de la justicia constitucional ha llevado a identificar como derechos fundamentales aquellos que quedan bajo la salvaguardia del juez constitucional frente al legislador.<sup>26</sup> En España,

---

<sup>22</sup> F. J. Bastida *et. al.*, *Teoría...* ob. cit. p. 42.

<sup>23</sup> *Ibidem* p. 43.

<sup>24</sup> Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid: Trotta, 1999, p. 30.

<sup>25</sup> Francisco Rubio Llorente, “Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho”, en Juan Luis Requejo Pagés (coord.) *Fundamentos nº 4. La rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional*, Junta General del Principado de Asturias, 2006, 227.

<sup>26</sup> *Ídem*.

buena parte de la doctrina académica y el TC vienen manejando la idea de aplicabilidad y justiciabilidad inmediatas como rasgos distintivos de los derechos fundamentales.<sup>27</sup>

En el contexto italiano, encontramos particularidades relevantes para el tema que ahora nos ocupa. Como hemos visto *supra*, el art. 2 CI se refiere a los “*diritti inviolabili*” del hombre, sin proponer un elenco de estos derechos. Ello, por otra parte, de manera similar al art. 10 CE, que se refiere a “la dignidad humana, los *derechos inviolables* que le son inherentes [...]”.<sup>28</sup>

La cuestión es que la interpretación del art. 2 CI ha suscitado una polémica doctrinal que no se produjo en España, entre otros motivos como consecuencia de que en el sistema español la referencia a, y el elenco de, derechos fundamentales se ha establecido con mayor claridad.

En Italia, se planteó una polémica doctrinal acerca del carácter de “*fattispecie aperta*” o “*fattispecie chiusa*” del art. 2 CI, que tuvo su reflejo en la jurisprudencia constitucional, que en algunos supuestos habría optado por la segunda interpretación.<sup>29</sup> Según los defensores de la primera posición (carácter de *fattispecie aperta*), el precepto permitiría reconocer “nuevos derechos”, no recogidos explícitamente en el texto constitucional.<sup>30</sup> De acuerdo con los autores más cercanos a la segunda, sólo son derechos inviolables del hombre en el sentido del art. 2 CI aquellos que se encuentran

---

<sup>27</sup> Javier Jiménez Campo se refiere a la generalización de esta idea, que considera inadecuada. En su opinión, es dudoso que con ella se esté apuntando a algo distinto de la plena vinculación del legislador al derecho fundamental. Lo propio de los derechos fundamentales no sería su aplicabilidad inmediata e independiente del conjunto del ordenamiento en que se inscribe la Constitución, sino la preexistencia del derecho al momento de su configuración o delimitación legislativa. J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales...* ob. cit. pp. 21-27.

<sup>28</sup> Énfasis añadido.

<sup>29</sup> Pace analiza este debate, optando por la segunda posición. Alessandro Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padua: CEDAM, 2003, pp. 20-41.

<sup>30</sup> Entre otros: Augusto Barbera, “Art. 2”, en Giuseppe Branca (a cura di), *Commentario della Costituzioni. Principi fondamentali Art. 1-12*, Milán-Roma: Zanichelli-Soc. Ed. Foro. it., 1975, pp. 50 y ss.; Temistocle Martines, a cura di Gaetano Silvestri, *Diritto Costituzionale*, Milán: Giuffré, 2003; Franco Modugno, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Turín: Giappicheli, 1995, pp. 7 y ss.; Alessandro Pizzorusso, *Lecciones de derecho constitucional*, Madrid: CEPC, 1984.

reconocidos en el texto constitucional. Ello no conlleva una “petrificación del catálogo de derechos constitucionales”, una lectura actualizada del texto constitucional permite la incorporación de contenidos no explícitamente previstos asociados a derechos recogidos en el texto constitucional.<sup>31</sup>

Asimismo, en el contexto italiano se aprecia cierta indeterminación, en la doctrina, acerca de la categoría “derecho fundamental” y sobre todo acerca de los derechos que se incluyen en el “catálogo de derechos inviolables”, lo que, como veremos *infra*, tiene importancia a la hora de determinar los derechos constitucionales de los que son titulares los extranjeros en Italia. La expresión *fondamentale*, en referencia a un derecho, sólo se emplea en el art. 32 CI, en relación con el derecho a la salud, que se califica como “*fondamentale diritto del individuo*”.

En la doctrina científica e incluso en la jurisprudencial, se utilizan expresiones como *diritti costituzionali*, *diritti inviolabili*, *libertà costituzionali*, *diritti di libertà*, *diritti primari*, *diritti della persona* o *diritti fondamentali* sin que esté clara en todos los casos la diferencia jurídica, si la hay, entre los derechos pertenecientes a una u otra categoría, ni qué derechos pertenecen a cada una de ellas. Asimismo, no hay uniformidad o consenso en el empleo de estos términos.

Doctrina y jurisprudencia se han referido a la existencia de un conjunto de “derechos primarios” (*diritti primari*) vinculados al “valor de la persona humana”. Pero cuando se habla de “primariedad” de dichos derechos no es claro ni el significado ni las consecuencias de tal cualificación.<sup>32</sup>

En todo caso, los derechos específicamente garantizados en la CI, con independencia de la denominación que se les quiera dar y de las clasificaciones de derechos que se realicen, vinculan al legislador. Es posible por tanto individuar un grupo de disposiciones *iusfundamentales* en el sistema constitucional italiano, con un objeto y un contenido *iusfundamental* a los que el legislador se ve sujeto.

---

<sup>31</sup> Entre otros: Paolo Barile, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padua: CEDAM, 1982, p. 501; Paolo Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Turín: Giappichelli, 2002, pp. 138 y ss.; A. Pace, *Problematica...* ob. cit. pp. 20 y ss.

<sup>32</sup> Andrea Morrone, “Bilanciamento (giustizia costituzionale)”, *E. Dir. Annali*, vol. II, tomo II, Milán: Giuffrè, 2008, pp. 192-195.



### **III. Titularidad de derechos fundamentales. La nacionalidad como criterio de atribución**

En este apartado se estudia un grupo de conceptos jurídicos centrales en la investigación. Estos conceptos técnico-jurídicos, tal y como se configuran en las actuales constituciones democráticas, son resultado de una lenta y larga evolución histórica. Como enseguida veremos, no siempre se utilizan con un significado jurídico preciso, y en ocasiones resulta ardua la diferenciación entre ellos.

Se trata de instrumentos jurídicos que han sido elaborados, principalmente, en el ámbito del Derecho privado.<sup>33</sup> Ello no quiere decir que hayan permanecido totalmente al margen del Derecho público, o que los cambios político institucionales no hayan tenido una enorme influencia en su configuración y evolución. Por el contrario, se trata de conceptos jurídicos tributarios –especialmente, en lo que respecta a las categorías de sujeto jurídico, persona, o capacidad jurídica- de las ideas filosófico-políticas que plasman en las revoluciones liberales del S. XIX.

Estos conceptos jurídicos se transfieren al ámbito del Derecho público –con las lógicas peculiaridades- convirtiéndose en categorías de teoría general del Derecho, utilizada en diferentes ámbitos jurídicos.<sup>34</sup> Ello tiene importancia en la configuración contemporánea de los derechos fundamentales, e influye en la crisis que afecta actualmente a algunos de los elementos configuradores de dicho instituto.

---

<sup>33</sup> Así lo destacan: G. Alpa, *Status e capacità...* ob. cit. p. 43; Tzung-Mou Wu, “Legal Personhood... ob. cit.; y “*Personne*”... ob. cit.; Silvia Silverio, *La capacità di diritto pubblico. Dalla titolarità all’esercizio dei diritti fondamentali*, Roma: Edizione Scientifiche Italiane, 2013, pp. XIII, 29.

<sup>34</sup> En el contexto italiano, se atribuye a Santi Romano el primer estudio orgánico acerca de la capacidad en el Derecho público. Según este autor: “[t]utta una serie abbastanza ampia di istituti non è, per la sua stessa natura, piuttosto di diritto privato che di diritto pubblico, ma comune ad ambedue i rami del diritto, in ciascuno dei quali tuttavia siffatti istituti assumono un atteggiamento particolare”. En S. Silverio, *La capacità...* ob. cit. p. 33.

## **1. Capacidad jurídica, sujeto, persona**

En el vigente ordenamiento jurídico español los conceptos de personalidad y capacidad jurídica se encuentran estrechamente vinculados, resultando difícil la distinción conceptual entre ellos. La capacidad jurídica se define como aptitud abstracta para ser titular de derechos y deberes, y se atribuye a toda persona, “por el hecho de serlo”.<sup>35</sup> Se distingue entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, de manera que la segunda no está incluida necesariamente en la primera, y no se precisa la concurrencia de capacidad de obrar para que una persona ostente capacidad jurídica.

La definición de la capacidad jurídica *general* ha sido trasplantada al ámbito de los derechos fundamentales por una parte de la doctrina científica española, que utiliza el concepto de capacidad jurídica *iusfundamental*.<sup>36</sup> Ésta se define como “la abstracta capacidad del individuo para ser sujeto de imputación de derechos y obligaciones fundamentales, esto es, para ser titular de ellos”.<sup>37</sup> Dicha capacidad no puede estar sujeta a condiciones o requisitos, atribuyéndose a toda persona.

En el sistema jurídico italiano, el concepto de capacidad jurídica no aparece tan estrechamente ligado a la personalidad jurídica. En virtud del art. 2 CI y en consonancia con el Derecho internacional, se reconoce la personalidad jurídica a todo ser humano. Pero la noción de capacidad no se encuentra tan nítidamente delimitada y asociada a la personalidad. De igual modo, la diferenciación entre capacidad jurídica, capacidad de obrar y titularidad no es tan clara como en el contexto español.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> L. Díez-Picazo y A. Gullón, *Sistema...* ob. cit. p. 202.

<sup>36</sup> F. J. Bastida *et. al.*, *Teoría...* ob. cit. pp. 71-72; Francisco Balaguer Callejón (coord.), *Derechos y libertades fundamentales, deberes constitucionales y principios rectores. Instituciones y órganos constitucionales*, Tecnos: Madrid, 2013, p. 68.

<sup>37</sup> *Ibidem* pp. 71-72.

<sup>38</sup> En palabras de Pace: “*la dottrina non è concorde nell’identificare la capacità con un status, essendovi chi la distingue dalla soggettività (spettante immediatamente, ex art. 2 Cost., a qualsiasi persona [...]) e conseguentemente si pone il problema non della capacità giuridica generale (come status precondizionante) bensì della capacità giuridica nel singolo rapporto (come aspetto soggettivo della norma di condotta)*”. A. Pace, *Problematica...* ob. cit. pp. 104-105.

En el ámbito italiano, partiendo de que no se puede negar a nadie totalmente la capacidad jurídica, se distingue entre capacidad jurídica general e incapacidades jurídicas especiales. Aunque la subjetividad jurídica se predica de toda persona, y debe reconocerse a todos la capacidad jurídica general, determinados sujetos se encontrarían en situaciones de “incapacidad jurídica especial”, lo que sucedería respecto de los extranjeros, por ejemplo, en relación a los derechos políticos.<sup>39</sup>

Los supuestos de incapacidades jurídicas especiales a los que se hace referencia en la teoría jurídica italiana coinciden, en muchos casos, con lo que en el ámbito español se consideran supuestos de no titularidad de derechos.

La doctrina italiana distingue entre capacidad jurídica de Derecho privado y capacidad jurídica de Derecho público. La capacidad jurídica de Derecho público se hizo coincidir en las primeras décadas de vigencia de la CI con la capacidad política.<sup>40</sup> En la actualidad, esta identificación está siendo contestada por algunos autores.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> Así, durante las primeras décadas de vigencia de la Constitución italiana, Pietro Rescigno, “Capacità giuridica (Diritto civile)”, *Novissimo Digesto italiano*, II. Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1958, pp. 873-877; Angelo Falzea, “Capacità”, *Voci di teoria generale del diritto*, 3º ed. Milán: Giuffrè, 1985 (voz compuesta para la *E. Dir.*, 1960), pp. 153-154, 185-195. Esta diferenciación se mantiene en manuales recientes de Derecho privado: Andrea Torrente, Piero Schlesinger, *Manuale di Diritto Privato (ventunesima edizione) (a cura di Franco Anelli e Carlo Granelli)*, Milán: Giuffrè, 2013, pp. 90-92, en el que, partiendo de que la capacidad de Derecho privado corresponde no solo al nacional sino también al extranjero, se afirma que “[l]’applicazione del “principio di reciprocità può risolversi [...] in forme di limitazioni, anche pesanti, della capacità dello straniero [...] di godere dei diritti civili in Italia”. También en la doctrina reciente se recoge el mismo punto de vista: S. Silverio, *La capacità...* ob. cit. pp. 38-39.

<sup>40</sup> Carlo Lavagna, “Capacità di diritto pubblico”, *E. Dir.* VI, Milán: Giuffrè, 1960, pp. 83-103.

<sup>41</sup> S. Silverio, *La capacità...* ob. cit. *passim*, especialmente pp. 51-82. A este respecto, tiene lugar un fenómeno interesante. En el contexto italiano, como se ha visto *supra*, la diferencia entre las categorías nacionalidad y ciudadanía está dotada de ciertas peculiaridades, de manera que el término *cittadinanza* se emplea, en general, para hacer referencia tanto a lo que en este trabajo se entiende por nacionalidad como a lo que se entiende por ciudadanía. Así, la falta de un término que permita diferenciar con nitidez entre ambas categorías jurídicas llevaría a la construcción de una figura de capacidad jurídica de derecho público cuyo contenido y evolución coinciden sustancialmente con el que adquiere en el vigente sistema constitucional español el término ciudadanía.

En cuanto a la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar en el ámbito *iusfundamental*, en el contexto italiano algunos autores afirman la imposibilidad de separar ambos conceptos en dicho ámbito.<sup>42</sup>

Con independencia de los posibles matices en lo relativo al significado y extensión de la capacidad jurídica, hay acuerdo acerca de la atribución de personalidad jurídica a todo ser humano y, por tanto, de su aptitud universal para ser titular de derechos y obligaciones (*vid. supra*). Así, en las democracias constitucionales contemporáneas, es fundamental la atribución a *todo ser humano* de personalidad jurídica. Tal atribución se relaciona, en la doctrina científica española e italiana y en diferentes documentos internacionales, con la igualdad ante la ley, y con el reconocimiento de la dignidad de la persona.

En este punto, procede una reflexión sobre las razones, naturaleza y consistencia de esta vinculación, que se lleva a cabo de forma reiterativa, y a la que muchas veces se atribuyen consecuencias que pueden tener una gran importancia en el tema de la posición *iusfundamental* de los no nacionales.

Los tratados internacionales de derechos humanos incluyen, como se ha visto, cláusulas estableciendo la obligatoriedad del reconocimiento de la personalidad jurídica a todo ser humano. La igual dignidad humana se coloca como fundamento de los ordenamientos constitucionales de este periodo. Asimismo, la concepción de la igualdad jurídica varía con respecto a periodos anteriores.

La atribución a *todos* de personalidad y capacidad jurídica –y, específicamente, de igual capacidad jurídica *iusfundamental*– en los ordenamientos constitucionales democráticos contemporáneos, suele ponerse en relación con la incorporación de la dignidad humana a dichos ordenamientos, y con la concepción de la igualdad en ellos contenida.

El vocablo “dignidad”, originaria e históricamente, es un concepto nítidamente asociado a la idea de rango o estima social y por tanto, definido por referencia a criterios y valores sociales. La introducción de la dignidad humana en los

---

<sup>42</sup> A. Pace, *Problematica...* ob. cit. pp. 305 y ss., en relación con la categoría de derechos que este autor denomina *diritti di libertà*; Aldo Corasaniti, “Stato delle persone”, *E. Dir.* XLIII, Milán: Giuffrè, 1990, pp. 966-967; S. Silverio, *La capacità...* ob. cit. pp. 72-74.

ordenamientos constitucionales de la segunda posguerra mundial supone una obligación jurídica de reconocimiento de igual rango (como reconocimiento social) para todos.<sup>43</sup>

En el Estado democrático de derecho, el concepto de honor imputable a la jerarquía social de pertenencia, se transforma en dignidad atribuible a la calidad de ser humano, por el hecho de serlo.<sup>44</sup>

Por otra parte, y en relación con lo anterior, tiene lugar, durante la segunda mitad del siglo XX, lo que se ha llamado “el paso del sujeto a la persona”, entendiendo el sujeto como entidad abstracta y la persona como categoría jurídica que trata de tener en cuenta la realidad social y vital del ser humano.<sup>45</sup>

Chueca habla de “crisis del sujeto jurídico clásico o tradicional cuyo concepto se encuentra seriamente amenazado de quiebra”. En este contexto, la dignidad humana podría aportar elementos que permiten la reconstrucción de la persona individual como centro de imputación jurídica. De este modo, persona y dignidad humana parecen estar construyendo un nuevo modo de individuación del ser humano para las relaciones jurídicas en nuevos marcos y escenarios, entre los que puede situarse el analizado en este trabajo en relación con los derechos fundamentales de los no nacionales.<sup>46</sup>

## **2. Titularidad, titularidad *iusfundamental*, capacidad de obrar, ejercicio**

De las normas de derecho fundamental derivan una serie de posiciones jurídicas de los individuos respecto al poder público. El derecho fundamental vincula a su objeto un elenco de facultades jurídicas que permiten hacer valer dicho derecho.

Decir que las normas de derecho fundamental atribuyen la titularidad de un derecho fundamental a un determinado sujeto equivale a afirmar que el ordenamiento le reconoce una serie de facultades -que integrarán el contenido del derecho fundamental-

---

<sup>43</sup> R. Chueca, “La marginalidad jurídica... ob. cit. pp. 36-38.

<sup>44</sup> Cristina Zoco, “Dignidad e igual dignidad en la Constitución española”, en Ricardo Chueca (dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Madrid: CEPC, 2015.

<sup>45</sup> Stefano Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma: Laterza, 2012, pp. 140-ss.

<sup>46</sup> R. Chueca, “La marginalidad jurídica... ob. cit. p. 5

con la finalidad de que pueda gozar del interés o ámbito protegido –objeto del derecho fundamental-.

El ordenamiento democrático-constitucional considera que la salvaguardia de un determinado ámbito o interés respecto de determinados sujetos resulta fundamental para su legitimidad y funcionamiento. La titularidad de un derecho fundamental conlleva pues la protección de una posición del sujeto.

La titularidad *iusfundamental* puede venir condicionada, en los sistemas constitucionales democráticos contemporáneos, por la exigencia de determinados requisitos. Todo ser humano ostenta igual personalidad jurídica (y por tanto, igual capacidad abstracta para alcanzar dicha titularidad). Pero ningún ordenamiento atribuye a todo individuo la efectiva titularidad de todos los derechos fundamentales.

Ello nos exige analizar a continuación el concepto jurídico de titularidad, y sus peculiaridades en un contexto *iusfundamental*.

La titularidad de una relación jurídica consiste en la atribución por el ordenamiento jurídico de una serie de facultades a un sujeto determinado –el titular-, cuando se cumplen todos los presupuestos previstos por las normas del ordenamiento. Dicha atribución estará ligada a diferentes hechos o actos jurídicos.<sup>47</sup>

El concepto jurídico de titularidad *iusfundamental* hace referencia a la concreta atribución de un derecho fundamental –consistente en un conjunto de posiciones *iusfundamentales*- que el ordenamiento reconoce a favor de un individuo.<sup>48</sup>

Nos interesa la cuestión de a qué hechos o actos jurídicos se encuentra ligada la titularidad de los derechos fundamentales.

Según Ferrajoli, la característica definitoria de los derechos fundamentales es su *universalidad*, entendida por referencia a determinadas clases de sujetos o *status*. El autor identifica tres en los ordenamientos jurídicos vigentes: persona natural, ciudadano y persona capaz de obrar. Derechos fundamentales serían aquellos que corresponden

---

<sup>47</sup> L. Díez-Picazo y A. Gullón, *Sistema...* ob. cit. pp. 407, 443; Federico de Castro y Bravo, *Derecho Civil de España*, Madrid: Civitas, D.L. 1991 (reproducción facsímil de la edición Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1949-1952 2 vol.), pp. 564-565.

<sup>48</sup> F. J. Bastida *et. al.*, *Teoría...* ob. cit. p. 72.

universalmente a todos: en cuanto personas naturales, o en cuanto ciudadanos, o en cuanto personas naturales o ciudadanos capaces de obrar.<sup>49</sup>

Resulta útil esta visión de los derechos fundamentales como derechos que corresponden al sujeto *simplemente* por su condición de persona, o ciudadano.

En las constituciones italiana y española –como en otras de nuestro entorno- la nacionalidad del sujeto se configura como condicionamiento personal de titularidad de algunos derechos fundamentales. Una de las cuestiones clave de nuestra investigación se refiere a la clarificación del alcance del criterio de la nacionalidad como requisito personal de titularidad *iusfundamental*, así como a la indagación acerca de los límites de utilización de dicho criterio.

La cuestión de la capacidad de obrar como atributiva de la titularidad de derechos presenta todavía más dificultades.

El ejercicio de un derecho subjetivo consiste en la realización de las acciones para las que faculta el ordenamiento jurídico.<sup>50</sup>

En el ordenamiento jurídico español, la capacidad de obrar se define como la aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos, o para adquirir o ejercitar derechos y asumir obligaciones. El concepto de capacidad de obrar articula la distinción entre titularidad y ejercicio del derecho: un sujeto puede ser titular de un determinado derecho pero no reunir las condiciones exigidas por el ordenamiento para ejercerlo. Se trata de condiciones que tienen que ver, principalmente, con la capacidad intelectual y volitiva de la persona. Las únicas limitaciones a la capacidad de obrar reconocidas hoy por el Derecho son la menor edad y la falta de aptitud de la persona para gobernarse a sí misma, que dan lugar a diferentes limitaciones de la capacidad de obrar.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. 1: Teoria del diritto*, Roma: Laterza, 2007, pp. 726-ss

<sup>50</sup> L. Díez-Picazo y A. Gullón, *Sistema...* ob. cit. p. 202.

<sup>51</sup> *Ídem*. El tema de la capacidad de obrar suscita hoy gran cantidad de cuestiones. Se trata de una noción, como el resto de las estudiadas, sometida a cambios y tensiones importantes, que tienen que ver, entre otras, con transformaciones sociales en la forma de entender la discapacidad y la enfermedad mental. Todo ello en el contexto de los cambios en el modo de entender la igualdad y la autodeterminación individual a partir de mediados del siglo XX.

El ejercicio de los derechos fundamentales arroja una problemática particular. Tradicionalmente se ha venido negando la posibilidad de distinguir entre titularidad y ejercicio de un derecho fundamental, con el argumento de que tal distinción era propia del derecho privado e inaplicable a derechos de carácter personalísimo como los fundamentales.<sup>52</sup> Desde este punto de vista, las personas incapaces de obrar, y por tanto de ejercitar determinados derechos fundamentales, no podrían ser considerados titulares de los mismos.

Sin embargo, desde una concepción de los derechos fundamentales como poderes de la voluntad garantizados para la satisfacción de un determinado interés de su titular, es posible admitir la distinción entre titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales. El ejercicio puede realizarse a través de representante cuando de este modo se satisfaga el interés jurídicamente tutelado. En el Derecho constitucional español, la cuestión ha sido resuelta tácitamente en la jurisprudencia del TC, en la medida en que, desde la STC 197/1991, se considera a los menores de edad como titulares de derechos fundamentales y libertades públicas. En todo caso, hay que tener en cuenta la existencia de casos en que la naturaleza del derecho no permite la satisfacción del interés del titular mediante la intervención de un tercero en su nombre.<sup>53</sup>

En la doctrina científica española, la mayoría de los autores diferencian entre aspectos problemáticos de la titularidad y del ejercicio de los derechos fundamentales. Se sitúan en el primer grupo, los aspectos relativos a la personalidad jurídica; las personas jurídicas privadas o públicas, los colectivos sin personalidad jurídica; y la nacionalidad y extranjería. En el segundo grupo se encuadran los problemas relacionados con la minoría de edad e incapacidad –merma de la capacidad de obrar *iusfundamental*-, y el ejercicio de los derechos fundamentales en el seno de las denominadas relaciones especiales de sujeción.<sup>54</sup>

Según lo expuesto los diferentes preceptos constitucionales determinan la titularidad *iusfundamental*. De los enunciados jurídicos contenidos en la constitución

---

<sup>52</sup> F. J. Bastida *et. al.*, *Teoría...* ob. cit. p. 73.

<sup>53</sup> *Ídem*

<sup>54</sup> *Ídem*



deriva la concreta atribución de derechos fundamentales a favor de los individuos, generándose con ello diversas posiciones *iusfundamentales*.

Como se ha visto, la constitución puede establecer determinados requisitos para la atribución de determinados derechos fundamentales. Se prestará atención a dichos condicionantes, en especial al condicionamiento personal de la nacionalidad.

Como se ha analizado con anterioridad, los enunciados jurídicos *iusfundamentales* resultan, por definición, indeterminados, caracterizándose por una cierta dosis de apertura y abstracción. Esta indeterminación afecta también a la cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales.<sup>55</sup>

Las constituciones española e italiana –igual que otras constituciones- atribuyen la titularidad de los derechos fundamentales a las personas físicas que ostenten la nacionalidad, pero su literalidad no es clara respecto de la titularidad de derechos fundamentales por extranjeros. Aunque aportan algunos elementos para la identificación de los titulares de los derechos fundamentales, no contienen una regulación completa del tema, y, en lo que precisan, no resultan claras ni incontrovertibles.

Todo ello se verá con detenimiento en capítulos posteriores (*vid. infra*).

#### **IV. Desarrollo, limitación y regulación del ejercicio de derechos fundamentales por el legislador**

El legislador, en los sistemas constitucionales democráticos, puede –debe, en muchos casos- desempeñarse como legislador de los derechos fundamentales.

La doctrina científica ha realizado distintas clasificaciones de la actividad del legislador del derecho fundamental. Se trata de construcciones que tienen importancia a la hora de determinar cuáles son los condicionamientos impuestos al legislador por las normas constitucionales de derecho fundamental.

---

<sup>55</sup> Según Gómez Montoro, la determinación de los titulares de los derechos fundamentales debe ser llevada a cabo por el constituyente. Sin embargo, este imperativo del “deber ser” resulta sólo parcialmente satisfecho en la CE. Ángel José Gómez Montoro, “Titularidad de derechos fundamentales”, en Manuel Aragón Reyes (dir.) y César Aguado Renedo (codir.) *Temas básicos de Derecho Constitucional. Tomo III*, Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2011, p. 42.

Cada constitución regula de forma distinta, más allá de similitudes e influencias entre ellas, las actuaciones del legislador de los derechos fundamentales.

Gavara de Cara, en el contexto de un análisis del papel de la ley como objeto del control constitucional *iusfundamental* en la Constitución alemana, considera que el legislador alemán puede realizar dos tipos de actividades en el ámbito de las leyes de desarrollo de los derechos fundamentales: intervención y configuración.<sup>56</sup>

La intervención consiste en una modificación no contraria a la Constitución de alguno de los elementos configuradores de los derechos fundamentales, que, de acuerdo con este autor, integran titular, destinatario y objeto. Supone la adopción de normas que restringen el objeto de protección del derecho fundamental a través de límites, que pueden ser internos o externos. Los límites internos son situaciones de no derecho intrínsecas al derecho fundamental, que sólo serían admisibles en la medida en que sean subsumibles en la norma que establece el derecho fundamental, formando parte de su supuesto de hecho. Al hablar de límites externos se refiere a normas de rango *infraconstitucional* que modifiquen un elemento configurador de los derechos fundamentales.

La configuración supone la respuesta ordinamental a la ausencia o insuficiencia en la definición del contenido del derecho fundamental mediante la adopción por parte del legislador de normas de organización y procedimiento para el ejercicio del derecho.

Aunque se trata de afirmaciones relativas al Derecho constitucional alemán, pueden ser útiles en el presente trabajo desde el punto de vista analítico (por más que las categorías elaboradas en relación con la reserva de ley en materia de derechos fundamentales en Alemania no resulten directamente aplicables a los casos español e italiano). Es especialmente interesante la referencia, en el análisis de las intervenciones en los derechos fundamentales, al titular del derecho fundamental como uno de los elementos configuradores del derecho: supone aceptar la posibilidad de modificaciones en lo relativo a los titulares del derecho fundamental siempre que éstas no sean contrarias a la constitución.

---

<sup>56</sup> Juan Carlos Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid: CEPC, 1994, pp. 203-204.

En el contexto del Derecho constitucional español, Jiménez Campo distingue entre los conceptos de delimitación y limitación de los derechos fundamentales. Según este autor, la utilización constitucionalmente correcta del término límite, en lo referido a los derechos fundamentales, se reduciría a los casos en que la Constitución apodera al legislador para *restringir la titularidad o el ejercicio* de un derecho ya *definido con carácter general* (caso de los arts. 28.1 y 55 CE); a aquellos en que la CE prevé una privación o supresión singular del derecho fundamental de una determinada persona (arts. 17.1, 18.2 y 3, 20.5, 21.2, 22.4 y 30.3 CE), y a la hipótesis, cuando sea posible, de reducción legal del contenido común o general del derecho. Como pone de manifiesto el autor, el texto de la CE no coincide con esta construcción doctrinal, ya que en muchas ocasiones se utiliza el término límite para designar otro tipo de actuaciones del legislador.<sup>57</sup>

La palabra delimitación, entendida como acción definidora del derecho fundamental, englobaría todas las “acciones públicas que contribuyen a *definir los contornos generales y objetivos* de un derecho fundamental”. Diferencia este autor entre “delimitación constitucional” y “delimitación legislativa”. En cuanto a la primera, el adjetivo constitucional se refiere al fundamento de la actividad delimitadora: la categoría engloba no sólo las delimitaciones expresamente realizadas en la CE, sino también aquellas delimitaciones legislativas orientadas a culminar, por mandato de la CE o con arreglo a ella, la definición del derecho. En cuanto a la segunda, la “delimitación legislativa” se referiría a aquellos casos en que la intervención del legislador conduce a una definición complementaria del derecho que, sin contradecir la CE, “encuentra en la propia ley (en los fines que la orientan) su fundamento más próximo”.<sup>58</sup>

Otros autores, en la doctrina científica española, han distinguido entre *límites en sentido propio* o *límites externos*; y *límites internos*, a los que también se refieren como *delimitación*. Los primeros supondrían la negación de la garantía *iusfundamental* a una de las conductas posibles que cabría encuadrar en el objeto del derecho fundamental. Los segundos, la fijación “mediante la interpretación de la norma *iusfundamental*” de

---

<sup>57</sup> J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales...* ob. cit. pp. 38-39. Énfasis añadido.

<sup>58</sup> *Ibidem* pp. 38-45.

sus titulares, su objeto, su contenido y sus límites en sentido propio. Es decir, supondrían la definición del derecho fundamental delimitado.<sup>59</sup>

En resumen, a la vista de las clasificaciones analizadas, la actividad del legislador del derecho fundamental puede dividirse en cuatro tipos de actuaciones: a) delimitación o concreción, b) “resolución” de conflictos entre derechos o intereses constitucionales –sin que sea posible discernir completamente esta actividad de la anterior-, c) regulación del ejercicio de los derechos fundamentales y d) limitación de derechos fundamentales.

En cuanto a la primera de ellas, debe partirse de la indeterminación normativa y las notas de apertura y abstracción que, como se ha visto, caracterizan a los enunciados de derecho fundamental. La tarea de concreción y actualización de las disposiciones *iusfundamentales* recae, entre otros órganos, en el legislador democrático. La delimitación o concreción es una labor en gran medida creadora, de determinación de lo formulado abstractamente en el enunciado constitucional.

Por otra parte, en el desempeño de esta y otras actividades con incidencia en los derechos fundamentales, el legislador puede verse impelido a resolver conflictos entre derechos fundamentales, o entre derechos fundamentales y otros principios o valores constitucionales.

Asimismo, el legislador debe regular el ejercicio de los derechos fundamentales. No siempre resulta fácil establecer los límites entre esta actividad y la tarea de concreción y actualización a la que se ha hecho referencia en primer lugar. La regulación del ejercicio del derecho supondría, una vez determinados su contenido y límites, establecer cómo se pueden llevar a cabo las facultades a que el derecho habilita, de qué manera puede su titular hacerlo, o cómo activar los poderes jurídicos asociados al derecho fundamental.

El legislador puede, además, limitar los derechos fundamentales. Realizada la concreción de las normas de derecho fundamental, y establecida su delimitación, puede imponer ulteriores límites al derecho fundamental. Estos límites deben referirse a supuestos específicos, y recaer sobre sujetos determinados.

---

<sup>59</sup> F. J. Bastida *et. al.*, *Teoría...* ob. cit. pp. 106 y ss.

Hay que tener en cuenta que se trata de diferenciaciones un tanto borrosas, aunque necesarias. No resulta sencillo, a más ejemplo, distinguir entre delimitación y limitación de derechos fundamentales, ni entre delimitación constitucional y delimitación legislativa –adoptando la terminología empleada por Jiménez Campo–.

El legislador democrático juega un papel muy relevante para la efectividad de los derechos fundamentales. Y a la vez, aparece como amenaza potencial frente a estos derechos, que se configuran en gran parte como límites frente al mismo. Como se verá con mayor detalle en el siguiente epígrafe, el legislador se encuentra sujeto a una serie de determinaciones constitucionales en el desempeño de su tarea cuya función es la garantía de los derechos fundamentales.

En relación con lo anterior, puede señalarse que en los sistemas constitucionales contemporáneos la doble dimensión –subjetiva y objetiva– de los derechos fundamentales, el efecto irradiante de las normas *iusfundamentales*, y la obligación del legislador de protegerlos o impulsarlos, exige un tratamiento específico de los conflictos constitucionales en materia *iusfundamental*. Las regulaciones del legislador en la materia pueden interpretarse, o justificarse, como “impulso” de unos derechos fundamentales “en contra” de otros.<sup>60</sup>

El análisis que se haga de los tipos de actividades del legislador de los derechos fundamentales, y el contexto constitucional en el que dicho estudio se lleve a cabo, determinan las distintas concepciones acerca de las determinaciones constitucionales a que éste se encuentra sometido.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> Alec Stone Sweet, Jude Mathews, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, n° 47 (2008-2009), p. 91: “[t]he classic conflict –between right X and the will of the “majority” as expressed in a statute- is recast, as one between right X and a government action designed to facilitate the development or enjoyment of right Y”. En el mismo sentido, D. Grimm, “The role of fundamental rights... ob. cit. p. 26.

<sup>61</sup> Así, por ejemplo, en el tan citado trabajo de Jiménez Campo, la concepción del autor sobre los distintos tipos de actividad que el legislador puede desempeñar en relación a los derechos fundamentales, y las características definitorias de cada una de estas actividades, resulta básica para entender su posición acerca de las diferentes garantías constitucionales *iusfundamentales*. J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales...* ob. cit. *passim*. La existencia y características de reservas de ley en materia *iusfundamental* en las constituciones pueden determinar el funcionamiento y peculiaridades de las garantías de los derechos fundamentales en cada sistema.

Delimitación, limitación, y regulación del ejercicio de los derechos fundamentales no parecen pues actividades que puedan estar sujetas a idénticos requerimientos constitucionales.

## **V. Control de constitucionalidad en materia de derechos fundamentales**

De los enunciados jurídicos *iusfundamentales*, derivan condicionamientos para el legislador. Como se ha visto, a éste corresponde en muchos casos la determinación de las normas *iusfundamentales*, su desarrollo, su limitación, o la regulación de su ejercicio, pero no es libre a la hora de llevar a cabo estas actividades. El legislador se encuentra sujeto, en virtud de la normatividad de las disposiciones constitucionales, a lo establecido en ellas.

En los sistemas constitucionales democráticos contemporáneos, los órganos de control de la constitucionalidad y la doctrina científica han ido elaborando y refinando una serie de técnicas cuyo objeto es un control adecuado, desde el punto de vista jurídico-racional, de la adecuación de los enunciados legislativos a los parámetros de constitucionalidad; también en materia de derechos fundamentales. Estas técnicas se establecen en los textos constitucionales mediante principios o garantías expresamente acogidos en ellas: éste sería el caso del principio de igualdad y de la garantía del contenido esencial en el art. 53.1 CE. En otros casos, las herramientas de juicio se infieren de otros principios constitucionales o del conjunto del texto constitucional, caso del juicio de proporcionalidad.

Las técnicas de garantía a que nos referimos en este apartado son comunes a los distintos ordenamientos constitucionales democráticos. Las normas, jurisprudencia y doctrina científica de diferentes sistemas nacionales e internacionales (como el sistema CEDH) han realizado aportaciones en su elaboración y desarrollo. Pese a las lógicas especificidades de cada sistema, existe un importante sustrato común. De igual modo, los problemas y cuestiones se plantean de modo similar en distintos ordenamientos, y las propuestas de solución elaboradas en cada uno de ellos contribuyen al enriquecimiento –y complejidad- del citado sustrato común.

Debe prestarse especial atención al papel que pueda desempeñar a este respecto el principio de igualdad en su aspecto de límite frente a la ley. La igualdad jurídica es,

entre otras cosas, principio estructural del ordenamiento que, cuando se proyecta sobre la función legislativa, obliga a fundamentar las diferenciaciones normativas. Se concreta en determinar el fundamento para la delimitación por el legislador del ámbito personal de aplicación de sus disposiciones y también, según algunos puntos de vista, la proporcionalidad entre diferenciación y consecuencias jurídicas.

Si se adopta una visión del principio de igualdad según la cual el fundamento de la diferenciación debe superar, además de un control de pertinencia, otro de adecuación, la cuestión de los fines perseguidos por el legislador se sitúa en primer plano.

Algo similar sucede con respecto de la garantía del contenido esencial.

En la doctrina científica, existen posiciones diversas acerca del significado y funcionamiento de la garantía del contenido esencial. A grandes rasgos, estas posiciones podrían dividirse entre aquellas que consideran necesario introducir en el interior del concepto, o junto a él, las ideas de ponderación y proporcionalidad, y, de otro lado, aquéllas que consideran que el contenido esencial aparece como límite que, si bien no es ni fijo ni inmutable, no está determinado por una ponderación entre bienes, valores o fines constitucionales.

Por último, como veremos, el canon de razonabilidad y el juicio de proporcionalidad se encuentran en estrecha relación con el principio de igualdad y la garantía del contenido esencial. El principio de igualdad es matriz del canon de razonabilidad, que se vincula lógicamente –salvando las diferencias entre ellos- al test de proporcionalidad. La razonabilidad se independiza del principio de igualdad en ordenamientos como el italiano, acercándose a la proporcionalidad como límite “general” de las limitaciones de los derechos fundamentales. La proporcionalidad, por su parte, puede servir como criterio de juicio acerca de la fundamentación de las diferencias, para determinar su adecuación o no al principio de igualdad.

Las siguientes páginas harán hincapié en el análisis del funcionamiento de estas técnicas de garantía en los sistemas constitucionales italiano y español, sin renunciar a las necesarias referencias a otros ordenamientos.

Analizaremos cómo opera el juego de las técnicas de garantía aludidas – contenido esencial, juicio de proporcionalidad y principio de igualdad- cuando los sujetos implicados son extranjeros. Nacionalidad y estatus migratorio aparecen como

criterios de diferenciación en regulaciones que afectan a los derechos fundamentales de los que los extranjeros son titulares.

## **1. La garantía del contenido esencial**

La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales se encuentra explícitamente recogida en el art. 19.2 de la *Bundesverfassung* (BV). Muchas de las constituciones democráticas posteriores a la II GM recogen esta garantía de modo expreso, como es el caso del art. 53.1 CE, en directa influencia de la BV. Otros ordenamientos, como el italiano, no la acogen expresamente, pese a lo cual se considera deducible de manera implícita del texto constitucional.

A nivel europeo, puede destacarse la incorporación de la garantía en el art. 52.1 de la CDFUE. Acerca de tal inclusión, se ha afirmado que, siendo testimonio de la centralidad e importancia adquirida por esta garantía en el Derecho europeo, no supone una innovación sino que recoge la previa elaboración jurisprudencial.<sup>62</sup>

Sobre el significado y funcionamiento de la garantía del contenido esencial se identifican dos posturas principales. Las llamadas teorías absolutas, por un lado, y las llamadas teorías relativas, por otro.

Los partidarios de las *teorías absolutas del contenido esencial*, con independencia de cuál sea el objeto con que identifican tal contenido, afirman la posibilidad –necesidad– de identificar *a priori* un conjunto de contenidos irrenunciables que caracterizarían la esencia de cada derecho y operarían como límites infranqueables. El contenido esencial es afectado por una norma legal cuando ésta daña alguna de esas propiedades esenciales o contenidos irrenunciables. La delimitación de estos contenidos debe llevarse a cabo, según estas teorías, independientemente de las relaciones de cada derecho con otros intereses jurídicamente relevantes. Este grupo de teorías parte de la

---

<sup>62</sup> Donato Messineo, *La garanzia del “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Turín: Giappichelli, 2012, pp. 122 y ss, ver n. 41 en la p. 123.



percibida necesidad de imponer barreras fijas a favor de la tutela del derecho, limitando *ex ante* y con claridad obligaciones jurídicas inquebrantables.<sup>63</sup>

Las *teorías relativas* se caracterizan por considerar que tal contenido no es pre-determinable en abstracto, no constituye una medida preestablecida y no es un elemento estable del derecho. Se trata, según estas teorías, de una garantía con un contenido declarativo, que se determina caso por caso y es consecuencia de la ponderación de derechos e intereses, de acuerdo con los cánones de razonabilidad y proporcionalidad.<sup>64</sup>

Se ha identificado todavía una tercera postura. Se trataría de la idea de un contenido esencial absoluto relativizado a través de la teoría de los límites inmanentes. Exige la inclusión dentro del contenido esencial de una serie de límites intrínsecos al mismo, consistentes en la no protección del objeto del derecho fundamental cuando colisione con derechos de terceras personas u otros bienes jurídicos constitucionales.<sup>65</sup>

Respecto de cada una de las posturas expuestas, se han realizado fundadas críticas doctrinales.

Desde el punto de vista jurisprudencial, no siempre encontramos una opción decidida y explícita por alguna de las dos concepciones. Con mucha frecuencia, los tribunales constitucionales se refieren en sus sentencias a la garantía del contenido esencial. Pero en la fundamentación jurídica de las sentencias, esta referencia no siempre tiene un significado. En muchas ocasiones, se utiliza más de modo retórico que como verdadera *ratio decidendi*.

Una cuestión especialmente interesante es la relativa a la relación entre garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales y el reconocimiento jurídico de la dignidad humana en las constituciones posteriores a la II GM. Parte de la doctrina ha vinculado garantía del contenido esencial y dignidad humana, considerando que puede determinarse a partir del “contenido de la dignidad humana”. Este tipo de concepciones, con antecedente en el contexto alemán, consideran que el contenido esencial de un

---

<sup>63</sup> D. Messineo, *La garanzia...* ob. cit. pp. 74-75, 77; J. C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales...* ob. cit. p. 270.

<sup>64</sup> D. Messineo, *La garanzia...* ob. cit. pp. 76-77; J. C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales...* ob. cit. p. 331.

<sup>65</sup> J. C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales...* ob. cit. p. 331.

derecho fundamental puede determinarse identificando aquellos contenidos indisociables de la idea de dignidad humana.

Este tipo de concepciones pueden plantear problemas, especialmente en relación con la determinación de un concepto de dignidad humana jurídicamente operativo.<sup>66</sup>

En lo relativo al sistema constitucional español, de acuerdo con el art. 53.1 CE el legislador está obligado a respetar el contenido esencial del derecho fundamental. Este precepto es fruto, como dijimos, de la recepción de la garantía alemana del contenido esencial. Pero ambas no poseen exactamente el mismo significado, al tratarse de contextos constitucionales diferentes.<sup>67</sup>

Puesto que el art. 53. 1 CE no establece ningún mecanismo o metodología para la aplicación del contenido esencial, la cuestión de esta garantía se convierte en un problema interpretativo. El TC comenzó por la adopción de una metodología para la determinación general y en abstracto de dicho contenido esencial, que posteriormente ha aplicado a casos concretos para determinar el contenido esencial de los concretos derechos fundamentales en examen. A partir de la STC 11/1981 el TC identifica dos vías complementarias de aproximación al contenido esencial de un derecho fundamental. La primera vía haría referencia al modo de concebir o configurar cada derecho: naturaleza jurídica. El contenido esencial estaría constituido por las facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito. Es necesario además tener en cuenta el momento histórico y las condiciones inherentes a las sociedades democráticas. La segunda vía se refiere a los intereses jurídicamente protegidos como núcleo del derecho, de manera que esencial en el contenido del derecho sería aquella parte absolutamente necesaria para que tales intereses resulten real, concreta y efectivamente protegidos.<sup>68</sup>

Estas vías de determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales utilizarían, en última instancia, un mismo mecanismo para la

---

<sup>66</sup> A este respecto, ver R. Chueca, "La marginalidad jurídica... ob. cit. esp. p. 42.

<sup>67</sup> I. de Otto, "La regulación... ob. cit. pp. 105 y ss. Sobre la recepción de la garantía alemana del contenido esencial en la CE, J. C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales...* ob. cit. pp. 339 y ss.

<sup>68</sup> J. C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales...* ob. cit. pp. 345-347. Análisis y crítica de este método en pp. 352-354.

determinación de la vulneración del contenido esencial: la desnaturalización del derecho.<sup>69</sup>

Aunque el TC no se ha pronunciado expresamente acerca del carácter absoluto o relativo de la garantía del contenido esencial, de su planteamiento inicial podría deducirse el carácter absoluto del mismo. Sin embargo, con posterioridad, el TC se habría ido aproximando a las teorías relativas sobre el contenido esencial, que consideran que éste no constituye una medida preestablecida y fija.<sup>70</sup>

En la doctrina española, Jiménez Campo ha defendido una concepción *temporal* de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Frente a lo que el autor denomina una concepción *espacial* de tal garantía, que identificaría dos círculos concéntricos en el contenido del derecho fundamental –formando uno el núcleo del derecho, el contenido esencial, y el otro una suerte de “contenido disponible” del derecho- este autor defiende una concepción que tenga en cuenta lo que el derecho fundamental significa en un determinado momento histórico. Así, según este autor “[e]l derecho fundamental se reconoce o no al enjuiciar la ley y en esto consiste su defensa jurisdiccional: en examinar si la legislación de cada tiempo puede verse como forma histórica del derecho que la Constitución creó”. La declaración constitucional del derecho supondría la apelación a una imagen de cultura que la tradición jurídica, convocada por la constitución, proporciona al intérprete. Esta tradición constitucional no es sólo nacional (artículo 10.2 CE) y no se impone como simple servidumbre frente al pasado: la permanencia del derecho se realiza en el tiempo y ello impone admitir en el enjuiciamiento un margen de configuración autónoma del legislador.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> Este autor identifica una serie de problemas en este modelo de determinación, que supondría la utilización de criterios extraconstitucionales para la determinación del tipo y función del derecho fundamental y conllevaría la necesidad de determinar el parámetro o canon de validez del derecho constitucional simultáneamente a su aplicación. El modelo podría encuadrarse dentro de un planteamiento que utiliza el concepto de derecho subjetivo como punto de partida, referencia incompleta por no dar cuenta de la totalidad de elementos presentes en la relación jurídica que subyace a un derecho fundamental. Aboga por una identificación entre contenido y contenido esencial del derecho fundamental. J. C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales...* ob. cit. pp. 354-357.

<sup>70</sup> *Ibidem* pp. 355-357.

<sup>71</sup> J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales...* ob. cit. pp. 66-74.

La *Corte costituzionale* se ha referido con frecuencia al “*contenuto minimo*” o “*contenuto essenziale*” de los derechos: bien como garantía de inviolabilidad, bien como límite al *bilanciamento* de intereses. Especialmente a partir de los años 90, la *Corte* se atribuye el deber de “*garantire la misura minima essenziale di protezione delle situazioni soggettive che la Costituzione qualifica come diritti, misura minima al di sotto della quale si determinerebbe, con elusione dei precetti costituzionale, la violazione di tali diritti*”.<sup>72</sup>

Asimismo, la doctrina mayoritaria parece inclinarse por un entendimiento *relativo* del contenido esencial de los derechos constitucionalmente garantizados.<sup>73</sup> Sea como consecuencia de la no referencia a esta garantía en el texto constitucional italiano, o por las peculiaridades del sistema *iusfundamental* en la CI, las referencias al contenido esencial suelen realizarse en el ámbito de estudios sobre la *ragionevolezza* y el *bilanciamento* de intereses (también en otros sistemas constitucionales, como resulta lógico, ambas técnicas de garantía son abordadas de forma conjunta). El contenido esencial del derecho aparece como límite insuperable en el *bilanciamento*, que no puede ser determinado con antelación al momento en que se lleva a cabo la ponderación.<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup> *Sentenze num. 27 del 1998; num. 309 del 1999; num. 509 del 2000, num. 516 del 2000, num. 432 del 2005.* A. Morrone, “*Bilanciamento... ob. cit.*”

<sup>73</sup> G. Scaccia realiza una reconstrucción de las diversas posturas en torno al contenido esencial, remitiendo a doctrina alemana e italiana Gino Scaccia, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milán: Giuffrè, 2000, pp. 372 y ss. Como señala este autor, en el contexto italiano, son representativas de la postura que defiende una concepción absoluta del contenido esencial: Pierfrancesco Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella costituzione italiana*, Padua: CEDAM, 1972, pp. 150 y ss; Massimo Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padua: CEDAM, 1983, pp. 65 y ss.

<sup>74</sup> De acuerdo con A. Morrone “*il contenuto essenziale non è predeterminabile in astratto, ma è concetto piuttosto vago, molto disponibile in sede di bilanciamento. Non è un caso che nella giurisprudenza costituzionale più che espresso in positivo, sia utilizzato come limite negativo: nel senso che l’elisione di una delle pretese in conflitto non può mai essere assoluta o, comunque, sproporzionata proprio rispetto al contenuto essenziale*”. A. Morrone, “*Bilanciamento... ob. cit.*” p. 195. En sentido similar, el mismo autor: Andrea Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milán: Giuffrè, 2001, pp. 300 y ss. R. Bin señala que “*la giurisprudenza costituzionale ci indica con chiarezza che il Wesensgehalt è un argomento interno alla strategia del bilanciamento degli interessi: è impiegato per indicare che un certo assetto degli interessi è squilibrato perché uno degli interessi in gioco è di fatto negato. Di solito è*

## **2. El principio de igualdad**

La igualdad jurídica es una de las piezas clave de los sistemas constitucionales democráticos contemporáneos, en especial de los sistemas de derechos fundamentales que la incorporan. Esta noción se relaciona estrechamente con los conceptos de capacidad y personalidad jurídica, así como con la dignidad humana como fundamento constitucional.

La igualdad cumple diversas funciones en estos sistemas constitucionales. Es fundamento del ordenamiento. A la vez, el principio de igualdad puede actuar como límite frente al legislador, cuyas normas deben cumplir una serie de requisitos para ser legítimas desde el punto de vista de este principio constitucional, cuya vulneración determinará la inconstitucionalidad de la norma legal. Parte de la doctrina y jurisprudencia lo conceptualizan, además, como derecho subjetivo. Por otra parte, del principio de igualdad –y las estructuras elaboradas para la determinación del cumplimiento o incumplimiento de las exigencias derivadas del mismo- jurisprudencia y doctrina han hecho derivar diversas técnicas de enjuiciamiento de las normas desde el punto de vista *iusfundamental*, como es el caso del principio de proporcionalidad.

### **A. La igualdad en los textos constitucionales italiano y español**

La CI de 1948 habla de la *eguaglianza* en varios de sus preceptos. Es su artículo 3 el que incorpora el principio de igualdad al sistema constitucional italiano. En otros preceptos, la referencia a la igualdad se realiza en relación a situaciones concretas.<sup>75</sup>

---

*negato proprio perché le modalità del suo esercizio sono eccessivamente penalizzanti [...]*”; en opinión de este autor, “*il contenuto essenziale dei diritti [...] è una figura argomentativi [sic.] tipica della giurisprudenza costituzionale applicata nel bilanciamento degli interessi. Perciò [...] non è suscettibile di definizione preventiva e generale, ma è individuabile in relazione al caso specifico*”. Roberto Bin, “Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza”, en *Scritti in onore di G. Berti*. Nápoles: 2005. Disponible en <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/DirfraII.htm> (a. 01-12-2016)

<sup>75</sup> Así, el art. 8 CI establece “*tutte le confessioni religiose sono ugualmente libere davanti alla legge*”; su art. 29 determina que: “*il matrimonio è ordinato sull’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi [...]*”; el art. 48 se refiere al “*voto personale ed eguale [...]*”; el art. 51 CI afirma: “*tutti i cittadini [...]* possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza [...]”.

El art. 3 CI enuncia el principio de igualdad en los siguientes términos: “*tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinione politiche, di condizioni personali e sociali*”. El precepto consta de dos párrafos: el primero, citado, contiene el principio de igualdad formal, así como la prohibición expresa de determinadas discriminaciones (lo que en Italia se ha llamado el *nucleo forte dell’eguaglianza*). El segundo párrafo se refiere a la igualdad sustancial, estableciendo el deber de la República de remover los obstáculos económicos y sociales que, *limitando di fatto la libertà e la eguaglianza dei cittadini*, impiden el pleno desarrollo de la persona y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.<sup>76</sup>

El principio de *eguaglianza* ha jugado un papel determinante en la evolución del sistema constitucional italiano. La doctrina científica ha destacado el recurso constante a la igualdad, en mayor medida que a otros parámetros constitucionales, por parte de la jurisprudencia constitucional italiana.<sup>77</sup>

Durante las primeras décadas de vigencia de la CI, tuvo lugar un debate doctrinal con incidencia en la jurisprudencia constitucional, en relación con el significado y función del principio de igualdad del art 3 CI. Las primeras sentencias de la *Corte* se vieron influenciadas por las tesis de Esposito, que vinculaba la igualdad jurídica con la eficacia de la ley -adopción de normas generales y abstractas y prohibición de disposiciones singulares- y negaba que la igualdad pudiese vincular al legislador desde un punto de vista material, incidiendo en el contenido de la ley.<sup>78</sup> En

---

<sup>76</sup> Una primera aproximación al principio de *eguaglianza* del art. 3 CI en Roberto Bin y Giovanni Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Turín: Giappicheli, 2014, pp. 507 y ss. En relación con el principio de *eguaglianza*, existe en Italia una vastísima literatura que se remonta a los primeros tiempos de la Constitución de 1948 y que evidencia distintas etapas en la doctrina científica. Entre otras: Carlo Esposito, “Eguaglianza e giustizia nell’art. 3 della Costituzione”, en Carlo Esposito, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padua: Cedam, 1954; Vezio Crisafulli, “Ancora in tema di eguaglianza”, *Giur. Cost.*, 1960; Livio Paladin, *Il principio costituzionale d’eguaglianza*, Milán: Giuffrè, 1965; Costantino Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Vol. II, Padua: Cedam, 1967; Augusto Cerri, *L’eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: esame analitico ed ipotesi ricostruttive*, Milán: Giuffrè, 1976.

<sup>77</sup> Giandomenico Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale*, Milán: Giuffrè, 2012, p. 1; A. Morrone, *Il custode...* ob. cit. p. 37.

<sup>78</sup> C. Esposito, “Eguaglianza...” ob. cit. pp. 17 y ss.

estas primeras resoluciones, se entendió que el principio de igualdad prohibía las discriminaciones subjetivas expresamente previstas en el art. 3, párrafo primero, CI; pero las valoraciones del legislador subyacentes a una norma que no diferenciase en base a ninguno de los criterios prohibidos se consideraban pertenecientes a su esfera de discrecionalidad.<sup>79</sup>

Ya con la *Sentenza núm. 53 del 1958* comienza a producirse un cambio en la jurisprudencia de la *Corte*, que se consolidará en resoluciones posteriores que hacen referencia a la valoración de la *ragionevolezza* de las normas legales (sobre la *ragionevolezza* en el sistema constitucional italiano, *vid. infra*).

El art. 3, párrafo primero, CI establece un principio dirigido al legislador, pero no hay acuerdo doctrinal en que de él derive un derecho subjetivo a la igualdad.<sup>80</sup>

Por otra parte, el principio de igualdad en la CE de 1978 posee un carácter estructural: subyace a todo el edificio constitucional y, a su través, al resto del ordenamiento jurídico. Los constituyentes la situaron como invocación fundante de todo el edificio constitucional, al calificarla en el art. 1.1 CE como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico español.

Aunque como se verá a continuación las determinaciones constitucionales de la igualdad no derivan del art. 10.1 CE, sino de otros preceptos constitucionales, éstas se construyen sobre la idea de igual dignidad como fundamento del sistema político español.<sup>81</sup>

En la CE, la igualdad no se plasma en una única disposición. Se materializa en diferentes preceptos. El artículo 14 CE recoge una de las concreciones normativas del valor igualdad: el principio de igualdad jurídica. Éste, además de proyectarse sobre los aplicadores del derecho, se configura como límite frente al legislador.

---

<sup>79</sup> Acerca de las tesis de Esposito y su influencia en la jurisprudencia constitucional italiana, con cita de sentencias en que se aprecia este punto de vista sobre el principio de igualdad, así como en relación con las resoluciones posteriores que incorporan criterios de *ragionevolezza* al juicio de igualdad, G. Scaccia, *Gli "strumenti"* ... ob. cit. pp. 38 y ss.

<sup>80</sup> Alessandro Pace, "Igualdad y libertad", trad. Luis Jimena Quesada, *REDC* núm. 64 (2002), pp. 56-58.

<sup>81</sup> C. Zoco, "Dignidad e igual dignidad..." ob. cit. pp. 396, 400.

Partiendo de la configuración jurídica de la igualdad en el art. 14 CE, pueden calificarse el resto de concreciones constitucionales del principio. Algunos preceptos se refieren a la igualdad más genéricamente (caso del mencionado artículo 1.1 CE, y del 9.2 CE), otros, de forma más específica (arts. 23.2, 31.1, 32.1, 39.2, 139.1, 149.1 CE); mientras otros contienen especificaciones implícitas (como la igualdad de las partes procesales en el art. 24 CE).<sup>82</sup>

Con respecto a las disposiciones en que la referencia es más genérica, la más autorizada doctrina española ha considerado que tienen un valor fundamentalmente interpretativo.<sup>83</sup> Así, se ha afirmado que la declaración del art. 1.1 CE carece por sí sola de efectos jurídicos inmediatos, desempeñando sin embargo un importante papel como elemento de interpretación de las diversas concreciones de la igualdad en las que ésta adquiere consistencia jurídica.<sup>84</sup>

En cuanto a las disposiciones que concretan la igualdad de un modo más específico, rige el criterio de especialidad, de manera que sus contenidos propios son autónomos respecto de los deducibles del principio general de igualdad del art. 14 CE.<sup>85</sup>

En este trabajo interesa especialmente el principio de igualdad jurídica del art. 14 CE, y en concreto, el principio de igualdad en el contenido de la ley.

El art. 14 CE contiene un doble mandato: el llamado *principio de igualdad en la ley*, y el *principio de igualdad en la aplicación de la ley*.<sup>86</sup> Se trata de una distinción

---

<sup>82</sup> Juan Carlos Gavara de Cara, “El principio de igualdad”, en Juan Carlos Gavara de Cara (ed.) *Constitución. Desarrollo, rasgos de identidad y valoración en el XXV aniversario (1978-2003)*, Barcelona: J.M. Bosch: Institut de Ciències Polítiques i Socials, 2004, p. 65.

<sup>83</sup> *Ibidem* p. 65; Javier Jiménez Campo, “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *REDC*, núm. 9 (1983), p. 79; Francisco Rubio Llorente, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, *REDC*, núm. 31 (1991), p. 10.

<sup>84</sup> J. Jiménez Campo, “La igualdad jurídica... ob. cit. p. 79.

<sup>85</sup> J. C. Gavara de Cara, “El principio... ob. cit. p. 65.

<sup>86</sup> *Ibidem* pp. 66 y 67, ver especialmente la nota 25. Otros autores adoptan una terminología diferente, utilizando la expresión “igualdad en la ley” para señalar una distinción dentro de la primera categoría, entre la “igualdad ante la ley” y la “igualdad en la ley”. La primera conlleva la prohibición de diferenciación de seres humanos en su identidad, mientras la segunda impone al poder público la



aplicada por la mayoría de los tribunales constitucionales europeos, en la que ha tenido gran influencia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán. El Tribunal Constitucional español acogió desde el inicio de su jurisprudencia esta diferenciación, aplicada por la mayoría de tribunales constitucionales europeos y en la que tuvo gran influencia la jurisprudencia constitucional alemana. La STC 144/1988/1, en la que se resume esta distinción, ha sido utilizada como regla de definición del alcance de ambos principios.

El principio de igualdad en el contenido de la ley requiere igualdad en la configuración de las normas jurídicas, y se aplica a la actividad normativa de legislador y ejecutivo, con el fin de prevenir el trato desigual en el contenido de las normas. El principio de igualdad en la aplicación de la ley exige la adopción de una perspectiva de comparación individual y concreta para determinar si la aplicación de consecuencias jurídicas por el poder ejecutivo o judicial se ha realizado de forma acorde a dicho principio.<sup>87</sup>

Las técnicas de interpretación y aplicación del principio de igualdad en el contenido de la ley serán analizadas *infra*.

Interesa ahora destacar otra cuestión clave en relación con la igualdad jurídica. En el panorama doctrinal español actual hay cierto consenso en que el artículo 14 CE ejerce una doble función, como derecho subjetivo y como principio jurídico.<sup>88</sup> Algún autor ha considerado discutible esta identificación de un derecho subjetivo a la igualdad sobre la base del artículo 14 CE.<sup>89</sup> El propio TC ha reconocido en numerosas ocasiones que el artículo 14 vincula a los poderes públicos como derecho subjetivo (SSTC 49/1982/2, 80/1982/1, 103/1983/5), destacando por otra parte la especialidad de dicho

---

obligación de adoptar medidas que garanticen la igualdad de oportunidades, C. Zoco, “Dignidad e igual dignidad... ob. cit. pp. 395-396.

<sup>87</sup> J. C. Gavara de Cara, “El principio... ob. cit. pp. 66 y 67, ver especialmente la nota 25.

<sup>88</sup> *Ibidem* p. 61. Cita en apoyo de esta afirmación: José Suay Rincón, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid: Instituto de Estudios de la Administración Local, 1985, p. 148. Sobre la construcción del principio de igualdad como derecho subjetivo, José María Baño León, “La igualdad como derecho subjetivo”, *RAP*, núm. 144 (1987).

<sup>89</sup> J. Jiménez Campo, “La igualdad jurídica... ob. cit. p. 72.

derecho, ya que no tiene carácter autónomo ni ámbito de actuación propia, sino un contenido relacional (SSTC 181/2000/10 y 200/2001/5).<sup>90</sup>

El principio de igualdad en la CE incluye un derecho fundamental cuya pretensión se dirige al examen de los fundamentos que justifican la diferencia o similitud en una actuación del poder público, con independencia de su carácter normativo o no.<sup>91</sup>

### **B. El juicio de igualdad y las normas jurídicas. Las normas sobre derechos fundamentales**

Partimos en este epígrafe de una referencia a la estructura y naturaleza del juicio de igualdad y su relación con las normas jurídicas y las normas *iusfundamentales*. Tras ello, se incluyen algunas consideraciones sobre la relación igualdad-dignidad humana-derechos fundamentales. A continuación, nos detendremos en la incidencia de la cuestión en el tema de la titularidad de derechos fundamentales por extranjeros.

El juicio de igualdad, en el ámbito de las normas jurídicas o en cualquier otro, supone afirmar la igualdad o desigualdad de dos elementos. Su estructura es siempre *relacional y parcial*.

El juicio de igualdad es relacional porque recae siempre sobre una pluralidad de elementos, que son los denominados “términos de comparación”, entre los que debe existir alguna diversidad, aunque sólo sea espacial o temporal, puesto que no es posible comparar lo idéntico.

Este juicio, precisamente porque se refiere a elementos entre los que debe existir alguna diferencia, es parcial. Es decir, se refiere a algún rasgo concreto: *dos personas, objetos o situaciones son iguales –o desiguales- con respecto a determinada característica*.<sup>92</sup>

---

<sup>90</sup> J. C. Gavara de Cara, “El principio... ob. cit. p. 62.

<sup>91</sup> *Ibidem* p. 73.

<sup>92</sup> Robert Alexy expone con claridad cómo los juicios de igualdad que constatan la igualdad con respecto a determinadas propiedades son juicios sobre relaciones triádicas: *a* es igual a *b* con respecto de la propiedad *P*. R. Alexy, *Teoría...* ob.cit. pp. 384-387.

Los rasgos de los términos de comparación que se tomarán en consideración para afirmar o negar la igualdad entre ellos no vienen impuestos por la naturaleza de las realidades comparadas. La determinación del punto de vista, comúnmente llamado *tertium comparationis*, es una decisión libre, aunque no arbitraria, de quien juzga.<sup>93</sup>

El juicio de igualdad es parte integrante del fenómeno jurídico. Como señala Rubio Llorente, el Derecho funciona definiendo situaciones (o condiciones) de las que resultan, para quienes se encuentran en ellas o las poseen, derechos u obligaciones concretas de los que no pueden beneficiarse, o a las que no han de hacer frente, quienes no se encuentran en estas situaciones o son de otra condición. Así, el Derecho es al mismo tiempo factor de diferenciación y de igualación.<sup>94</sup>

De modo que las normas (disposiciones) jurídicas igualan y diferencian, llevan a cabo distinciones. Al establecer una norma, se realiza un juicio de igualdad. La norma asigna consecuencias jurídicas en función de igualdades y desigualdades parciales determinadas por la propia norma. La igualdad o desigualdad se determina siempre, en este ámbito, con respecto a determinadas consecuencias jurídicas.<sup>95</sup>

Hay que tener en cuenta que la elección del perfil o punto de vista relevante no depende exclusivamente de valoraciones formales. Esta elección se lleva a cabo sobre la base de consideraciones relativas a valores implícitos en el contexto normativo.<sup>96</sup>

Las disposiciones sobre derechos fundamentales contienen una valoración jurídica de este tipo, incorporan una igualdad valorativa (*a priori*), al considerar iguales a los titulares de cada derecho fundamental con respecto a las consecuencias jurídicas determinadas por las normas *iusfundamentales* deducibles de aquellas.

Cuando una disposición constitucional consagra un determinado derecho fundamental, lo que hace es establecer una situación de igualdad entre sus titulares.

---

<sup>93</sup> F. Rubio Llorente, “La igualdad... ob. cit. pp. 12-13. Señala el autor en la nota 4 de la página 13 cómo en la práctica forense de la época, especialmente en la jurisprudencia del TC, resultaba frecuente la designación como *tertium comparationis* de lo que es realmente el término de comparación.

<sup>94</sup> *Ibidem* p. 16.

<sup>95</sup> R. Alexy, *Teoría...* ob.cit. p. 387-388.

<sup>96</sup> A. Morrone, *Il custode...* ob. cit. p. 533.

Atribuye unas determinadas posiciones jurídicas a todos los titulares de ese derecho. Aunque puedan introducirse diferencias en la regulación, desarrollo o limitación de tal derecho (según se verá), hay una situación jurídica que se reconoce a todos los titulares en condiciones de igualdad.

Como ya se ha puesto de manifiesto, la CE –al igual que otras constituciones de nuestro entorno- no determina con claridad la titularidad o no de cada uno de los derechos fundamentales por los extranjeros. Surge así la pregunta acerca de la influencia que la consagración constitucional del valor igualdad puede tener en la determinación de los enunciados constitucionales en lo relativo a la titularidad de derechos fundamentales por extranjeros.

**C. El principio de igualdad como límite frente al legislador. El criterio de razonabilidad de las diferencias. Aplicación del principio de igualdad en el contenido de la ley cuando se ven afectados derechos fundamentales**

El legislador, al elaborar las normas legales, lleva a cabo una actividad de igualación/diferenciación. Asigna consecuencias jurídicas a supuestos de hecho en función de una valoración sobre lo que es o no igual desde la perspectiva de comparación aceptada.

El mandato de igualdad en el contenido de la ley permite a los órganos de justicia constitucional analizar la corrección de las valoraciones del legislador desde el punto de vista del principio de igualdad. No impone una identidad de regulación legal, sino que las diferenciaciones realizadas respondan a determinados parámetros conformes con ese principio.

Según expone Alexy, en el marco de su análisis del sistema *iusfundamental* de la Constitución alemana, el problema puede ser formulado mediante dos cuestiones estrechamente vinculadas: en primer lugar, si, y en qué medida, es posible fundamentar racionalmente los juicios de valor que necesariamente se llevan a cabo en el marco del mandato de igualdad; y en segundo, quién ha de tener en el sistema jurídico la competencia para formular dichos juicios: el legislador o el Tribunal Constitucional.<sup>97</sup>

---

<sup>97</sup> R. Alexy, *Teoría...* ob.cit. p. 388.

Este punto de vista pone de manifiesto un problema clave: la determinación de los criterios que permitan juzgar la adecuación al principio de igualdad de las valoraciones –diferenciaciones- realizadas por el legislador.

El TC alemán utilizó el concepto de arbitrariedad para tratar este problema.<sup>98</sup> Una diferenciación es arbitraria y está por ello prohibida cuando no es posible encontrar una razón -calificada de una determinada manera- para ella.<sup>99</sup> La calificación de esta razón es descrita de múltiples maneras. Tiene que haber una razón suficiente para las diferencias, que las justifique.<sup>100</sup> De acuerdo con Alexy, existe una pluralidad de posibilidades de fundamentación racional de los juicios de igualdad y desigualdad. Así, señala, puede pensarse en la posibilidad de apoyar los juicios valorativos necesarios en otras normas constitucionales –argumentación sistemática-, en las posibilidades de argumentación sobre la base de la jurisprudencia constitucional, o en la justicia sistémica.<sup>101</sup>

En el contexto español se ha afirmado, en sentido similar, que la regla de igualdad del art. 14 CE se concreta para el legislador en el mandato de no discriminación, que no sólo hace referencia a la serie de criterios recogidos expresamente en tal precepto –nacimiento, raza, sexo, religión y opinión-, sino también a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. La discriminación equivale a “diferenciación desprovista de fundamento”, *sean cuales sean los cánones de racionalidad empleados*. Se conecta así la igualdad jurídica con la regla de interdicción de la arbitrariedad establecida en el artículo 9.3 de la CE. Para el legislador, el mandato del artículo 9.3 CE se concreta y especifica en la regla de razonabilidad que impone el artículo 14 CE.<sup>102</sup>

---

<sup>98</sup> R. Alexy, *Teoría...* ob.cit. p. 388.

<sup>99</sup> *Ibidem* p. 395.

<sup>100</sup> *Ibidem* pp. 395-396. En la visión de este autor, según expone en la nota 39 de la página 396: el concepto de razón suficiente es referido al éxito de una fundamentación, hay que decidir acerca de la existencia de una razón suficiente en un discurso jurídico racional, por existencia de una razón suficiente para una diferenciación no se entiende una existencia en sí, sino una existencia para interlocutores concretos, pero racionales.

<sup>101</sup> *Ibidem* p. 402.

<sup>102</sup> J. Jiménez Campo, “La igualdad jurídica... ob. cit. *passim*, esp. pp. 82-83, 89 y ss.

Una pregunta básica es, como ya hemos mencionado, aquella acerca de cómo juzgar la adecuación o inadecuación, desde el punto de vista de las exigencias del principio de igualdad, de la fundamentación de la diferencia. La diferencia introducida por el legislador debe contar con una fundamentación *calificada*, la fundamentación debe cumplir requisitos determinados, cuya identificación puede resultar polémica. En este contexto, resulta básica la cuestión del fin u objeto perseguido por la diferenciación: en palabras de Jiménez Campo, existe “un criterio objetivo para apreciar la relevancia o irrelevancia de los elementos diferenciadores distinto al de su ponderación fáctica que viene dado [...] por la correspondencia de estos criterios con el objetivo que pretende alcanzarse mediante la disposición cuestionada”.<sup>103</sup>

La aplicación del principio general de igualdad, y la necesidad de determinar la fundamentación o no –constitucionalmente adecuada- de las diferencias, ha llevado a las jurisdicciones constitucionales a acuñar fórmulas que remiten a un juicio de razonabilidad (*reasonableness*, *Angemessenheit*, *ragionevolezza*, razonabilidad).<sup>104</sup> Las diferencias se encuentran fundamentadas, y por tanto son adecuadas desde el punto de vista del principio de igualdad, cuando cumplen con determinados parámetros de razonabilidad.

El juicio de razonabilidad de las diferencias se relaciona estrechamente con la prohibición de arbitrariedad y con el juicio de proporcionalidad. Esta técnica de enjuiciamiento de la constitucionalidad de las disposiciones legales –la razonabilidad- y su vinculación con el juicio de proporcionalidad serán analizadas con mayor detenimiento *infra*.

De manera que el principio de igualdad en el contenido de la ley no contiene un “principio de identidad”, sino la posibilidad de valorar la adecuación al principio de igualdad de las diferenciaciones realizadas por el legislador de acuerdo con criterios de racionalidad y no arbitrariedad.

En lo que a esta investigación interesa, resulta especialmente necesario analizar la aplicación del principio de igualdad en relación con leyes que puedan afectar de alguna manera a derechos fundamentales. Se ha afirmado que en la medida en que la

---

<sup>103</sup> J. Jiménez Campo, “La igualdad jurídica... ob. cit. p. 93.

<sup>104</sup> F. Rubio Llorente, “La igualdad... ob. cit. p. 31.

consecuencia jurídica de la diferenciación afecta más a las propiedades personales, a la individualidad, dignidad o libertad de las personas, más estricto es el escrutinio desde el punto de vista del principio de igualdad y la exigencia de las razones que justifican las diferencias jurídicas. Cuando las consecuencias se alejan del ámbito personal, se protegen bienes jurídicos que afectan a necesidades comunes o se conecta al interés común, el control sería menos estricto, y el legislador democrático ganaría posibilidades de configuración.<sup>105</sup> La primera de las dos afirmaciones anteriores tendría que ver, en nuestra opinión, con la conformación de los derechos fundamentales como mandatos normativos constitucionales de igualdad de trato entre sus titulares, al menos en lo que respecta a su contenido esencial. La segunda, con las justificaciones posibles de las diferencias legislativas.

Es posible examinar en términos del principio de igualdad cualquier restricción o limitación que se realice por el poder legislativo en los derechos fundamentales, especialmente en el caso de una restricción o limitación que afecte sólo a una parte del universo de los titulares de los derechos fundamentales.<sup>106</sup>

En otro orden de cosas, pero también con importancia en lo relativo a los derechos fundamentales de no nacionales, es posible considerar que la aplicación del principio de igualdad debe ser más estricta cuanto menos fluida sea la capacidad de acceso a las categorías utilizadas por la norma legal examinada.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> J. C. Gavara de Cara, “El principio... ob. cit. pp. 76, 84.

<sup>106</sup> *Ibidem* pp. 84.

<sup>107</sup> *Ibidem* pp. 72-73, nota 34.

### **3. Los juicios de razonabilidad y de proporcionalidad**

Entre estas tres garantías constitucionales –igualdad, razonabilidad y proporcionalidad- se da un tupido sistema de interrelaciones.

La razonabilidad se configura como canon principal del juicio de igualdad, que a su vez suele considerarse matriz del juicio de razonabilidad. Con variaciones entre los diferentes sistemas constitucionales, este juicio de razonabilidad puede aparecer en algunos casos como canon autónomo de enjuiciamiento. El juicio de proporcionalidad aparece ligado a los criterios de razonabilidad e igualdad, pero también en muchas ocasiones como criterio autónomo de enjuiciamiento. En determinados supuestos, la proporcionalidad se configura como parte del juicio de igualdad. Y en ocasiones, razonabilidad y proporcionalidad aparecen unidas, como parte de un mismo juicio de adecuación constitucional, sin que se diferencien claramente una y otra. En otras, la proporcionalidad es parte del juicio de razonabilidad.

Existe una conexión lógica entre el juicio de igualdad, el canon de razonabilidad y el juicio de proporcionalidad. El tipo de razonamiento que subyace a todos estos juicios es, con importantes matices, muy similar. Y unos derivan de los otros, influyéndose mutuamente, sin que sea sencillo discernir tajantemente entre ellos o determinar con claridad sus mutuas influencias.

Comenzaremos prestando atención al juicio de razonabilidad, para pasar a continuación a analizar el canon de proporcionalidad, aunque resultarán inevitables las referencias a la proporcionalidad en el primero de los puntos, y viceversa, referencias al canon de razonabilidad en el segundo.

El juicio de proporcionalidad representaría, para algunas posiciones doctrinales, un criterio más estricto que el canon de razonabilidad. De modo que, en el ámbito del principio constitucional de igualdad, podríamos hablar de dos grados en el análisis de conformidad con este principio: los casos en que la diferenciación está basada en alguna causa prohibida de diferenciación suponen un escrutinio más estricto; mientras que las



diferencias basadas en otro tipo de causas requerirían tan solo un juicio de razonabilidad de la distinción.<sup>108</sup>

### **A. Canon de razonabilidad y juicio de proporcionalidad**

En la jurisprudencia constitucional de todos los sistemas liberales democráticos actuales se identifica un parámetro de racionalidad-razonabilidad de las diferencias. En muchos casos, a este tipo de exámenes se añaden criterios propios del canon de proporcionalidad, entrando los órganos de jurisdicción constitucional a analizar la proporcionalidad de las distinciones.

Son ejemplos de este “parámetro de la racionalidad”, con las matizaciones posibles, la indagación por la *reasonable basis* de la diferenciación en la doctrina del TS norteamericano, la pregunta por la “justificación razonable” del TS federal suizo, el criterio de “no arbitrariedad” que emplea el TC alemán, la regla de la *ragionevolezza* en Italia (elevada a principio general del Derecho por la *Corte costituzionale* italiana desde su *Sentenza num. 81 del 1963*), o el criterio de razonabilidad de las diferencias normativas utilizado por el TC español.

La doctrina alemana suele dividir en dos periodos la jurisprudencia constitucional sobre el juicio de igualdad. Durante el primero, se aplicó un criterio de *no arbitrariedad* como canon de la adecuación constitucional de las normas desde el punto de vista del principio de igualdad. El segundo periodo comienza a partir de los años ochenta, caracterizado por la aplicación jurisprudencial de la llamada nueva fórmula de la igualdad. A lo largo de este segundo periodo, diversas opiniones doctrinales y jurisprudenciales consideraron necesario utilizar un canon de enjuiciamiento más incisivo que aquél. Paulatinamente, el control constitucional de igualdad en Alemania se

---

<sup>108</sup> En este sentido, J. Jiménez Campo, “La igualdad jurídica... ob. cit. pp. 107-108; Fernando Rey Martínez, “La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Pensamiento Constitucional*, núm. 17 (2012), p. 293; Marta Cartabia, “I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana”, *XV Encuentro de los Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España* celebrado en Roma, *Palazzo della Consulta*, 24 a 26 de octubre de 2013, pp. 2 y ss, disponible en [http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina\\_199.do](http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_199.do) y <http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Paginas/XVTrilateral.aspx> (a. 01-12-2016)

abrió a los esquemas lógico-argumentativos típicos del test de proporcionalidad, utilizándose por primera vez un razonamiento de este tipo a principios de los noventa.<sup>109</sup>

En Francia, en el marco de un sistema constitucional y de protección de derechos con peculiaridades importantes, se da una vinculación significativa entre juicio de igualdad y control de razonabilidad. Partiendo de las nociones de *erreur manifeste d'appréciation* del legislador, y de *disproportion manifeste* de la ley, en los últimos años de la década de los noventa comienza a aplicarse un control sobre la razonabilidad de la diferencia legislativa.<sup>110</sup>

En la doctrina científica encontramos referencias recurrentes a la gran extensión y elevado grado de acogimiento del llamado principio de proporcionalidad, tanto en los vigentes sistemas constitucionales nacionales, cuanto por parte de tribunales supranacionales encargados de la interpretación y aplicación de normas en materia de derechos, como el TEDH o el TJUE.<sup>111</sup> Se ha llegado a calificar esta técnica de estándar

---

<sup>109</sup> Respecto de la evolución de la jurisprudencia constitucional alemana en la materia, G. Scaccia, *Gli "strumenti"*... ob. cit. pp. 30-35, pp. 241-ss.

<sup>110</sup> Respecto de la evolución en la materia en el contexto francés, *ibidem* pp. 35-38.

<sup>111</sup> A. Stone Sweet, J. Mathews, "Proportionality... ob. cit. p. 74. De acuerdo con estos autores, "[B]y the end of the 1990s, virtually every effective system of constitutional justice in the world, with the partial exception of the United States, had embraced the main tenets of PA." *Proportionality has also migrated to the three treaty-based regimes that have serious claims to be considered "constitutional" in some meaningful sense: European Union, European Convention on Human Rights, and World Trade Organization*". En el mismo sentido, entre otros, Jacob Weinrib, "When Trumps Clash: Dworkin and the Doctrine of Proportionality", *draft* para la conferencia *The Legacy of Ronald Dworkin Conference*. University of Buenos Aires, 7 y 8 de mayo de 2015, p. 1 [http://www.academia.edu/12365300/When\\_Trumps\\_Clash\\_Dworkin\\_and\\_the\\_Doctrine\\_of\\_Proportionality](http://www.academia.edu/12365300/When_Trumps_Clash_Dworkin_and_the_Doctrine_of_Proportionality) (a. 01-12-2016); Grant Huscroft, Bradley W. Miller, Grégoire Webber, "Introduction", en Grant Huscroft, Bradley W. Miller, Grégoire Webber (ed.) *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning*, New York : Cambridge University Press, 2014, p. 1; M. Cartabia, "I principi di ragionevolezza... ob. cit., pp. 5-6; Bardo Fassbender, "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", Diego Marín Barrionuevo Fabo (trad.), *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5 (1998), p. 71.

constitucional global (*global constitutional standard*)<sup>112</sup> o rasgo fundamental del *neo-constitucionalismo contemporáneo*.<sup>113</sup>

Aunque algunas constituciones recientes recogen explícitamente el llamado principio de proporcionalidad (al igual que la CDFUE) esta técnica de escrutinio no se encuentra reconocida expresamente en la mayoría de ordenamientos constitucionales que la utilizan.

El origen de la utilización del canon de proporcionalidad en el enjuiciamiento constitucional suele situarse en el contexto constitucional alemán. Los antecedentes de esta técnica de enjuiciamiento se encuentran en el Derecho administrativo prusiano –en materia de “policía”- a partir del S. XVIII. A lo largo del S. XIX, con la expansión del Estado administrativo alemán, determinados elementos de proporcionalidad se configuran como parte del núcleo de esta rama del Derecho. A partir de la entrada en vigor de la vigente constitución alemana, la proporcionalidad se configura progresivamente como importante canon de enjuiciamiento de constitucionalidad, especialmente en el ámbito de los derechos fundamentales.<sup>114</sup>

La doctrina ha destacado las aportaciones de Robert Alexy desarrolladas a partir de mediados de los ochenta en el tratamiento del problema.<sup>115</sup> Este estudioso ha orientado en gran medida el debate en la materia, de manera que buena parte de las obras o trabajos científicos contemporáneos relativos a la proporcionalidad se refieren a,

---

<sup>112</sup> A. Stone Sweet, J. Mathews, “Proportionality... ob. cit. p. 79; en un sentido similar, G. Huscroft, B. W. Miller, G. Webber, “Introduction... ob. cit. p. 1: “[i]t is no exaggeration to claim that proportionality has overtaken right as the orienting idea in contemporary human rights law and scholarship”. Más adelante, señalan los autores que la extensión del modelo ha llevado a: “claims of a global model”, “a received approach” o “the best-practice standard of rights adjudication”.

<sup>113</sup> M. Cartabia, “I principi di ragionevolezza... ob. cit. p. 5.

<sup>114</sup> A. Stone Sweet, J. Mathews, “Proportionality... ob. cit. pp. 98-111. En estas páginas se exponen los antecedentes, evolución y recepción en el ámbito del Derecho constitucional de la proporcionalidad en el Derecho alemán.

<sup>115</sup> *Ibidem* p. 93; M. Cartabia, “I principi di ragionevolezza... ob. cit. p. 5.

o parten en alguna medida de, las concepciones de Alexy, ya sea criticándolas, utilizándolas como punto de partida, o matizándolas.<sup>116</sup>

El juicio de proporcionalidad que recae sobre una norma legal en materia *iusfundamental* se refiere a la relación entre un medio –afectación de un derecho fundamental por la ley- y un fin –objetivo perseguido por la norma-.

A grandes rasgos, y dejando aparte en este momento todas las matizaciones que pudieran realizarse, se entiende que el juicio de proporcionalidad de la ley que afecta a derechos fundamentales se compone de una serie de subcriterios. Para que una norma legal supere el test de proporcionalidad *en sentido amplio* –suele distinguirse entre proporcionalidad en sentido amplio, que integra todos los subcriterios de juicio enunciados, y proporcionalidad en sentido estricto, que constituye el último de dichos subcriterios-, debe satisfacer una serie de condiciones: los subcriterios de la proporcionalidad. El juicio de proporcionalidad en sentido amplio estaría formado por un control de adecuación o idoneidad, un análisis de la necesidad de la medida enjuiciada y un control de proporcionalidad en sentido estricto (ponderación de los intereses afectados en conflicto).

Merece la pena destacar que, a pesar de la extensión del uso jurisprudencial de esta técnica de enjuiciamiento y su acogimiento por una parte de la doctrina científica, no existe una doctrina uniforme sobre la proporcionalidad. Se encuentran formulaciones doctrinales y jurisprudenciales diferentes, y desacuerdo en cuanto a la importancia de cada uno de los subcriterios. Incluso se ha dudado de que exista un concepto común de proporcionalidad.<sup>117</sup>

---

<sup>116</sup> En España, es el caso, por ejemplo, de la obra de C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad...* ob. cit. Existe una vasta literatura relacionada con el pensamiento de Robert Alexy y su concepción de los derechos fundamentales. Acerca de algunas cuestiones actuales en relación con las elaboraciones doctrinales de dicho autor, especialmente en lo relacionado con el ámbito *iusfundamental*, pueden consultarse las obras: Laura Clérico, Jan-R. Sieckermann, Daniel Oliver Lalana (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada: Comares, 2011; Agustín José Menéndez y Erik Oddvar Eriksen (eds.), *La argumentación y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2010.

<sup>117</sup> G. Huscroft, B. W. Miller, G. Webber, “Introduction... ob. cit. p. 3.

La proporcionalidad no se encuentra exenta de críticas. Más bien, encontramos en la doctrina un debate abierto entre “partidarios” y “detractores” de la utilización de la técnica en el ámbito *iusfundamental*. Se identifican, a grandes rasgos, dos grupos principales de críticas frente al uso del canon de proporcionalidad en materia *iusfundamental*. El primer tipo de argumentos se refiere a un peligro de desactivación de los derechos. El segundo tipo se relaciona con la posición del legislador en el sistema constitucional democrático, considerando que el canon de proporcionalidad puede conllevar un desequilibrio de poder a favor de la jurisdicción constitucional.<sup>118</sup>

### **B. Igualdad, razonabilidad y proporcionalidad en el sistema CEDH. Derechos absolutos y relativos**

En este epígrafe, se contiene una referencia a cómo operan las técnicas objeto de estudio en la jurisprudencia del TEDH en materia de igualdad. Se realizará también una referencia a la diferenciación en el sistema CEDH entre derechos absolutos y no absolutos, por la relación que esta distinción tiene en el funcionamiento del principio de no discriminación del art. 14 CEDH y en la utilización de técnicas de enjuiciamiento asociadas a la proporcionalidad.

El TEDH, desde los inicios de su funcionamiento en 1959, ha construido una jurisprudencia en la que se detectan una serie de principios interpretativos más o menos estables. Entre estas construcciones interpretativas generales, en lo que ahora interesa, se encuentran las relativas a cómo han de entenderse la igualdad y la no discriminación previstas en el CEDH; y a cómo y hasta qué punto pueden oponerse límites al ejercicio de los derechos. El principio de proporcionalidad se encuentra entre dichos principios interpretativos del CEDH.<sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> J. Weinrib, “When Trumps...” ob. cit. pp. 1-2. El autor hace referencia a las posturas favorables y contrarias al uso de la proporcionalidad, recogiendo doctrina en uno y otro sentido. De acuerdo con este autor, los partidarios de ambas posiciones están conformes en adscribir a Ronald Dworkin a una posición contraria a la proporcionalidad, lo que sería inexacto; el trabajo se dirige a la demostración de esta hipótesis-.

<sup>119</sup> José Antonio Pastor Ridruejo, “La reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: temas escogidos”, en Francisco Javier Quel López y Juan José Álvarez Rubio (coords.), *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz, 2007*, Bilbao: Servicio

En cuanto a lo primero, el art. 14 CEDH, a la vista de la letra del propio precepto y de la jurisprudencia del TEDH, no establece una regla general de no discriminación que resulte aplicable a todo acto o medida de un estado parte. La garantía de no discriminación se refiere sólo a los derechos y libertades en el ámbito del CEDH y sus Protocolos Adicionales.

La accesoriadad del art. 14 CEDH tiene consecuencias en el modo en que se enfrenta el TEDH a las demandas en las que se alega su vulneración. Así, no resultan admisibles aquéllas cuyo único fundamento sea la violación del art. 14 CEDH: ésta ha de ponerse en relación con otro art. del CEDH o sus Protocolos. Además, el procedimiento de escrutinio utilizado en estos casos es constante en la jurisprudencia TEDH: en primer lugar se analiza la aplicabilidad del artículo (distinto del 14 CEDH) cuya vulneración motiva la demanda. Determinada su aplicabilidad se pasa al examen de si se ha producido violación de ese artículo. A continuación se analiza si el artículo 14, en relación con el precepto alegado, ha sido vulnerado. Aunque en un principio, una vez determinada la vulneración del precepto principal, no se entraba en el análisis de la violación del art. 14 CEDH, la evolución de la jurisprudencia ha llevado a una aplicación diferente en determinados casos. En ocasiones, el TEDH ha decretado vulneración del art. 14 CEDH junto con la vulneración del derecho en juego.<sup>120</sup>

De acuerdo con la interpretación jurisprudencial del art. 14 CEDH, éste no sólo prohíbe la discriminación en relación con la limitación de los derechos y libertades garantizados en el CEDH. Tal discriminación también está vetada cuando las normas del país, al implementar los derechos en juego, hayan ido más allá de las obligaciones derivadas del Convenio. Si el estado prevé un desarrollo del derecho que entre en el ámbito de derechos garantizados en el CEDH, aunque el TEDH entienda que no se daría

---

Editorial de la Universidad del País Vasco, 2008, pp. 242-243. Teresa Freixes Sanjuán, “Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa”, *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 11-12 (1995), p. 99.

<sup>120</sup> Diego Boza Martínez, *Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2007, pp. 32-35. F. Jacobs, R. White y C. Ovey, *The European Convention...* ob. cit. 554-556.

vulneración en el caso de no haberse previsto tal desarrollo, debe hacerlo sin incurrir en discriminaciones prohibidas por el art. 14 CEDH.<sup>121</sup>

En este punto, debe hacerse referencia al *Protocolo No. 12* al CEDH.<sup>122</sup> En su art. 1, extiende el principio de no discriminación (enumerando las mismas causas de discriminación que el art. 14 CEDH) a “el goce de *todos los derechos previstos* por la ley”. En la Memoria explicativa del Protocolo, se explicita que la noción de discriminación prevista en el art. 1 es idéntica a la que se da en el contexto del art. 14 CEDH tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia TEDH.<sup>123</sup>

El tribunal, desde la STEDH del *Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico belga*, considerando que el art. 14 CEDH no prohíbe toda diferencia de trato (únicamente serán incompatibles con dicho precepto aquellas que impliquen trato

---

<sup>121</sup> Entre otras, SSTEDH de 23 de julio de 1968 en el caso *Asunto relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica c. Bélgica* párr. 9; de 12 de abril de 2006 en el caso *Stec y otros c. Reino Unido*, párr. 53; de 10 de mayo de 2007 en el caso *Runkee y White c. Reino Unido*, párr. 34; de 18 de febrero de 2009 en el caso *Andrejeva c. Letonia*, párr. 86; de 16 de marzo de 2010 en el caso *Carson y otros c. Reino Unido*, párr. 63-65; de 27 de septiembre de 2011 en el caso *Bah c. Reino Unido*, párr. 35; de 6 de noviembre de 2012 en el caso *Hode y Abdi c. Reino Unido*, párr. 42.

<sup>122</sup> Hecho en Roma el 4 de noviembre de 2000, y cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1 de abril de 2005. Se encuentra ratificado por diecinueve países. Ratificado por España el 13 de febrero de 2008, entró en vigor el 1 de junio del mismo año. Italia ha firmado este Protocolo, el 4 de noviembre de 2000, pero a día de hoy no lo ha ratificado.

<sup>123</sup> *Explanatory report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Párr. 18-22. En concreto, en lo que ahora nos interesa, se refiere a “ciertas distinciones basadas en la nacionalidad” como aceptables, en relación con la exigencia de justificación objetiva y razonable. Asimismo, se explicita que el alcance de la protección adicional en virtud del art. 1 del Protocolo se refiere a casos en que una persona es objeto de discriminación: a) en el goce de un derecho *específicamente concedido al individuo por el derecho nacional*; b) en el goce de cualquier derecho derivado de obligaciones claras de las autoridades públicas en el derecho nacional; c) por parte de autoridades públicas debido al ejercicio de un poder discrecional; d) debido a otros actos u omisiones por parte de las autoridades públicas. Así, no parece que este Protocolo pueda suponer la atribución de la titularidad de posiciones jurídicas de tipo *iusfundamental* en los ordenamientos nacionales más allá de lo que ya se encuentre establecido en ellos. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cce48> (a. 01-12-2016)

discriminatorio), sienta una serie de criterios generales para determinar si una concreta diferencia viola o no el precepto.<sup>124</sup> Así: 1) la igualdad del art. 14 CEDH resulta violada cuando, entre casos comparables, la distinción *carece de justificación objetiva*; 2) la existencia o inexistencia de tal justificación objetiva debe apreciarse en relación con la *finalidad* de los efectos de la medida examinada en atención a los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas; 3) el art. 14 CEDH se ve violado cuando resulta claramente que *no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida* (existencia de *proporcionalidad razonable*). A partir de esta primera Sentencia, el TEDH aplica este test de igualdad en todos los casos en que tiene que aplicar el art. 14 CEDH.<sup>125</sup>

Esta jurisprudencia del TEDH puede calificarse como una fórmula de tres ingredientes: 1) discriminación como diferencia jurídica de trato no razonable 2) aplicación amplia de la doctrina del margen de apreciación estatal 3) función complementaria y subsidiaria del art. 14 CEDH.<sup>126</sup>

En relación con el principio de proporcionalidad, el CEDH no lo menciona expresamente. Sin embargo, el TEDH ha utilizado frecuentemente esta técnica de juicio, para determinar la convencionalidad de actuaciones (ya sean normas legales o de otro tipo, u otra actividad) de las autoridades nacionales que incidan en el disfrute de determinados derechos y libertades, limitándolos, delimitándolos o regulando su ejercicio.<sup>127</sup>

A lo largo de su jurisprudencia, el TEDH ha generalizado una serie de condiciones aplicables a diferentes supuestos de limitación de determinados derechos del CEDH. Estas condiciones podrían reducirse a tres: 1) que los límites estén previstos

---

<sup>124</sup> STEDH *Asunto relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica c. Bélgica* cit.

<sup>125</sup> T. Freixes Sanjuán, “Las principales construcciones... ob. cit. pp. 100-101.

<sup>126</sup> F. Rey Martínez, “La discriminación racial... ob. cit. p. 293.

<sup>127</sup> Como hemos mencionado en el apartado anterior, la doctrina ha considerado que la proporcionalidad es una de las construcciones jurisprudenciales básicas utilizadas por dicho tribunal. J. A. Pastor Ridruejo, “La reciente jurisprudencia... ob. cit. pp. 242-243. T. Freixes Sanjuán, “Las principales construcciones... ob. cit. p. 99.



en la ley; 2) que sean *necesarios* en una *sociedad democrática* para conseguir un *fin legítimo*; 3) que los límites sean proporcionales con relación al fin legítimo perseguido. El TEDH exige que se dé una *relación razonable de proporcionalidad* entre la medida tomada y la finalidad perseguida.<sup>128</sup>

La técnica de la proporcionalidad venía siendo reconocida a nivel nacional antes de que el TEDH comenzase a utilizarla. La consolidación de este canon de juicio en las diferentes jurisdicciones nacionales motiva la progresiva adopción de este criterio por parte del TEDH.<sup>129</sup>

Muy en relación con lo anterior, a la vista de la doctrina científica consolidada y de la jurisprudencia del TEDH, los derechos garantizados en el CEDH y sus Protocolos pueden dividirse en derechos absolutos y derechos no absolutos.

Atendiendo a diferentes análisis teóricos en materia de derechos fundamentales, una distinción entre derechos absolutos y no absolutos como la apuntada resulta problemática. No se trata, en todo caso, de una diferenciación extrapolable al ámbito del Derecho constitucional interno de los estados miembros.

Sin embargo, lo cierto es que algunos de los derechos garantizados en el CEDH y sus Protocolos han sido calificados como *derechos absolutos* por el TEDH y por la doctrina científica que se ocupa del estudio del sistema de derechos CEDH. Frente a esta categoría de derechos, se identifican los *derechos no absolutos*. La diferencia entre ambos tipos se encuentra en que respecto a los primeros no se admite limitación alguna, mientras que los segundos pueden verse limitados en base a distintas consideraciones.<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> Sobre la introducción, consolidación y significado del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TEDH, B. Fassbender, “El principio de proporcionalidad... ob. cit. *passim*.”

<sup>129</sup> *Ibidem* p. 71.

<sup>130</sup> Recoge esta distinción (diferenciando, en la segunda categoría, entre “derechos cualificados” y “derechos limitados”) Lowrens Rienk Kiestra, *The impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, La Haya: Springer, 2014, pp. 38 y ss. F. Jacobs, R. White y C. Ovey, *The European Convention...* ob. cit. pp. 9-10, distinguen entre derechos cualificados (*qualified rights*) y derechos no cualificados (*unqualified rights*), diferenciando dentro de la segunda categoría los derechos no derogables (*non-derogable*), que según estos autores pueden ser calificados como absolutos (*absolute*) en el sentido de no admitir derogaciones en virtud del art. 15 CEDH. Yukata Arai, “Chapter 5. The system of restrictions”, en Pieter van Dijk *et al.* (ed.), *Theory and Practice of the European*

La calificación de absolutos atribuida a algunos derechos se basa en diferentes consideraciones extraídas de las propias normas del Convenio, y en la interpretación que de las mismas ha realizado el TEDH.<sup>131</sup>

El carácter absoluto o no derogable de los derechos contenidos en estos preceptos se ha fundamentado con frecuencia en las excepciones frente a la posibilidad de derogación del art. 15 CEDH.<sup>132</sup> El primer párrafo del citado precepto prevé la posibilidad de derogación, con ciertas limitaciones, de las obligaciones contraídas en virtud del Convenio “en caso de guerra u otro peligro público que amenace la vida de la nación”. Su segundo párrafo, sin embargo, contiene una excepción aplicable a los derechos garantizados en los arts. 2 (salvo en caso de muerte resultante de actos lícitos de guerra), 3, 4.1, y 7 CEDH: el precepto no autoriza en ningún caso la derogación de dichos derechos.<sup>133</sup> Además, los Protocolos No. 6 (art. 3), No. 7 (art. 4.3) y No. 13 (art. 2) también excepcionan la posibilidad de derogaciones basadas en el art. 15 CEDH de los derechos en ellos garantizados.

---

*Convention on Human Rights* (4ª edición), Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2006, p. 343, afirma en el marco de un análisis de las limitaciones a los derechos en el CEDH que “[i]t must [...] be noted that four non-derogable rights are logically impervious to implied limitations under any circumstances, even with respect to “special categories of persons””.

<sup>131</sup> En opinión de Mavronicola, refiriéndose al art. 3 CEDH, la fundamentación del carácter absoluto del derecho en la jurisprudencia TEDH se condensa en tres elementos: la falta de previsión de excepciones expresas en el art. 3 CEDH, en contraste con lo que sucede respecto de otros derechos; la excepción frente a la posibilidad de derogación prevista en el art. 15 CEDH; el hecho de que la prohibición del art. 3 CEDH se aplica con independencia del comportamiento de la víctima. Natasa Mavronicola, “What is an “absolute right”? Deciphering Absoluteness in the Context of Article 3 of the European Convention on Human Rights”, *HRLRev* 12:4 (2012), pp. 723-758.

<sup>132</sup> F. Jacobs, R. White y C. Ovey, *The European Convention...* ob. cit. p. 9, pp. 114-115.

<sup>133</sup> Artículo 15 CEDH: “1. *In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law.* 2. *No derogation from Article 2, except in respect of deaths resulting from lawful acts of war, or from Articles 3, 4 (paragraph 1) and 7 shall be made under this provision [...]*”.

Asimismo, el TEDH ha calificado de *absolutos* algunos derechos del Convenio.<sup>134</sup>

En el ámbito doctrinal, encontramos diferentes opiniones acerca de qué derechos concretos se adscriben a una u otra categoría, si bien algunos son considerados absolutos por la práctica totalidad de los autores. Ello sucede respecto de los garantizados en los arts. 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de tortura y tratos inhumanos y degradantes), 4 (prohibición de esclavitud o servidumbre) y 7 CEDH (principio de legalidad penal).

El derecho garantizado por el art. 3 CEDH (prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes) aparece como ejemplo claro de derecho absoluto, en la jurisprudencia del TEDH y en la doctrina científica.<sup>135</sup> Así pues, comenzamos por exponer una serie de cuestiones relativas al desarrollo jurisprudencial y funcionamiento de este precepto, lo que resulta útil para entender el funcionamiento de otros derechos del Convenio también considerados absolutos.

De acuerdo con reiterada jurisprudencia del TEDH, el Convenio prohíbe *en términos absolutos* la tortura y los tratos o castigos inhumanos o degradantes.<sup>136</sup> Tal carácter absoluto del derecho se predica también en situaciones extremas, que implican en sí mismas atentados a la vida o la integridad.<sup>137</sup>

---

<sup>134</sup> En relación con el art. 3 CEDH: SSTEDH de 28 de julio de 1999 en el caso *Selmouni c. Francia*, párr. 95; de 6 de abril de 2000 en el caso *Labita c. Italia*, párr. 119; de 11 de junio de 2000 en el caso *Dikme c. Turquía*, párr. 89; de 21 de enero de 2011 en el caso *M.S.S c. Bélgica*, párr. 126. En relación con el art. 4 CEDH: STEDH de 7 de enero de 2010 en el caso *Rantsev c. Chipre y Rusia*, párr. 283. A este respecto, Ascensión Elvira, “La dignidad humana en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Ricardo Chueca (dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Madrid: CEPC, 2015, pp. 201-ss.

<sup>135</sup> Natasa Mavronicola. “What is an “absolute right”?... ob. cit. pp. 727-728. Recoge y analiza jurisprudencia TEDH en relación al art. 3 CEDH resaltando la vinculación con la dignidad humana y el carácter absoluto: A. Elvira, “La dignidad humana... ob. cit. pp. 203-211.

<sup>136</sup> SSTEDH *Selmouni c. Francia* cit., párr. 95; *Labita c. Italia* cit., párr. 119; *Dikme c. Turquía* cit., párr. 89; *M.S.S c. Bélgica* cit., párr. 126.

<sup>137</sup> STEDH *M.S.S c. Bélgica* cit., párr. 126.

El carácter absoluto de la prohibición del art. 3 CEDH conlleva que, si ha tenido lugar el comportamiento prohibido, no resulte posible ningún tipo de ponderación con otros derechos o intereses que desemboque en la apreciación de no vulneración del Convenio. El examen de proporcionalidad no opera en este tipo de contexto.<sup>138</sup> Doctrina y jurisprudencia coinciden en que el comportamiento prohibido conlleva siempre la vulneración del art. 3 CEDH, con independencia de cualquier consideración o circunstancia. De este modo, es clave la determinación de cuándo ha tenido lugar un comportamiento prohibido, de en qué casos se vulnera la prohibición de tortura o tratos inhumanos o degradantes, de qué tipo de actuaciones conllevan una vulneración del art. 3 CEDH.<sup>139</sup>

El *test* utilizado por el TEDH para determinar la inclusión o no de un determinado comportamiento en el ámbito de los prohibidos por el art. 3 CEDH adolece de cierto grado de incertidumbre y previsibilidad. Que un comportamiento sobrepase o no el umbral que lo califica como vulnerador del art. 3 CEDH depende de múltiples factores, y se interpreta como una cuestión de grado.

De acuerdo con el Tribunal, el maltrato ha de contener un mínimo grado de severidad para constituir conducta prohibida. La apreciación de este mínimo depende de dos elementos: la severidad del tratamiento y la intensidad del sufrimiento. La primera pone el acento en el sujeto activo del comportamiento, mientras la segunda lo hace en la persona que lo sufre. No se trata de un examen objetivo, sino que se pone en relación con circunstancias como la duración del trato, sus efectos físicos y mentales, y en algunos casos el sexo, edad y estado de salud de la víctima (factores relacionados con su mayor o menor debilidad). El test tiene su origen en la STEDH de 18 de enero de 1978 en el caso *Irlanda c. Reino Unido*, y esta manera de decidir se ha mantenido constante en su doctrina, con las lógicas variaciones y matizaciones.<sup>140</sup>

A la vista de este modo de razonar, es clave la cuestión acerca de los factores que puede tener en cuenta el TEDH para determinar si un comportamiento concreto se encuentra prohibido por el art. 3 CEDH. Así, pueden tenerse en cuenta características

---

<sup>138</sup> A. Elvira, “La dignidad humana... ob. cit. p. 204.

<sup>139</sup> Natasa Mavronicola. “What is an “absolute right”?... ob. cit. p. 738.

<sup>140</sup> A. Elvira, “La dignidad humana... ob. cit. pp. 203-204.

personales de la víctima cuando puedan tener relevancia en su sufrimiento subjetivo, como su edad o su estado de salud. Sin embargo, no son relevantes otros factores, como que la víctima haya sido acusada de un delito de terrorismo. Tampoco son relevantes los factores de la nacionalidad de la víctima o su situación migratoria.<sup>141</sup>

En lo tocante a los derechos no absolutos, son aquellos respecto de los que no se ha afirmado la imposibilidad de limitación. Se distingue entre aquellos derechos cuya extensión se encuentra limitada o cualificada en el propio texto del CEDH; y aquellos que pueden limitarse en determinadas circunstancias y modos no previstos explícitamente en el CEDH, sino que deben deducirse a través de una interpretación sistemática. Los primeros (*derechos cualificados*) se encuentran expresamente condicionados por la efectividad de otros derechos o intereses, y las causas de limitación se recogen explícitamente en el precepto que garantiza el derecho. Usualmente, el TEDH reconoce un margen de discrecionalidad amplio a los estados para la apreciación de las circunstancias que permiten dichas limitaciones. En cuanto a los segundos, cabe destacar que los estados gozan de un menor margen de discrecionalidad en la limitación de estos derechos.

Así, en el caso de los llamados derechos cualificados, el propio artículo de la CEDH que garantiza el derecho recoge expresamente la posibilidad de introducir restricciones, injerencias u otro tipo de limitaciones frente a él siempre que –y sólo cuando- se cumplan una serie de condiciones.<sup>142</sup>

Éste es el caso de los arts. 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar), 9 (libertad de pensamiento, de conciencia y religión), 10 (libertad de expresión) y 11 CEDH (libertad de reunión y asociación).

En la actualidad, y aunque en un primer momento la Comisión Europea de los Derechos Humanos (ComEDH) pareció decantarse por una opción diferente, se entiende que cualquier limitación de los derechos garantizados en los arts. 8 a 11 CEDH debe encontrarse justificada a la luz de las consideraciones de los párrafos segundos de

---

<sup>141</sup> Natasa Mavronicola. “What is an “absolute right”?... ob. cit. pp. 748-750.

<sup>142</sup> Sobre este tipo de limitaciones y su interpretación, en general, F. Jacobs, R. White y C. Ovey, *The European Convention...* ob. cit. pp. 308-333; Y. Arai, “Chapter 5. The system of... ob. cit. pp. 333-350.

estos preceptos. Así, suele entenderse que con la resolución dictada en el caso *De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica* se abandonó la doctrina de las “limitaciones inherentes” desarrollada en los inicios jurisprudenciales, según la que cabrían limitaciones inherentes de estos derechos diferentes de las expresamente establecidas en los preceptos y basadas en la situación individual del sujeto (por ejemplo, encontrarse internado en un establecimiento penitenciario).<sup>143</sup>

Las limitaciones deben estar previstas por la ley. Además, debe tratarse de medidas encaminadas a, y necesarias para, la consecución “en una sociedad democrática” de alguno de los objetivos o finalidades expresamente mencionados en el precepto.

Las finalidades a las que puede dirigirse la medida restrictiva del derecho son similares en los cuatro artículos, si bien se adaptan al objeto y características del derecho a limitar, y en algunos de ellos se incluye la referencia a objetivos no nombrados en otros. El art. 8 CEDH, al detallar las finalidades a las que puede dirigirse la medida, hace referencia a: la consecución de la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, la protección de los derechos y las libertades de los demás. El art. 9 CEDH contiene una lista más reducida de finalidades, haciendo referencia únicamente a la seguridad pública, la protección del orden, la salud o la moral públicas, y la protección de los derechos o libertades de los demás. El artículo 10 CEDH, que recoge la libertad de expresión, prevé que “el ejercicio de [las libertades recogidas en su párrafo primero] podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones” cuando sean necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial. Por su parte, el art. 11 CEDH se refiere a la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral y la protección de los derechos y libertades ajenos.

---

<sup>143</sup> STEDH de 18 de noviembre de 1970 en el caso *De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica*.

Aunque hay diferencias de detalle en la naturaleza de las limitaciones previstas, existe el suficiente grado de coincidencia entre ellas como para justificar un tratamiento conjunto.

Cuando se denuncia ante el TEDH la vulneración de uno de estos derechos, lo primero es determinar si la medida o actuación cuestionada supone o no una limitación o restricción del derecho. Si este análisis es positivo, es decir, si el Tribunal considera que efectivamente la medida supone una limitación del derecho, pasa a analizar si dicha restricción se encuentra justificada a la luz de los criterios expresamente establecidos en el artículo del CEDH que lo garantiza.

Para ello, el examen del TEDH se basa en los tres *standards* expresamente previstos por los preceptos a que nos hemos referido ya. En primer lugar, la medida debe estar prevista por la ley. Además, debe perseguir alguno de los objetivos legítimos expresamente establecidos en el precepto que garantiza el derecho en cuestión. Por último, y éste es el *standard* en el que frecuentemente se centra el examen del Tribunal, la medida debe resultar “necesaria en una sociedad democrática”. En ocasiones, ésta es incluso la única cuestión en la que el órgano jurisdiccional fija su atención, poniendo de manifiesto en la resolución que no va a entrar a considerar los otros dos requisitos.<sup>144</sup>

En este juicio, la técnica del examen de proporcionalidad de la medida juega un papel muy relevante. En concreto, será clave el examen de proporcionalidad en sentido estricto, o ponderación realizada por el TEDH entre la afectación y relevancia del derecho cuya vulneración se alega, y las de los intereses a proteger con la limitación. Es en estos términos en los que se plantea la pregunta acerca de si la interferencia va o no más allá de lo “necesario en una sociedad democrática”.

### **C. *Ragionevolezza* y proporcionalidad en el sistema constitucional italiano**

En el contexto constitucional italiano, la relación entre *ragionevolezza*, ponderación, y juicio de proporcionalidad es particularmente confusa.

---

<sup>144</sup> Como ejemplo de una resolución de este tipo, puede citarse la STEDH de 14 de febrero de 2006 en el caso *Christian Democratic People's Party v Moldavia*. F. Jacobs, R. White y C. Ovey, *The European Convention...* ob. cit. pp. 311-312.

Como se ha visto *supra*, durante sus primeros años de existencia, la *Corte Costituzionale* italiana aplicó una acepción formal del principio de igualdad. Con posterioridad, en una serie de sentencias dictadas a finales de la década de los cincuenta y principios de los sesenta, la *Corte* realiza sus primeras referencias a la *ragionevolezza* de la diferenciación, a la necesidad de un *ragionevole motivo* de la misma.<sup>145</sup>

En el momento actual, existe acuerdo doctrinal en que el principio de *ragionevolezza*, nacido en el ámbito del juicio de igualdad, se ha independizado de dicha matriz, adquiriendo autonomía.<sup>146</sup>

La *Corte* italiana no distingue de forma totalmente clara entre *ragionevolezza* y proporcionalidad, utilizando frecuentemente los términos de modo indistinto.<sup>147</sup>

Se ha señalado que el juicio de *ragionevolezza* puede asumir características heterogéneas, también en el ámbito de la justicia constitucional. Así, resulta problemática la afirmación de un “principio de razonabilidad” en relación con la legitimidad constitucional de las normas legales.<sup>148</sup>

La doctrina científica mayoritaria considera que las valoraciones y decisiones relacionadas con la *ragionevolezza* de las opciones legislativas no pueden reducirse a unidad: la variedad de las técnicas de enjuiciamiento asociadas con la *ragionevolezza* convierte a esta expresión en una fórmula en relación con la que es necesario realizar distinciones precisas.<sup>149</sup>

---

<sup>145</sup> G. Scaccia, *Gli “strumenti”*... ob. cit. pp. 38 y ss.

<sup>146</sup> Así lo señalan, entre otros, *ibidem* pp. 106 y ss.; M. Cartabia, “I principi di ragionevolezza...” ob. cit. p. 1: esta autora se refiere a consideraciones doctrinales emitidas en este sentido ya a principios de los noventa, en el marco de un seminario sobre el tema organizado por la *Corte Costituzionale* italiana, cuyas actas se encuentran publicadas *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992*, Milán: Giuffrè, 1994.

<sup>147</sup> M. Cartabia, “I principi di ragionevolezza...” ob. cit. pp. 2, 6.

<sup>148</sup> Livio Paladin, “Ragionevolezza (principio di)”, *E. Dir. Aggiornamento, vol. I*, Milán: Giuffrè, 1997, pp. 899 y ss.

<sup>149</sup> *Ídem*



Sin embargo, es posible aislar diversos esquemas de razonamiento en la jurisprudencia constitucional italiana, correspondientes a distintas técnicas de enjuiciamiento.

Los estudiosos italianos han elaborado diferentes distinciones y clasificaciones de las técnicas conectadas con el juicio de *ragionevolezza*.

La doctrina suele referirse a la elaborada por G. Zagrebelsky, que propone la siguiente tripartición: 1) control de racionalidad, que se centra en la coherencia lógica de las clasificaciones legislativas; 2) control de *ragionevolezza* en sentido estricto, que analiza la adecuación a un valor de justicia; 3) control de la *ragionevolezza* absoluta de la distinción, que se configura como un control de justicia realizado desde parámetros externos a la constitución.<sup>150</sup>

A este respecto, es interesante el trabajo de A. Morrone. Este autor parte de la consideración del término *ragionevolezza* como una expresión genérica, refiriéndolo a una pluralidad de técnicas de juicio. Identifica tres modelos de juicio de razonabilidad en la jurisprudencia constitucional italiana: juicio de igualdad-razonabilidad; juicio de racionalidad; juicio relativo a la razonable ponderación de intereses constitucionales. El juicio de razonabilidad no se identifica ni se agota en ninguno de los tres modelos de juicio.<sup>151</sup>

También R. Bin se refiere a tres ámbitos en los que se encuentra generalmente reconocido el papel central del juicio de *ragionevolezza*: el juicio de igualdad, la ponderación de intereses y el juicio de congruencia entre la ley y sus finalidades.<sup>152</sup>

---

<sup>150</sup> L. Paladín recoge esta distinción, poniendo de manifiesto algunos de sus problemas: 1) en primer lugar, hay que tener en cuenta que en la doctrina jurisprudencial y científica, los juicios de racionalidad y razonabilidad de la ley se confunden y superponen; 2) resulta muy problemática la afirmación de que un órgano de justicia constitucional pueda juzgar la legitimidad de la ley desde criterios de justicia externos a la constitución. L. Paladín, “Ragionevolezza... ob. cit.

<sup>151</sup> A. Morrone, *Il custode...* ob. cit. *passim*, esp. pp. 531-544.

<sup>152</sup> El autor intenta demostrar en este trabajo que la *ragionevolezza* no es un fenómeno nuevo, ya que los ámbitos a que se refiere son homólogos a otros pertenecientes a la interpretación jurídica tradicional: la diferencia se encuentra en la intensidad y eficacia de los instrumentos, no en su naturaleza. Asimismo, señala que el juicio sobre la congruencia entre la ley y su finalidad no es autónomo, sino parte

En cualquier caso, lo que no se encuentra en la jurisprudencia italiana es la elaboración y sistematización de una secuencia estándar de juicios progresivos, comparable a las cuatro fases del canon de proporcionalidad tan extendido en otros sistemas constitucionales.<sup>153</sup>

#### **D. Razonabilidad y proporcionalidad en el sistema constitucional español**

En el ámbito español, es muy perceptible la influencia de otros sistemas constitucionales e internacionales en la evolución de ambos cánones de enjuiciamiento (razonabilidad y proporcionalidad). Tanto el empleo jurisprudencial de dichas herramientas de juicio como la discusión doctrinal al respecto remiten claramente al contexto europeo e internacional.<sup>154</sup>

La jurisprudencia del TEDH en materia de igualdad ha sido objeto de recepción expresa en el contexto español. Asimismo, pueden identificarse en la jurisprudencia constitucional española aspectos de la doctrina estadounidense de la *equal protection*, probablemente a través de la citada jurisprudencia del TEDH. El TC adoptó el canon de razonabilidad como criterio de enjuiciamiento de la adecuación –o no- de la ley al principio constitucional de igualdad.

En un principio, a lo largo de los años ochenta y aun entrados los noventa, el control de razonabilidad y el canon de proporcionalidad aparecen vinculados en la jurisprudencia constitucional española, operando de forma conjunta.

Será a partir de la segunda mitad de los años noventa cuando se haga visible un intento consciente de articular el control de proporcionalidad de un modo preciso, como se verá con mayor detenimiento *infra*.

---

inseparable de los otros dos. Roberto Bin, “Ragionevolezza e divisione dei poteri”, en Massimo La Torre e Antonino Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Turín: Giappichelli, 2002, pp. 59 y ss.

<sup>153</sup> M. Cartabia, “I principi di ragionevolezza... ob. cit. p. 6 y ss.

<sup>154</sup> Como señalan Encarnación Roca Trías, M<sup>a</sup> Ángeles Ahumada Ruiz, “Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española”, *XV Encuentro de los Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España* celebrado en Roma, *Palazzo della Consulta*, 24 a 26 de octubre de 2013, pp. 2 y ss., disponible en [http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina\\_199.do](http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_199.do) y <http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Paginas/XVTrilateral.aspx> (a. 01-12-2016)

En cualquier caso, en la formulación jurisprudencial española del juicio de razonabilidad como canon de adecuación de las normas legales a la garantía constitucional de la igualdad se encuentra presente un componente de proporcionalidad, en lo que se deja ver la influencia del TEDH.<sup>155</sup>

En este sentido se ha pronunciado el TC español en numerosas ocasiones desde el inicio de su jurisprudencia.<sup>156</sup>

Gran parte de la doctrina científica española considera, en esta línea, que en el juicio de igualdad debe analizarse la diferenciación utilizando la técnica de la proporcionalidad. La razonabilidad de la diferenciación se determina en su opinión, entre otros extremos, en función de la adecuación de tal diferenciación a los sub-criterios del juicio de proporcionalidad.<sup>157</sup>

Aunque la jurisprudencia no siempre es nítida, el TC distingue, en su jurisprudencia en materia de igualdad, entre los casos en que se examina el principio de igualdad y aquéllos en que se examina la existencia de discriminación. Ante un posible trato discriminatorio, es necesario utilizar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, que implica mayor rigor en relación a “las exigencias materiales de la proporcionalidad” (STC 126/1997). Los defensores de la ley deberán probar no ya la razonabilidad de la ley, sino su necesidad para alcanzar un fin constitucionalmente relevante y no simplemente “no contradictorio con la CE”. El planteamiento de un caso como un supuesto de “cláusula general de igualdad” o de “prohibición de discriminación” no siempre es claro. Ocasionalmente la respuesta del TC contribuye a mantener la indeterminación.<sup>158</sup>

---

<sup>155</sup> E. Roca Trías, M. A. Ahumada Ruiz, “Los principios de razonabilidad... ob. cit. pp. 9-19.

<sup>156</sup> Entre otras, SSTC 22/1981/3, 49/1982/2, 2/1983/4, 75/1983/2, 23/1984/6, 209/1987/3, 45/1988/6, 209/1988/6, 222/1992/6, 110/1993/4, 176/1993/2, 340/1993/4, 117/1998/8, 181/2001/10, 200/2001/4, 96/2002/7. J. C. Gavara de Cara, “El principio... ob. cit. pp. 93 y 94 nota 108.

<sup>157</sup> J. C. Gavara de Cara, “El principio... ob. cit. p. 93. Este autor remite, en relación al tema de la aplicación de del principio de proporcionalidad al principio de igualdad, a David Giménez Glück, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona: Bosch, 2004, pp. 91 y ss. y en concreto pp. 108 y ss.

<sup>158</sup> Como sería el caso de las SSTC 41/2013 o 171/2012. E. Roca Trías, M. A. Ahumada Ruiz, “Los principios de razonabilidad... ob. cit. pp. 23-25.

Como se ha mencionado, tras una primera etapa en la que razonabilidad y proporcionalidad se aplican de forma conjunta y poco precisa, a partir de la segunda mitad de los años noventa se hace visible en la jurisprudencia constitucional española el intento consciente de articular de modo riguroso el control de proporcionalidad. Se aprecia una evidente, aunque no explícitamente reconocida, inspiración alemana.<sup>159</sup>

En el ámbito doctrinal, a finales de los noventa, J. Jiménez Campo plantea una serie de críticas al empleo del principio de proporcionalidad como criterio de enjuiciamiento de la conformidad *iusfundamental* de las normas legales, partiendo de una concepción “temporal” de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la CE.

El autor se pregunta si el legislador puede violar el derecho fundamental de modo distinto que a través de la lesión de su contenido esencial. Según señala, la respuesta positiva a tal pregunta se encuentra generalizada: el legislador se encuentra también sujeto a las exigencias derivadas del canon de proporcionalidad, diferentes de las derivadas de la garantía del contenido esencial. Sin embargo, en su opinión, este planteamiento es incorrecto: el llamado principio de proporcionalidad o bien se identificaría, en este ámbito, con las exigencias derivadas del respeto del contenido esencial, o bien se subsumiría en las exigencias propias del principio constitucional de igualdad.<sup>160</sup>

La puesta en duda de la conveniencia de la utilización del principio de proporcionalidad como condicionamiento material de la regulación legislativa de los derechos descansaría, para este autor, en el rechazo de la necesidad de fundamentación de todo “límite” legislativo de un derecho fundamental en la causa o fin de proteger otro derecho o bien del mismo rango. Numerosísimas resoluciones del TC reiteran esta última idea, como reconoce el autor, lo que derivaría en última instancia de un entendimiento inadecuado de la idea de limitación de los derechos fundamentales, y de la falta de diferenciación entre este concepto y el de delimitación. Se trata de un criterio inadecuado que supone privar a la legislación de contenido político o decisorio,

---

<sup>159</sup> Suele entenderse que fueron las SSTC 66/1995, 55/1996, 207/1996, 161/1997 y 136/1999 las que fijaron los elementos del canon de proporcionalidad en dicha jurisprudencia. *Ibidem* p. 13.

<sup>160</sup> J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales...* ob. cit. p. 67.

reduciendo la legislación a mera exégesis de la Constitución. Al analizar la jurisprudencia constitucional, se identifican multitud de casos en los que pese a la proclamación de este criterio se admiten fines simplemente conformes a la Constitución, pero no emanados de ella, para la delimitación del derecho fundamental.<sup>161</sup>

En cualquier caso, en el ámbito jurisprudencial, el control de proporcionalidad se consolida durante esta etapa como canon típico de control en el ámbito de los derechos fundamentales.<sup>162</sup>

En la actualidad es doctrina consolidada que el control de proporcionalidad integra un control de adecuación o idoneidad de la medida objeto de examen (relación medio-fin), un examen de la necesidad de la misma (inexistencia de una alternativa menos gravosa) y un control de proporcionalidad en sentido estricto (se calibran los intereses afectados y en conflicto, “para comprobar si las ventajas superan o al menos compensan los inconvenientes”). Se ha afirmado que el test de proporcionalidad en sentido estricto mantiene contornos borrosos en la práctica del TC español, siendo -en la inmensa mayoría de los casos- en el segundo paso (control de necesidad) en el que se determina el resultado del control, de manera que el tercer momento serviría como verificación o argumento a mayor abundamiento.<sup>163</sup>

Así, el principio de proporcionalidad es hoy por hoy el criterio dominante para la decisión de controversias constitucionales en las que se denuncia la lesión de derechos o la indebida intromisión en ámbitos de actividad protegidos por la CE, por parte de

---

<sup>161</sup> J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales...* ob. cit. pp. 74-75.

<sup>162</sup> Según señalan E. Roca y M<sup>a</sup> A. Ahumada esta centralidad deriva en parte de que en la configuración alemana el test de proporcionalidad ha absorbido y acomodado cánones de control que el TC ya venía aplicando. El test de adecuación puede entenderse como un test de razonabilidad en que se pregunta por la justificación de la medida; el test de necesidad evoca en alguna de sus aplicaciones la variante del test de razonabilidad que, por ejemplo en los casos de alegada discriminación provoca la inversión de la carga de la prueba y reclama una justificación en términos de necesidad de la medida (al modo del *intermediate* o *strict scrutiny test* americanos); y el test de proporcionalidad en sentido estricto se denomina normalmente “ponderación”, técnica que el TC había venido empleando en casos de colisión entre derechos fundamentales o bienes constitucionales de igual relevancia. E. Roca Trías, M. A. Ahumada Ruiz, “Los principios de razonabilidad... ob. cit. pp. 9-10.

<sup>163</sup> *Ibidem* p. 16.

normas, medidas o actuaciones que cuentan a su vez con respaldo constitucional. Hay que tener en cuenta que el TC ha especificado que no se trata de un principio autónomo que quepa invocar sin identificar el precepto constitucional concreto que se entiende vulnerado por la intervención desproporcionada. Se ha destacado también que la aplicación del principio de proporcionalidad al control de leyes ha dado lugar a un buen número de sentencias interpretativas en que el TC detalla bajo qué condiciones de aplicación la ley no incurre en exceso.<sup>164</sup>

## **VI. Recapitulación**

A lo largo de este capítulo, nos hemos detenido en el análisis estructural de la categoría jurídica derecho fundamental. Asimismo, se han abordado algunas de las características de los sistemas *iusfundamentales* contemporáneos. Nuestro estudio permite afianzar la idea, ya avanzada, de que las cuestiones relacionadas con la titularidad y ejercicio de derechos fundamentales por extranjeros se encuentran indisolublemente conectadas con los problemas centrales que han ido surgiendo en dichos sistemas *iusfundamentales*: la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales; las técnicas de ponderación para la resolución de conflictos; el funcionamiento del principio de igualdad; o el recurso a la dignidad humana.

Afirmar que un individuo es titular de un derecho fundamental en un determinado ordenamiento jurídico, supone que las normas de dicho ordenamiento jurídico garantizan para ese sujeto un conjunto de posiciones jurídicas *iusfundamentales*.

El concepto de titularidad linda con el de ejercicio del derecho, y el discernimiento entre ambos remite a un afinado análisis jurídico, que sin embargo no siempre permite diferenciar claramente entre ellos. Este fenómeno o problema, que es general, resulta particularmente acuciante cuando se estudia el fenómeno de la garantía a personas no nacionales de posiciones jurídicas de esa naturaleza.

Una de las principales dudas que subyacen a nuestra investigación tiene que ver con la atribución de la titularidad de derechos fundamentales a extranjeros en los

---

<sup>164</sup> E. Roca Trías, M. A. Ahumada Ruiz, “Los principios de razonabilidad... ob. cit. p. 36.

ordenamientos constitucionales. Partiendo del hecho incontestable de que estos ordenamientos reconocen a las personas no nacionales posiciones jurídicas coincidentes con posiciones jurídicas *iusfundamentales*, la pregunta es si ello supone el reconocimiento de la titularidad de dichos derechos fundamentales con todas las consecuencias que ello implica, a la vista de las distintas normas constitucionales y construcciones jurisprudenciales que se analizarán.

En los sistemas constitucionales democráticos contemporáneos todo ser humano ostenta igual personalidad jurídica, en virtud de una serie de postulados que subyacen a dichos sistemas. Sin embargo, la igual capacidad, abstracta o potencial, para ser titular de derechos y deberes no siempre se traduce en una efectiva titularidad de la totalidad de los derechos fundamentales garantizados en un ordenamiento.

La titularidad *iusfundamental* puede venir condicionada, en los sistemas constitucionales democráticos contemporáneos, por la exigencia de determinados requisitos. Sin embargo, no puede resultar admisible cualquier requisito de acceso a la efectiva titularidad de derechos fundamentales. La nacionalidad aparece como único condicionamiento personal claro de la atribución de titularidad de determinados derechos fundamentales en las constituciones italiana y española, así como en el resto de normas constitucionales de su entorno.

Ello guarda relación con las razones históricas, sociales y políticas ya tratadas en el capítulo anterior, y se produce en un marco de estados soberanos.

La cuestión es que en los sistemas constitucionales garantizan a los extranjeros posiciones jurídicas de tipo *iusfundamental*.

Por otra parte, en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales, es posible tener en cuenta tanto la nacionalidad como la situación migratoria del sujeto, así como otra serie de consideraciones.

Y, llegados a este punto, se revela indispensable constatar la indeterminación normativa y las notas de apertura y abstracción que caracterizan a los enunciados de derecho fundamental. Como es sabido, el legislador democrático juega un papel muy relevante en su determinación, a la vez que aparece como amenaza potencial frente a ellos, al configurarse en gran parte como límites frente al mismo legislador.

Los órganos de control de la constitucionalidad y la doctrina científica han ido elaborando, y refinando, una serie de técnicas cuyo objeto es un control adecuado desde el punto de vista jurídico-racional de la adecuación de los enunciados legislativos a los parámetros de constitucionalidad, también en materia de derechos fundamentales.

La garantía del contenido esencial, la igualdad jurídica y las técnicas de enjuiciamiento de la razonabilidad y la proporcionalidad, técnicas comunes a los distintos ordenamientos constitucionales democráticos, están jugando un papel importante en la determinación de la posición *iusfundamental* de los no nacionales.

En relación con la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, se identifican distintas posiciones. La contraposición entre teorías absolutas y relativas es una constante en la literatura al respecto. Desde un punto de vista jurisprudencial no siempre encontramos una opción decidida y explícita por alguna de las concepciones.

En cuanto a la igualdad jurídica, es una de las piezas clave de los sistemas constitucionales democráticos contemporáneos, en especial de los sistemas *iusfundamentales* que la incorporan. La aplicación del principio general de igualdad ha llevado a las jurisdicciones constitucionales a acuñar fórmulas que remiten a un juicio de razonabilidad. Las diferencias se encuentran fundamentadas cuando satisfacen determinados parámetros de razonabilidad.

Finalmente, el juicio de proporcionalidad goza hoy de gran extensión y acogimiento, a nivel de la doctrina científica, en los ordenamientos constitucionales y en los tribunales supranacionales.

Veremos después como todas estas técnicas tratadas aquí de modo general nos proporcionarán los recursos para tratar los problemas de titularidad y ejercicio de derechos fundamentales por extranjeros que se plantean en los ordenamientos italiano y español.



## CAPÍTULO 3º

### LA POSICIÓN DE LOS NO NACIONALES EN EL SISTEMA CEDH

#### I. Introducción

A lo largo de los siguientes apartados, analizaremos la construcción del sujeto titular de derechos en el CEDH. Para ello prestaremos atención a los preceptos relevantes y a los trabajos de elaboración del Convenio, así como a su posterior interpretación jurisprudencial y doctrinal.

Una vez determinado el sujeto titular de derechos en el CEDH, pasaremos a estudiar la nacionalidad y la situación migratoria como criterios de atribución o no de determinados derechos o de justificación de limitaciones o restricciones de derechos del CEDH.

#### II. **Ámbito de aplicación personal de los derechos del CEDH**

Según establece el art. 1 CEDH, los derechos y libertades definidos en su Título I se reconocen *a toda persona* que se encuentre *bajo la jurisdicción* de alguno de los estados firmantes.<sup>1</sup>

Parte de la doctrina ha visto en este precepto una expresión universalista del CEDH, si bien matizada, incluso muy matizada, como consecuencia de otros preceptos incluidos en el Convenio.<sup>2</sup>

En la primera parte de este epígrafe, intentaremos arrojar alguna luz sobre el significado del término *jurisdicción* en el citado art. 1 CEDH.<sup>3</sup> Asimismo, analizaremos

---

<sup>1</sup> Versiones originales del Convenio: “[t]he High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention” (versión inglesa del art. 1 CEDH, énfasis añadido); y “[l]es Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention” (versión francesa del art. 1 CEDH, énfasis añadido).

<sup>2</sup> D. Boza Martínez, *Los extranjeros...* ob. cit., pp. 17-29; Helene Lambert, *The position of aliens in relation to the European convention on Human Rights*, Estrasburgo: Council of Europe Publishing, 2006, pp. 8-10.

su papel a la hora de determinar la posición de no nacionales respecto a los derechos garantizados por el CEDH. Como es lógico, no es éste el único precepto del Convenio a tener en cuenta para determinar dicha posición: deberá tenerse en cuenta el juego de este artículo con lo establecido en el resto de sus normas.

El examen de los antecedentes y trabajos preparatorios del CEDH permite entender los procesos que llevaron a la adopción del vigente art. 1 CEDH y la posición de los no nacionales finalmente plasmada. Las cuestiones tratadas a lo largo de esos trabajos, y las diferentes versiones de los preceptos relevantes, nos ayudarán a comprender esa configuración.

La preocupación de los participantes en la elaboración del CEDH se centraba en la elaboración a nivel europeo de un sistema común de protección y garantía de un conjunto de derechos necesario para asegurar la consolidación del orden internacional de posguerra.<sup>4</sup> Una de las principales novedades de los primeros documentos relativos a los derechos humanos adoptados tras la II GM, entre los que se encuentra el CEDH, es la consolidación de la idea de que el tratamiento de un estado *a sus propios nacionales* es una cuestión que concierne a la sociedad internacional en su conjunto. Tradicionalmente, la cuestión de los derechos se configuraba como cuestión interna, convirtiéndose en objeto del Derecho internacional sólo cuando se veían afectados los intereses de otro estado (por ejemplo, por el tratamiento dado a sus nacionales).

La protección de personas residentes –o meramente presentes- en un país diferente al de su nacionalidad no se encontraba entre las principales preocupaciones de los participantes en la elaboración del CEDH. La titularidad de derechos por no nacionales o su posición respecto de los derechos garantizados por el Convenio, no

---

<sup>3</sup> Sobre el artículo 1 CEDH y la cláusula de jurisdicción: Leo Zwaak, “Chapter 1. General Survey of the European Convention”, en Pieter van Dijk *et al.* (ed.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (4ª edición), Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2006, pp. 13-22; F. Jacobs, R. White y C. Ovey, *The European Convention...* ob. cit. pp. 89-94; Giorgio Gaja, “Art. 1- Obbligo di rispettare i diritti dell’uomo”, en Sergio Bartole, Benedetto Conforti, Guido Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padua: CEDAM, 2001; Pablo Antonio Fernández Sánchez, “El alcance de las obligaciones”, en Pablo Santolaya Machetti y Javier García Roca (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid: CEPC, 2005, pp. 49-65.

<sup>4</sup> F. Jacobs, R. White y C. Ovey, *The European Convention...* ob. cit. pp. 3-6.

fueron objeto central de los debates y trabajos de elaboración, aunque sí fueron tratados en ellos, y recogidos en un conjunto de preceptos del Convenio.

La inclusión del término *jurisdicción* en el CEDH no se planteó inicialmente, sino que tuvo lugar a lo largo de los trabajos de elaboración.<sup>5</sup>

El borrador de convenio que el Movimiento Europeo elaboró en 1949, de influencia decisiva en los trabajos que culminarían con la aprobación del CEDH, establecía en su art. 1: “[e]very State a party to this Convention shall guarantee to all persons within its territory the following rights [...]”.<sup>6</sup> La delimitación del ámbito personal de aplicación del Convenio no se refirió a las personas bajo la jurisdicción de los estados miembros, sino a las personas que se encontrasen *en* su territorio.

Los debates que tuvieron lugar durante la primera sesión de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, celebrada en los meses de agosto y septiembre de 1949 y que culminaría con la *Recomendación núm. 38 de 8 de septiembre de 1949* (borrador utilizado para la elaboración del CEDH), muestran indeterminación respecto de la definición del ámbito personal de aplicación del CEDH.

Los participantes, en varias de sus intervenciones, se refieren a los derechos y libertades de los europeos, o de los nacionales de los países miembros. Así, por ejemplo, se habla de la necesidad de definir todos los derechos y libertades “*which Europe should confer on the Europeans*”, o “*fundamental freedoms that are essential for a democratic way of life and which our countries should guarantee to all their people*”.<sup>7</sup> O de asegurar los derechos humanos y libertades fundamentales “*for the men and women of the European countries*”.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Los trabajos preparatorios se han consultado en la página web del Consejo de Europa, <http://www.coe.int/en/web/human-rights-convention/preparatory-works> (a. 01-12-2016). En este enlace se proporciona acceso a una serie de documentos internos del Registro del TEDH. Publicación oficial de los trabajos preparatorios del CEDH: Consejo de Europa, *Collected edition of the “travaux préparatoires” of the European Convention on Human Rights*, La Haya: Martinus Nijhoff, 1975-1985.

<sup>6</sup> Énfasis añadido.

<sup>7</sup> Intervención de Pierre-Henri Teitgen, Cour (77) 9, p. 7. Énfasis añadido.

<sup>8</sup> Intervención de Rolf Edberg, Cour (77) 9, p. 9. Énfasis añadido.

La *Recomendación núm. 38 de 8 de septiembre de 1949* mantuvo, con cambios, la redacción del art. 1 propuesta por el Movimiento Europeo. Sus arts. 1 y 2 referían la protección de los derechos a todas las personas residentes en el territorio de los estados miembros (“*all persons residing within their territories*”). En contraste con lo establecido en el borrador del Movimiento Europeo, la recomendación hacía referencia a la residencia, en lugar de a la mera presencia, en el territorio.

De manera que en las primeras etapas de elaboración del CEDH, no se utilizó el término *jurisdicción* para la determinación del ámbito de aplicación personal del Convenio. Este concepto sí aparecía en el *Estatuto del Consejo de Europa*, aprobado en 1949 y antecedente a la redacción del CEDH, cuyo art. 2 hacía referencia al reconocimiento de los derechos y libertades a “cualquier persona que se halle bajo jurisdicción” de los estados miembros.<sup>9</sup> La cláusula de jurisdicción no era nueva, sino que había sido recogida, en relación con la protección de los derechos, en algunos de los tratados de paz firmados tras la II GM.<sup>10</sup>

La cláusula de jurisdicción se introdujo en el CEDH por influencia del entonces borrador del *Pacto de Derechos Humanos* que se estaba elaborando en el seno de Naciones Unidas durante ese mismo periodo (que culminaría en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966).

Es en la primera sesión del Comité de expertos en Derechos Humanos del Consejo de Europa, celebrada en febrero de 1950, cuando se introduce el término *jurisdicción*. El Comité tenía asignada la tarea de elaborar un informe para avanzar en los trabajos de elaboración del CEDH, con la encomienda expresa de prestar atención a los trabajos que se estaban desarrollando en el seno de las Naciones Unidas para la elaboración del Pacto de Derechos Humanos, que en el art. 2.1 de su borrador

---

<sup>9</sup> Instrumento de Adhesión de España al Estatuto del Consejo de Europa, hecho en Londres el 5 de mayo de 1949 (BOE núm. 51, de 1 de marzo de 1978, páginas 4840 a 4844).

<sup>10</sup> Marco Milanovic, “From compromise to principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties”, *HRLRev* 8:3 (2008), pp. 432-433. Por ejemplo, de acuerdo con el art. 15 del Tratado de Paz con Italia de febrero de 1947, “*Italy shall take all measures necessary to secure to all persons under Italian jurisdiction [...] the enjoyment of human rights and of the fundamental freedoms*”.

preliminar disponía: “[e]ach State party hereto hereby undertakes to ensure to all individuals within its jurisdiction *the rights defined in this Covenant*”.<sup>11</sup>

Así pues, se adoptó una redacción similar a la del citado borrador. El texto resultante de los trabajos del Comité en esta primera sesión establecía casi definitivamente en su art. 1: “[t]he High Contracting Parties undertake to accord to any person within their jurisdiction *the rights set out in Article 2 of this Convention* [...]”.<sup>12</sup> La atribución de los derechos del Convenio a toda persona bajo la jurisdicción de los estados miembros se mantendría, a partir de este momento, prácticamente invariable hasta llegar a la redacción vigente.

El alcance de la introducción de este término en relación con el ámbito personal de protección de los derechos del CEDH, resulta manifiesto en el informe elaborado sobre el borrador preliminar por el Comité de expertos:

*“[t]he Assembly draft had extended the benefits of the Convention to “all persons residing within the territories of the signatory States”. It seemed to the Committee that the term “residing” might be considered too restrictive. It was felt that there were grounds for extending the benefits of the Convention to all persons in the territories of the signatory States, even those who could not be considered as residing there in the legal sense of the word. This word, moreover, has not the same meaning in all national laws. The Committee therefore replaced the term “residing” by the words “within their jurisdiction”, which are also contained in Article 2 of the Draft Covenant of the United Nations Commission”.*<sup>13</sup>

Así pues, la sustitución de la referencia a las personas residentes por la referencia a las personas bajo la jurisdicción de los estados miembros, contiene el deseo de extender al máximo dicha protección: no sólo a los residentes legalmente en el territorio, sino a cualquiera que se encontrase en él.

Sin embargo, ello no debe llevarnos a confusión. Es muy relevante destacar que, de modo simultáneo a la inserción de aquel criterio, se introduce también una propuesta de precepto que restringe los derechos de no nacionales en determinados ámbitos.

La *Recomendación núm. 38 de 8 de septiembre de 1949* no contenía ningún artículo en este sentido. En los primeros debates y trabajos de elaboración del Convenio,

---

<sup>11</sup> Énfasis añadido.

<sup>12</sup> Cour (77) 9, p. 36. Énfasis añadido.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 40. Énfasis añadido.

la cuestión no se suscitó.<sup>14</sup> Es a la vez que se propone la sustitución de la referencia a las personas residentes en el territorio por la alusión a las personas bajo la jurisdicción del estado miembro cuando surge el precepto restrictivo. En el mismo párrafo del informe preliminar que propone la aludida sustitución, se puntualiza lo siguiente: “[...] *[i]t is realized that since certain of the rights enumerated under Article 2 cannot be guaranteed to aliens without any restrictions, particularly the rights contained in paragraphs 6, 7, 8 and 9 a reference to these restrictions should be inserted in the text of Articles 5 and 6*”.<sup>15</sup>

Y en el borrador preliminar del Comité de expertos se introdujo un precepto en este sentido. El artículo preveía la potestad de los estados de dictar reglas específicas relativas a la posesión y al ejercicio por no nacionales de los derechos enumerados en una serie de artículos (precedentes de los actuales arts. 4.10 y 11 CEDH), estableciendo el límite de esta potestad en el respeto de los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas (*general principles of law recognized by civilized nations*).<sup>16</sup>

Este precepto se mantuvo en varias redacciones sucesivas. El número de derechos limitables bajo la previsión varió en las diferentes versiones, proponiéndose en alguna de ellas la posibilidad de limitación de los precedentes de los actuales arts. 5, 6, 7, 10 y 11 CEDH.<sup>17</sup>

En resumen, el artículo definía, en parte, una posición específica de los no nacionales respecto de un gran número de derechos del Convenio. Preveía la posibilidad, en general, de que los estados estableciesen condicionamientos frente a la titularidad y ejercicio de determinados derechos por no nacionales, con el sólo

---

<sup>14</sup> CDH (67) 4, p. 1.

<sup>15</sup> Los párrafos 6, 7 y 8 del art. 2 de la *Recomendación No. 38* son precedentes de los actuales arts. 10 (libertad de expresión) y 11 (derechos de reunión y asociación) CEDH. El art. 5 es precedente del actual art. 14 CEDH, que recoge el principio de no discriminación. El art. 6 se refería a las limitaciones frente al ejercicio de los derechos de la Convención, recogiendo condicionamientos idénticos a los finalmente incluidos en los preceptos que garantizan determinados derechos (art. 8 a 11 del CEDH).

<sup>16</sup> Arts. 8 c) y 9 *Draft text of the first section of a draft Convention base on the work of the Consultative Assembly (7th February 1950)*. CDH (67) 4, p.3.

<sup>17</sup> Art. 7 c) *Preliminary Draft Convention*. CDH (67) 4, p.3.

condicionamiento, ya dicho, del respeto a los citados *principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas*.

Sin embargo, la propuesta fue abandonada, y el artículo se sustituyó finalmente por el actual art. 16 CEDH, de acuerdo con el cual: “[n]inguna de las disposiciones de los artículos 10, 11 y 14 podrá ser interpretada en el sentido de prohibir a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros”.

A nuestro entender, este precepto resulta mucho menos restrictivo en lo relacionado con la posesión y ejercicio por no nacionales de derechos del CEDH. Las posibilidades de limitación de los estados no son ya tan abiertas como en las anteriores propuestas. El art. 16 CEDH sólo se refiere a la restricción de la actividad política de los extranjeros, única razón en base a la cual este precepto permite interpretar diversamente algunos derechos (los garantizados en los arts. 10 y 11 CEDH) cuando se vean implicados no nacionales.

A la vista de lo expuesto, podemos concluir que el Convenio, en su redacción final, no contiene precepto alguno que determine de modo general y específico la posición de los no nacionales en relación a los derechos del CEDH.

En principio, y con las excepciones y matizaciones que analizaremos a lo largo de los siguientes epígrafes, los derechos del CEDH se garantizan a todas las personas bajo la jurisdicción de los estados parte del Convenio.

Esta afirmación, que se deduce de la literalidad de los preceptos del CEDH y del análisis de sus trabajos preparatorios, se ve reforzada por la interpretación que jurisprudencia y doctrina científica han realizado del término jurisdicción a lo largo de los años de vigencia del CEDH.

La hoy desaparecida ComEDH, en enero de 1961, en el caso *Austria c. Italia*, en relación con el ámbito personal de aplicación del Convenio, establecía expresamente que los derechos de la Convención se garantizan a toda persona bajo la jurisdicción de un estado miembro: no solo a los nacionales de ese u otro estado miembro, sino también a los nacionales de terceros estados o apátridas.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Decisión ComEDH de 11 de enero de 1961 en el caso *Austria c. Italia*, párr. 18-19: “*in becoming a Party to the Convention, a State undertakes, vis à vis the other High Contracting Parties, to secure the rights and freedoms defined in Section 1 to every person within its jurisdiction, regardless of*

En el contexto de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, el término *jurisdicción* adquiere el significado de “control general y efectivo de un área”. En lo que ahora nos interesa, se trata de un concepto primariamente territorial, pero que no excluye la aplicación del tratado cuando el estado ejerce autoridad y control sobre una persona.<sup>19</sup> Este es el significado desarrollado en la jurisprudencia del TEDH.<sup>20</sup>

A la vista de lo expuesto, es cierto que el CEDH propone una cierta universalidad, en el sentido de que los derechos en él recogidos se garantizan, en principio, a toda persona bajo la jurisdicción –esto es, bajo la autoridad y control- de un estado miembro, con independencia de la nacionalidad.

A lo anterior hay que sumar que el art. 34 CEDH, en conexión con el analizado art. 1 CEDH, permite la interposición de un recurso individual, con independencia de la nacionalidad de la víctima, siempre y cuando exista el nexo de unión de la jurisdicción entre la violación y el estado miembro al que se imputa. La posibilidad que abre el art.

---

his or her nationality or status [...] it undertakes to secure this rights and freedoms not only to its own nationals and those of other High Contracting Parties but also to nationals of States not parties to the Convention and to stateless persons”. Énfasis añadido.

<sup>19</sup> M. Milanovic, “From compromise... ob. cit. *passim*. Milanovic, en cuanto al significado del término *jurisdicción* en el CEDH, parte de la idea del carácter polisémico del término. En la visión de este autor, no puede equipararse exactamente el significado del concepto en Derecho internacional público con el que el concepto toma en el ámbito de los tratados internacionales de derechos humanos. En un sentido similar, Giandonato Caggiano, “La tutela dei diritti degli stranieri nel sistema della Convenzione europea dei diritti umani”, en Giandonato Caggiano, *Scritti sul diritto europeo dell’immigrazione*, Turín: Giappichelli, 2014, p. 159, que se basa en “una convincente e ben argomentata dottrina” representada por Pasquale De Sena, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell’uomo*, Turín: Giappichelli, 2002.

<sup>20</sup> STEDH de 18 de diciembre de 1996 en el caso *Loizidou c. Turquía*; STEDH de 2 de mayo de 1997 en el caso *D. c. Reino Unido*, párr. 48; Decisión TEDH de 12 de diciembre de 2001 en el caso *Bankovic y otros c. Bélgica y otros*, párr. 59-61. En el mismo sentido, en la STEDH de 23 de febrero de 2012 en el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, párr. 70-81, el Tribunal declara la responsabilidad del Estado italiano por hechos ocurridos a bordo de un barco del ejército italiano que rescató en alta mar a un grupo de personas devolviéndoles a territorio libio, sin aceptar el argumento presentado por las autoridades italianas según el cual, como consecuencia de que la actuación a bordo del barco tuvo como finalidad el cumplimiento de la obligación internacional de rescate en alta mar, Italia no habría tenido “jurisdicción” sobre estas personas en el sentido del art. 1 CEDH.



34 CEDH ha sido agotada por nacionales de estados no parte del CEDH, y no se ha encontrado ningún caso en que el TEDH o la ComEDH hayan rechazado un recurso por razón de la nacionalidad de la víctima.<sup>21</sup>

Por otro lado, gran parte de los artículos del CEDH y sus Protocolos adicionales, con las excepciones que analizaremos en el apartado siguiente, utilizan fórmulas universalistas al referirse a los distintos derechos: “toda persona”, “nadie” o expresiones impersonales.

Además, el principio de no discriminación recogido en el art. 14 CEDH se proclama de un modo genérico, conteniendo incluso una referencia al origen nacional como causa prohibida de discriminación. Más adelante (*vid. infra*) profundizaremos en el significado y juego del principio de no discriminación en lo tocante a la posición de los no nacionales en el ámbito del CEDH, y en el significado de la referencia al “origen nacional”.

Sin embargo, esta aparente igualdad entre nacionales y no nacionales en el seno del CEDH se ve desmentida como consecuencia de varias circunstancias, que serán analizadas con detenimiento en los epígrafes siguientes.

Encontramos diferentes especificidades relativas a la posición de los no nacionales en el sistema del CEDH. Nacionales y extranjeros no se encuentran en una situación de igualdad respecto a los derechos garantizados en dicho convenio. Tampoco los extranjeros en situación regular y los extranjeros en situación irregular. El CEDH no impide de manera absoluta que los estados realicen distinciones basadas en la nacionalidad o la situación administrativa de extranjería en el goce de los derechos consagrados por el convenio y sus protocolos. El principio de no discriminación no es absoluto, y la nacionalidad y situación administrativa de extranjería aparecen como criterios que pueden ser tenidos en cuenta en determinados casos.<sup>22</sup>

En primer lugar, un buen número de preceptos del Convenio contienen excepciones expresas a esta supuesta universalidad. Por un lado, varios preceptos definen los derechos que garantizan atribuyendo su titularidad bien a los nacionales,

---

<sup>21</sup> D. Boza Martínez, *Los extranjeros...* ob. cit. p. 25.

<sup>22</sup> Lambert categoriza estos casos como excepciones al principio de no discriminación. H. Lambert, *The position of aliens...* ob. cit. *passim* esp. pp. 11-12, 18-24.

bien a un determinado tipo de extranjeros. Ello, como veremos, no sólo tiene consecuencias en lo tocante a los concretos derechos garantizados por estos artículos, sino que tiene una relevancia mayor, en cuanto determinadas limitaciones de otros derechos distintos se han fundamentado indirectamente en dichas normas. Por otro lado, encontramos preceptos que, atribuyendo la titularidad de un derecho a nacionales y no nacionales, establecen expresamente la posibilidad de imponer limitaciones específicas en su disfrute a los no nacionales.

En segundo lugar, y muy relacionada con la anterior, surge la cuestión de la interpretación jurisdiccional de los derechos del Convenio en supuestos que implican a personas no nacionales. Con base en las referidas limitaciones expresas recogidas en el CEDH, y también en otras consideraciones, se entienden justificadas un gran número de diferenciaciones entre nacionales y extranjeros en lo tocante a la titularidad y, sobre todo, al ejercicio y los límites de los derechos.

### **III. Preceptos del CEDH que diferencian expresamente entre nacionales y extranjeros**

Encontramos, a lo largo del texto del CEDH y sus Protocolos adicionales, lo que denominaremos excepciones expresas a la aparente universalidad del Convenio: preceptos que prevén específicamente un trato diferente para nacionales y extranjeros. Se trata de normas que determinan expresamente la diferente posición de nacionales y extranjeros, o bien de extranjeros en situación regular y extranjeros en situación irregular, respecto a concretos derechos. Como hemos adelantado, algunos de estos preceptos atribuyen la titularidad de los derechos en ellos garantizados o bien únicamente a los nacionales, o bien únicamente a determinados extranjeros (extranjeros en situación regular). Otros, sin cuestionar la titularidad de los derechos por no nacionales o extranjeros en situación irregular, prevén expresamente la posibilidad de regular o limitar de manera diferenciada los derechos en función de la nacionalidad o situación migratoria del sujeto.

Varias de estas excepciones expresas tienen que ver con el respeto de la potestad de los estados para decidir acerca de la entrada y permanencia de no nacionales en el territorio. Otras, con la asumida legitimidad de la limitación de la participación política de los no nacionales.

En cuanto al primero de estos grupos –excepciones expresas relacionadas con la potestad estatal para decidir acerca de la entrada y permanencia de no nacionales en su territorio- se han identificado varias, que se refieren a continuación.

El CEDH distingue entre nacionales y extranjeros en su configuración del derecho a la libertad personal. El art. 5.1.f) CEDH introduce una diferencia basada en la nacionalidad al recoger expresamente como causa admisible de privación de libertad la detención de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio, o de una persona contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición, puesto que se trata de supuestos que únicamente afectarán a personas extranjeras.<sup>23</sup>

Este precepto, además de suponer una diferenciación en la regulación del derecho a la libertad personal de nacionales y no nacionales, y de extranjeros en situación regular y extranjeros en situación irregular, puede interpretarse como un reconocimiento o legitimación, por parte del sistema CEDH, de la potestad estatal para decidir acerca de la entrada y permanencia de no nacionales en su territorio. Como enseguida veremos, la ComEDH y el TEDH se han referido en infinidad de ocasiones a esa potestad estatal, fundamentándola en el propio art. 5.1.f) CEDH y en otra serie de derechos recogidos en los Protocolos adicionales a los que nos referimos a continuación.

Por otra parte, el Protocolo No. 4 CEDH, finalizado en septiembre de 1963 y cuya entrada en vigor tuvo lugar el 2 de mayo de 1968, contiene varios preceptos que diferencian entre nacionales y extranjeros, y entre extranjeros en situación regular y extranjeros en situación irregular, en lo relativo a la titularidad de algunos de los derechos en él consagrados.

En primer lugar, en materia de expulsión del territorio nacional, este protocolo diferencia entre nacionales y extranjeros. Su art. 3 prohíbe la expulsión de nacionales –ya sea de manera individual o colectiva-, mientras el art. 4, en lo relativo a la expulsión de extranjeros, prohíbe las expulsiones colectivas, legitimando de este modo las expulsiones individuales de extranjeros a los efectos del Convenio.

---

<sup>23</sup> El poder estatal de restringir la libertad de los extranjeros en la situación establecida en este precepto no es ilimitada. A este respecto, *vid. infra*.

Así, sólo los nacionales de un estado miembro son titulares del derecho a no ser expulsados del territorio de su estado, y del derecho a entrar en el territorio de dicho estado.

Asimismo, sólo las personas que se encuentran legalmente en el territorio de un estado son titulares de la libertad de circulación y residencia en virtud del art. 2 del Protocolo No. 4 CEDH. Este precepto diferencia entre nacionales y extranjeros en situación regular, por un lado, y extranjeros en situación irregular, por otro.

Por otro lado, el Protocolo No. 7 CEDH, finalizado en noviembre de 1984 y cuya entrada en vigor se produjo el 1 de noviembre de 1988, diferencia en su art. 1, también en materia de expulsión del territorio, entre extranjeros en situación regular y extranjeros en situación irregular, al prever las garantías de la expulsión de extranjeros que se encuentren legalmente en el territorio de un estado, sin referirse a los extranjeros que no se encuentren en dicha situación de legalidad.

En atención a los preceptos citados y otras consideraciones, la ComEDH y el TEDH han entendido que el CEDH no consagra un derecho de los individuos a entrar o residir en el territorio de cualquier estado. El texto del Convenio y sus Protocolos legitima la potestad estatal de decidir acerca de la entrada, permanencia y expulsión de no nacionales de su territorio, si bien dicha potestad estatal puede verse sujeta a límites, necesarios para el respeto de los derechos protegidos por el Convenio y sus Protocolos. En este sentido, en 1976 la ComEDH, en *Agee c. Reino Unido*, se refería a la afirmación reiterada por este órgano en el sentido de que el Convenio no garantiza, como tal, un derecho de los extranjeros a residir en el territorio del estado miembro de su elección. Además, continúa la ComEDH, se deduce claramente de lo establecido en los arts. 5.1.f) CEDH y 3 y 4 del Protocolo No. 4 al CEDH que los estados partes han querido reservarse el poder de expulsar extranjeros de su territorio. Los estados miembros gozan de un poder discrecional en lo tocante a la expulsión de un extranjero de su territorio, siempre y cuando este poder se ejerza respetando los derechos garantizados por el

CEDH.<sup>24</sup> Esta doctrina ha sido reiterada en numerosas resoluciones posteriores del TEDH.<sup>25</sup>

En lo relacionado con la limitación de la participación política de los no nacionales, el art. 16 CEDH habilitaba a los estados para limitar la posesión y ejercicio de determinados derechos.

En relación con las libertades de expresión, reunión y asociación, el art. 16 CEDH diferencia expresamente entre nacionales y extranjeros. Este precepto permite una interpretación diversa para los extranjeros de los arts. 10 (libertad de expresión) y 11 CEDH (libertad de reunión y asociación), al establecer que, de la interpretación de estos preceptos en conjunción con el art. 14 CEDH, no pueden deducirse limitaciones de la capacidad de los estados para imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros (partiendo así de la legitimidad desde el punto de vista del Convenio de este tipo de restricciones).

En torno a la interpretación del precepto surge la cuestión acerca de cuándo se puede considerar que una limitación se encuentra justificada por la capacidad de los estados de imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros. Habría que comenzar por definir qué puede entenderse por “actividad política” a efectos de este precepto. Apenas existe jurisprudencia sobre el art. 16 CEDH, que ha sido empleado por el TEDH en muy pocas ocasiones.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Decisión ComEDH de 17 de diciembre de 1976 en el caso *Agee c. Reino Unido*, párr. 9.

<sup>25</sup> SSTEDH de 28 de mayo de 1985 en el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandi c. Reino Unido*, párr. 67; de 21 de junio de 1988 en el caso *Berrehab c. Países Bajos*, párr. 28; de 18 de febrero de 1991 en el caso *Moustaquim c. Bélgica*, párr. 43; de 28 de noviembre de 1996 en el caso *Ahmut c. Países Bajos*, párr. 67; *Nunez c. Noruega* cit., párr. 66; de 14 de febrero de 2012 en el caso *Antwi y otros c. Noruega*, párr. 88; de 3 de octubre de 2014 en el caso *Jeunesse c. Países Bajos*, párr. 100.

<sup>26</sup> SSTEDH de 27 de abril de 1995 en el caso *Piermont c. Francia*; de 15 de octubre de 2015 en el caso *Perinçek c. Suiza*. Sobre las restricciones de la actividad política de los extranjeros, D. Boza Martínez, *Los extranjeros...* ob. cit. pp. 69, 83-84; Yutaka Arai, “Chapter 35. Restrictions on the political activity of aliens (Article 16)”, en Pieter van Dijk *et al.* (ed.), *Theory...* ob. cit. p. 1081. En relación con esta jurisprudencia, *vid. infra*.

#### **IV. Derechos *absolutos* y no *absolutos*. Limitaciones de derechos y principio de no discriminación**

La diferenciación entre derechos absolutos y no absolutos en el ámbito del CEDH (*vid. supra*) resulta de especial utilidad al analizar la jurisprudencia del TEDH en materia de derechos de no nacionales.<sup>27</sup>

En relación con el funcionamiento de los derechos absolutos en el plano de la extranjería, resultan especialmente relevantes los arts. 2 y 3 CEDH (particularmente, el segundo de ellos). La nacionalidad o situación migratoria del sujeto carecen de relevancia en este ámbito, como veremos *infra*.

En relación con los derechos no absolutos, el TEDH ha aceptado como limitaciones válidas de este tipo de derechos diferentes consideraciones relacionadas con la condición de extranjero o la situación administrativa de los sujetos. Ello, como analizaremos en profundidad, siempre que se cumplan determinados requisitos.

Como se expuso en el Capítulo 2º, los derechos no absolutos se encuentran sujetos a la posibilidad de limitaciones. Los intereses protegidos en esos preceptos pueden ser desplazados, en mayor o menor medida, ante determinadas consideraciones, si satisfacen una serie de requisitos. La limitación en sí misma debe, asimismo, tener determinadas características. Cuando el TEDH identifica la limitación de uno de estos derechos, debe analizar si la limitación es legítima desde el punto de vista del Convenio, atendiendo a lo establecido en sus preceptos. Para ello se valdrá de la letra del precepto o preceptos invocados y de las diferentes técnicas de interpretación del Convenio.

El juicio acerca de la legitimidad de la limitación de un derecho puede, en ocasiones, entremezclarse con un juicio acerca del respeto del principio de no discriminación del art. 14 CEDH.

---

<sup>27</sup> Lambert parte de esta distinción en su análisis sobre la jurisprudencia TEDH en materia de derechos de no nacionales: H. Lambert, *The position of aliens...* ob. cit. pp. 41 y ss. La diferenciación entre derechos absolutos y no absolutos en el CEDH se encuentra implícitamente recogida en Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, *Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración*, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2014, pp. 67 y ss.

Estas consideraciones se complican ante supuestos de extranjería. Los extranjeros, frecuentemente, se encuentran en situaciones en que, por principio, los nacionales no pueden encontrarse: toda expulsión del territorio nacional o carencia de permiso de residencia. En este tipo de situaciones pueden producirse limitaciones específicas de derechos del Convenio de los que los extranjeros son, empero, titulares. Al enjuiciar la actuación estatal, el TEDH puede analizar la legitimidad de la limitación desde el punto de vista del derecho concreto, y también si respeta el principio de no discriminación. De modo que puede darse el caso de una limitación conforme al derecho pero con vulneración de la prohibición de discriminación.

La cuestión es que, aunque las limitaciones no se analicen desde el punto de vista del art. 14 CEDH, no es fácil sustraerse al principio de igualdad, puesto que se trata de limitaciones que afectan a un grupo específico de individuos.

A lo largo de los apartados siguientes, prestaremos atención a la jurisprudencia del TEDH en relación con derechos absolutos y a su influencia en la configuración de la posición de los no nacionales en el CEDH. A continuación, atenderemos a la cuestión del funcionamiento del principio de igualdad y al papel que juega en supuestos de extranjería. Posteriormente, nos centraremos en la jurisprudencia TEDH en materia de derechos no absolutos y en las peculiaridades que surgen en supuestos que implican a personas no nacionales.

Advertimos previamente que la selección jurisprudencial que aquí se encuentra no pretende agotar la jurisprudencia del TEDH en materia de derechos de los extranjeros. Se analizarán aquí aquellas resoluciones y líneas jurisprudenciales de utilidad para la configuración de la posición de los extranjeros en el sistema CEDH a la luz del Tribunal de Estrasburgo.

## V. Derechos absolutos y no nacionales

El derecho garantizado por el art. 3 CEDH (prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes) aparece como ejemplo claro de derecho absoluto, en la jurisprudencia del TEDH y en la doctrina científica.<sup>28</sup>

De acuerdo con reiterada jurisprudencia del TEDH, el Convenio prohíbe *en términos absolutos* la tortura y los tratos o castigos inhumanos o degradantes.<sup>29</sup> Tal carácter absoluto del derecho se predica también en situaciones extremas, que implican en sí mismas atentados a la vida o la integridad.<sup>30</sup>

Este carácter absoluto determina que, si ha tenido lugar el comportamiento prohibido, no resulte posible ningún tipo de ponderación orientada a proclamar una no vulneración del Convenio. El examen de proporcionalidad no opera en este tipo de supuestos.<sup>31</sup> Doctrina y jurisprudencia coinciden en que el comportamiento prohibido conlleva siempre la vulneración del art. 3 CEDH, más allá de cualquier consideración o circunstancia. De este modo, es clave la determinación de cuándo ha tenido lugar un comportamiento prohibido, en qué casos se vulnera la prohibición de tortura o tratos inhumanos o degradantes, y qué tipo de actuaciones conllevan una vulneración del art. 3 CEDH.<sup>32</sup>

El *test* de verificación utilizado por el TEDH adolece de cierto grado de incertidumbre e imprevisibilidad. Que un comportamiento sobrepase o no el umbral de vulneración del art. 3 CEDH depende de múltiples factores, y se interpreta a partir de una evaluación del grado.

---

<sup>28</sup> N. Mavronicola, “What is an “absolute right”? ... ob. cit. pp. 727-728. Recoge y analiza jurisprudencia TEDH en relación al art. 3 CEDH resaltando la vinculación con la dignidad humana y el carácter absoluto A. Elvira, “La dignidad humana... ob. cit. pp. 203-211.

<sup>29</sup> SSTEDH *Selmouni c. Francia* cit., párr. 95; *Labita c. Italia* cit., párr. 119; *Dikme c. Turquía* cit., párr. 89; *M.S.S c. Bélgica* cit., párr. 126.

<sup>30</sup> STEDH *M.S.S c. Bélgica* cit., párr. 126.

<sup>31</sup> A. Elvira, “La dignidad humana... ob. cit. p. 204.

<sup>32</sup> N. Mavronicola, “What is an “absolute right”? ... ob. cit. p. 738.



De acuerdo con el Tribunal, el maltrato ha de contener un mínimo grado de severidad para constituir conducta prohibida. La apreciación de este mínimo depende de dos elementos: severidad del tratamiento e intensidad del sufrimiento. La primera pone el acento en el sujeto activo del comportamiento, mientras la segunda lo hace en la persona que lo sufre. No se trata de un examen objetivo, sino en relación a circunstancias como la duración del trato, sus efectos físicos y mentales, y en algunos casos el sexo, edad y estado de salud de la víctima (indicativos de mayor o menor debilidad). A la vista de este modo de razonar, es clave la cuestión acerca de los factores que puede tener en cuenta el TEDH para determinar si un comportamiento concreto se encuentra prohibido por el art. 3 CEDH. Así, pueden tenerse en cuenta características personales de la víctima cuando puedan tener relevancia en su sufrimiento subjetivo, como su edad o su estado de salud. Sin embargo, no son relevantes otros factores, como que la víctima haya sido acusada de un delito de terrorismo. Tampoco son relevantes la nacionalidad de la víctima o su situación migratoria.<sup>33</sup> El test tiene su origen en la STEDH de 18 de enero de 1978 en el caso *Irlanda c. Reino Unido*, y esta técnica de escrutinio se ha mantenido constante, con las lógicas variaciones y matizaciones.<sup>34</sup>

Los extranjeros son titulares de los arts. 2 y 3 CEDH, sin que el Convenio establezca ningún tipo de limitación expresa a este respecto. Además, como derechos absolutos, no pueden limitarse a favor de otros intereses públicos, por más que tales condicionamientos sean legítimos, necesarios en una sociedad democrática y superen el juicio de proporcionalidad. Por tanto, no pueden verse restringidos en función de consideraciones relacionadas con la extranjería del sujeto (en contraste con lo que sucede, como veremos, en el caso de los derechos no absolutos).

## **1. Expulsión de no nacionales y derechos absolutos garantizados en los arts. 2 y 3 CEDH**

Nos centramos a continuación en las líneas básicas de una jurisprudencia del TEDH que afecta principalmente a los extranjeros, puesto que son los sujetos que con más probabilidad pueden encontrarse en las situaciones que ésta enfrenta: expulsión y

---

<sup>33</sup> N. Mavronicola, "What is an "absolute right"? ... ob. cit. pp. 748-750.

<sup>34</sup> A. Elvira, "La dignidad humana... ob. cit. pp. 203-204.

extradición. El TEDH ha deducido de los arts. 2 y 3 CEDH la prohibición de expulsar o extraditar a una persona a un estado en el que pueda sufrir tratos contrarios a estos preceptos.

En este tipo de casos, se hace presente una tensión entre la potestad estatal de decidir acerca de la entrada y permanencia de no nacionales –que, como se ha visto, el TEDH considera legitimada por el Convenio- y determinados derechos del Convenio garantizados para no nacionales bajo la jurisdicción de un estado miembro.

La lógica de la construcción es la siguiente: los arts. 2 y 3 CEDH protegen a toda persona que se encuentre bajo la jurisdicción de un estado miembro frente a los tratamientos prohibidos en ellos. Esta protección se activa con independencia de que el tratamiento sea infligido directamente en el estado miembro, o en cualquier otro lugar en un momento posterior. Por ello, el estado miembro tiene la obligación de no enviar a una persona que se encuentre bajo su jurisdicción a un estado en que dicha persona pueda sufrir tratamientos prohibidos por dichos artículos.

El TEDH examina este tipo de asuntos en virtud de uno u otro de los preceptos en función del trato al que la persona corre el riesgo de enfrentarse si es expulsada o extraditada: en los asuntos relacionados con el art. 2 CEDH se requiere que la perspectiva de muerte en caso de retorno sea prácticamente segura (*Bader y Kambor c. Suecia*).<sup>35</sup>

En 1967, en *X c. República Federal Alemana*, la Comisión Europea de Derechos Humanos interpretó por primera vez el art. 3 CEDH en el sentido de que este precepto puede conllevar una obligación de no devolución.<sup>36</sup> La construcción se consolidó en 1989, con el *Soering c. Reino Unido*.<sup>37</sup> Desde este momento, el TEDH ha reafirmado y completado su doctrina al respecto.

Los derechos garantizados en los arts. 2 y 3 CEDH no admiten limitaciones. Los estados no pueden alegar la persecución de objetivos de orden público o de efectividad

---

<sup>35</sup> STEDH de 8 de noviembre de 2005 en el caso *Bader y Kambor c. Suecia*. Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, *Manual de Derecho europeo...* ob. cit. p. 74.

<sup>36</sup> Decisión ComEDH de 10 de febrero de 1967 en el caso *X c. República Federal Alemana*.

<sup>37</sup> STEDH de 7 de julio de 1989 en el caso *Soering c. Reino Unido*.

de la política migratoria para justificar restricciones a los mismos. La potestad estatal de decidir acerca de la entrada y permanencia de no nacionales en el territorio no puede fundamentar ningún tipo de limitación de estos derechos absolutos. Más bien al contrario: los derechos de los arts. 2 y 3 CEDH se erigirán en límites frente a dicha potestad en determinados casos concretos.

Por ello resultará clave, como en el resto de asuntos en que los citados artículos entran en juego, la determinación de qué tipo de situaciones o comportamientos entran en su ámbito de aplicación.<sup>38</sup>

El TEDH ha manifestado reiteradamente que el art. 3 CEDH puede verse vulnerado en casos de expulsión de no nacionales, cuando existan sospechas fundadas de que la persona podría enfrentarse en el país de destino a tortura o tratos inhumanos o degradantes. Un estado será considerado responsable con arreglo al art. 3 CEDH cuando lleve a cabo una expulsión, pese a la existencia de motivos serios para creer que la persona expulsada se enfrentará a un riesgo real de ser sometida a torturas o a penas o tratos inhumanos o degradantes en el país de destino.<sup>39</sup>

En su jurisprudencia a este respecto, el Tribunal parte del derecho –limitado por el respeto de las obligaciones internacionales- de los estados a controlar la entrada, residencia y expulsión de extranjeros en su territorio: “[a]ccording to the Court’s established case-law, Contracting States have the right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations, including the Convention, to control the entry, residence and expulsion of aliens”.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> Natasa Mavronicola y Francesco Messineo, “Relatively absolute? The Undermining of Article 3 ECHR in *Ahmad v UK*”, *The Modern Law Review* 76:3 (2013), pp. 592-594.

<sup>39</sup> Entre otras: SSTEDH de 30 de octubre de 1991 en el caso *Vilvarajah y otros c. Reino Unido*, párr. 103; de 29 de abril de 1997 en el caso *H.L.R. c. Francia*, párr. 34; de 11 de julio de 2000 en el caso *Jabari c. Turquía*, párr. 38; de 11 de enero de 2007 en el caso *Salah Sheekh c. Países Bajos*, párr. 135; de 28 de febrero de 2008 en el caso *Saadi c. Italia*, párr. 152; de 21 de enero de 2011 en el caso *M.S.S. c. Bélgica y Grecia; Hirsi Jamaa y otros c. Italia* cit.; de 27 de marzo de 2012 en el caso *Mannai c. Italia*.

<sup>40</sup> STEDH *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* cit., párr. 113 (citando “among many other authorities”, SSTEDH *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido* cit., párr. 67; de 21 de octubre de 1997 en el caso *Boujlifa c. Francia* párr. 42).

Sin embargo, y pese a que el CEDH y sus Protocolos no garantizan el derecho de asilo o refugio:

“[E]xpulsion, extradition or any other measure to remove an alien may give rise to an issue under Article 3, and hence engage the responsibility of the expelling State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person in question, if expelled, would face a real risk of being subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment in the receiving country. In such circumstances, Article 3 implies an obligation not to expel the individual to that country”.<sup>41</sup>

El Tribunal se centra en las consecuencias previsibles de la expulsión de una persona al país de retorno propuesto, analizando tanto las condiciones generales del país como las circunstancias personales del interesado (por ejemplo, pertenencia a un grupo sometido a malos tratos sistemáticos).<sup>42</sup>

La prohibición determinada en el art. 3 CEDH no sólo conlleva la interdicción de cualquier devolución ante un riesgo de maltrato por parte de las autoridades, o cuando dichas autoridades no garantizaran la inmunidad del sujeto. En casos especialmente graves y singulares, se han tenido en cuenta las circunstancias médicas del interesado para considerar que su retorno a un determinado país resultaría vulnerador del art. 3 CEDH.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Entre muchas otras, STEDH *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* cit., párr. 113

<sup>42</sup> Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, *Manual de Derecho europeo...* cit. pp. 75-78 recoge un análisis casuístico de la jurisprudencia del TEDH a este respecto. Como ejemplo, cita entre otras las SSTEDH de 9 de abril de 2013 en el caso *H. y B. c. Reino Unido* o *Salah Sheekh c. Países Bajos* cit., en que el TEDH consideró que los miembros de los clanes minoritarios de Somalia eran un grupo específico que corría riesgo de malos tratos. En la STEDH de 17 de julio de 2008, en el caso *N.A. c. Reino Unido*, el TEDH consideró que como resultado de la combinación de la situación de violencia generalizada en Sri Lanka con los factores personales específicos del solicitante, su expulsión a dicho estado habría traído consigo la vulneración del art. 3 CEDH. En la STEDH de 28 de junio de 2011 en el caso *Sufi y Elmi c. Reino Unido*, el TEDH consideró que la situación de violencia generalizada en Mogadiscio, Somalia, era suficientemente intensa como para entender que cualquier persona expulsada a este país corría un riesgo real de malos tratos contrarios al art. 3 CEDH, salvo en casos excepcionales.

<sup>43</sup> SSTEDH *D. c. Reino Unido* cit. (vulneración del art. 3 CEDH); de 27 de mayo de 2008 en el caso *N. c. Reino Unido* (no vulneración); de 29 de enero de 2013 en el caso *S.H.H. c. Reino Unido* (no vulneración). En relación con ello, G. Caggiano, “La tutela... ob. cit. p. 165.

Así pues, respecto a la posición de los no nacionales en relación con los derechos calificados como absolutos en el sistema CEDH, la jurisprudencia TEDH resulta muy relevante. El carácter absoluto de los derechos impide tener en cuenta consideraciones relacionadas con la potestad estatal sobre la entrada, permanencia y expulsión de no nacionales. Tampoco podrían tenerse en cuenta otro tipo de justificaciones como la limitación de la actividad política de los extranjeros. La obligación de proteger a todo individuo frente a este tipo de tratamientos -que suponen el desconocimiento de la dignidad de la persona- es insoslayable. La potestad estatal sobre la entrada, permanencia y expulsión de no nacionales se verá limitada, no cabe ponderación. El problema interpretativo se sitúa en este caso en la determinación de si se ha producido –o de si puede llegar a producirse- el tratamiento prohibido.

El test del TEDH para determinar la inclusión de un determinado comportamiento en el ámbito de los prohibidos por el art. 3 CEDH adolece de cierto grado de incertidumbre e imprevisibilidad. Que un comportamiento sobrepase o no el umbral de vulneración del art. 3 CEDH depende de múltiples factores, y se interpreta como una cuestión de grado.

## **VI. Principio de no discriminación del art. 14 CEDH y no nacionales**

En relación con los no nacionales, la primera cuestión que surge es la relativa a si los extranjeros son o no destinatarios del principio de no discriminación recogido en el art. 14 CEDH. La respuesta debe ser afirmativa. Los no nacionales, en virtud de lo establecido en el art. 1 CEDH, y a la vista de la literalidad del art. 14 CEDH, se encuentran protegidos frente a las discriminaciones prohibidas. Así se deduce de la jurisprudencia del TEDH, que no ha dudado en aplicar el art. 14 CEDH en infinidad de casos en los que los recurrentes eran extranjeros. Otra cuestión, sobre la que incidiremos más adelante, es si la condición de no nacional puede conllevar diferencias en la aplicación del principio.

Hay que tener en cuenta que, como se ha visto, el art. 14 CEDH no se aplica aisladamente. El precepto sólo entra en funcionamiento en relación con algún otro derecho de los protegidos en el Convenio o sus Protocolos. El valor del principio de no discriminación respecto de no nacionales dependerá del derecho concreto con el que dicho principio se ponga en relación. Si se trata de un derecho del que no son titulares

los extranjeros –como el derecho a no ser expulsado del territorio nacional- o del que lo son con determinados límites o requisitos – tal sería, por ejemplo, el caso de las restricciones a la actividad política derivadas del art. 16- el principio sólo opera con respecto de personas que se encuentren en situaciones comparables en relación a ese derecho.

En este punto, debe recordarse el *Protocolo No. 12 CEDH*.<sup>44</sup> En su art. 1, extiende el principio de no discriminación (enumerando las mismas causas de discriminación que el art. 14 CEDH) a “el goce de *todos los derechos previstos por la ley*”. En la Memoria explicativa del Protocolo, se explicita que la noción de discriminación prevista en el art. 1 es idéntica a la que se da en el contexto del art. 14 CEDH tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia TEDH.<sup>45</sup>

Hay que recordar que de acuerdo con la interpretación jurisprudencial del art. 14 CEDH, éste no sólo prohíbe la discriminación en relación con la limitación de los derechos y libertades garantizados en el CEDH. Tal discriminación también está vetada cuando las normas del país, al implementar los derechos en juego, hayan ido más allá de las obligaciones derivadas del Convenio. Si el estado prevé un desarrollo del derecho que entre en el ámbito de derechos garantizados en el CEDH, aunque el TEDH entienda

---

<sup>44</sup> Hecho en Roma el 4 de noviembre de 2000, y cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1 de abril de 2005. Se encuentra ratificado por diecinueve países. Ratificado por España el 13 de febrero de 2008, entró en vigor el 1 de junio del mismo año. Italia ha firmado este Protocolo, el 4 de noviembre de 2000, pero a día de hoy no lo ha ratificado.

<sup>45</sup> *Explanatory report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Párr. 18-22. En concreto, en lo que ahora nos interesa, se refiere a “ciertas distinciones basadas en la nacionalidad” como aceptables, en relación con la exigencia de justificación objetiva y razonable. Asimismo, se explicita que el alcance de la protección adicional en virtud del art. 1 del Protocolo se refiere a casos en que una persona es objeto de discriminación: a) en el goce de un derecho *específicamente concedido al individuo por el derecho nacional*; b) en el goce de cualquier derecho derivado de obligaciones claras de las autoridades públicas en el derecho nacional; c) por parte de autoridades públicas debido al ejercicio de un poder discrecional; d) debido a otros actos u omisiones por parte de las autoridades públicas. Así, no parece que este Protocolo pueda suponer la atribución de la titularidad de posiciones jurídicas de tipo *iusfundamental* en los ordenamientos nacionales más allá de lo que ya se encuentre establecido en ellos. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cce48> (a. 01-12-2016)

que no se daría vulneración en el caso de no haberse previsto tal desarrollo, debe hacerlo sin incurrir en discriminaciones prohibidas por el art. 14 CEDH.<sup>46</sup>

Otra cuestión es la relativa a las causas de discriminación previstas en el art. 14 CEDH. El art. 14 CEDH, al enumerar los criterios susceptibles de producir discriminación, no se refiere expresamente a la nacionalidad. Hace referencia a un término algo diferente: “origen nacional”.<sup>47</sup> Pueden surgir dudas sobre el significado de esta expresión: ¿alude a personas con distintos orígenes y la misma nacionalidad o incluye a personas con distintas nacionalidades?

Doctrina y jurisprudencia se han decantado por la segunda opción, dotando a la expresión “origen nacional” del significado “nacionalidad”.<sup>48</sup> Por otro lado, la enumeración contenida en el art. 14 CEDH no es exhaustiva, sino abierta, de modo que pueden apreciarse discriminaciones basadas en motivos diferentes a los enumerados.<sup>49</sup> En cualquier caso, como veremos, la ComEDH y el TEDH han entrado desde etapas muy tempranas a considerar demandas en las que se alega discriminación basada en la nacionalidad del sujeto, sin negar expresamente que este pueda ser un criterio prohibido de discriminación.

En otro orden de cosas, en lo tocante al funcionamiento del principio de no discriminación, hay que partir de que el art. 14 CEDH no prohíbe cualquier diferenciación en el disfrute de los derechos del Convenio, ni siquiera cualquier diferenciación basada en las causas de discriminación en él enumeradas. Ello resulta lógico, y se encuentra en línea con la interpretación y aplicación del principio de igualdad y no discriminación en los sistemas constitucionales democráticos contemporáneos.

---

<sup>46</sup> Entre otras, SSTEDH *Asunto relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica c. Bélgica* cit., párr. 9; *Stec y otros c. Reino Unido* cit., párr. 53; *Runkee y White c. Reino Unido* cit., párr. 34; *Andrejeva c. Letonia* cit., párr. 86; *Carson y otros c. Reino Unido* cit., párr. 63-65; *Bah c. Reino Unido* cit., párr. 35; *Hode y Abdi c. Reino Unido* cit., párr. 42.

<sup>47</sup> En la versión inglesa, “*national [...] origin*”. En francés, “*l’origine nationale*”.

<sup>48</sup> Así, por ejemplo, Decisión ComEDH *Agee c. Reino Unido* cit., o Decisión ComEDH de 28 de febrero de 1979 en el caso *X c. Suecia*, párr. 2. En el ámbito doctrinal, F. Jacobs, R. White y C. Ovey, *The European Convention...* ob. cit. p. 561.

<sup>49</sup> F. Jacobs, R. White y C. Ovey, *The European Convention...* ob. cit. pp. 556-558.

El TEDH entiende que la prohibición de discriminación prevista en el art. 14 CEDH resulta vulnerada cuando la diferenciación carece de una justificación objetiva y razonable. En este sentido, la diferencia de tratamiento debe perseguir un objetivo legítimo y debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo a conseguir.<sup>50</sup> Hay que tener en cuenta que el TEDH concede a los estados un amplio margen de apreciación en este sentido, aunque en última instancia la decisión al respecto corresponde al Tribunal.

El test acerca de si el objetivo perseguido por la medida es o no legítimo no suele resultar decisivo. No es difícil para el estado denunciado vincular una medida cuestionada con la persecución de alguno de los objetivos que pueden ser considerados legítimos a la vista del Convenio y la jurisprudencia del TEDH.<sup>51</sup>

El peso de la decisión suele recaer en el escrutinio de la proporcionalidad de la medida, teniendo en cuenta la doctrina del margen de apreciación.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> STEDH *Asunto relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica c. Bélgica* cit., párr. 10. “*The Court, following the principles which may be extracted from the legal practice of a large number of democratic States, holds that the principle of equality of treatment is violated if the distinction has no objective and reasonable justification. The existence of such a justification must be assessed in relation to the aim and effects of the measure under consideration, regard being had to the principles which normally prevail in democratic societies. A difference of treatment in the exercise of a right laid down in the Convention must not only pursue a legitimate aim; Article 14 is likewise violated when it is clearly established that there is no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized*”.

<sup>51</sup> F. Jacobs, R. White y C. Ovey, *The European Convention...* ob. cit. p. 560-561, en las que se recogen diferentes ejemplos de objetivos considerados legítimos en la jurisprudencia del TEDH. Destacan estos autores que el TEDH ha admitido como objetivo legítimo el ahorro de dinero público, lo que abre mucho las posibilidades de justificación por parte de los estados (*STEDH Andrejeva c. Letonia* cit., párr. 86).

<sup>52</sup> Llegados a este punto, queremos llamar la atención en este punto acerca de la relación entre los criterios jurisprudenciales de interpretación del art. 14 CEDH y los criterios limitativos de los derechos cualificados. Como adelantábamos en el apartado anterior –siendo esta una cuestión en la que seguiremos profundizando en apartados siguientes- el tipo de escrutinio aplicado por el TEDH resulta muy similar.



A continuación, centramos el análisis en la determinación del funcionamiento del principio de no discriminación en la jurisprudencia TEDH cuando en el supuesto se encuentra implicado algún elemento de extranjería.

En *Agee c. Reino Unido*, en 1976, el *status* de extranjero del demandante aparece como justificación razonable y objetiva para diferenciar entre el demandante y los nacionales de Reino Unido *en el ámbito de la regulación de la inmigración*.<sup>53</sup> De esta resolución parece deducirse que los derechos pueden regularse de manera diferente para nacionales y extranjeros, en el contexto de la legislación en materia de inmigración siempre que no se vulneren los derechos en sí mismos.

Es también interesante el caso *X, Y y Z c. Reino Unido*, en 1982, dictado en demanda contra orden de expulsión que, se alegaba, vulneraba los arts. 8 CEDH (derecho a la vida familiar) y 14 CEDH en relación con el art. 8 CEDH. Desestimada la vulneración del art. 8 CEDH, aunque en este caso los demandantes alegan discriminación por razón de sexo y de raza, sin hacer referencia al origen nacional, la ComEDH se pronuncia sobre la diferencia de tratamiento entre ciudadanos de la *Commonwealth* y otros extranjeros. Considera que la diferenciación *en materia migratoria* entre ellos se encuentra justificada y es razonable: en materia de inmigración, el estado puede dar prioridad a los ciudadanos con los que mantiene vínculos más cercanos. La Comisión simplemente afirma el carácter razonable y objetivo de la prohibición, sin entrar a realizar un examen de proporcionalidad de la medida.<sup>54</sup>

En *Abdulaziz, Cabales y Balkandi c. Reino Unido* no se alegaba discriminación por razón de nacionalidad, pese a la presencia de elementos de extranjería. Se alegó discriminación por razón de sexo. En este caso, partiendo de que la protección del

---

<sup>53</sup> Decisión ComEDH *Agee c. Reino Unido* cit., párr. 30: “*The applicant has alleged that, in addition to being a victim of a violation of Arts. 3, 5, 6, 8, 10 and 11 in themselves* [la Comisión declaró que estos preceptos no habían sido violados en sí mismos], *he has also been the victim of a violation of Art. 14 in conjunction with these Articles. However, the Commission finds no indication that he has been discriminated against in his enjoyment of any of the rights in question contrary to Art. 14. His status as an alien would in itself provide objective and reasonable justification for his being subject to different treatment in the field of immigration law to persons holding United Kingdom citizenship*” (énfasis añadido).

<sup>54</sup> Decisión ComEDH de 6 de julio de 1982 en el caso *X, Y Z c. Reino Unido*, párr. 2.

mercado nacional de trabajo –una de las justificaciones alegadas por el Reino Unido para la diferenciación entre mujeres y hombres en relación a la posibilidad de reagrupar a sus cónyuges- es un objetivo “sin duda legítimo”, considera la igualdad de sexo como un objetivo prioritario de los estados del Consejo de Europa. Así, sólo razones muy importantes podrían justificar una diferencia basada en el sexo. El TEDH consideró en este caso que, aunque efectivamente existiera una diferencia en el impacto en el mercado de trabajo causado por los maridos o las mujeres reagrupadas (sobre lo que parece tener alguna duda), ésta no es lo suficientemente importante para justificar la diferencia por razón de sexo.<sup>55</sup>

En este caso el TEDH entra a realizar una ponderación entre los intereses en conflicto, en contraste con lo que sucedía cuando el elemento de diferenciación es la extranjería y la diferencia se ha producido en relación con normas de inmigración. En ese tipo de casos (diferenciación por extranjería) se entiende que la diferencia es proporcional sin una argumentación especialmente exhaustiva y sin llevar a cabo una ponderación entre el objetivo perseguido y la diferenciación producida por la medida. Ello tiene que ver con la diferente posición de nacionales y no nacionales en el seno del CEDH.

En esta misma línea, es interesante la sentencia dictada en 1991 en *Moustaquim c. Bélgica*. El TEDH declara infundada la alegación de discriminación por razón de nacionalidad en conexión con el derecho a la vida familiar. El demandante –un delincuente juvenil al que se expulsó de territorio belga- consideró que se le discriminaba con respecto a delincuentes juveniles belgas, que no podían ser expulsados, o de países pertenecientes a las entonces Comunidades europeas, que gozaban de condiciones más favorables.

El razonamiento realizado por el TEDH en este caso parece cerrar la puerta a la alegación, en supuestos de expulsión, de discriminación por razón de nacionalidad en referencia a los nacionales del país expulsor o los nacionales de estados de la UE. En relación a los primeros, la situación no resulta comparable: el propio CEDH garantiza el derecho de los nacionales a no ser expulsados de su propio país. Por tanto, su situación no puede ser comparable a la de sujetos que no gozan de este derecho. En cuanto a los nacionales de países de la UE, aunque se trate de situaciones comparables, existe una

---

<sup>55</sup> STEDH *Abdulaziz, Cabales y Balkandi c. Reino Unido* cit., párr. 78-82.

justificación objetiva y razonable, a ojos del TEDH: la existencia de un orden legal especial.<sup>56</sup>

En casos más recientes, y en supuestos no relacionados con la normativa en materia de inmigración, el TEDH sí ha entrado a considerar la proporcionalidad de las medidas diferenciadoras en atención al objetivo perseguido, de un modo similar a su actuación en otros supuestos de discriminación.<sup>57</sup> En este tipo de casos, el TEDH ha determinado: “*the Court has held that very weighty reasons would have to be put forward before it could regard a difference of treatment based exclusively on the ground of nationality as compatible with the Convention*”,<sup>58</sup> si bien hay que tener en cuenta que los estados gozan de un margen de apreciación en relación a la justificación de las diferenciaciones, que variará en función de diferentes circunstancias (siendo amplio cuando las medidas cuestionadas tienen que ver con estrategias económicas y sociales).<sup>59</sup>

En *Gaygusuz c. Austria*, en 1996, el demandante alegaba la vulneración del art. 14 CEDH en relación con el art. 1 del Protocolo No. 1 (derecho a la propiedad), tras serle denegada una ayuda al desempleo de larga duración por no gozar de la nacionalidad austriaca.<sup>60</sup> El Gobierno austriaco alegó, como principal justificación de la

---

<sup>56</sup> STEDH *Moustaquim c. Bélgica* cit., párr. 48-49. En el caso *C. c. Bélgica*, el TEDH reitera el razonamiento con respecto de nacionales de estados miembros de la UE: STEDH de 7 de agosto de 1996 en el caso *C. c. Bélgica*, párr. 37 y 38.

<sup>57</sup> En la obra de Jacobs, White y Ovey se señala que no todas las razones en que puede estar basada la discriminación suscitan una misma reacción por parte del TEDH. A este respecto, consideran que las discriminaciones en materia de sexo, raza, nacionalidad, legitimidad de la filiación, religión y orientación sexual se sujetan a un escrutinio más cuidadoso por parte del TEDH (con un modo de proceder que recuerda a las *suspect classifications* en la doctrina del Tribunal Supremo de los EEUU). F. Jacobs, R. White y C. Ovey, *The European Convention...* ob. cit. p. 560-561.

<sup>58</sup> SSTEDH de 16 de septiembre de 1996 en el caso *Gaygusuz c. Austria*, párr. 42; de 21 de febrero de 1997 en el caso *Van Raalte c. Países Bajos*, párr. 39; *Andrejeva c. Letonia* cit., párr. 87; *Bah c. Reino Unido* cit., párr. 37

<sup>59</sup> STEDH *Bah c. Reino Unido* cit., párr. 36-37 y la jurisprudencia allí citada.

<sup>60</sup> La ley austriaca preveía dos excepciones frente a la obligación de poseer nacionalidad austriaca, en las que tampoco se encontraba el demandante: o bien residir en el territorio austriaco de forma ininterrumpida desde 1930, o bien hacer nacido en territorio austriaco y haber residido en él de forma ininterrumpida desde entonces. Hay que destacar que el demandante era residente legal en Austria

diferenciación, que ésta se basaba en la especial responsabilidad del estado hacia sus nacionales, en base a la cual le correspondía proveer sus necesidades básicas. El TEDH, sin explicar las razones, considera poco convincentes (“*unpersuasive*”) los argumentos aportados por Austria, declarando la inexistencia de una justificación razonable para la diferenciación y por tanto la vulneración del art. 14 CEDH en relación con el art. 1 del Protocolo No. 1.<sup>61</sup>

En el caso *Koua Poirrez c. Francia*, el demandante alegó que la exigencia de la nacionalidad para el acceso a una prestación social para adultos discapacitados vulneraba los arts. 14 CEDH y 1 del Protocolo No. 1. El TEDH no aceptó la justificación del Gobierno francés, según el cual la diferencia se basaba en la necesidad de mantener el equilibrio presupuestario, cumpliéndose el requisito de la proporcionalidad como consecuencia de la existencia de otros recursos para los extranjeros en tal situación. Como en el caso anterior, el Tribunal considera que los argumentos del gobierno son poco convincentes, sin ahondar en las razones que le llevan a adoptar esta conclusión, más allá de la situación de residente legal del demandante y del hecho de que el mismo satisfaga el resto de condiciones requeridas para la percepción de la prestación.<sup>62</sup>

En el caso *Andrejeva c. Letonia*, la violación de la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad se alega también en relación al art. 1 del Protocolo No. 1 al CEDH. Para la determinación de la pensión de jubilación de una persona “residente permanente no nacional” en Letonia, no se computaba determinado periodo de trabajo únicamente por su condición de no nacional. El TEDH parte de la conformidad con el CEDH del objetivo perseguido por la medida: protección del sistema económico del país. Sin embargo, considera que los argumentos del Gobierno letón no son satisfactorios en orden a justificar la proporcionalidad de la diferenciación.<sup>63</sup>

---

desde hacía años y había satisfecho las cuotas necesarias para tener acceso a las prestaciones de desempleo mientras trabajaba.

<sup>61</sup> STEDH *Gaygusuz c. Austria* cit., párr. 42-52.

<sup>62</sup> STEDH de 30 de septiembre de 2003 en el caso *Koua Poirrez c. Francia*, párr. 43-50.

<sup>63</sup> STEDH *Andrejeva c. Letonia* cit. párr. 81-92. Hay que tener en cuenta la especificidad del supuesto letón, a la que hace referencia el propio TEDH en el párrafo 88 de la Sentencia. En este estado existe una figura muy controvertida, “residente permanente no nacional”, categoría a la que pertenecía la

En el caso *Luczak c. Polonia*, también se determina la violación del art. 14 CEDH en relación con el art. 1 del Protocolo No. 1, en relación con la denegación del disfrute de un régimen especial de la seguridad social (previsto para los granjeros) basada únicamente en la nacionalidad del demandante.<sup>64</sup> El Tribunal hace especial hincapié en que “*the applicant was refused admission to the farmers’ scheme solely on the ground of his nationality, whereas for all practical purposes he was in a comparable position to Polish nationals [...]*”;<sup>65</sup> así como en la ausencia de una justificación suficiente, razonable y proporcionada.<sup>66</sup>

De manera que en los analizados casos *Gaygusuz c. Austria*, *Koua Poirrez c. Francia*, *Andrejeva c. Letonia* o *Luczak c. Polonia*, el TEDH determina vulneraciones del art. 14 CEDH en relación con el art. 1 del Protocolo No. 1, como consecuencia de diferenciaciones basadas en la nacionalidad sin justificación objetiva y razonable. En los tres casos, el art. 1 del Protocolo No. 1 se entiende aplicable en casos de prestaciones públicas o de seguridad social. Se entiende que, aunque el derecho de propiedad no implique la obligación para los estados de establecer este tipo de prestaciones, una vez que las han establecido no pueden vulnerar la prohibición de discriminación del art. 14 CEDH.

Hay una diferencia fundamental entre estos casos en que la nacionalidad aparece como una razón prohibida para la discriminación frente a la que deben alegarse razones fuertes para que pueda entenderse como justificada, y los anteriores, en que la ComEDH

---

recurrente. Se trata de personas de origen ruso que no gozan de la nacionalidad de otro estado pero tampoco de la nacionalidad letona, aunque residen legal y permanentemente en su territorio y no se encuentran vinculados a otro estado. En relación con ello, Kristine Krūma, *Country Report on Citizenship Law: Latvia*, EUDO Citizenship Observatory, revisado y actualizado en enero de 2015, pp. 8-11 y 20-24 [http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/34481/EUDO\\_CIT\\_2015\\_06-Latvia.pdf?sequence=1](http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/34481/EUDO_CIT_2015_06-Latvia.pdf?sequence=1) (a. 01-12-2016); D. Kochenov y A. Dimitrovs. “EU Citizenship... ob. cit.

<sup>64</sup> STEDH de 27 de noviembre de 2007 en el caso *Luczak c. Polonia*.

<sup>65</sup> STEDH *Luczak c. Polonia* cit., párr. 55.

<sup>66</sup> *Ibidem* párr. 57-60.

o el TEDH no consideran necesario un razonamiento acerca de la proporcionalidad de la diferenciación.<sup>67</sup>

En los primeros casos, la nacionalidad no es el único criterio de diferenciación. La distinción está basada en la legislación en materia de inmigración, y por tanto tiene que ver con el derecho de entrar o permanecer en territorio nacional. Es cierto que la razón última de la existencia de las diferencias se encuentra en la nacionalidad, puesto que los nacionales no pueden encontrarse en las mismas situaciones que los no nacionales como consecuencia de la aplicación de la normativa de inmigración, y son titulares del derecho de entrar y permanecer en el territorio de su estado de nacionalidad. Pero aunque ésta sea la razón última de la existencia de la distinción, la razón en base a la que se produce la distinción es la normativa acerca de la entrada y permanencia de extranjeros en territorio nacional.

En el asunto *Ponomaryovi c. Bulgaria*, en que se alegaba la vulneración del art. 14 CEDH en relación con el derecho a la educación reconocido en el art. 2 del Protocolo No. 1, el estado demandado requirió a los recurrentes, estudiantes de secundaria, el pago de tasas escolares en base a su nacionalidad y *status* migratorio para poder continuar con sus estudios. La ley búlgara establecía que sólo los nacionales búlgaros y ciertas categorías de extranjeros tenían derecho a educación secundaria gratuita.<sup>68</sup>

El Tribunal parte de la base de que “*a State may have legitimate reasons for curtailing the use of resource-hungry public services –such as welfare programmes, public benefits and health care- by short-term and illegal immigrants, who, as a rule, do not contribute to their funding. It may also, in certain circumstances, justifiably differentiate between different categories of aliens residing in its territory*”.<sup>69</sup> Sin embargo, estos argumentos no pueden ser, sin más, traspuestos al ámbito de la educación. Es necesario tener en cuenta el carácter fundamental del derecho a la

---

<sup>67</sup> El propio TEDH hace una referencia expresa al caso *Moustaquim*, como ejemplo de supuesto en que la justificación resulta suficiente para fundamentar una diferencia por razón de nacionalidad, en el caso *Koua Poirrez*, en el que se determina la vulneración del art. 14 CEDH por falta de justificación de la diferencia basada en la nacionalidad. STEDH *Koua Poirrez c. Francia* cit., párr. 49.

<sup>68</sup> STEDH de 21 de junio de 2011 en el caso *Ponomaryovi c. Bulgaria*.

<sup>69</sup> *Ibidem* párr. 54.

educación en el CEDH (*infra* analizaremos con mayor detenimiento la cuestión del derecho a la educación en relación con los no nacionales), indispensable para la promoción del resto de derechos del Convenio y la consecución de los objetivos de democracia, pluralismo e integración de las minorías. En base a ello, se afirma en la Sentencia, debe llevarse a cabo un escrutinio estricto de proporcionalidad de la medida.<sup>70</sup>

El TEDH no entra a considerar la cuestión de si la denegación de la educación secundaria gratuita a los inmigrantes irregulares en la ley búlgara es o no conforme al Convenio, centrándose en el caso concreto. A este respecto, pone de manifiesto que la irregularidad de los recurrentes es sobrevenida: los demandantes no entraron ilegalmente en el territorio del país, sino que se encontraron en esa situación contra su voluntad y cuando ya estaban escolarizados. Además, dice expresamente el TEDH, su intención no habría sido en ningún momento la de aprovecharse o abusar del sistema educativo búlgaro. No eligieron residir en ese país, sino que fue consecuencia de decisiones de sus padres, y no puede pensarse desde un punto de vista realista que pudieran ir a otro estado a continuar sus estudios. Además, el Tribunal pone de manifiesto que los demandantes no tienen ninguna necesidad educativa especial que pudiera conllevar una necesidad de financiación adicional para sus escuelas. En base a todas estas circunstancias particulares de los demandantes, el TEDH identifica una vulneración del art. 14 CEDH en relación con el derecho a la educación.<sup>71</sup>

En relación con la situación migratoria como criterio de discriminación a los efectos del art. 14 CEDH, el TEDH, en el caso *Bah c. Reino Unido*, ha entendido que, al contrario de lo que defendía el estado demandado en sus alegaciones, el *status* migratorio del sujeto, por sí mismo considerado, puede ser causa de discriminación desde el punto de vista del art. 14 CEDH. Así, establece: “*the fact that immigration status is a status conferred by law, rather than one which is inherent to the individual, does not preclude it from amounting to “other status” for the purposes of Article 14*”.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> STEDH *Ponomaryovi c. Bulgaria* cit., párr. 55-58.

<sup>71</sup> *Ibidem*, párr. 59-64.

<sup>72</sup> STEDH *Bah c. Reino Unido* cit., párr. 45-46. El TEDH remite a la STEDH de 19 de febrero de 2009 en el caso *A. y otros c. Reino Unido*, en el que, aunque el Tribunal no consideró necesario analizar

La Sentencia resulta especialmente interesante. Tras determinar que la situación migratoria del sujeto puede ser un criterio discriminatorio desde el punto de vista del art. 14 CEDH, el Tribunal se refiere a la “naturaleza” del *status*, que influirá en el mayor o menor margen de apreciación reconocido a los estados en la justificación de las diferencias. Partiendo de que la situación migratoria implica un elemento de elección (*element of choice*), el Tribunal considera que: “*while differential treatment based on this ground must still be objectively and reasonably justifiably, the justification required will not be as weighty as in the case of a distinction based, for example, on nationality*”.<sup>73</sup>

En este caso, el Tribunal consideró objetiva y razonablemente justificada la diferencia, partiendo de que *puede* ser aceptable desde el punto de vista del art. 14 CEDH diferenciar entre diferentes tipos de extranjeros a la hora de asignar el acceso a recursos públicos escasos.<sup>74</sup> Asimismo, consideró que no se había vulnerado el principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta la situación de la demandante.<sup>75</sup>

El Tribunal se ha referido a la doctrina sentada en esta STEDH *Bah c. Reino Unido* en *Hode y Abdi c. Reino Unido*. Se alegaba discriminación entre refugiados y extranjeros residentes legales en virtud de otros títulos, en relación con la reagrupación familiar.<sup>76</sup> El Tribunal recuerda que en *Bah* se consideró que el *status* migratorio puede

---

la alegada vulneración del art. 14 CEDH en conexión con el art. 5 CEDH, aceptó implícitamente el *status* migratorio como posible causa de discriminación a efectos del art. 14 CEDH.

<sup>73</sup> STEDH *Bah c. Reino Unido* cit., párr. 47.

<sup>74</sup> Énfasis añadido.

<sup>75</sup> La demandante vio denegado el reconocimiento de situación de prioridad en el acceso a un recurso habitacional sobre la base de la situación migratoria de su hijo (que había accedido a Reino Unido bajo el compromiso de la demandante de no recurrir a fondos públicos para su mantenimiento). Además, ni ella ni su hijo menor se vieron privados de vivienda en ningún momento. Todo ello resulta determinante en la decisión del Tribunal.

<sup>76</sup> En relación con el derecho a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH, el Tribunal ha aplicado en este ámbito su doctrina de acuerdo con la que si un estado desarrolla un derecho garantizado en el CEDH más allá del mínimo exigible (de manera que aunque no se hubiera previsto tal desarrollo no se produciría vulneración del derecho), la normativa no puede incurrir en discriminaciones prohibidas por el art. 14 CEDH. Así, aunque el TEDH ha considerado que el derecho a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH no conlleva una obligación para los estados de permitir en todo caso la reagrupación familiar,



ser un criterio discriminatorio a efectos del art. 14 CEDH, señalando que: “*in that case the Court suggested that the argument in favor of refugee status amounting to other status would be ever stronger, as unlike immigration status refugee status did not entail an element of choice*”.<sup>77</sup>

Asimismo, partiendo del amplio margen de apreciación de los estados cuando se trata de determinar si una medida tomada en relación con estrategias sociales o económicas resulta o no justificada desde el punto de vista del art. 14 CEDH, el Tribunal considera que ofrecer incentivos a determinados grupos de inmigrantes (en este caso, el gobierno de Reino Unido habría pretendido atraer determinados trabajadores y estudiantes) *podría* ser un objetivo legítimo desde el punto de vista del art. 14 CEDH.<sup>78</sup>

En resumen, a la vista de la jurisprudencia TEDH sobre art. 14 CEDH y extranjería, puede concluirse lo siguiente: cuanto más se puede considerar que una situación particular se relaciona con la potestad estatal sobre la admisión, permanencia o expulsión, mayor es el margen del estado para imponer condiciones diferenciadas. Asimismo, el trato diferenciado resultará menos aceptable cuanto más se asemeje la situación de inmigración del extranjero a la de los ciudadanos del estado de que se trate.<sup>79</sup>

En supuestos relacionados con el control estatal de la entrada y permanencia de extranjeros en territorio nacional, el TEDH ha considerado aceptable regular de manera diferente derechos para nacionales y extranjeros siempre que no se vulneren los derechos en sí mismo considerados. En este tipo de casos, no se realiza un examen estricto de la proporcionalidad.

En supuestos relacionados con prestaciones sociales, en los que la potestad estatal sobre la entrada y permanencia no entra en juego, el TEDH ha llevado a cabo un

---

cuando regulen esta figura deberán hacerlo sin incurrir en discriminaciones prohibidas por el art. 14 CEDH. STEDH *Hode y Abdi c. Reino Unido* cit., párr. 43.

<sup>77</sup> *Ibidem*, párr. 47-48, énfasis añadido.

<sup>78</sup> *Ibidem*, párr. 51-53, énfasis añadido.

<sup>79</sup> Así se señala en: Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, *Manual de Derecho europeo...* ob. cit. pp. 193-194.

escrutinio estricto de la medida, poniendo de manifiesto que el estado debe aducir razones de peso para una diferencia de tratamiento basada exclusivamente en la nacionalidad.

La situación migratoria puede ser un criterio discriminatorio desde el punto de vista del sujeto. Sin embargo, el TEDH, considerando que la situación migratoria implica un elemento de elección, ha afirmado que en estos supuestos la exigencia de justificación que pesa sobre el estado no resulta tan gravosa como cuando la diferencia se basa exclusivamente en la nacionalidad.

## **VII. No nacionales y derechos no absolutos**

### **1. Derecho a la libertad personal. Privaciones de libertad del art. 5.1.f) CEDH**

Como ya se ha mencionado, el art. 5.1.f) del CEDH distingue entre nacionales y extranjeros al configurar el derecho a la libertad personal. Este precepto recoge expresamente como causa admisible de privación de libertad la detención de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio, o de una persona contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

Lógicamente, el poder estatal de restringir la libertad de los extranjeros en la situación establecida en ese precepto no es ilimitada. El objeto del art. 5 CEDH es salvaguardar la libertad de la persona, estableciendo una serie de garantías que pretenden evitar cualquier privación arbitraria de libertad. En su primer párrafo, el precepto enumera taxativamente las causas por las que un estado puede privar de libertad a un individuo, sin que sea aceptable una privación de libertad que no se base en alguna de ellas. Según este artículo, la privación de libertad debe llevarse a cabo “con arreglo al procedimiento establecido por la ley”. De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, este precepto incorpora un mandato de no arbitrariedad de las privaciones de libertad, que va más allá de la exigencia de que éstas se lleven a cabo en cumplimiento de los requisitos formales y materiales establecidos por la ley interna de un estado: “*any deprivation of liberty must not only have been effected in conformity with the*

*substantive and procedural rules of national law but must equally be in keeping with the very purpose of Article 5, namely to protect the individual from arbitrary detention”*.<sup>80</sup>

Los principios que debe respetar la detención de un extranjero en virtud del art. 5.1.f) se encuentran recogidos en la STEDH de 26 de junio de 1996 en el caso *Amuur c. Francia*. Dichos principios se reiteran y desarrollan en sentencias posteriores, entre las que destacan la STEDH 15 noviembre de 1996 en el caso *Chahal c. Reino Unido*, o STEDH de 11 de julio 2006 en el caso *Saadi c. Reino Unido*.

El TEDH ha determinado que el estado debe actuar de buena fe al decretar y ejecutar la privación de libertad. Asimismo, ésta debe estar estrechamente conectada con el propósito de prevenir la entrada irregular del extranjero en territorio nacional, o de su deportación. El lugar y condiciones de la detención deben ser adecuados.<sup>81</sup> La duración de la detención no debe exceder el tiempo razonable para la consecución del objetivo propuesto.<sup>82</sup>

En principio, en los supuestos subsumibles en el art. 5.1.f) CEDH, se aplican todas las garantías previstas en el precepto para cualquier privación de libertad.

En relación con el mandato de no arbitrariedad de las privaciones de libertad, se plantean algunas diferencias entre el supuesto mencionado en el art. 5.1.f) CEDH y otros supuestos regulados en el mismo art. 5.1 CEDH.

En *Saadi c. Reino Unido* (2008), el TEDH se refiere a dicho mandato de no arbitrariedad, desarrollando su significado y exigencias.<sup>83</sup> Distingue entre los supuestos recogidos en los apartados b), d) y e) del precepto; y los regulados en el resto de apartados. Con respecto a los primeros, el TEDH considera que la prohibición de no arbitrariedad implica un escrutinio de proporcionalidad de la medida que tenga en cuenta los criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto: “[t]he notion of arbitrariness in the contexts of sub-paragraphs (b), (d) and (e) also

---

<sup>80</sup> Esta es una afirmación reiterada en las recientes sentencias del TEDH dictadas en relación con el art. 5 CEDH. Por todas, STEDH de 27 de julio de 2006 en el caso *Bazorkina c. Rusia*.

<sup>81</sup> Este requisito se relaciona estrechamente con las exigencias derivadas del art. 3 CEDH.

<sup>82</sup> SSTEDH de 29 de enero de 2008, en el caso *Saadi c. Reino Unido* párr. 70; *A y otros c. Reino Unido* cit., párr. 190; de 11 de febrero de 2010 en el caso *Raza c. Bulgaria* párr. 72.

<sup>83</sup> STEDH *Saadi c. Reino Unido* cit.

*includes an assessment whether detention was necessary to achieve the stated aim [...] The principle of proportionality further dictates that where detention is to secure the fulfilment of an obligation provided by law, a balance must be struck between the importance in a democratic society of securing the immediate fulfilment of the obligation in question, and the importance to the right to liberty [...]*”.<sup>84</sup>

Sin embargo, tanto en los casos regulados en el apartado a) (personas privadas de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente) como en el apartado f) que ahora nos ocupa, el TEDH en esta Sentencia *Saadi c. Reino Unido*, aplica lo que parece un escrutinio deferente. Así, en relación con las privaciones de libertad en el marco de la inmigración, declara: “*as long as a person was being detained “with a view to deportation” [...] there was no requirement that the detention be reasonably considered necessary, for example to prevent the person concerned from committing an offence or fleeing [...] the principle of proportionality applied to detention under [art. 5.1.f) CEDH] only to the extent that the detention should not continue for an unreasonable length of time [...]*”.<sup>85</sup>

En la *Joint Partly Dissenting Opinion* emitida frente a esta Sentencia por los jueces Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyeu, Spielmann e Hirvelä, se ponen de manifiesto algunas de las cuestiones que suscita este planteamiento del Tribunal. Así, los firmantes de la *dissenting opinión* se preguntan qué es lo que justifica no aplicar un escrutinio estricto de proporcionalidad también a las medidas de privación de libertad en el contexto de la inmigración.

Esta doctrina, sin embargo, parece haber sido atenuada, si bien en supuestos en que los demandantes eran personas en circunstancias especiales de vulnerabilidad.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> STEDH *Saadi c. Reino Unido* cit. párr. 70.

<sup>85</sup> *Ibidem* párr. 72-74.

<sup>86</sup> A este respecto, Laurens Lavrysen, “Less stringent measures and migration detention: overruling *Saadi v. UK?*”, <https://strasbourgobservers.com/2012/01/25/less-stringent-measures-and-migration-detention-overruling-saadi-v-uk/> (a. 01-12-2016)

Así, en *Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica*, en que se veía afectada una persona con VIH.<sup>87</sup> En *Popov c. Francia*, se vio afectado un menor de edad.<sup>88</sup>

## 2. Los derechos al “proceso equitativo” (art. 6 CEDH) y al “recurso efectivo” (art. 13 CEDH) en procedimientos de inmigración y asilo

El art. 6 CEDH, garantiza el “derecho a un proceso equitativo”.<sup>89</sup> En el marco del CEDH, el derecho de acceso a un tribunal deriva del derecho a un proceso equitativo, que ocupa un lugar destacado en cualquier democracia.<sup>90</sup>

Los no nacionales son, sin duda, titulares de los derechos y garantías reconocidos en este precepto en igualdad de condiciones con los nacionales. Ello en virtud del ya analizado art. 1 CEDH, y dado que el art. 6 CEDH no contiene referencia alguna a las personas extranjeras.

Sin embargo, según jurisprudencia del TEDH, esta disposición no resulta aplicable a los asuntos de asilo e inmigración. El art. 6 CEDH refiere el derecho de “toda persona” a un proceso equitativo a “los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”. El Tribunal, en el caso *Maaouia c. Francia*, determinó la inaplicabilidad del art. 6 CEDH a los procedimientos en materia de asilo o inmigración, al considerar que éstos no están relacionados con la determinación de un derecho u obligación civil o del fundamento de una acusación en materia penal.<sup>91</sup> El Tribunal ha reiterado esta doctrina en el caso *G.R. c. Países Bajos*.<sup>92</sup>

---

<sup>87</sup> STEDH de 20 de diciembre de 2011, en el caso *Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica*, párr. 109-125.

<sup>88</sup> STEDH de 19 de enero de 2012, en el caso *Popov c. Francia*, párr. 106-125.

<sup>89</sup> En inglés, “right to a fair trial”. En francés, “droit à un procès équitable”.

<sup>90</sup> STEDH de 9 de octubre de 1979 en el caso *Airey c. Irlanda*

<sup>91</sup> STEDH de 5 de octubre de 2000 en el caso *Maaouia c. Francia*, párr. 35-40. El Tribunal se basa en doctrina previa de la ComEDH (Decisiones ComEDH de 2 de mayo de 1979 en el caso *Uppal y Singh c. Reino Unido*; de 15 de mayo de 1984, en el caso *Bozano c. Francia*; de 5 de diciembre de 1996 en el caso *Urrutikoetxea c. Francia*, de 25 de octubre de 1996 en el caso *Kareem c. Suecia*), así como en determinada interpretación de la intención de los estados parte a la vista del art. 1 del Protocolo No. 7 al CEDH. Respecto del alcance de la referencia del art. 6 a los “derechos y obligaciones de carácter civil”,

Sí resulta aplicable, en el ámbito de los procedimientos en materia de asilo e inmigración, el art. 13 CEDH. Este precepto, que garantiza el “derecho a un recurso efectivo” ante una instancia nacional de “toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el ámbito del presente Convenio hayan sido violadas”, puede entrar en juego en procedimientos relacionados con el asilo o la inmigración.<sup>93</sup>

En el citado caso *G.R. c. Países Bajos*, el TEDH, tras reafirmar que el art. 6 CEDH no resulta aplicable a procedimientos relacionados con la regularidad de la estancia de extranjeros, establece: “[i]t does not follow [...] that principles of “*access to court*” which the Court has developed under [art. 6.1 CEDH] are irrelevant to Article 13” (párr. 49) “[a]lthough in terms of procedural guarantees the requirements of Article 13 are less stringent than those of Article 6 [...] the very essence of “*remedy*” as that expression is to be understood for the purposes of Article 13 is that it should involve an accessible procedure” (párr. 50). En atención a lo anterior, consideró vulnerado el art. 13 CEDH en relación con el acceso efectivo al procedimiento administrativo para obtener un permiso de residencia. El art. 13 CEDH se aplica aquí en relación con un procedimiento administrativo de solicitud de autorización de residencia, exigiéndose que este tipo de procedimientos cumplan ciertos requisitos, al menos cuando como en el caso de instancia –en que se alegaba la vulneración del derecho a la vida familiar- se vean comprometidos derechos y libertades garantizados en el CEDH.<sup>94</sup>

En asuntos relacionados con la expulsión de no nacionales, el TEDH se ha pronunciado sobre el significado del derecho a un “recurso efectivo” del art. 13 CEDH en este contexto.

---

poniendo de manifiesto las dificultades que suscitan algunas interpretaciones del Tribunal, F. Jacobs, R. White y C. Ovey, *The European Convention...* ob. cit. pp. 247-254.

<sup>92</sup> STEDH de 10 de enero de 2012 en el caso *G.R. c. Países Bajos*, párr. 48.

<sup>93</sup> Sobre el significado y alcance del art. 13 CEDH, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia TEDH, F. Jacobs, R. White y C. Ovey, *The European Convention...* ob. cit. pp. 131-142; Yutaka Arai, “Chapter 32. Right to an effective remedy before a national authority”, en P. van Dijk *et al.* (ed.), *Theory...* pp. 997-1026.

<sup>94</sup> El demandante alegaba la vulneración de su derecho a la vida familiar reconocido en el art. 8 CEDH. Ello sobre la base de no haber sido exento de las tasas administrativas exigidas para la presentación de solicitud de autorización de residencia, encontrándose sin recursos para pagarlas. El TEDH decide examinar la demanda desde el punto de vista del art. 13 CEDH en vez de desde el art. 8.

En *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* ha afirmado que los solicitantes de asilo han de contar con una vía de recurso a nivel nacional que pueda abordar el fondo de cualquier “queja defendible” en virtud del CEDH y, en caso necesario, determinar las medidas de subsanación adecuadas. El recurso ha de ser efectivo tanto *de facto* como *de iure*.<sup>95</sup>

En relación con la suspensión de decisiones de expulsión de solicitantes de asilo. El TEDH ha sostenido que cuando un individuo recurre una decisión de denegación de su solicitud de asilo y cabe la posibilidad de que la aplicación de una medida de retorno contra el solicitante tenga efectos potencialmente irreversibles contrarios al art. 3 CEDH, el recurso ha de tener un efecto de suspensión automática.<sup>96</sup>

### **3. Derecho a la vida privada y familiar: restricciones derivadas de la potestad estatal para regular la entrada, estancia y expulsión del territorio (art. 8 CEDH)**

Como ya hemos mencionado, entre los derechos no absolutos, los llamados “derechos cualificados” se encuentran expresamente condicionados por la efectividad de otros derechos o intereses, y las causas de limitación se recogen explícitamente en el precepto que garantiza el derecho. Usualmente, el TEDH reconoce un margen de discrecionalidad amplio a los estados para la apreciación de las circunstancias que permiten dichas limitaciones. Este es el caso de los arts. 8 a 11 CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar; libertad de pensamiento, conciencia y religión; libertad de expresión; libertad de reunión y asociación).

Cuando las medidas o actuaciones constitutivas de este tipo de limitaciones se dirigen a sujetos no nacionales que se encuentran bajo la jurisdicción de algún estado miembro, se plantean peculiaridades derivadas de la posición específica de las personas en esta situación.

El CEDH no consagra un derecho de los individuos a entrar o residir en el territorio de cualquier estado. Más bien, el TEDH ha entendido que el Convenio y sus protocolos legitiman la potestad estatal de decidir acerca de la entrada, permanencia y expulsión de no nacionales de su territorio, si bien dicha potestad estatal puede verse

---

<sup>95</sup> STEDH *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* cit., párr. 288-293.

<sup>96</sup> En este sentido, STEDH *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* cit., párr. 197-200.

sujeta a límites, necesarios para el respeto de los derechos protegidos en los citados textos.<sup>97</sup>

Esta potestad estatal de control de la entrada y permanencia de no nacionales en su territorio se relaciona con una serie de objetivos que, según han establecido en sus resoluciones la extinta ComEDH y el TEDH, entran dentro de los objetivos susceptibles de justificar una limitación de los llamados derechos cualificados.

La jurisprudencia del TEDH relativa al derecho a la vida privada y familiar en relación con los extranjeros es un buen ejemplo de lo expuesto.

De acuerdo con jurisprudencia constante del TEDH, la expulsión de un extranjero puede constituir una injerencia en su derecho a la vida familiar, o en el derecho al respeto de su vida privada.<sup>98</sup> Aunque en las primeras etapas de su jurisprudencia el TEDH se centró en el supuesto de injerencias en el derecho a la vida familiar, posteriormente ha considerado que la expulsión de un extranjero establecido en un país puede determinar la vulneración de su derecho a la vida privada, sin necesidad de que afecte a sus lazos familiares estrictamente considerados.<sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> Entre otras, Decisión ComEDH *Agee c. Reino Unido* cit.; SSTEDH *Abdulaziz, Cabales y Balkandi c. Reino Unido* cit.; *Berrehab c. Países Bajos* cit.; *Moustaquim c. Bélgica* cit.; de 25 de junio de 1996 en el caso *Amuur c. Francia*; *Ahmut c. Países Bajos* cit.; *Nunez c. Noruega* cit.; *Antwi y otros c. Noruega* cit.; *Jeunesse c. Países Bajos* cit.

<sup>98</sup> Por todas: SSTEDH *Berrehab c. Países Bajos* cit., párr. 22-23; de 18 de octubre de 2006 en el caso *Üner c. Países Bajos*, párr. 54 (expulsión derivada de condena penal);

<sup>99</sup> En este sentido, la STEDH *Üner c. Países Bajos* cit., párr. 59, afirma: “as Article 8 also protects the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world (see *Pretty v. the United Kingdom* [...]) and can sometimes embrace aspects of an individual’s social identity (see *Mikulic v. Croatia* [...]), it must be accepted that the totality of social ties between settled migrants and the community in which they are living constitute part of the concept of “private life” within the meaning of Article 8. Regardless of the existence or otherwise of a “family life”, therefore, the Court considers that the expulsion of a settled migrant constitutes interference with his or her right to respect for private life [énfasis añadido]. It will depend on the circumstances of the particular case whether it is appropriate for the Court to focus on the “family life” rather than the “private life” aspect”. Asimismo, en la STEDH de 20 de septiembre de 2011 en el caso *A.A. c. Reino Unido*, párr. 49, se afirma que: “[w]hile the Court has previously referred to the need to decide in the circumstances of the particular case before it whether it is appropriate to focus on “family life” rather than “private life”, it



En relación con supuestos de regularización o reagrupación familiar, el TEDH ha entendido que la denegación de una solicitud de este tipo también puede suponer una injerencia en el derecho a la vida familiar, que debe por tanto encontrarse justificada a la vista del art. 8 CEDH.<sup>100</sup>

Estas interferencias se entenderán o no justificadas en función del cumplimiento de las condiciones establecidas en el segundo párrafo del art. 8 CEDH, tal y como han sido desarrolladas por la jurisprudencia. El TEDH hace depender la decisión acerca del respeto de estas condiciones (específicamente, del principio de proporcionalidad, en el que se centra habitualmente el juicio) de las circunstancias concretas de cada caso.

Habitualmente, el TEDH analiza la justificación de las medidas expulsivas desde el punto de vista del art. 8 CEDH siguiendo el mismo esquema general de razonamiento aplicado en limitaciones de este tipo de derechos: legalidad de la medida; existencia o no de un objetivo legítimo; necesidad de la medida en una sociedad democrática (que conlleva un examen de proporcionalidad en sentido estricto).<sup>101</sup>

En cuanto a la exigencia de que la medida persiga un “objetivo legítimo”, el TEDH ha aceptado como legítimas diferentes finalidades de la medida. En algunos casos, los motivos de orden público invocados por los estados en relación con los

---

*observes that in practice the factors to be examined in order to assess the proportionality of the deportation measure are the same regardless of whether family or private life is engaged”.*

<sup>100</sup> En cuanto a la distinción entre regularización y reagrupación familiar, el primero de los supuestos engloba todas aquellas situaciones en que un extranjero legalmente residente en un estado miembro desea regularizar la situación de un miembro de su familia *que ya se encuentra en el territorio* a otro título o en situación irregular. En cuanto a la reagrupación familiar, se refiere a situaciones en que la persona residente en un estado miembro desea que se reúnan con ella los miembros de su familia *que se encuentran en un país distinto* del de residencia. Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, *Manual de Derecho europeo...* ob. cit. pp. 129 y 137.

<sup>101</sup> Por todas: SSTDH *Berrehab c. Países Bajos* cit., párr. 24-29; de 26 de septiembre de 1997 en el caso *Mehemi c. Francia*, párr. 34; de 19 de febrero de 1998 en el caso *Dalia c. Francia*, párr. 52; de 2 de agosto de 2001 en el caso *Boultif c. Suiza*, párr. 46; de 9 de octubre de 2003 en el caso *Slivenko c. Letonia*, párr. 113; *A.A. c. Reino Unido* cit., párr. 52 y ss.

extranjeros que quieren entrar y residir en su territorio tienden a asimilarse a las políticas nacionales de inmigración.<sup>102</sup>

En *Berrehab c. Países Bajos*, Sentencia dictada en 1988 en que se analizaba la conformidad con el art. 8 CEDH de la expulsión derivada del divorcio de una persona autorizada a residir en los Países Bajos únicamente por razón de su matrimonio con un nacional, el TEDH identificó como “objetivo legítimo” perseguido por la medida la persecución del bienestar económico del país (y no el mantenimiento del orden, como alegaba el estado demandado y había aceptado la Comisión). Asegura el Tribunal: “*the Government were in fact concerned, because of the population density, to regulate the labour market*”.<sup>103</sup>

En varias SSTEDH que analizan la conformidad con el art. 8 CEDH de medidas expulsivas o de prohibición de re-entrada en relación con condenas penales, se identifica como objetivo legítimo la “prevención del desorden o el crimen”.<sup>104</sup> En algunas de ellas, este objetivo se vincula con el objetivo de “seguridad pública”.<sup>105</sup> En la Sentencia dictada en el caso *Üner c. Países Bajos*, el TEDH se refiere a la diferente posición de nacionales y extranjeros en relación con la expulsión, remarcando que los estados pueden expulsar a extranjeros aunque se encuentren altamente integrados en la sociedad de acogida, siempre dentro del respeto a los límites derivados de la legalidad nacional e internacional.<sup>106</sup>

---

<sup>102</sup> En este mismo sentido, Mercè Sales Jardí, “La protección de la vida familiar de las personas desplazadas, de las demandantes de asilo, de las refugiadas y de las apátridas en el Derecho europeo”, *REP*, núm. 95 (2016), pp. 193-194.

<sup>103</sup> STEDH *Berrehab c. Países Bajos* cit., párr. 26.

<sup>104</sup> SSTEDH de 29 de enero de 1997 en el caso *Bouchelkia c. Francia*, párr. 44; *Boujlifa c. Francia* cit.; *Boultif c. Suiza* cit.; de 23 de junio de 2008 en el caso *Maslov c. Austria*; de 24 de noviembre de 2009 en el caso *Omojudi c. Reino Unido*; de 23 de septiembre de 2010 en el caso *Bousarra c. Francia*; *A.A. c. Reino Unido* cit., párr. 53.

<sup>105</sup> SSTEDH *Üner c. Países Bajos* cit.; de 17 de febrero de 2012 en el caso *Onur c. Reino Unido*. En ambas los demandantes habían cometido más de un delito. En la STEDH *A.A. c. Reino Unido* se rechaza tal vinculación sobre la base de la existencia de informes indicando que la probabilidad de reincidencia del demandante era baja.

<sup>106</sup> SSTEDH *Üner c. Países Bajos* cit., párr. 56.

El TEDH ha adoptado diferentes criterios para evaluar la proporcionalidad de una orden de expulsión relacionada con una condena penal: carácter y gravedad del delito; duración de la estancia en el país del que va a ser expulsado; tiempo desde la comisión del delito y conducta desde entonces; nacionalidades de los miembros de la familia afectados; solidez de los lazos sociales, culturales y familiares con los países de acogida y de destino; interés superior y bienestar de los niños implicados.<sup>107</sup> La jurisprudencia en la materia podría resumirse así: el TEDH decide en primer lugar si es razonable esperar que la familia acompañe al delincuente al extranjero y, en caso de que no sea así, si la conducta delictiva sigue justificando la expulsión una vez que ya esté claro que esta causará la total separación de la familia.<sup>108</sup>

La jurisprudencia del TEDH en relación con la legitimidad de expulsiones –y prohibiciones de entrada- de extranjeros, desde el punto de vista del art. 8 CEDH, ha sido objeto de crítica por resultar excesivamente “casuística y asistemática”.<sup>109</sup> Ello resulta especialmente evidente en expulsiones relacionadas con la comisión de delitos: la jurisprudencia adopta decisiones aparentemente contrarias en supuestos similares, sin que esté claro si el factor predominante en la decisión es el grado de integración o la gravedad y el tipo de delito cometido.<sup>110</sup>

---

<sup>107</sup> Entre otras: S TEDH *Boultif c. Suiza* cit., párr. 40; *Üner c. Países Bajos* cit., párr. 57-58, A.A. *c. Reino Unido* cit., párr. 56.

<sup>108</sup> Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, *Manual de Derecho europeo...* ob. cit. p. 145.

<sup>109</sup> Pablo Santolaya Machetti, “Derecho a la vida privada y familiar”, en Pablo Santolaya Machetti y Javier García Roca (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid: CEPC, 2005 p. 502.

<sup>110</sup> *Ibidem* pp. 502-503. Señala el autor que ello provocó que la doctrina jurisprudencial en la materia viniera acompañada de un alto número de votos particulares, que recoge y analiza: algunos de ellos tratando de construir una posición especial para los llamados extranjeros de segunda generación; otros poniendo de manifiesto la inseguridad jurídica que provoca el método caso a caso, y otros afirmando que la previsión de una sanción adicional –la expulsión- cuando el delincuente es extranjero supone una agravante claramente discriminatoria. En sentido similar, puede señalarse la *dissenting opinion* emitida posteriormente en el caso *Üner c. Países Bajos* (*Joint dissenting opinion of Judges Costa, Zupancic y Türmen* en STEDH *Üner c. Países Bajos* cit.). M. Valette, en el año 2011 ponía de manifiesto cómo, en su opinión, el vínculo entre individuo y el estado (y por tanto las cuestiones relacionadas con la integración) queda en segundo plano en esta doctrina jurisprudencial, que en el examen de

En relación con la regularización y la reagrupación familiar, el TEDH ha afirmado en reiteradas ocasiones que del art. 8 CEDH no deriva una obligación general del estado de respetar la elección de los extranjeros de residir en su territorio y no en otro país, ni de autorizar la reagrupación familiar en su territorio.<sup>111</sup> Sin embargo, en determinados casos, los estados pueden verse obligados a admitir o autorizar la residencia en su territorio a familiares de personas ya residentes. Ello dependerá del caso concreto: de las circunstancias de los implicados y del interés general.<sup>112</sup> Entre los factores que deben tenerse en cuenta al respecto, el Tribunal se ha referido a: en qué medida resulta afectada la vida familiar; los vínculos con el país de residencia; la existencia de obstáculos insuperables para vivir en el país de origen de alguno o algunos de los miembros de la familia; la existencia de factores relacionados con el control de la inmigración o consideraciones de orden público. Asimismo, será relevante si en el momento de formarse la familia, los implicados eran conscientes de que la precariedad del *status* migratorio de uno de sus miembros podía dificultar su residencia en el territorio del estado (en este tipo de casos, la expulsión del miembro no-nacional de la familia vulnera el art. 8 CEDH sólo en circunstancias excepcionales).<sup>113</sup>

Además aunque el TEDH ha considerado que el derecho a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH no conlleva una obligación para los estados de permitir en todo caso la reagrupación familiar, cuando regulen esta figura deberán hacerlo sin incurrir en discriminaciones prohibidas por el art. 14 CEDH.<sup>114</sup>

---

proporcionalidad otorga mayor importancia a la gravedad de las infracciones cometidas. Marie-Françoise Valette, “Le droit international des droits de l’homme esquisse-t-il un lien complémentaire à celui de la nationalité?”, *Rev. trim dr. h.*, núm. 94 (2013), pp. 287-288, 294.

<sup>111</sup> Por todas STEDH *Nunez c. Noruega* cit., párr. 70.

<sup>112</sup> SSTEDH de 19 de febrero de 1996 en el caso *Gül c. Suiza* párr. 38; de 31 de enero de 2006 en el caso *Rodrigues da Silva y Hoogkamer c. Países Bajos*, párr. 39; *Nunez c. Noruega* cit., párr. 70; *Hode y Abdi* cit., párr. 43.

<sup>113</sup> Factores enumerados en SSTEDH *Nunez c. Noruega* cit. párr. 70, *Jeunesse c. Países Bajos* cit. párr. 106-109, con cita de sentencias anteriores conteniendo iguales consideraciones.

<sup>114</sup> Por todas, SSTEDH *Hode y Abdi c. Reino Unido* cit., párr. 43; *Jeunesse c. Países Bajos* cit. párr. 107.

**4. Libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9 CEDH); libertad de expresión (art. 10 CEDH); libertades de reunión y asociación (art. 11 CEDH)**

Los extranjeros, en atención a lo establecido en el art. 1 CEDH, son titulares de los derechos y libertades garantizados en los artículos 9 a 11 CEDH, aunque hay que tener en cuenta que el art. 16 CEDH incorpora la posibilidad de limitar estos derechos para restringir la actividad política de los extranjeros.

En este epígrafe prestaremos atención a la influencia que la condición de extranjero de sus titulares tiene en la interpretación jurisprudencial del contenido y las restricciones admisibles frente al ejercicio de estos derechos y libertades.

En relación con el art. 8 CEDH, hemos visto como, considerando que la expulsión o la denegación de la autorización de entrada y residencia pueden constituir injerencias en el derecho a la vida privada y familiar, el TEDH ha admitido como objetivos legítimos justificativos de las restricciones –sometidas a un escrutinio de proporcionalidad- la persecución de finalidades relacionadas con la política de inmigración o con la potestad estatal de regular la entrada, estancia y expulsión de no nacionales. Cabe preguntarse si el Tribunal ha adoptado un punto de vista similar en relación con los derechos y libertades garantizados en los arts. 9 a 11 CEDH. No existe mucha jurisprudencia sobre ello, acerca de la posible injerencia que la expulsión o denegación de entrada o residencia de un extranjero puede suponer en los derechos y libertades garantizados en los arts. 9 a 11 CEDH.<sup>115</sup>

En el año 1976, en *Agee c. Reino Unido*, la ComEDH afirmaba: “[a]rt. 10 does not in itself grant a right of asylum or a right for an alien to stay in a given country”. Y a continuación, “[d]eportation on security grounds does not therefore as such constitute an interference with the rights guaranteed by Art. 10”. De modo que la ComEDH consideró en este caso que la expulsión de un extranjero, justificada en base a consideraciones de seguridad pública, no supone, por sí misma, una injerencia en su derecho a la libertad de expresión. Según la Comisión, “an alien’s right under Art. 10 are independent of his right to stay in the country and do not protect this latter right”.<sup>116</sup>

---

<sup>115</sup> H. Lambert, *The position of aliens...* ob. cit. pp. 73-74.

<sup>116</sup> Decisión ComEDH *Agee c. Reino Unido* cit. párr. 18-19.

La Comisión parece considerar la posibilidad de que la expulsión conlleve una injerencia en el derecho a la libertad de expresión de un extranjero sólo en el caso de que dicha expulsión se impusiera como penalización al ejercicio del derecho de libertad de expresión, al afirmar, en apoyo de su conclusión (no violación del art. 10 CEDH): *[n]or has been shown that the deportation decision in reality constituted a penalty imposed on the applicant for having exercised his rights under Art. 10 of the Convention, rather than a proper exercise on security grounds of the discretionary power of deportation reserved to States*<sup>117</sup>

Asimismo, en esta Decisión se rechaza la alegada vulneración del derecho a la libertad de asociación del demandante, al considerar que mientras éste se encontró bajo la jurisdicción del estado demandado, su libertad de asociación no fue coartada, pese a que la expulsión se basó, entre otros extremos, en sus contactos con agentes de inteligencia de otro estado. En palabras de la ComEDH: *“the Commission does not consider that Art. 11 can be interpreted as forbidding a State from deporting an alien on the ground that he has been in contact with foreign officers even if, under Art. 11, he were entitled to have contact with such persons whilst in the jurisdiction of the State concerned”*.<sup>118</sup>

A la vista de esta resolución, parece que la expulsión no supone injerencia en las libertades de expresión y asociación garantizadas por el Convenio, al menos mientras dicha expulsión no tenga como finalidad limitar el ejercicio de dichas libertades. Mientras la medida no suponga una injerencia en el sentido de los preceptos reguladores de estas garantías, no resulta necesario su análisis desde el punto de vista de los requisitos exigibles a las limitaciones de estos derechos (persecución de un objetivo legítimo, necesidad de la medida en una sociedad democrática).

En cualquier caso, hay que señalar que la resolución que hemos analizado, en *Agee c. Reino Unido*, se adoptó en una época temprana en la interpretación y aplicación del CEDH. De hecho, en la misma Decisión encontramos una interpretación del art. 8 CEDH que no se compadece del todo con planteamientos posteriores: se descarta que

---

<sup>117</sup> Decisión ComEDH *Agee c. Reino Unido* cit. párr. 18-19.

<sup>118</sup> *Ibidem*, párr. 21-22.

haya habido injerencia en el derecho a la vida privada y familiar del demandante porque la mujer tenía la posibilidad de seguirle a su país de origen.<sup>119</sup>

En un sentido similar a la anterior resolución, pero en relación con las libertades de pensamiento, conciencia y religión garantizadas en el art. 9 CEDH, la Comisión se pronunció en el caso *Omkananda y Divine Light Centrum c. Suiza*. De acuerdo con esta Decisión, la expulsión no puede ser considerada una injerencia en los derechos garantizados en el art. 9 CEDH salvo que la misma tuviera como objeto reprimir el ejercicio de dichos derechos.<sup>120</sup>

A finales de la primera década de los dos mil, encontramos nuevas resoluciones acerca de la relación expulsión de extranjeros-derechos y libertades garantizados en los arts. 9 a 11 CEDH.

En estos casos más recientes, el Tribunal, ha determinado que la utilización de controles migratorios como instrumento para poner fin a determinadas actividades religiosas en su territorio vulnera el art. 9 CEDH.<sup>121</sup> Así ha considerado que “*in so far as the measure relating to the continuation of the applicant’s residence in a given State was imposed in connection with the exercise of the right to freedom of religion, such measure may disclose an interference with that right*”.<sup>122</sup>

En el caso *Cox c. Turquía*, el Tribunal se refiere al derecho a la libertad de expresión como un derecho “sin fronteras”. Los estados sólo pueden restringir información proveniente del exterior si cumplen con los requisitos determinados en el art. 10.2 CEDH. Considera que la prohibición de re-entrada en Turquía de una ciudadana extranjera *como consecuencia de las opiniones expresadas mientras se*

---

<sup>119</sup> Decisión ComEDH *Agee c. Reino Unido* cit. párr. 14-17.

<sup>120</sup> Decisión ComEDH de 19 de marzo de 1981 en el caso *Omkananda y Divine Light Centrum c. Suiza*.

<sup>121</sup> SSTEDH de 5 de noviembre de 1997, en el caso *Lotter c. Bulgaria*; de 25 de enero de 2001 en el caso *Al-Nashif c. Bulgaria*; de 8 de noviembre de 2007 en el caso *Perry c. Letonia*; de 12 de febrero de 2009 en el caso *Nolan y K. c. Rusia*.

<sup>122</sup> STEDH *Nolan y K. c. Rusia* cit. párr. 62.

*encontraba en territorio turco* supone una injerencia en los derechos garantizados en el art. 10 CEDH.<sup>123</sup>

Es necesario recordar que los no nacionales pueden verse sometidos a limitaciones específicas de los derechos y libertades garantizados en los arts. 10 y 11 CEDH cuando ello tenga como objetivo “imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros”, de acuerdo con el art. 16 CEDH (*vid. supra*).

También es escasa la jurisprudencia en relación con el art. 16 CEDH. El precepto resulta central en la Sentencia dictada en el caso *Piermont*, en el año 1995, que estableció que una europarlamentaria ciudadana de un estado miembro de la UE (Alemania) en el territorio de otro estado miembro no podría considerarse extranjera a efectos del art. 16 CEDH.<sup>124</sup>

El Tribunal, recientemente, se ha referido al art. 16 CEDH, en relación con la libertad de expresión de los extranjeros, en el asunto *Perinçek*, en Sentencia de octubre de 2015.

El TEDH parte de la necesidad de una interpretación restrictiva del art. 16 CEDH. Hace referencia al informe emitido por la extinta ComEDH en el caso *Piermont*, de acuerdo con el cual dicho precepto respondía a una visión histórica ya superada del Derecho internacional; así como en la *Recomendación 799 (1977) relativa a los derechos y al estatuto políticos de los extranjeros* de la Asamblea del Consejo de Europa, que abogó por la derogación de este precepto. Así las cosas, y atendiendo a su propia jurisprudencia en relación con el derecho a la libertad de expresión de los extranjeros (se citan en este punto las SSTEDH *Women On Waves* y *otros c. Portugal y Cox c. Turquía*), el Tribunal considera que el precepto debe ser aplicado con extrema cautela. Así, señala que el art. 16 CEDH autoriza únicamente la restricción de actividades que afecten directamente al proceso político. En el caso concreto, en que el demandante fue condenado como consecuencia de haber negado públicamente la existencia del genocidio armenio, el Tribunal considera que no se dan las citadas

---

<sup>123</sup> STEDH de 20 de mayo de 2010 en el caso *Cox c. Turquía*, párr. 30-31. Énfasis añadido.

<sup>124</sup> STEDH *Piermont c. Francia* cit.



condiciones y, por tanto, considera que la restricción de su libertad de expresión no se justifica desde el punto de vista del art. 16 CEDH (alegado por el estado demandado).<sup>125</sup>

## **5. Derecho a contraer matrimonio y a formar una familia (art. 12 CEDH)**

El art. 12 CEDH garantiza el derecho a contraer matrimonio y a formar una familia “según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.<sup>126</sup> De acuerdo con la jurisprudencia TEDH en la materia, a la vista de la letra del precepto, el ejercicio de este derecho estará sujeto a las leyes nacionales que lo regulen.

Sin embargo, las limitaciones que se introduzcan en virtud de dicha previsión no pueden limitar el derecho “*in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired*”.<sup>127</sup> Así, no pueden privar a una persona o una categoría de personas de la capacidad para casarse.<sup>128</sup> El rango de opciones que el art. 12 CEDH concede a los estados no incluye la posibilidad de una prohibición total del ejercicio del derecho al matrimonio.<sup>129</sup> Puesto que no se trata de un derecho cualificado como el art. 8 CEDH, el TEDH declara que no se aplican, en la determinación de la validez de los límites establecidos por el estado, los *tests* de necesidad de la medida o de necesidad

---

<sup>125</sup> STEDH *Perinçek c. Suiza* cit. párr. 120-123.

<sup>126</sup> En su versión en inglés, el art. 12 CEDH establece: “[*m*]en and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right” (énfasis añadido). En la versión francesa, el precepto dice así: “[*a*] partir de l’âge nubile, l’homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l’exercice de ce droit” (énfasis añadido).

<sup>127</sup> SSTEDH de 17 de octubre de 1986 en el caso *Rees c. Reino Unido*, párr. 50; de 18 de diciembre de 1987 en el caso *F. c. Suiza*, párr. 32; de 13 de septiembre de 2005 en el caso *B. y L. c. Reino Unido*, párr. 34; de 14 de diciembre de 2010 en el caso *O’Donoghue y otros contra Reino Unido*, párr. 82.

<sup>128</sup> SSTEDH *B. y L. c. Reino Unido* cit. párr. 34; *O’Donoghue y otros contra Reino Unido* cit., párr. 82.

<sup>129</sup> SSTEDH *F. c. Suiza* cit., párr. 32; de 11 de julio de 2002 en el caso *Christine Goodwin c. Reino Unido*, párr. 29; de 5 de enero de 2010 en el caso *Frasik c. Polonia*, párr. 88.

social imperiosa. En cambio, el Tribunal debe determinar si, teniendo en cuenta el margen de apreciación del estado, la medida es arbitraria o desproporcionada.<sup>130</sup>

En relación con los no nacionales, encontramos jurisprudencia relevante del TEDH. Un estado puede imponer condiciones sobre el derecho de un extranjero a casarse, con el fin de averiguar si el matrimonio propuesto es de conveniencia.<sup>131</sup> Las averiguaciones pueden llevarse a cabo requiriendo a los no nacionales la notificación a las autoridades del matrimonio previsto, y si es necesario, mediante al interrogatorio acerca del status migratorio de los interesados y el carácter genuino del matrimonio.<sup>132</sup> Tampoco vulnera, por sí mismo, el art. 12 CEDH el requerimiento de un certificado de capacidad a un no nacional para casarse en un estado miembro.<sup>133</sup>

En *O'Donoghue y otros contra Reino Unido*, los extranjeros demandantes alegaban que su derecho a contraer matrimonio (art. 12 CEDH) se había visto vulnerado como consecuencia de una regulación que obligaba a las personas sujetas a control de inmigración a obtener el permiso de las autoridades en la materia antes de poder contraer matrimonio con validez civil, salvo en el caso de que estas personas optasen por casarse por el rito anglicano.

En este caso, el TEDH entendió que la regulación vulneraba el art. 12 CEDH. La decisión acerca de la concesión o no del permiso para contraer matrimonio no se basaba en el carácter genuino del matrimonio, sino en otras consideraciones, como la duración del permiso de residencia de los solicitantes. Además, la regulación, en algunas de sus versiones, conllevaba la imposibilidad de contraer matrimonio para algunas categorías de personas.

Asimismo, se entendió que la regulación vulneraba el principio de no discriminación por motivos religiosos, en relación con el art. 12 CEDH. Los

---

<sup>130</sup> SSTDH *Frasik c. Polonia* cit., párr. 90; *O'Donoghue y otros contra Reino Unido* cit., párr. 84.

<sup>131</sup> Decisiones ComEDH de 16 de octubre de 1996 en el caso *Sanders c. Francia*; de 3 de diciembre de 1997 en el caso *Klip y Krüger c. Países Bajos*; SSTDH *Frasik c. Polonia* cit.; *O'Donoghue y otros contra Reino Unido* cit., párr. 87.

<sup>132</sup> Decisión ComEDH *Klip y Krüger c. Países Bajos* cit.

<sup>133</sup> Decisión ComEDH *Sanders c. Francia* cit.

demandantes alegaban también discriminación, en relación con el art. 12 CEDH, basada en la nacionalidad. El TEDH no entra a decidir al respecto, por haber determinado ya la existencia de una discriminación por motivos religiosos. Sin embargo, pone de manifiesto que las diferencias se basaron en el status migratorio y no en la nacionalidad.<sup>134</sup>

## **6. Derecho a la educación (art. 2 del Protocolo No. 1 CEDH)**

El art. 2 del Protocolo No. 1 CEDH se refiere al derecho a la educación. Nos centramos aquí en su primer párrafo, que se encuentra redactado en términos negativos: “a nadie se le puede negar el derecho a la educación”.<sup>135</sup> Se entiende que esta primera parte del precepto garantiza un derecho a la educación en el marco de la provisión estatal existente, que puede entrar en juego en todos los niveles educativos, como frecuentemente ocurre.<sup>136</sup>

Muy frecuentemente, entra en juego la prohibición de discriminación en relación con este derecho. En lo que ahora nos interesa, ello es especialmente relevante.

En la STEDH *Asunto relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica c. Bélgica*, a la que suele hacerse referencia como una de las sentencias básicas, tanto en la jurisprudencia relativa al art. 14 CEDH como en la atinente al derecho a la educación, el Tribunal declara que no existe obligación de establecer sistemas públicos de educación. El art. 2 CEDH garantiza sólo el derecho a acceder a los recursos educativos que ya existan.

En cuanto a la jurisprudencia relativa al derecho a la educación en relación con no nacionales, en 1998 la ComEDH consideró razonable una diferencia de trato entre estudiantes nacionales y extranjeros relativa a la exención de tasas educativas en educación superior (los estudiantes extranjeros no podían ser eximidos del pago aunque reunieran los requisitos económicos exigidos a los nacionales). La diferencia se

---

<sup>134</sup> STEDH *O’Donoghue y otros contra Reino Unido* cit., párr. 106-107.

<sup>135</sup> En su versión inglesa, el precepto establece que: “[n]o person shall be denied the right to education”. De acuerdo con la versión francesa, “[n]ul ne peut se voir refuser le droit à l’instruction”.

<sup>136</sup> F. Jacobs, R. White y C. Ovey, *The European Convention...* ob. cit. p. 506.

encontraría justificada, desde el punto de vista del TEDH, por la alta probabilidad de que los extranjeros abandonaren el país una vez finalizados sus estudios.<sup>137</sup>

En el asunto *Timishev c. Rusia.*, los hijos de un recurrente extranjero que había incurrido en irregularidad administrativa no fueron admitidos en el colegio al que usualmente acudían tras incurrir su padre en irregularidad. Se trata de un caso de escolarización primaria, lo que tiene su importancia. Además, las leyes del estado demandado no prevén una exclusión de este tipo. El TEDH llega a la conclusión de que ha habido una violación del art. 2 del Protocolo No. 1 como consecuencia de la denegación del acceso a la educación primaria de los hijos del demandante *en contra de lo establecido en la legislación interna del estado demandado.*<sup>138</sup>

En esta Sentencia, el Tribunal compara el derecho a la educación con los derechos que hemos calificado como absolutos, poniendo de manifiesto su similar estructura y la importancia del derecho a la educación como indispensable para la existencia de una sociedad democrática. Sin embargo, a la luz de la entera jurisprudencia del TEDH respecto a este derecho, no consideramos que pueda incluirse entre los derechos que hemos clasificado aquí como absolutos.

En *Ponomyrovi c. Bulgaria*, el estado demandado requirió a los recurrentes, estudiantes de secundaria, el pago de tasas escolares en base a su nacionalidad y estatus migratorio para poder continuar con sus estudios. La ley búlgara establecía que sólo los nacionales búlgaros y ciertas categorías de extranjeros tenían derecho a educación secundaria gratuita.

El TEDH no entra a considerar la cuestión de si la denegación de la educación secundaria gratuita a los inmigrantes irregulares en la ley búlgara es o no conforme al Convenio, centrándose en el caso concreto. A este respecto, pone de manifiesto que la irregularidad de los recurrentes es sobrevenida: los demandantes no entraron ilegalmente en el territorio del país, sino que se encontraron en esa situación contra su voluntad y cuando ya estaban escolarizados. Además, dice expresamente el TEDH, su intención no habría sido en ningún momento la de aprovecharse o abusar del sistema educativo búlgaro. No eligieron residir en ese país, sino que fue consecuencia de

---

<sup>137</sup> Decisión ComEDH de 20 de mayo de 1998 en el caso *Karus c. Italia*, párr. 2.

<sup>138</sup> STEDH de 13 de diciembre de 2005 en el caso *Timishev c. Rusia*, párr.60-67.

decisiones de sus padres, y no puede pensarse desde un punto de vista realista que pudieran ir a otro estado a continuar sus estudios. Además, el Tribunal pone de manifiesto que los demandantes no tienen ninguna necesidad educativa especial que pudiera conllevar una necesidad de financiación adicional para sus escuelas. En base a todas estas circunstancias particulares de los demandantes, el TEDH identifica una vulneración del art. 14 CEDH en relación con el derecho a la educación.<sup>139</sup>

### **VIII. Recapitulación**

El CEDH no contiene precepto escrito alguno que se refiera de modo general a la posición de los no nacionales en relación a los derechos en él garantizados. En principio, los derechos del CEDH se garantizan a toda persona bajo la jurisdicción de un estado miembro, con independencia de su nacionalidad y situación migratoria.

Sin embargo, nacionales y extranjeros no se encuentran en una posición de igualdad respecto de los derechos garantizados en el Convenio. Hemos identificado diversas especificidades sobre la situación de los no nacionales en el sistema CEDH.

El Convenio y sus Protocolos contienen *excepciones expresas* a la supuesta universalidad de los derechos. Unas están relacionadas con la potestad de los estados para decidir acerca de la entrada, permanencia y expulsión de no nacionales de su territorio. Otras, con limitaciones de la participación política de no nacionales.

Varios preceptos del Convenio definen los derechos atribuyendo su titularidad bien a los nacionales, bien a determinado tipo de extranjeros. Otros, partiendo de fórmulas universalistas de atribución de derechos, habilitan expresamente la imposición de limitaciones específicas a no nacionales.

Por otra parte, además de estas diferenciaciones recogidas expresamente en el Convenio, el TEDH ha declarado justificadas diversas distinciones entre nacionales y extranjeros respecto a la titularidad y sobre todo al ejercicio y límites de los derechos del Convenio.

Frecuentemente, la justificación de las diferencias descansa en el reconocimiento de la potestad estatal para decidir acerca de la entrada, permanencia y expulsión de no

---

<sup>139</sup> STEDH *Ponomaryovi c. Bulgaria* cit., párr. 44-64.

nacionales. La ComEDH y el TEDH, partiendo de la inexistencia en el CEDH de un derecho de los individuos a entrar o residir en el territorio de cualquier estado, han entendido que el estado goza de un poder discrecional en la materia siempre que se ejerza respetando los derechos del Convenio.

En todo caso, en la jurisprudencia del TEDH, resulta muy importante la diferenciación entre *derechos absolutos* y *derechos no absolutos*.

En relación con los denominados *derechos absolutos*, el TEDH ha entendido que, no cabe distinción entre nacionales y extranjeros.

Así, en la jurisprudencia TEDH relativa a la expulsión de no nacionales y la afectación de los arts. 2 y 3 del Convenio. Como derechos absolutos, no pueden limitarse en persecución de otros intereses públicos, por más éstos fueren legítimos. Ante la existencia o posibilidad de que se produzca un tratamiento prohibido consecuencia de la expulsión, se activa la obligación insoslayable de proteger al individuo frente a dicho trato. No cabe, en este tipo de supuestos, ponderación alguna. El problema interpretativo se sitúa en este caso en la determinación de si se ha producido o no (o puede llegar a producirse) el tratamiento prohibido.

Por el contrario, en relación con los *derechos no absolutos*, el TEDH acepta como limitaciones diferentes consideraciones relacionadas con la condición de extranjero, o de extranjero en situación irregular.

En el caso de *derechos cualificados*, la potestad estatal de control de la entrada y permanencia de no nacionales se relaciona con objetivos que, según la jurisprudencia, entran dentro de los fines susceptibles de justificar una limitación. De ello es buena muestra la jurisprudencia TEDH relativa a la vida privada y familiar en supuestos de extranjería.

En los denominados *derechos no cualificados*, la jurisprudencia ha aceptado también como limitaciones aceptables consideraciones relacionadas con la condición de extranjero o la irregularidad administrativa. En todo caso, este tipo de limitaciones no incluyen la posibilidad de una prohibición total del ejercicio del derecho.

El escrutinio de proporcionalidad juega un papel central en el examen de las medidas que afectan a este tipo de *derechos no absolutos*.

Por otra parte, el juicio acerca de la legitimidad de la limitación de un derecho puede, en ocasiones, entremezclarse con del respeto del principio de no discriminación del art. 14 CEDH. Los extranjeros son, sin duda, titulares del derecho garantizado en este precepto, lo que marca una diferencia con las constituciones española e italiana (en las que, como veremos, la literalidad de los preceptos en que se garantiza la igualdad jurídica permite albergar más dudas respecto a su aplicabilidad a extranjeros).

Dado que el art. 14 CEDH sólo entra en funcionamiento en relación con algún otro derecho de los protegidos en el Convenio, *el valor del principio de no discriminación respecto de los no nacionales dependerá del derecho concreto con que dicho principio se ponga en relación.*

A la vista de la jurisprudencia TEDH sobre art. 14 CEDH y extranjería, puede concluirse lo siguiente: cuanto más se puede considerar que una situación particular se relaciona con la potestad estatal sobre la admisión, permanencia o expulsión, mayor es el margen del estado para imponer condiciones diferenciadas. Asimismo, el trato diferenciado resultará menos aceptable cuanto más se asemeje la situación de inmigración del extranjero a la de los ciudadanos del estado de que se trate.

De manera que, del análisis de la jurisprudencia de la extinta ComEDH y del TEDH en materia de derechos y extranjeros, pueden deducirse los siguientes extremos:

- 1) El CEDH garantiza un conjunto de posiciones jurídicas a nacionales y extranjeros en condiciones de absoluta igualdad, sin que quepa introducir diferencias en su disfrute basadas en la nacionalidad o situación migratoria. Éste estaría integrado por las posiciones que integran el contenido de los llamados *derechos absolutos*.
- 2) Consideraciones relacionadas con la extranjería del sujeto o con su situación migratoria pueden fungir como límites aceptables de *derechos no absolutos*. En estos casos, el escrutinio de proporcionalidad está llamado a desempeñar un importante papel.
- 3) Los extranjeros se encuentran protegidos por el principio de no discriminación del art. 14 CEDH: su funcionamiento depende del derecho con que tal principio se ponga en relación. El juicio de proporcionalidad juega aquí un papel determinante.

Asimismo, se identifica una gradación en el escrutinio de igualdad, que será más o menos estricto en función de las circunstancias del caso, y de los derechos e intereses públicos en juego.



## CAPÍTULO 4º

### **LA POSICIÓN *IUSFUNDAMENTAL* DE LOS EXTRANJEROS EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ITALIANO. UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

#### **I. Introducción**

De manera similar a la CE, la italiana contiene un precepto expresamente referido a la situación jurídica del extranjero. De acuerdo con el segundo párrafo del art. 10 CI “*la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali*”. El artículo habla de la “condición jurídica del extranjero”, sin remitir expresamente a los derechos recogidos a continuación, en su Parte Primera. Doctrina y jurisprudencia han considerado este precepto una de las normas clave para determinar la posición de los extranjeros en relación con dichos derechos.

Dicho art. 10, párrafo segundo, CI remite a la ley y los tratados internacionales para la regulación de aquella condición jurídica. En ello, como veremos, algunas corrientes doctrinales italianas han querido ver una *desconstitucionalización* de los derechos de los extranjeros, posición que no fue acogida por la jurisprudencia constitucional italiana.

Sin embargo, y al igual que sucede en el caso español, este art. 10 CI no es el único relevante. Tanto la *Corte costituzionale* como la doctrina científica mayoritaria han individuado una serie de preceptos constitucionales de cuya lectura conjunta derivan las normas para determinar la posición *iusfundamental* de los extranjeros en el sistema constitucional italiano.

En la más reciente doctrina científica italiana, es usual la referencia a la existencia de dos grandes grupos históricos de posiciones doctrinales: 1) el que sostiene que los derechos de los extranjeros no derivan directamente de los preceptos constitucionales en materia de derechos y libertades, sino de lo establecido en los tratados internacionales y las leyes (tesis de la *desconstitucionalización* de los derechos de los extranjeros) y 2) el que sostiene lo contrario: la CI reconoce también a los

extranjeros determinadas posiciones jurídicas subjetivas de naturaleza *iusfundamental* derivadas de los derechos y libertades en ella garantizados.<sup>1</sup>

Estos dos grupos se delinearón ya durante las primeras décadas de vigencia de la actual CI. Aunque jurisprudencia constitucional y doctrina científica mayoritaria se decantan, a partir de los años 70, por la segunda posición, algunas posturas que mantienen la tesis de la *desconstitucionalización* de los derechos de los extranjeros en el sistema constitucional italiano se mantienen hasta nuestros días.<sup>2</sup> A este respecto todo indica que la doctrina científica italiana es más original en la exégesis de la jurisprudencia constitucional que su homóloga española. De modo que, junto a concepciones que recopilan o exponen la jurisprudencia constitucional, es posible encontrar reinterpretaciones o reconstrucciones de los preceptos constitucionales implicados que proponen enfoques distintos o incluso originales.

Así pues, a diferencia de lo sucedido en España, donde la primera de las posturas –*desconstitucionalización* de los derechos de no nacionales- se convirtió en claramente minoritaria hasta su práctica desaparición tras el acogimiento jurisprudencial de la tesis que fundamenta en la CE los derechos de los extranjeros, en Italia se encuentran a día de hoy autores que defienden esa posición, aunque la *Corte*, igual que el TC español, se inclina por la segunda opción. Si bien se trata de una corriente minoritaria, suele ser referida en las reconstrucciones doctrinales relativas a la posición constitucional de los no nacionales en Italia.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Sistematizaciones de la doctrina que contiene esta división: Francesca Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Turín: G. Giappichelli, 2013, pp. 24-25 y nota 8; Roberto Cherchi, *Lo straniero e la costituzione. Ingresso soggiorno e allontanamento*, Nápoles: Jovene Editori, 2012, pp. 2-12.

<sup>2</sup> Alessandro Pace, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milán: Giuffrè, 1967 pp. 37-42, 129; Manlio Mazzotti di Celso, “Sulla soggettività dello straniero nell’ordinamento italiano”, *Rass. dir. pubbl.* (1964), pp. 81-137; A. Pace, *Problematica...* ob. cit. pp. 10-12 y 315-322.

<sup>3</sup> El principal exponente de esta postura en Italia ha sido A. Pace. En 1967, en el contexto de una obra dedicada a la libertad de reunión, este autor afirmaba con rotundidad: “tutti i diritti riconosciuti nella Parte I della Costituzione (ivi compreso, quindi, quello alla libertà personale) sono ivi garantiti ai soli cittadini italiani”. Según este autor, la CI remite “all’art. 10, la disciplina del loro trattamento [de los no

El segundo grupo considera que la posición constitucional de los extranjeros debe deducirse de la lectura integrada de varios preceptos de la CI. Pueden encontrarse enfoques diversos y matices entre las diversas reconstrucciones. Sin embargo, a la luz de la mayoría de las posturas, y sin perder de vista la jurisprudencia de la *Corte costituzionale*, los principales preceptos implicados en esta operación son: 1) por un lado, el art. 2 CI y los distintos preceptos constitucionales que recogen y garantizan los concretos derechos y libertades; 2) el art. 3 CI, en que se reconoce el principio de igualdad respecto de *tutti i cittadini*; 3) el ya citado art. 10, párrafo segundo, CI.<sup>4</sup>

M. Losana señala la dificultad de identificar un marco unitario y coherente que resulte de las disposiciones constitucionales aplicables. No es posible deducir de su lectura una idea precisa en lo relativo a la disciplina constitucional de los extranjeros: lo

---

nacionales] *proprio alla legge ordinaria cui però dà il limite (per gli stranieri) del rispetto “delle norme e dei trattati internazionali” e (per gli apolidi oltre che per gli stranieri) delle “norme di diritto internazionale generalmente riconosciute”; il che –di residuo- -porta conclusivamente ad individuare i destinatari del riconoscimento dei diritti dell’uomo (art. 2 Cost) anche negli stranieri, ma solo se ciò sia disposto dalla legge”*. Para este autor, la afirmación de que las situaciones subjetivas de la primera parte de la CI se atribuyen únicamente a los nacionales no conlleva una ausencia de protección constitucional de las libertades de los sujetos no nacionales. Sin embargo, esa protección deriva del art. 10 CI, que impone una reserva de ley reforzada. Ya en este momento, el autor se refiere a la condición minoritaria de esta postura, remitiendo a la distinta posición defendida por la “*dottrina dominante*”. A. Pace, *La libertà di riunione...* ob. cit. pp. 37-42, 129.

<sup>4</sup> Massimo Luciani, “Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L’esperienza italiana”, *Riv. crit. dir. priv.* (1992), p. 213 recoge este mismo esquema. También realiza una esquematización similar F. Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza...* ob. cit. p. 23: esta autora asigna al art. 10, párrafo segundo, CI un papel complementario de los arts. 2 y 3 CI, en que se fundamenta la tutela de los derechos del extranjero. Entre los numerosos autores que han defendido esta segunda postura también se encuentran: Guido Corso, “La disciplina dell’immigrazione tra diritti fondamentali e discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza costituzionale”, *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma. Palazzo della Consulta, 26 ottobre 2012*, Milán: Giuffrè Editore, 2013. Cecilia Corsi, *Lo Stato e lo straniero*, Milan: Cedam, 2001, *passim*; Enrico Grosso, “Straniero (status costituzionale dello)”, *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Turín: Utet, 1999, pp. 158 ss.

que refleja una tensión entre las distintas tradiciones jurídico-filosóficas que atraviesan el debate constituyente italiano.<sup>5</sup>

A lo largo de los siguientes epígrafes analizaremos el significado y función de los preceptos constitucionales citados, en lo tocante a la posición de los no nacionales en el ordenamiento italiano. Posteriormente, y de modo separado, expondremos un análisis de las interpretaciones jurisprudenciales.

## **II. La posición *iusfundamental* de los no nacionales en Italia. Marco constitucional**

La parte primera de la CI, que enumera y garantiza derechos y deberes, lleva el título “*diritti e doveri dei cittadini*”.<sup>6</sup> A lo largo de su articulado, en ocasiones se utilizan términos y expresiones que vinculan o parecen vincular derechos o deberes a la condición de nacional (*ogni cittadino, i cittadini*). Otras veces, los términos utilizados parecen desligar su atribución de la condición de nacional italiano (expresiones impersonales, *tutti, nessuno, diritto dell’individuo*).

La mayoría de derechos y libertades recogidos en el *Titolo I* (“*Rapporti civili*”) se reconocen de modo impersonal. Este es el caso de la libertad personal (art. 13 CI), la inviolabilidad de domicilio (art. 14 CI), el secreto de la correspondencia (art. 15 CI), el derecho de libertad religiosa (art. 19 CI), la libertad de expresión (art. 20 CI), la prohibición de ser privado por motivos políticos de la capacidad jurídica, la nacionalidad o el nombre (art. 22 CI), la legalidad de las prestaciones personales o patrimoniales (art. 23 CI), el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CI), las garantías judiciales (art. 25 CI) y penales (art. 27 CI). En este título, sólo los derechos de circulación y residencia (art. 16 CI), de reunión (art. 17 CI) y de asociación (art. 18 CI) se vinculan a la condición de *cittadino*.

En el ámbito del *Titolo II* (“*Rapporti etico-sociali*”), no encontramos ninguna referencia a la nacionalidad. Los preceptos se formulan de modo impersonal (protección

---

<sup>5</sup> Matteo Losana, ““Stranieri” e principio costituzionale di uguaglianza”, *Rivista AIC*, núm. 1 (2016), pp. 1-2 <http://www.rivistaaic.it/1-2016.html> (a. 01-12-2016)

<sup>6</sup> Énfasis añadido.

del matrimonio o la familia, deberes y derechos de los padres, arts. 29, 30 y 31 CI; libertad artística, científica, libertad de cátedra, art. 33 CI) o bien por referencia a *tutti* (*la scuola è aperta a tutti*, en el art. 34 CI) o al individuo (como sucede en el caso de la salud, en el art. 31 CI).

El *Titolo III* (“*Rapporti economici*”) se refiere en varios de sus preceptos a los trabajadores. El sujeto de los derechos garantizados en estos artículos es así el trabajador (en ocasiones, cualificado por una característica concreta, como el sexo o la minoría de edad). Este es el caso de los derechos a la formación y promoción profesional (art. 35 CI), a un salario que reúna determinadas características (art. 36 CI), la igualdad de condiciones laborales con independencia del sexo (art. 37 CI). El art. 38 CI, por su parte, sí contiene una referencia explícita a la nacionalidad, al establecer el derecho a la asistencia social respecto de *ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere*, aunque después se refiere únicamente a los trabajadores en relación con los derechos de seguridad social. Los arts. 39 CI (en relación con los sindicatos), 40 CI (derecho a la huelga), y 41 a 47 CI (iniciativa económica, propiedad privada, ahorro, y sus funciones y límites) no contienen referencia alguna a la condición de *cittadino*.

Por último, en la mayoría de los artículos del *Titolo IV* (“*Rapporti politici*”), los derechos y deberes parecen vincularse expresamente a la condición de *cittadino*. Así sucede con el sufragio activo (art. 48 CI) y pasivo (art. 51 CI), el derecho de asociación en el ámbito de los partidos políticos (art. 49 CI), el derecho de dirigir peticiones a las Cámaras (art. 50 CI); y con los deberes recogidos en los arts. 52 y 54 CI. Únicamente el art. 53, estableciendo el deber de contribuir al gasto público, prescinde de la referencia a los ciudadanos atribuyendo este deber a “todos” (*tutti*).

A la vista de lo expuesto surgen dos cuestiones. Una, la relativa al valor que debe otorgarse al título de esta parte primera de la CI dedicada a los derechos y deberes, y a su referencia al ciudadano-nacional: “*diritti e doveri dei cittadini*”. La pregunta es si esa referencia permite entender que *todos* los derechos recogidos en la CI se refieren únicamente a este grupo de sujetos. Los autores que sostienen la tesis de la *desconstitucionalización* de los derechos de los extranjeros se han apoyado en el tenor

literal de este título, además de en el propio art. 10, párrafo segundo, para fundamentar ese punto de vista.<sup>7</sup>

La segunda de las cuestiones se refiere al valor interpretativo de la referencia al ciudadano-nacional en cada uno de los preceptos reconocedores de derechos. Los preceptos de la CI que recogen los diferentes derechos y deberes remiten a distintos sujetos. En el ámbito de la doctrina científica italiana, encontramos posturas diversas en cuanto al valor interpretativo de la dicción literal de estos preceptos para la determinación del ámbito subjetivo de los derechos. Históricamente este debate ha caracterizado muchos de los estudios italianos en materia de derechos de los extranjeros.<sup>8</sup>

En cualquier caso, gran parte de la doctrina científica y constitucional italianas coinciden en dudar acerca de la utilidad de la dicción literal de estos preceptos para la determinación del ámbito subjetivo de los derechos contenidos en ellos.<sup>9</sup> Desde esta perspectiva, la posición constitucional de los extranjeros debe determinarse a la luz de una interpretación conjunta de los arts. 2, 3 y 10, párrafo segundo, CI de la que deriva el reconocimiento de determinadas posiciones *iusfundamentales* también a los no nacionales.

---

<sup>7</sup> A. Pace, *La libertà di riunione...* ob. cit. pp. 38-39. En sentido contrario, C. Corsi, *Lo Stato...* ob. cit. p. 105: “*non dobbiamo [...] quindi, farci forviare della intitolazione della parte prima della Costituzione: “diritti e doveri dei cittadini”; si tratta di una formula analoga a quella dello statuto albertino o delle costituzione francesi dell’800, la quale [...] non ha mai inteso limitare il riconoscimento dei diritti in essa affermati ai soli cittadini*”.

<sup>8</sup> F. Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza...* ob. cit. p. 24 y nota 8.

<sup>9</sup> En palabras de E. Grosso: “[N]on esiste una univoca definizione costituzionale [del cittadino]. Non sembra infatti che i costituenti abbiano utilizzato coerentemente il concetto di cittadinanza, per affermare, in tutti i casi in cui abbiano riconosciuto un diritto in capo al cittadino, che la stesa situazione giuridica soggettiva dovesse automaticamente essere negata a colui che non fosse provvisto della cittadinanza italiana. Insomma, dal tenore letterale della Costituzione sembra impossibile desumere una chiara dicotomia tra diritti del uomo e diritti del cittadino, che guidi l’interprete nella comprensione dei termini di riferimento”. E. Grosso, “Straniero... ob. cit. p. 161.

El art. 2 CI es relevante en la mayoría de interpretaciones acerca de la posición *iusfundamental* de los extranjeros en el sistema constitucional italiano. Este precepto establece: “[l]a Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo [...]”.<sup>10</sup>

En relación con ello, algunos autores han considerado que la referencia del art. 2 CI a los derechos inviolables del hombre (*diritti inviolabili dell’uomo*), en conexión con el título dado a la Parte Primera de la CI, que se refiere a los derechos y deberes de los ciudadanos (*diritti e doveri dei cittadini*) permite diferenciar en la CI entre derechos del hombre –que no se encontrarían explícitamente enumerados- y derechos del ciudadano –los establecidos en los arts. 13 a 54 CI. Este punto de vista resulta problemático.<sup>11</sup>

Las doctrinas científica y constitucional italianas han fundamentado en este artículo 2 la afirmación de que los extranjeros son también titulares de determinadas posiciones constitucionales garantizadas por la CI. Se trata de aquellas posiciones constitucionales vinculadas a la garantía de los derechos inviolables del hombre.

El significado y alcance del art. 2 CI han sido objeto en Italia de un prolongado y rico debate doctrinal, ya tratado en el Capítulo II (*vid. supra*).

En relación con el art. 3 CI, como se verá enseguida con mayor profundidad, el precepto juega un importante papel en las distintas reconstrucciones doctrinales y jurisprudenciales que infieren de la CI normas que determinan la posición de los diferentes tipos de extranjeros en relación con el sistema de derechos y libertades italiano.

Este precepto recoge el principio de igualdad en referencia a *tutti i cittadini*. La primera cuestión que surge –al igual que sucedía con respecto de los concretos preceptos que garantizan los derechos y libertades- es la relativa a la relevancia del tenor literal del precepto de cara a su aplicación a no nacionales.

Se trata de una norma que ha resultado central en la doctrina jurisprudencial relativa a la posición constitucional de los extranjeros en la CI. Los principios de

---

<sup>10</sup> Énfasis añadido.

<sup>11</sup> G. Corso pone de manifiesto cómo el intento de determinar cuáles son esos derechos inviolables del hombre lleva a identificarlos con los derechos enumerados en la Parte Primera de la CI. G. Corso, “La disciplina dell’immigrazione... ob. cit. p. 2.

igualdad y de razonabilidad que se deducen de este precepto, leídos en conjunto con las concretas normas que garantizan derechos y libertades y con el art. 2 CI, han permitido deducir una serie de posiciones jurídicas garantizadas también a no nacionales en la CI. Asimismo, se han utilizado esos principios para dirimir supuestos en que se alegaba la ilegitimidad constitucional de normas susceptibles de afectar a derechos y libertades en relación a los extranjeros.

A nuestro entender, las construcciones jurisprudenciales de la *Corte costituzionale* en materia de derechos y libertades de los extranjeros pivotan sobre esta norma. El análisis de la función y significado de los principios de igualdad y razonabilidad en relación con no nacionales es inseparable del análisis de las construcciones doctrinales y jurisprudenciales relativas a la posición constitucional de los extranjeros, que se realizará a lo largo de los siguientes epígrafes, en el marco de los estudios y sistematización de las distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales.

En lo relacionado con el art. 10, párrafo segundo, CI, ya se ha visto que determinadas corrientes doctrinales consideran que este artículo –sobre todo, leído en conjunto con el tenor literal del título de la Parte Primera de la CI y del art. 3 CI- supone la *desconstitucionalización* de los derechos de los extranjeros en el sistema constitucional italiano. También se ha visto cómo este tipo de posturas no han sido acogidas por la jurisprudencia constitucional, y cómo la doctrina científica mayoritaria entiende que no es éste el único precepto relevante a la hora de determinar la posición constitucional de los extranjeros en el sistema constitucional italiano. En el marco de este segundo grupo de posturas, queda la pregunta acerca de cuál es su significado y función.

Para ello es necesario recordar previamente la posición de los acuerdos internacionales en el sistema jurídico italiano, dado que ésta varía en relación con la condición jurídica de los extranjeros. De acuerdo con el art. 10, párrafo primero, CI “[l]’ordinamento giuridico italiano si conforma *alle* norme del diritto internazionale generalmente riconosciute”.<sup>12</sup> De acuerdo con el segundo párrafo de este mismo

---

<sup>12</sup> Énfasis añadido.



precepto, la condición jurídica de extranjero se regula por la ley de conformidad (*in conformità*) con las normas y los tratados internacionales.

El primer párrafo del artículo 10 no se refiere a los tratados internacionales, haciendo referencia únicamente a las normas de Derecho internacional generalmente reconocidas. Así, según las doctrinas científica y jurisprudencial italianas, hasta la modificación constitucional acaecida en 2001 a la que nos referiremos *infra*, la inserción de los acuerdos internacionales en el sistema jurídico italiano dependía en su totalidad de la elaboración de normas legales internas, modificables por otras del mismo rango. Por tanto, dichas normas no constituían parámetro de constitucionalidad.<sup>13</sup> Las normas del CEDH, consideradas “fuentes atípicas”, se encontraban en una situación más ambigua, lo que suscitó diferentes interpretaciones entre la justicia ordinaria.<sup>14</sup>

Pero, diversamente, el segundo párrafo del art. 10 CI se refiere expresamente a los tratados internacionales, lo que atribuiría a este tipo de normas una posición diversa a la general, cuando de regular la condición jurídica de los extranjeros se trata. En este sentido, frecuentemente se atribuye al art. 10, párrafo segundo, CI el significado de “reserva de ley reforzada” (*riserva di legge rinforzata*): la condición jurídica del extranjero debe ser regulada siempre por ley (reserva de ley), y esta ley debe ser conforme a las normas internacionales vinculantes para Italia, tanto a las normas de derecho internacional generalmente reconocidas, como a los tratados internacionales relativos a la condición jurídica de los extranjeros.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Así se expone con claridad, con cita de doctrina jurisprudencial anterior, en la *Sentenza n. 348 del 2007, punto n. 4.2 del Considerato in diritto*.

<sup>14</sup> *Sentenza n. 348 del 2007, punto n. 4.2 del Considerato in diritto*.

<sup>15</sup> Luigi Ciaurro, “I diritti fondamentali dello straniero”, *federalismi.it*, núm. 2/2013, pp. 24-25 <http://federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=11223&dpath=document&dfile=03112008203508.pdf&content=I+diritti+fondamentali+dello+straniero++stato++dottrina+-> (a. 01-12-2016); F. Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza...* ob. cit. p. 23; E. Grosso, “Straniero...” ob. cit. p. 159; M. Luciani, “Cittadini e stranieri...” ob. cit. pp. 232-233; Giustino D’Orazio, *Lo straniero nella costituzione italiana*, Milán: Cedam, 1992, p. 183.

En el año 2001, como avanzábamos, se aprobó una reforma de la CI.<sup>16</sup> Las normas constitucionales introducidas, tal y como fueron interpretadas por la *Corte* en sus *Sentenze n. 348 y n. 349 del 2007*, inciden sobre la posición de los tratados internacionales en el sistema jurídico italiano, clarificando la situación de las normas CEDH en el interior de dicho ordenamiento. A este respecto, y por lo que atañe a la posible influencia de estas modificaciones constitucionales en la jurisprudencia relativa a la posición constitucional de los extranjeros, nos remitimos al análisis contenido *infra*.

En este contexto de falta de certeza de las normas constitucionales, en que la CI no parece proporcionar indicaciones unívocas, el papel de la *Corte costituzionale* italiana resulta muy relevante.<sup>17</sup> Este fenómeno, como ya se ha destacado, no es, en absoluto, exclusivo del contexto italiano.

### **III. La doctrina científica previa a los primeros pronunciamientos de la *Corte costituzionale***

Examinaremos a continuación diversas posiciones de la doctrina científica italiana durante los años previos a las resoluciones que, a finales de los años sesenta, sentaron las bases de la jurisprudencia constitucional italiana en la materia (*Sentenza n. 120 del 1967 y Sentenza n. 104 del 1969*).<sup>18</sup>

El problema se planteó muy tempranamente. Ya en 1949, en el marco de uno de los primeros comentarios a la CI de 1948, elaborado por G. Baschieri, L. Bianchi D'Espinoza y C. Giannattasio, los autores se enfrentan a cuestiones relacionadas con la

---

<sup>16</sup> Nos referimos a la modificación del art. 117 CI por *LEGGE COSTITUZIONALE 18 ottobre 2001, n. 3. Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione (GU n.248 del 24-10-2001)*.

<sup>17</sup> Incide en el papel central de la *Corte Costituzionale* italiana: G. Corso, “La disciplina dell’immigrazione... ob. cit. p. 2.

<sup>18</sup> Pace recoge y sistematiza las principales posiciones doctrinales durante dicho periodo. Alessandro Pace, “Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell’uomo”, *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti* (2010), pp. 3-9.

posición de los extranjeros en el entonces recién creado sistema constitucional italiano.<sup>19</sup>

En esta obra, se afirman los siguientes extremos: 1) el principio de igualdad del art. 3 CI sólo resulta aplicable a los nacionales italianos; 2) el precepto constitucional encargado de regular el régimen de derechos de los extranjeros en el sistema constitucional italiano es el art. 10, párrafo segundo, CI; 3) de dicho precepto derivan límites constitucionales frente al legislador, derivados del derecho internacional.

En cuanto a dichos límites, los autores consideran que del conjunto de las convenciones internacionales (en particular de las relativas a la trata de esclavos) puede deducirse que el derecho internacional fija un mínimo de derechos que la legislación interna está obligada a reconocer a los extranjeros, coincidente con *los derechos derivados inmediatamente de la personalidad*.<sup>20</sup> Señalan que de esas convenciones se deduce un acuerdo en considerar al extranjero sujeto de derecho. Asimismo, se considera que algunos de los preceptos concretos que regulan los derechos y libertades en la CI –aquellos referidos a *tutti* y no a *i cittadini*– suponen el reconocimiento de derechos a los extranjeros, lo que resulta coherente con la perspectiva expuesta.

También Esposito, en 1953, se ocupó de cuestiones relacionadas con la posición constitucional de los extranjeros en la CI, en el marco de un trabajo en que aborda los problemas relativos al principio de igualdad del art. 3 CI.<sup>21</sup> Este autor, desde su particular concepción sobre el principio de igualdad en la CI, afirma que dicho principio no es aplicable a los no nacionales: la CI no proclama que todos los hombres sean iguales frente a la ley, sino que lo son sólo los nacionales (*i cittadini*). Esposito niega que la referencia a los derechos inviolables del art. 2 CI imponga la extensión a todos los hombres de la proclamación de igualdad del art. 3 CI. Todo ello, como consecuencia de su concepción del principio de igualdad –Esposito niega que la proclamación de

---

<sup>19</sup> G. Baschieri, L. Bianchi D’Espinosa, C. Giannattasio, *La Costituzione italiana. Commento analitico*, Florencia: Nocchioli, 1949, pp. 15, 41-43.

<sup>20</sup> Énfasis añadido.

<sup>21</sup> C. Esposito, “Eguaglianza... ob. cit. pp. 23 y ss. Como señala Pace, este trabajo se publicó por primera vez un año antes, en 1953, siendo después recogido en el libro de trabajos sobre la CI que aquí se cita. A. Pace, “Dai diritti del cittadino... ob. cit. p. 4.

igualdad del art. 3 CI se refiera a las libertades y derechos políticos de los ciudadanos-, puesto que la CI no tiene un fundamento *iusnaturalista*, y prestando atención tanto a la dicción literal del art. 3 CI como al art. 10 CI.<sup>22</sup>

Sin embargo, partiendo de la no aplicabilidad a los extranjeros del principio de igualdad del art. 3 CI, Esposito es claro en cuanto a la existencia de derechos de los extranjeros derivados directamente de la constitución. El autor distingue tres tipos de derechos: 1) cuando la constitución garantiza un derecho a *tutti* o lo hace de manera impersonal, se presume que se ha querido reconocer ese derecho también a los extranjeros; 2) respecto de algunos de los derechos referidos a *cittadini* en la CI, el legislador goza de discrecionalidad, puede extenderlos o no a los extranjeros; 3) en algunos casos específicos, como los derechos políticos, el derecho reconocido en la CI a *cittadini* no puede ser reconocido a los extranjeros por el legislador.<sup>23</sup>

P. Barile, durante el mismo año 1953, recoge las dos primeras categorías de la citada clasificación de los derechos y libertades, citando el trabajo previamente publicado por Esposito. Asimismo, niega que el principio de igualdad del art. 3 CI pueda aplicarse a no nacionales, basándose en la dicción literal y los trabajos preparatorios de la constitución, y refiriéndose a la idea de Esposito según la cual, si se reconociera esa igualdad a los extranjeros, la propia categoría dejaría de existir. Niega también que el principio de igualdad pueda aplicarse *entre* extranjeros garantizando la no discriminación dentro de la categoría de no nacionales. El autor se refiere asimismo a

---

<sup>22</sup> Hay que tener en cuenta la concepción de este autor sobre el principio de igualdad y su relación con los derechos y libertades *en general*. El art. 3 CI no trae consigo una posición de igualdad de los propios ciudadanos nacionales en relación con derechos y libertades, según la postura de este autor. Afirma: “*la dichiarazione che tutti i cittadini sono eguali davanti alla legge statuisce la pari sottoposizione formale dei cittadini (di ciascun cittadino) all’ordinamento giuridico, ma non garantisce ad ogni cittadino un pari status di positiva o negativa libertà. Solo le regole sui singoli diritti politici e di libertà sparse nella Costituzione stabiliscono fino dove e in quali limiti ve ne sia parti titolarità nei singoli cittadini, e fino a qual punto i cittadini che ne godono, ne abbiano un eguale godimento*”. C. Esposito, “Eguaglianza... ob. cit., p. 37.

<sup>23</sup> C. Esposito, “Eguaglianza... ob. cit. p. 24 nota 19.

la función del art. 10, párrafo segundo, CI, del que considera que derivan límites a la discrecionalidad del legislador basados en el derecho internacional.<sup>24</sup>

Barile, partiendo de la diferenciación señalada entre derechos reconocidos a *tutti* o impersonalmente, y derechos referidos a *cittadini*, se refiere pormenorizadamente a una serie de derechos y libertades concretas, realizando consideraciones que resultan interesantes. Así, las relativas a las libertades de asociación, reunión y sindicación, en que el autor remite a la doctrina sentada por Esposito, y acerca de la participación de los extranjeros en partidos políticos italianos.<sup>25</sup> También resultan relevantes las consideraciones relativas al derecho al trabajo y a los derechos de los trabajadores. Aunque el derecho-deber al trabajo se proclama respecto de los nacionales (*cittadini*) en el art. 4 CI, este autor considera que se deben extender a los extranjeros los derechos laborales de los arts. 35 a 38 y 40 CI, en base entre otras razones a la referencia del art. 35 CI a los acuerdos y organizaciones internacionales dirigidas a la regulación y garantía de los derechos laborales.<sup>26</sup>

Por otra parte, en 1967, en vísperas de la *Sentenza n. 120 del 1967*, primera de las que sientan las bases de la jurisprudencia constitucional en la materia, C. Mortati se refería a la cuestión de la posición jurídica del extranjero negando que la literalidad de los preceptos constitucionales (la referencia a *tutti*, el reconocimiento impersonal, o la remisión a los *cittadini*) determinara la titularidad de los derechos y libertades reconocidos. En su opinión, es necesario acudir al art. 10, párrafo segundo, CI, de acuerdo con el cual el legislador debe regular la condición jurídica del extranjero de conformidad con las normas y tratados internacionales. Mortati destacaba que según la “opinión dominante”, no existía en ese momento un consenso a nivel internacional que exigiese una total equiparación jurídica de nacionales y extranjeros, pero sí un consenso en la necesidad de asegurar también a los no nacionales el disfrute de un mínimo de derechos, “*il conferimento di un minimo di pretese azionabili, attinenti non esclusivamente alla soggettività e capacità ma anche allo svolgimento della capacità*

---

<sup>24</sup> Paolo Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padua: Cedam, 1953, pp. 51-62.

<sup>25</sup> *Ibidem* pp. 52-54.

<sup>26</sup> *Ibidem* pp. 55.

*stessa entro una sfera al di sotto della quale verrebbe compromessa la stessa dignità della persona*".<sup>27</sup>

Basándose en lo anterior, Mortati distingue tres grupos de derechos en función de la posición del extranjero: 1) derechos que por su propia naturaleza son inherentes a la condición de nacional (*cittadino*) y de los que el extranjero se encuentra excluido; 2) derechos que necesariamente se deben reconocer también a los extranjeros en condiciones de paridad con los ciudadanos, que son aquellos "*che riguardano la tutela delle esigenze essenziali alla condizione umana*"; 3) derechos respecto de los cuales el legislador goza de discrecionalidad, siempre que respete las limitaciones necesarias para la tutela de la seguridad o la moral.<sup>28</sup>

Esta tripartición recogida por Mortati, y ya apuntada por autores anteriores, recuerda a la división tripartita de los derechos fundamentales posteriormente adoptada por el Tribunal Constitucional español.

La clasificación tripartita no fue acogida, al menos en tales términos y tan expresamente, por la *Corte Costituzionale*. Sin embargo, resulta interesante resaltar, a la vista de posterior jurisprudencia constitucional una de las afirmaciones apuntadas por Mortati en este texto, en relación con el funcionamiento del principio de igualdad: en nota al pie, el autor asegura que este principio, si bien no es de aplicación general en relación a los extranjeros, sí lo es cuando se ven afectados "*certi diritti più essenziali*".<sup>29</sup>

Con respecto a la clasificación recogida por Mortati, teniendo en cuenta las similitudes con la referida postura del Tribunal Constitucional español, nos interesa resaltar algunas cuestiones. Tras exponer la clasificación, el autor realiza algunas matizaciones: la tripartición exige precisiones. Existen derechos con un contenido heterogéneo, de manera que su colocación en una u otra categoría puede resultar problemática. En atención a ello, según Mortati, dicha colocación debe obedecer al objeto a que se dirige cada derecho.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> C. Mortati, *Istituzioni...* ob. cit. pp. 913-917. Énfasis añadido.

<sup>28</sup> *Ibidem* p. 914.

<sup>29</sup> *Ibidem* p. 914, nota 1.

<sup>30</sup> *Ibidem* p. 915.

Como ejemplo de lo anterior, el autor cita el derecho de circulación y residencia. Éste, una vez autorizada la entrada y residencia, correspondería al extranjero por ser necesario para el desarrollo de la persona, pero puede requerir restricciones más incisivas que las posibles cuando sus titulares son nacionales. Asimismo, el derecho de asociación, entrando en principio en la categoría de derechos respecto de los que goza de discrecionalidad el legislador, impone determinados límites. Por un lado, su reconocimiento no puede traer consigo la posibilidad de que los extranjeros formen asociaciones políticas. Por otro, existen determinados casos en que no puede denegarse (por ejemplo, determinadas asociaciones de carácter laboral).<sup>31</sup>

La clasificación tripartita introducida en estos primeros trabajos ha sido recogida en obras ulteriores, elaboradas con posterioridad a las primeras sentencias de la *Corte* en la materia y contemporáneas a la doctrina jurisprudencial que ha ido evolucionando a partir de dichas resoluciones sin referirse a esta división de los derechos. Así, G. D'Orazio, en 1992, afirmaba que la constitución puede, desde el punto de vista sustancial: a) reconocer determinadas situaciones jurídicas subjetivas (también o únicamente) al extranjero, de modo expreso o implícito; b) extender al extranjero determinadas situaciones con base en su carácter general, lo que no impide una posible o puntual diversidad de tratamiento racional o justificada; c) dar fundamento a la legítima exclusión o no extensión de situaciones reconocidas sólo al nacional. El autor señala la dificultad de determinar cuáles son las situaciones jurídicas subjetivas concretas, de entre las reconocidas al nacional por la constitución, que se extienden o pueden extenderse al no nacional.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> C. Mortati, *Istituzioni...* ob. cit. p. 914.

<sup>32</sup> G. D'Orazio, *Lo straniero...* ob. cit. pp. 114 ss..

#### **IV. Bases de la jurisprudencia constitucional relativa a la posición de los no nacionales en la CI**

Las *Sentenze n. 120 del 1967* y *n. 104 del 1969* de la *Corte costituzionale* italiana sientan las bases de la jurisprudencia constitucional italiana relativa a la posición de los no nacionales en la CI. La primera, vinculando el principio de igualdad *de los ciudadanos* recogido en el art. 3 CI, el art. 2 CI, y la referencia del art. 10, párrafo segundo, CI a las normas internacionales, extrae la prohibición de diferencias no razonables en el tratamiento de extranjeros y nacionales en lo relativo al ejercicio de derechos fundamentales (esta resolución habla expresamente de *diritti fondamentali* de los extranjeros). La segunda Sentencia precisa la anterior. Se refiere a los derechos del extranjero como *diritti inviolabili* (derechos inviolables), estableciendo expresamente que los derechos inviolables de la persona reconocidos al extranjero componen un *minus* respecto de la totalidad de derechos de libertad reconocidos al nacional.

Desde su primera jurisprudencia en la materia, la *Corte Costituzionale* hace referencia a la existencia en la CI de un conjunto *especial* o *reducido* de derechos constitucionales de los que también son titulares los no nacionales, diferenciándolo de un grupo más amplio de derechos constitucionales que corresponden sólo a los ciudadanos nacionales. La *Corte* no suministra criterios generales que permitan individuar el *corpus* de derechos de los extranjeros, sino que se limita a definirlo como un *minus* respecto a los derechos ligados al status de nacional. Se admiten diferencias entre nacionales y extranjeros en el ejercicio de tales derechos, siempre que sean razonables.

En las resoluciones citadas, la *Corte costituzionale* diseña un esquema aparentemente claro. Las doctrinas científica y jurisprudencial italianas –posteriores a estas sentencias- recogen afirmaciones contenidas en ellas: frecuentemente la referencia se plantea como punto de partida desde el que examinar cualquier supuesto relacionado con la posición jurídica de personas no nacionales.

La *Sentenza n. 120 del 1967*, enjuició la constitucionalidad de la norma de acuerdo con la cual la prestación de depósito o fianza para evadir la detención cautelar en determinadas infracciones aduaneras se exigía sólo a los extranjeros, y no a los



nacionales. Entre los preceptos cuya vulneración se alegaba se encontraba el art. 3 CI. La *Avvocatura generale dello Stato* negó que tal precepto pudiera ser invocado en el caso, puesto que el principio de igualdad de la CI concernía únicamente a los nacionales. En el caso de que se considerase aplicable el precepto, la *Avvocatura* sostuvo que la norma impugnada no conllevaba su violación, puesto que nacionales y extranjeros se encontrarían en una posición diferente, habilitadora de la diversa regulación.

De manera que una de las cuestiones principales que la *Corte* debía resolver era la relativa a la aplicabilidad o no a extranjeros del art. 3 CI. Basándose en la literalidad del precepto, negó que éste fuera directamente aplicable en sus propios términos. Sin embargo, afirmó su aplicabilidad *únicamente cuando se vean afectados derechos fundamentales*, lo que apoyó en una lectura conjunta de los arts. 2, 3 y 10, párrafo segundo, CI.

El condicionamiento de la libertad provisional a la prestación de depósito o fianza, continuaba la *Corte*, no resulta por sí mismo inconstitucional. Se trata de una medida que puede ser adoptada en relación con nacionales o extranjeros cuando así lo prevén las normas siempre que se respeten una serie de requisitos, que se dan en el supuesto examinado. Resaltó la *Corte* que en el procedimiento previsto deben aplicarse normas que garantizan la tutela judicial y los derechos del imputado. Así, concluyó, la disposición enjuiciada “*non viola un diritto fondamentale dell’uomo assicurato dall’art. 2 della Costituzione e dalle norme di diritto internazionale, richiamate dall’art. 10, secondo comma*”. Y como consecuencia de ello “*non sussiste violazione del principio di eguaglianza*”.<sup>33</sup>

A la vista de la resolución, la conformidad de la norma impugnada con el principio de igualdad recae en dos fundamentaciones diferentes. Por un lado, la norma no viola el principio de igualdad porque la medida no viola ningún *diritto fondamentale dell’uomo*. Por otro, existe una justificación razonable para la diferenciación.

Queremos llamar la atención sobre dos extremos. En primer lugar, sobre la afirmación de que la norma no viola ningún *diritto fondamentale dell’uomo* se

---

<sup>33</sup> *Sentenza n. 120 del 1967, punto n. 2 del Considerato in diritto.*

fundamenta en el respeto de las garantías del imputado y el hecho de que éste no queda privado de tutela frente a una duración ilimitada de la condena. Hay pues un control que recae sobre la garantía de ciertos contenidos mínimos relacionados con los derechos a la defensa, a la tutela judicial efectiva y a la libertad personal. En segundo lugar, hay que remarcar que la *Corte* remite a normas internacionales a la hora de determinar si ha habido violación de alguno de los derechos fundamentales del hombre (*diritti fondamentali dell'uomo*), así como en relación con la aplicabilidad del principio de igualdad de los extranjeros.

A continuación la *Corte* afrontó la diversa situación de extranjero y nacional en relación con la cuestión examinada, y en la que fundó la razonabilidad de la distinción normativa y la legitimidad del trato diferenciado, cuestión sobre la que ahondaremos *infra*.

La *Sentenza n. 104 del 1969* analiza la impugnación de una norma que agravaba, cuando los alojados fueran extranjeros, las sanciones penales frente al incumplimiento de la obligación de comunicar a la autoridad de seguridad pública el hecho de estar proporcionando alojamiento basado en determinados títulos. Además, penalizaba la falta de comunicación del alojamiento u hospedaje de extranjeros basado en cualquier título, con independencia de la relación que se tuviese con las personas alojadas y la razón del alojamiento, así como la contratación de extranjeros (supuestos no penalizados cuando se trataba de nacionales).

Se alegaba, entre otros extremos de carácter formal, la vulneración de los arts. 2, 3, 10 y 14, párrafo primero, CI.

En lo tocante a las alegaciones atinentes al principio de igualdad, según queda fijado en la Sentencia, éstas se fundan en que la norma distingue irrazonablemente entre dos situaciones equivalentes: la de la persona que acoge a un nacional y la de la persona que acoge a un extranjero. La *Corte* remite a su *Sentenza n. 120 del 1967*. A continuación, precisa el ámbito de derechos respecto de los cuáles se proclama la igualdad, refiriéndose a “*diritti inviolabili della personalità, che rappresentano un minus rispetto alla somma dei diritti di libertà riconosciuti al cittadino*”.<sup>34</sup> La titularidad

---

<sup>34</sup> *Sentenza n. 104 del 1969, punto n. 4 del Considerando in diritto.*

de dichos derechos atribuida también a los extranjeros abocaría necesariamente a una posición de igualdad.

Sin embargo, continúa la *Corte*, esa posición de igualdad no implica la ausencia de diferenciaciones normativas. El legislador puede apreciar la existencia de “diferencias de hecho” (*differenze di fatto*) entre sujetos iguales. Ello, dice la *Corte*, no tiene más límite que el de la racionalidad. A nuestro entender, estas afirmaciones de la *Corte* no suponen que niegue la existencia de otros límites frente a la actividad normativa del legislador, cuestión que se encuentra implícita en todo el razonamiento anterior (más aún cuando son realizadas en un plano general, sin referirse específicamente a las diferencias entre nacionales y extranjeros).

Partiendo de la posibilidad de que el legislador aprecie diferencias de hecho entre sujetos iguales también cuando sus regulaciones puedan afectar a derechos fundamentales, la *Corte* considera que entre nacionales y extranjeros pueden apreciarse diferencias de hecho que justifiquen un tratamiento diferente en lo relativo al ejercicio de los derechos de los que ambos son titulares. En este punto, la *Corte* se refiere a estas posibles diferencias de hecho a las que se conectan valoraciones jurídicas, desgranando algunas de ellas. En atención a lo anterior, afirma: “*ogni indagine diretta ad accertare ove [lo straniero] si trovi nel territorio dello Stato [...] è legittima, perché fondata sulla necessità razionale di poter raggiungere lo straniero ovunque si trovi*”.<sup>35</sup>

En este razonamiento de la *Corte*, resulta llamativo lo siguiente: se parte de la afirmación de la vigencia del principio de igualdad también en relación con los extranjeros *en el ámbito de los derechos inviolables*.<sup>36</sup> Sin embargo, a continuación, la *Corte* no se refiere a ningún derecho de este tipo a la hora de analizar la conformidad de la norma impugnada con el principio de igualdad, sino que realiza un juicio de razonabilidad de la diferencia, sin conectar ésta con ningún derecho de la CI en concreto.

Sí se refiere la *Corte* a derechos recogidos en el CEDH (arts. 8, 14 y 16, congruentemente con las alegaciones de algunas de las *ordinanze di remissione*),

---

<sup>35</sup> *Sentenza n. 104 del 1969, punto n. 4 del Considerando in diritto.*

<sup>36</sup> Énfasis añadido.

aunque su posición al respecto, como veremos *infra* con más detalle, resulta un tanto ambigua. Así, niega que dichas normas puedan constituirse en parámetro de constitucionalidad. Sin embargo, continúa “*anche se le citate norme [...] avessero quella forza di resistenza [...] la soluzione del caso non cambierebbe [...]*”. Ello puesto que, también en ese caso, las diferencias de hecho entre nacionales y extranjeros justificarían el trato distinto. La *Corte* remite expresamente a las posibilidades de limitación del derecho previstas en el art. 8 CEDH.

## **V. La jurisprudencia de la *Corte costituzionale***

Expondremos a lo largo de este epígrafe nuestro análisis de la jurisprudencia de la *Corte costituzionale*, con objeto de identificar los principales criterios utilizados por este órgano en la resolución de supuestos relacionados con la posición de los no nacionales.

Se han expuesto las líneas principales introducidas en las *Sentenze n. 120 del 1967 y n. 104 del 1969*, resoluciones que las doctrinas científica y jurisprudencial consideran básicas y fundacionales en el tema que nos ocupa. A lo largo de los siguientes epígrafes, realizaremos una sistematización de la doctrina constitucional dictada en la materia a partir de las sentencias básicas citadas.

La *Corte costituzionale* ha afirmado con claridad la titularidad de algunos derechos y libertades constitucionales también por extranjeros. En algunos casos, esta afirmación se realiza de modo explícito, mientras en otras ocasiones tal titularidad se deduce de la argumentación contenida en la resolución. En el primer epígrafe de este apartado, enumeraremos algunos de los derechos y libertades que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la CI reconoce también a los extranjeros, al margen de su situación administrativa.

Si el primero de los epígrafes se centrará en los derechos y libertades que, sin duda, caracterizan la posición constitucional de *todo* extranjero en Italia, los dos siguientes lo harán en zonas algo más ambiguas y se refieren a supuestos concretos.

El segundo epígrafe analizará las referencias jurisprudenciales a la potestad estatal sobre entrada, permanencia y expulsión de extranjeros del territorio nacional.

Dicha potestad estatal funciona como justificación de medidas cuyo rasgo común es su relación con la regulación de flujos migratorios o el control de fronteras. A su vez, estas medidas deben respetar los derechos y libertades constitucionales de las que los extranjeros también son titulares. Se trata de un ámbito en el que la *Corte* reconoce al legislador un amplio margen de discrecionalidad. Por ello es especialmente interesante el análisis del funcionamiento de los derechos y libertades constitucionales en el marco de normas o medidas relacionadas con la potestad estatal sobre entrada y permanencia.

En el tercer epígrafe nos referiremos a la corriente jurisprudencial que ha declarado inconstitucionales determinadas regulaciones en materia de seguridad y asistencia social por vulnerar el principio de igualdad, en relación con diferentes derechos constitucionales, al excluir a determinados extranjeros -residentes regulares- del disfrute y acceso a determinados servicios y prestaciones. Lo característico de esta jurisprudencia está en que reconoce posiciones constitucionales específicamente a extranjeros que se encuentran en situación de regularidad administrativa.

Podemos adelantar, antes de comenzar con la exposición de la doctrina constitucional, que la evolución de la jurisprudencia de la *Corte* permite aventurar la hipótesis de un proceso de diferenciación de la posición constitucional de los extranjeros en Italia.

Antes de entrar en el análisis de la jurisprudencia, deberemos hacer referencia a dos acontecimientos legislativos que han tenido influencia en las orientaciones jurisprudenciales de la *Corte*, así como en su evolución.

En primer lugar, la entrada en vigor, en 1998, del denominado *Testo Unico* (TUI).<sup>37</sup> Hay autores que dividen la jurisprudencia constitucional en materia de derechos y libertades de los extranjeros en dos etapas, la segunda de las cuáles comienza a partir de la aprobación del citado TUI.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> *DECRETO LEGISLATIVO 25 luglio 1998, n. 286. Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero. (GU n.191 del 18-8-1998 - Suppl. Ordinario n. 139).*

<sup>38</sup> Roberto Cherchi individua estas dos etapas en la jurisprudencia constitucional (seguimos en todo este epígrafe la esquematización de la jurisprudencia constitucional realizada por dicho autor) R. Cherchi, *Lo straniero e la costituzione...* ob. cit. pp. 15-37. Aunque no hacen referencia explícita a la

La aprobación del TUI supone, en cierta medida, la plasmación en una norma legal de la doctrina científica y jurisprudencial que liga los derechos de los extranjeros en Italia a los arts. 2 y 10, párrafo segundo CI. En materia de derechos, esta norma se articula sobre la diferencia entre extranjero en situación regular y extranjero en situación irregular.<sup>39</sup> Esta diferenciación normativa habría influido en la jurisprudencia de la *Corte*, que hace suya la distinción al pronunciarse sobre la situación de los extranjeros con respecto a determinadas posiciones jurídicas (especialmente en materia de derechos sociales).<sup>40</sup>

Por otra parte, en el año 2001 se modificó parte del Título V de la CI.<sup>41</sup> En lo que ahora nos interesa, el art. 117 CI, introduciéndose en su párrafo primero la obligación del legislador de respetar los vínculos derivados del ordenamiento comunitario y las obligaciones internacionales. Este precepto, tal y como es interpretado en las *Sentenze n. 348 y n. 349 del 2007*, reduce la ambigüedad en el ordenamiento jurídico italiano acerca de la posición de las normas CEDH tal y como son interpretadas

---

existencia de dos etapas en la jurisprudencia, otros autores italianos asumen en cierta medida esta idea al resaltar la importancia de la jurisprudencia constitucional en la materia dictada a partir de la aprobación del *Testo Unico*. Silvia Silverio, “Sullo straniero come “persona”: i *dicta* della *Corte Costituzionale*”, *Rassegna parlamentare*, vol. 57, núm. 2 (2015) *passim*; G. Corso, “La disciplina dell’immigrazione... ob. cit. *passim*. esp. p. 4.

<sup>39</sup> De acuerdo con el art. 2, párrafo primero, del TUI, “[a]llo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti”. Tras este reconocimiento de los “derechos fundamentales de la persona humana” a todo extranjero, el art. 2 TUI atribuye al extranjero *regolarmente soggiornante*: los derechos civiles atribuidos al italiano, salvo posibles excepciones; garantiza a los trabajadores extranjeros residentes regulares y a sus familias, remitiendo expresamente a las convenciones OIT n. 143 de 1975 y n. 158 del 1981, la igualdad de tratamiento y derechos con los trabajadores italianos; establece que el extranjero residente regular participa en la vida pública local.

<sup>40</sup> Cherchi pone de manifiesto cómo, en su opinión, estas elecciones políticas habrían influido, en el caso italiano, sobre las técnicas argumentativas de la *Corte*. R. Cherchi, *Lo straniero e la costituzione...* ob. cit. pp. 22-23.

<sup>41</sup> *LEGGE COSTITUZIONALE 18 ottobre 2001, n. 3. Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione (GU n.248 del 24-10-2001)*.

por el TEDH. Dichas normas –y otros tratados internacionales- adquieren la condición de parámetro de constitucionalidad intermedio, de manera que su eventual vulneración puede suscitar el enjuiciamiento por la *Corte costituzionale*.<sup>42</sup> Teniendo siempre en cuenta que dichas normas intermedias deben a su vez ser conformes a la constitución, de modo que el control debe inspirarse en un “*ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall’art. 117, primo comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione*”.<sup>43</sup>

La *Corte*, en su *Sentenza n. 349 del 2007*, recopilando la jurisprudencia constitucional en relación a las normas constitucionales que hacen referencia a normas o tratados internacionales anterior a la modificación del 2001, afirma que el art. 10, párrafo segundo, CI no permitía considerar el CEDH como parámetro de enjuiciamiento de las normas sobre la condición jurídica de los extranjeros, puesto que dicho precepto se refiere a tratados en dicha materia.<sup>44</sup> Por otra parte, la *Corte* considera que de la doctrina jurisprudencial precedente puede deducirse: “*un riconoscimento di principio della peculiare rilevanza delle norme della Convenzione, in considerazione del contenuto della medesima, tradottasi nell’intento di garantire, soprattutto mediante lo strumento interpretativo, la tendenziale coincidenza ed integrazione delle garanzie*

---

<sup>42</sup> De acuerdo con la *Sentenza n. 348 del 2007, punto n. 4.5 del Considerato in diritto*: “[L]a struttura [dell’art. 117, primo comma, Cost.] si presenta simile a quella di altre norme costituzionali, che sviluppano la loro concreta operatività solo se poste in stretto collegamento con altre norme, di rango subcostituzionale, destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere. Le norme necessarie a tale scopo sono di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria. A prescindere dall’utilizzazione, per indicare tale tipo di norme, dell’espressione “fonti interposte”, ricorrente in dottrina ed in una nutrita serie di pronunce di questa Corte [...] ma di cui viene talvolta contestata l’idoneità a designare una categoria unitaria, si deve riconoscere che il parametro costituito dall’art. 117, primo comma, Cost. diventa concretamente operativo solo se vengono determinate quali siano gli “obblighi internazionali” che vincolano la potestà legislativa [...]”.

<sup>43</sup> *Sentenza n. 248 del 2007, punto n. 4.7 del Considerato in diritto*.

<sup>44</sup> *Sentenza n. 349 del 2007, punto n. 6.1 del Considerato in diritto*.

*stabilite dalla CEDU e dalla Costituzione*".<sup>45</sup> Esta situación, ambigua, se ha visto modificada tras la nueva redacción del art. 117, párrafo primero, CI y las *Sentenze n. 348 y n. 349 del 2007*.

La reserva de ley "reforzada y selectiva" del art. 10, párrafo 2, CI, que como se ha visto impone el respeto de la normativa internacional, resulta fortalecida por la vigente formulación del art. 117, párrafo 1, CI, que resulta muy relevante para la determinación de la posición constitucional del extranjero en Italia.<sup>46</sup>

En este sentido, el análisis de las resoluciones constitucionales emanadas tras dicha modificación -especialmente tras la emisión de las sentencias del 2007- permite apreciar cómo el debate se ha centrado, cada vez en mayor medida, en la legitimidad de las normativas desde el punto de vista de diferentes artículos de la CEDH tal y como han sido interpretados por el TEDH.

Ello es muy evidente en el grupo de sentencias dictadas en el contexto de la denegación a determinados extranjeros en situación regular del acceso a prestaciones de asistencia o seguridad social, que analizaremos más adelante (*vid. infra*). En varios de estos casos, se declara la inconstitucionalidad de una norma por contravenir el art. 117, párrafo primero, CI en conexión con un artículo CEDH (así, en las *Sentenze n. 187 del 2010 y n. 202 del 2013*). En la *Sentenza n. 306 del 2008*, el juez proponente alegó la vulneración del art. 117, párrafo primero, CI en conexión con las Convenciones de la OIT n. 97 del 149 y n. 143 del 1975, que garantizan a los trabajadores migrantes igualdad de condiciones en materia de seguridad social y, por tanto, de disfrute de prestaciones de seguridad y asistencia social.<sup>47</sup> Esta evolución no sólo ha tenido lugar en el ámbito de la asistencia y seguridad social de extranjeros en situación regular. En la

---

<sup>45</sup> *Sentenza n. 349 del 2007, punto n. 6.1.2 del Considerato in diritto*. Énfasis añadido.

<sup>46</sup> Paolo Stancati, "Lo statuto costituzionale del non cittadino: le libertà civili", en Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV Convegno annuale Cagliari, 16-17 ottobre 2009*, Napoli: Jovene Editore, 2009, pp. 6-8 <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic200910/index.html> (a. 01-12-2016); F. Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza...* ob. cit. p. 23.

<sup>47</sup> *C097- Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97)*, cit.; y *C143- Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143)*, cit.



*Sentenza n. 245 del 2001*, sobre la libertad de los extranjeros irregulares para contraer matrimonio, la *Corte* declara vulnerado el art. 117, párrafo primero, CI, en relación con el art. 12 CEDH tal y como ha sido interpretado por el TEDH.

Expuestas algunas modificaciones legislativas que han influenciado la evolución de la jurisprudencia constitucional italiana en materia de derechos y libertades de los extranjeros, procederemos a la sistematización de la doctrina constitucional dictada en la materia.

## **1. Posiciones constitucionales que la CI garantiza a todos los extranjeros**

### **A. Derecho a la vida**

La titularidad por los extranjeros de posiciones jurídicas relativas al derecho a la vida se afirma en relación con la prohibición de la pena de muerte del art. 27 CI. En la *Sentenza n. 54 del 1979*, la *Corte* declara inconstitucional la norma que permitía la extradición a Francia de personas imputadas por delitos sancionados con pena de muerte.

En ella se afirma: “[i]l testuale riferimento dell’art. 3, primo comma, ai soli cittadini non esclude, in effetti, che l’eguaglianza davanti alla legge sia garantita agli stessi stranieri, là dove si tratti di assicurare la tutela dei diritti inviolabili dell’uomo [...] e tale è appunto il diritto alla vita, specificamente protetto –in sede penale– dall’art. 27, quarto comma”.<sup>48</sup>

### **B. Protección de la salud**

La *Sentenza n. 103 del 1977*, que se pronuncia en relación a la salud como derecho fundamental, contiene una referencia tangencial al extranjero, de la que no pueden extraerse conclusiones en lo relativo a la titularidad de los derechos del art. 32 CI por los extranjeros.

---

<sup>48</sup> *Sentenza n. 54 del 1979, punto n. 6 del Considerato in diritto.*

La *Sentenza n. 252 del 2001* resulta muy interesante. En ella, la *Corte* afirma que la CI garantiza el *nucleo irriducibile* del derecho a la salud también para los extranjeros, con independencia de su situación administrativa.

La *Corte* parte de que el derecho a los tratamientos sanitarios necesarios para la tutela de la salud se encuentra constitucionalmente condicionado por la exigencia de ponderación con otros intereses protegidos por la CI. Sin embargo, debe garantizarse un *nucleo irriducibile* del derecho a la salud protegido por la Constitución como *ambito inviolabile della dignità umana*, que impide la existencia de situaciones carentes de tutela (*Sentenze n. 267 del 1998, n. 309 del 1999, n. 509 del 2000*).<sup>49</sup> Destaca la referencia en esta sentencia a la dignidad humana concebida como un ámbito inviolable. En algún punto de esta resolución, la *Corte* parece proporcionar alguna pista en cuanto a contenidos que necesariamente integran ese “núcleo irreducible”.<sup>50</sup>

No se exige igualdad en la regulación del ejercicio del derecho. La *Corte* admite la posibilidad de que este derecho, siempre que se garantice el contenido mínimo, se regule de forma diversa en función de la nacionalidad o la situación migratoria del sujeto.

Se trata de una sentencia interpretativa de rechazo en la que la *Corte* debía decidir sobre la legitimidad constitucional de las normas sobre expulsión de extranjeros desde el punto de vista de su adecuación al derecho a la salud del art. 32 CI: aquéllas no prohibían en todo caso la expulsión cuando el extranjero en situación irregular permaneciese en territorio nacional con el único objetivo de terminar un tratamiento terapéutico esencial, lo que el juez recurrente consideraba contrario al derecho a la salud.

---

<sup>49</sup> *Sentenza n. 252 del 2001, punto n. 2 del Considerato in diritto.*

<sup>50</sup> *Ibidem punto n. 4 del Considerato in diritto: “[L]a legge prevede quindi un sistema articolato di assistenza sanitaria per gli stranieri, nel quale viene in ogni caso assicurato a tutti, quindi anche a coloro che si trovano senza titolo legittimo sul territorio dello Stato, il “nucleo irriducibile” del diritto alla salute garantito dall’art. 32 Cost.; stante la lettera e la ratio delle disposizioni sopra riportate, a tali soggetti sono dunque erogati non solo gli interventi di assoluta urgenza e quelli indicate dall’art. 35, comma 3, secondo periodo, ma tutte le cure necessarie, siano esse ambulatoriali o ospedaliere, comunque essenziali, anche continuative, per malattia e infortunio”.*

La *Corte* considera la cuestión no fundada, considerando que la valoración del estado de salud del sujeto y del carácter impostergable y urgente de los cuidados médicos debe ser efectuada caso por caso, por el juez ordinario, sin ser exigible desde el punto de vista del art. 32 CI que la ley prohíba la expulsión en todo caso. Sin embargo, deja claro que cuando en un procedimiento de expulsión se aleguen razones de salud, deben valorarse las circunstancias concretas. Si resultan fundadas las razones de salud alegadas por el sujeto, no puede decretarse la expulsión. Resulta constitucionalmente ilegítima la expulsión de una persona que podría sufrir como consecuencia de la ejecución inmediata del procedimiento un perjuicio irreparable de su derecho a la salud (se entiende, al contenido mínimo del derecho salud que es un derecho inviolable del hombre que corresponde también a los extranjeros).

Existe toda una serie de sentencias posteriores en las que la *Corte* se pronuncia en relación con el derecho a la salud y los extranjeros, determinando que algunas regulaciones que impedían el acceso de determinados extranjeros en situación regular a prestaciones de asistencia o seguridad social eran susceptibles de afectar a este derecho, aparentemente no ya a ese núcleo irreducible, sino a un contenido más extenso (*Sentenze n. 432 del 2005, n. 306 del 2008, n. 187 del 2010, n. 40 del 2013 y n. 22 del 2015*). Estas resoluciones se refieren a posiciones constitucionales que se reconocen a extranjeros en situación regular y con una residencia no episódica en Italia. Puesto que más abajo nos referimos con detalle a este grupo de sentencias, nos remitimos a dicho epígrafe (*vid. infra*).

### **C. Derecho de defensa. Libertad personal**

La jurisprudencia constitucional italiana permite deducir que los extranjeros son titulares del derecho a la defensa del art. 14 CI y de las garantías de la libertad personal del art. 13 CI.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> En relación con la jurisprudencia constitucional italiana a este respecto, tratando también la cuestión de las garantías penales y analizando diversos problemas de efectividad de la protección práctica de estos derechos en supuestos relacionados con el alejamiento forzoso de extranjeros, Andrea Pugiotto, “*Purché se ne vadano*” La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero”, en Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2009. Lo statuto costituzionale*

Con mucha frecuencia, la *Corte* aborda los supuestos en que puede verse afectado el art. 14 CI en relación con los extranjeros, dando por supuesta la titularidad de este derecho por parte de dicho colectivo y sin detenerse en la cuestión. Es decir, se procede al análisis de si una regulación concreta incide sobre un determinado contenido protegido por el art. 14 CI, obviando la cuestión de si los extranjeros se encuentran protegidos por los derechos derivados de este precepto. Así, en la *Sentenza n. 50 del 1972*, la *Corte*, remitiendo a los principios enunciados en las *Sentenze n. 86 del 1968* y *n. 148 del 1969*, no cuestiona que los extranjeros sean titulares del derecho a la defensa del art. 24 CI, sin profundizar en ello. Lo mismo sucede en el caso de la *Sentenza n. 109 del 1974*; y en las posteriores *Sentenze n. 161 del 2000*, *n. 227 del 2000*, *n. 222 del 2004*, *n. 257 del 2004*.

La *Sentenza n. 492 del 1991*, por su parte, afirma con rotundidad la titularidad del derecho de defensa por los extranjeros, al menos de aquellos imputados penalmente en Italia, que parece hacerse descender de su condición de “inviolable”: “[n]on vi è dubbio che l’art. 24, secondo comma, della Costituzione garantisca la difesa, quale diritto inviolabile, anche allo straniero che sia imputato per fatti commessi in Italia”.<sup>52</sup> Asimismo, en la *Sentenza n. 10 del 1993*, se afirma el reconocimiento constitucional “a favore di ogni uomo (cittadino o straniero) del diritto inviolabile alla difesa”.

También en la *Sentenza n. 198 del 2000* se afirma la titularidad del derecho de defensa por los extranjeros con independencia de su situación administrativa, si bien esta titularidad se hace descansar aparentemente más en la legalidad ordinaria e internacional que directamente en la CI.

En cuanto al art. 13 CI, de la *Sentenza n. 215 del 1983* puede deducirse que los extranjeros son titulares del derecho de libertad personal, al afirmarse en ella que la irracionalidad de la medida resultaba más grave y menos tolerable por su incidencia en dicho derecho. La *Sentenza n. 62 del 1994* incluye la libertad personal entre los derechos inviolables del hombre, que corresponden a nacionales y extranjeros. También

---

del non cittadino. *Atti del XXIV Convegno annuale Cagliari, 16-17 ottobre 2009*, Napoli: Jovene Editore, 2009 *passim* <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic200910/index.html> (a. 01-12-2016).

<sup>52</sup> *Sentenza n. 492 del 1991, punto n. 2 del Considerato in diritto.*

lo hace la *Sentenza n. 58 del 1995*.<sup>53</sup> En la *Sentenza n. 105 del 2001*, la *Corte* afirmó con contundencia que las garantías del art. 13 CI no se encuentran atenuadas por la condición de extranjero. La persecución de objetivos ligados al control de la migración no puede poner en entredicho el carácter universal de la libertad personal que, en palabras de la *Corte* “*al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto essere umani*”.<sup>54</sup> En la *Sentenza n. 222 del 2004*, que remite expresamente a la jurisprudencia de la anterior, la *Corte* da por sentada la titularidad por los extranjeros de las garantías del art. 13 CI que se encontraban en entredicho.

En la jurisprudencia de la *Corte costituzionale*, el derecho a la defensa y las garantías de la libertad personal aparecen en ocasiones como límite frente a la discrecionalidad del legislador en la regulación de cuestiones relacionadas con la entrada, permanencia y alejamiento forzoso de extranjeros.

En la *Sentenza n. 109 del 1974*, se cuestionaba la legitimidad constitucional – desde el punto de vista de los arts. 3 y 24 CI- de la prohibición de reentrada, sin previa autorización del Ministerio del Interior italiano, al extranjero expulsado por motivos de orden público, cuando dicho extranjero se encontrase sometido a un procedimiento penal en Italia y debiera comparecer ante el tribunal. La *Corte* rechazó la cuestión mediante una interpretación conforme, de acuerdo con la cual la administración está obligada a conceder la autorización de reentrada en casos como el planteado, de modo que la norma impugnada no obstaculizaba ni afectaba el ejercicio del derecho de defensa del extranjero. Esta resolución lleva a cabo una interpretación conforme de una norma relacionada con la entrada y permanencia de extranjeros en territorio nacional con el objeto de impedir que se vulnere el derecho de defensa del que los extranjeros aparecen como titulares. Así, el respeto a este derecho aparece como límite a la discrecionalidad del legislador.

---

<sup>53</sup> Hay que tener en cuenta que el derecho a la libertad personal no funge en estos casos, pese a las proclamaciones de la *Corte*, como criterio de enjuiciamiento de la disposición impugnada, que se analiza desde el punto de vista de su no manifiesta irrazonabilidad. En este sentido, A. Pace, “Dai diritti del cittadino... ob. cit. p. 12.

<sup>54</sup> *Sentenza n. 105 del 2001, punto n. 4 del Considerato in diritto.*

Algo similar sucede en la *Sentenza n. 161 del 2000*, en que mediante una sentencia de interpretación conforme se rechaza la inconstitucionalidad de los plazos de impugnación judicial de determinadas expulsiones administrativas, así como de la no previsión expresa de la suspensión cautelar de la medida de expulsión durante la sustanciación del procedimiento.<sup>55</sup>

La *Sentenza n. 198 del 2000* parte de la afirmación de que la traducción de la resolución de expulsión a una lengua que el extranjero pueda comprender forma parte del derecho de defensa del que también son titulares los extranjeros.<sup>56</sup> En base a ello afirma que una norma que no permitiera ampliar el plazo de interposición del recurso judicial frente a la resolución de expulsión en casos en que se haya incumplido el deber de traducción, vulneraría el derecho de defensa. Rechaza la duda de inconstitucionalidad mediante interpretación conforme.

La *Sentenza n. 227 del 2000*, al igual que la *Sentenza n. 198 del 2000*, realiza una interpretación conforme de la norma sobre el plazo de recurso frente a la resolución de expulsión en casos en que se haya incumplido el deber de traducir dicha resolución. Ello partiendo de la titularidad del derecho de defensa por los extranjeros (extremo que

---

<sup>55</sup> El objetivo del control de flujos migratorios aparece en esta resolución como razón o término de ponderación a valorar en la determinación de la compatibilidad de los plazos procesales con el derecho de defensa del extranjero. El interés general en un control racional y eficiente de la inmigración proveniente de países extracomunitarios aparece ligado a la necesidad de la celeridad de la justicia, que la *Corte* tiene en cuenta –según jurisprudencia constante– a la hora de valorar la adecuación de los plazos procesales al art. 24 CI.

<sup>56</sup> La *Sentenza n. 50 del 1972* ya había declarado que es contenido del derecho de defensa del extranjero la asistencia obligatoria de un intérprete y la posibilidad de presentar declaraciones escritas en la propia lengua durante la fase oral del proceso penal. En la *Sentenza n. 10 del 1993*, interpretativa de rechazo, la *Corte* impuso la interpretación expansiva de la norma de procedimiento penal que regulaba la asistencia de intérprete en procesos penales, entendiendo que dicha asistencia no sólo debe producirse en los casos expresamente previstos, sino siempre que sea necesaria. En esta sentencia el derecho se vincula además a un conjunto de normas internacionales en que se prevé el derecho de todo acusado a ser informado de manera detallada y *en una lengua que comprenda* de la naturaleza y motivos de la acusación (art. 6.3.a CEDH; art. 14.3.a PIDCP); normas internacionales introducidas en el ordenamiento italiano con los instrumentos normativos correspondientes.

se da por sentado) y de la pertenencia al contenido de este derecho del deber de traducción de las resoluciones.

En la *Sentenza n. 257 del 2004*, la *Corte* atribuye al juez ordinario el deber de determinar si el extranjero ha podido o no conocer el contenido de la resolución de expulsión, a efectos de apreciar la concurrencia o no de responsabilidad penal por su incumplimiento. Se parte de la titularidad de los extranjeros del derecho de defensa, sin mayor profundización al respecto.

En la *Sentenza n. 105 del 2001*, es la libertad personal (y su garantía judicial) la que aparece como límite a la discrecionalidad del legislador. La *Corte* se pronuncia en esta Sentencia sobre la convalidación judicial del internamiento del extranjero pendiente de expulsión coactiva.<sup>57</sup> En ella, la *Corte* afirmó con contundencia que las garantías del art. 13 CI no se encuentran atenuadas por la condición de extranjero. La tutela de otros bienes constitucionalmente relevantes relacionados con la inmigración no justifica la atenuación de tales garantías. Así, la persecución de objetivos ligados al control de la migración no puede poner en entredicho el carácter universal de la libertad personal que, en palabras de la *Corte* “*al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto essere umani*”.<sup>58</sup>

Se afirma que el internamiento de extranjeros en centros específicos es una medida que incide sobre la libertad personal del art. 13 CI y por tanto no puede adoptarse sin respetar las garantías previstas en este precepto. La *Corte* remarca que, en el caso del internamiento de extranjeros, se produce “*quella mortificazione della dignità*

---

<sup>57</sup> De acuerdo con el marco normativo entonces vigente –y que, con importantes modificaciones, sigue en vigor a día de hoy- cuando la expulsión coactiva no se puede llevar a cabo inmediatamente por alguna de las razones previstas en la norma, debe emitirse una resolución administrativa por la que el extranjero será internado durante el tiempo estrictamente necesario para llevar a cabo dicha expulsión, con un máximo de treinta días. Dicha resolución de internamiento debe ser comunicada al juez, que en un máximo de cuarenta y ocho horas debe decidir *sobre* su convalidación.

<sup>58</sup> *Sentenza n. 105 del 2001, punto n. 4 del Considerato in diritto.*

*dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale".<sup>59</sup>*

Aunque en esta ocasión la *Corte* no estaba llamada a pronunciarse sobre la expulsión coactiva en sí misma considerada (de la que trae causa el tipo de internamiento enjuiciado), realiza algunas consideraciones al respecto que, como veremos, serán influyentes en la posterior *Sentenza n. 222 del 2004*, en que la *Corte* se pronuncia sobre la convalidación judicial de este tipo de resoluciones de expulsión. En lo que ahora nos interesa, afirma que la expulsión coactiva de extranjeros es una medida incidente sobre la libertad personal protegida en el art. 13 CI, y no sobre la libertad de circulación. Ello sobre la base de la distinción entre coercitividad y obligatoriedad de la medida, que según la jurisprudencia de la *Corte* determinaría la afectación o no de la libertad personal, y remitiendo a la antes citada *Sentenza n. 62 del 1994*, en que consideró incidente sobre la libertad personal la expulsión con acompañamiento coactivo a la frontera del extranjero sometido a medida cautelar o pena de privación libertad.<sup>60</sup> Que la expulsión coactiva de extranjeros es una medida incidente sobre la libertad personal se reitera en jurisprudencia posterior (*Sentenza n. 222 del 2004*, *Ordinanza n. 109 del 2006*).

Así, la *Sentenza n. 222 del 2004*, remitiendo a la *Sentenza n. 105 del 2001*, resuelve sobre la legitimidad constitucional de la norma relativa a la convalidación judicial de la orden de expulsión con acompañamiento forzoso a la frontera (norma emitida en respuesta a la propia *Sentenza n. 105 del 2001*). La orden de expulsión y acompañamiento forzoso se configuraba como inmediatamente ejecutiva, y su eficacia no quedaba supeditada a la convalidación del juez. En base a ello, se presentaron cuestiones de inconstitucionalidad alegando la vulneración de los arts. 13 y 24 CI.

La Sentencia considera que las disposiciones cuestionadas vulneran el núcleo mínimo ("*nucleo incompressibile*") del derecho a la defensa; y las garantías previstas en el art. 13 CI en materia de libertad personal ("*[è], quindi, vanificata la garanzia contenuta nel terzo comma dell'art. 13 Cost.*"). La *Corte* hace referencia a la

---

<sup>59</sup> *Sentenza n. 105 del 2001, punto n. 4 del Considerato in diritto.*

<sup>60</sup> *Ídem*



discrecionalidad del legislador y a las consideraciones en materia de orden público y seguridad que pueden ser comprometidas por el incumplimiento de la legislación en materia de entrada y permanencia de extranjeros en territorio nacional. Pero, aun teniendo en cuenta esto, pone de manifiesto que “*quale che sia lo schema prescelto, in esso devono realizzarsi i principi della tutela giurisdizionale; non può, quindi, essere eliminato l’effettivo controllo sul provvedimento de libertate, né può essere privato l’interessato di ogni garanzia difensiva*”.<sup>61</sup>

Es decir, en esta Sentencia –al igual que en la citada *Sentenza n. 105 del 2001*- la Corte parte de la asunción de que las garantías del art. 13 CI protegen también a los extranjeros, y de que éstos son titulares del derecho de defensa previsto en el art. 24 CI, y afirma que se ha vulnerado un contenido mínimo de dichas garantías, que no puede ser vulnerado a pesar de que existan justificaciones razonables.

#### **D. Garantías penales**

Desde la *Sentenza n. 120 del 1967*, la Corte ha hecho patente que las garantías penales reconocidas en la CI protegen también a los extranjeros. En esta resolución, la legitimidad constitucional de la medida enjuiciada se analiza desde el punto de vista, entre otros, del art. 27, párrafo segundo, CI (que recoge el principio de presunción de inocencia).

En la *Sentenza n. 215 del 1983*, caso en que se cuestionaba la imposición obligatoria de prisión preventiva para los extranjeros acusados de determinadas infracciones penales que no pudieran pagar una fianza, se alegaba la vulneración del principio de culpabilidad del art. 27 CI. La Corte no entra a analizar esas quejas por resultar fundada la cuestión desde el punto de vista de la manifiesta irrazonabilidad, lo que, considera, hace innecesario juzgar la medida desde otros parámetros.

La alegación de vulneración de distintas garantías penales ha sido muy frecuente, como es lógico, en las impugnaciones de normas relacionadas con el tratamiento penal de la inmigración irregular (a este respecto, *vid. infra*). La Corte no ha considerado fundadas todas las impugnaciones y en muchas ocasiones no ha entrado,

---

<sup>61</sup> *Sentenza n. 222 del 2004, punto n. 6 del Considerato in diritto.*

por una u otra razón, a resolver sobre el fondo de la cuestión. Pero nunca ha puesto en duda la titularidad por los extranjeros de las posiciones jurídicas ligadas a estas garantías. Los extranjeros se encuentran protegidos, sin duda alguna y en igualdad de condiciones con los nacionales, por las garantías penales reconocidas en la CI. A este respecto, la *Sentenza n. 249 del 2011*, que será analizada con mayor profundidad, es clara: “[l]a condizione giuridica dello straniero non deve essere pertanto considerata – per quanto riguarda la tutela di tali diritti– come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi, specie nell’ambito del diritto penale, che più direttamente è connesso alle libertà fondamentali della persona, salvaguardate dalla Costituzione con le garanzie contenute negli artt. 24 e seguenti, che regolano la posizione dei singoli nei confronti del potere punitivo dello Stato”.<sup>62</sup>

#### **E. Derecho al matrimonio. Protección de la unidad familiar y del menor de edad**

La libertad de contraer matrimonio es un derecho especialmente interesante, por tratarse de un contexto en el que muy frecuentemente se ven implicados, a un tiempo, los derechos de nacionales y extranjeros. Algo similar sucede con respecto de otros derechos encuadrables en el ámbito de las relaciones familiares: no es inhabitual que los miembros de una familia, o las personas que quieren contraer matrimonio, gocen de diversos estatus migratorios o posean nacionalidades dispares.

Este entrecruzamiento entre los derechos de extranjeros y nacionales puede ser especialmente claro, en lo relacionado con la libertad de contraer matrimonio, en el caso de limitaciones normativas que persiguen evitar matrimonios de conveniencia.

En el caso italiano, la *Corte* ha considerado que los extranjeros son titulares del derecho al matrimonio del art. 29 CI. Se pronuncia por primera vez sobre este derecho en la *Ordinanza n. 258 del 1982*, en relación con una norma sobre adquisición de nacionalidad.

Muchos años después, en la *Sentenza n. 245 del 2011*, la *Corte* declaró inconstitucional una norma aprobada en 2009 que impedía contraer matrimonio a

---

<sup>62</sup> *Sentenza n. 249 del 2010, punto n. 4.1 del Considerato in diritto.*

extranjeros en situación irregular. Comienza afirmando que la libertad de contraer matrimonio es un derecho fundamental, y proclamando la potestad del legislador para dictar normas que regulen la entrada y permanencia de extranjeros en territorio nacional. Identifica entre los fines justificativos de la norma la tutela de las fronteras y el control de los flujos migratorios, que se perseguirían a través de la lucha contra los matrimonios de conveniencia. Sin embargo la medida, que incide sobre la libertad de contraer matrimonio no sólo de los extranjeros sino también de los nacionales, resulta desproporcionada, en opinión de la *Corte*.

Además, la *Corte* declara vulnerado el art. 117, párrafo primero, CI, en relación con el art. 12 CEDH, remitiendo a la jurisprudencia del TEDH, específicamente a la STEDH de 14 de diciembre de 2010 en el caso *O'Donoghue y otros c. Reino Unido* (a este respecto, *vid. supra*).

En relación con la protección de la familia, los arts. 29 y 30 CI reconocen una serie de principios y derechos constitucionales en la materia: la *Corte* ha afirmado en reiteradas ocasiones que los extranjeros son titulares de determinados derechos recogidos en dichos preceptos, especialmente por lo que afecta a los menores. Frecuentemente el necesario respeto a estos principios y derechos ha funcionado como límite frente a la discrecionalidad del legislador en la regulación de la entrada, permanencia y expulsión de extranjeros, especialmente en casos en que se veían implicados hijos menores.

La *Sentenza n. 199 del 1986* declara inconstitucional una norma que tenía el efecto de impedir la adopción de determinados menores en estado de abandono en Italia. La *Corte* vincula el principio previsto en el art. 30, párrafo 2, CI al art. 2 CI y a la protección de los derechos humanos garantizados también a los extranjeros.<sup>63</sup> La resolución declara vulnerado el principio de igualdad porque la previsión suponía que el *favor minoris* entrase en juego únicamente respecto del menor nacional y no respecto del extranjero.

---

<sup>63</sup> El art. 30, párrafo segundo, CI, establece: “[n]ei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti”.

En la *Sentenza n. 28 del 1995* la *Corte* afirma que tanto el derecho-deber de los padres de mantener, instruir y educar a sus hijos –lo que conlleva estar junto a ellos– como el derecho de los padres y de los hijos a una vida en común son derechos fundamentales de la persona “*che perciò spettano in via di principio anche agli stranieri contemplati dalla legge qui in esame*”. Estos derechos, continúa la *Corte*, pueden estar sujetos a límites derivados de la necesidad de una correcta ponderación con otros valores dotados de igual tutela constitucional, de lo que sería un ejemplo la exigencia de que el extranjero esté en situación de procurar a sus familiares reagrupados unas normales condiciones de vida.<sup>64</sup>

La afirmación de que también corresponden a los extranjeros los derechos de los padres y los hijos en relación a la unidad familiar se reitera en posteriores resoluciones de la *Corte*. Así, en las *Sentenze n. 203 del 1997*, *n. 376 del 2000*. También la idea de que dichos derechos pueden estar sujetos a límites derivados de la ponderación con otros valores susceptibles de tutela. En este sentido, *Sentenza n. 203 del 1997*, *Ordinanza n. 232 del 2001*.

La *Sentenza n. 203 del 1997*, recogiendo los principios sentados en la *Sentenza n. 28 del 1995*, declara inconstitucional un precepto en materia de reagrupación familiar en cuanto no consentía la reagrupación del progenitor de menor residente en Italia no casado con el otro progenitor residente legalmente en Italia.

Asimismo, según la *Sentenza n. 376 del 2000*, la exigencia de asegurar una protección especial a la familia en general y a los hijos menores en particular se extiende a los extranjeros con independencia de su situación administrativa. Esta Sentencia recuerda que el principio de protección de la unidad familiar se reconoce también en diversos tratados internacionales ratificados por Italia y afirma que de tales disposiciones se deduce un principio de asistencia y protección a la familia, que se extiende también a los extranjeros “*trattandosi di diritti umani fondamentali*”. El

---

<sup>64</sup> *Sentenza n. 28 del 1995*, punto n. 4 del *Considerato in diritto*. De acuerdo con todo ello, y asegurando que el instituto de la reagrupación familiar está encaminado a la protección de derechos tutelados por la CI y el Derecho internacional, la *Corte* dictó una sentencia interpretativa de rechazo según la cual la condición de ama de casa debía asimilarse a las formas de ocupación exigidas por la ley para ejercitar el derecho a la reagrupación familiar.

principio, sin embargo, puede derogarse en presencia de específicas y motivadas exigencias dirigidas a tutelar las propias reglas de la convivencia democrática.<sup>65</sup>

Esta *Sentenza n. 376 del 2000* extiende al padre casado y conviviente con la mujer la prohibición de expulsión durante el embarazo y en los seis meses posteriores al parto.<sup>66</sup> Pone el acento en el derecho del menor a ser educado cuando ello sea posible en un núcleo familiar compuesto por ambos progenitores, y en la paridad entre hombres y mujeres en lo relativo a la maternidad y paternidad.

También resulta relevante la *Sentenza n. 202 del 2013*, que analizamos en profundidad en el epígrafe relativo a los “automatismos legislativos” en materia de entrada y permanencia de extranjeros. En ella la norma impugnada se analiza también desde el punto de vista de su conformidad o no con el art. 8 CEDH tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia del TEDH (*vid. infra*).

Encontramos también resoluciones en que el principio de unidad familiar no ha funcionado como límite frente a la discrecionalidad del legislador en el ámbito de la regulación de la entrada y permanencia de extranjeros. Partiendo de que el principio protege a los extranjeros con independencia de su situación administrativa, se ha considerado que la consecución de objetivos ligados a la política migratoria justificaba normas susceptibles de incidir de algún modo en dicho principio.

Así, en la *Ordinanza n. 232 del 2001*, la *Corte* niega que sea inconstitucional la no previsión de una prohibición de expulsión de las personas casadas y convivientes con extranjeros residentes regulares. Recuerda la potestad del legislador de limitar el acceso de extranjeros al territorio nacional, y la posibilidad de imponer límites a la reagrupación familiar derivados de la ponderación con otros valores constitucionales. Asimismo, niega que sean comparables la posición del cónyuge de un extranjero regular y la del cónyuge de un nacional italiano, sin profundizar en las razones de tal diferencia.

---

<sup>65</sup> *Sentenza n. 376 del 2000, punto n. 7 del Considerato in diritto.*

<sup>66</sup> El TUI prevé una prohibición de expulsión de la mujer embarazada y durante los seis meses posteriores al parto, cuya constitucionalidad se cuestionaba por no extenderse también al padre casado y conviviente.

Esta resolución remite a la jurisprudencia relativa a la amplia discrecionalidad del legislador en la regulación del acceso y permanencia de extranjeros, sólo limitada por la obligación de que las opciones no sean manifiestamente irrazonables.

La *Ordinanza n. 158 del 2006*, con base en argumentos similares, declara infundada una cuestión de inconstitucionalidad a la analizada en la *Ordinanza n.232 del 2001*, en que se cuestionaba la misma norma y por los mismos motivos.

## **2. Entrada, permanencia y alejamiento del extranjero del territorio nacional italiano**

### **A. Potestad-deber del estado de proteger las propias fronteras y regular los flujos migratorios**

En la jurisprudencia constitucional italiana encontramos numerosos y constantes pronunciamientos en que se afirma la potestad estatal de regular la entrada y permanencia de extranjeros en territorio nacional. Ya en 1970, la *Sentenza n. 144* se refería a la práctica internacionalmente admitida de la exigencia de visado de entrada. Posteriormente esta potestad se afirma, por todas, en las *Sentenze n. 62 del 1994, n. 353 del 1997, n. 5 del 2004, n. 306 del 2008, n. 187 del 2010, n. 250 del 2010, n. 61 del 2011, n. 245 del 2011*. En alguna se habla incluso de un “deber ineludible” del estado de proteger las propias fronteras (*Sentenza n. 353 del 1997, punto n. 2 del Considerato in diritto*).<sup>67</sup>

La *Sentenza n. 250 del 2010*, en el marco del análisis acerca de la legitimidad constitucional de la norma que sanciona penalmente la entrada o permanencia irregular en territorio italiano, tras citar la abundante jurisprudencia constitucional previa referida

---

<sup>67</sup> En el año 2001, R. Bin afirmaba: “[p]er quanto sia personalmente convinto dell’inutilità delle misure di contenimento dell’immigrazione e persino della loro giustificabilità morale, parto dal presupposto che lo Stato abbia il potere, ad anche l’obbligo assunto in campo internazionale, di regolare l’accesso degli “stranieri” –categoria peraltro assai composita- nel proprio territorio: “lo Stato non può infatti abdicare al compito, ineludibile, di presidiare le proprie frontiere” (*sent. n. 353 del 1997*). *L’espulsione è un atto conseguente*”. Roberto Bin, “Molti dubbi, un’unica certezza”, en Roberto Bin *et. al.* (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Turín: G. Giappichelli, 2001, p. 37.

a esta potestad estatal, se refiere también al deber del estado de controlar sus fronteras, afirmando: “*Il controllo giuridico dell’immigrazione –che allo Stato, dunque, indubbiamente compete (sentenza n. 5 del 2004), a presidio di valori di rango costituzionale e per l’adempimento di obblighi internazionali –comporta, d’altro canto, necessariamente la configurazione come fatto illecito della violazione delle regole in cui quel controllo si esprime*”.<sup>68</sup>

La potestad-deber estatal de controlar los flujos migratorios regulando la entrada y permanencia de extranjeros en territorio nacional italiano se ha vinculado tanto a la inexistencia de un derecho de los extranjeros a entrar y residir en territorio nacional como a la persecución de diferentes intereses públicos.<sup>69</sup>

En las *Sentenze n. 104 del 1969* y *n. 244 del 1974* se afirma la inexistencia de un derecho del extranjero a entrar y permanecer en territorio nacional. La *Corte* se refirió a la diferencia sustancial entre la posición del nacional y la del extranjero en relación con el estado, en lo que respecta al derecho de entrar y permanecer en territorio nacional. El nacional (*cittadino*) representa, con el resto de los nacionales, un elemento constitutivo del estado; y tiene derecho a residir en el territorio estatal sin límite de tiempo y sin poder ser expulsado o alejado por ningún motivo. Por el contrario, el extranjero no goza de un derecho de entrada y permanencia en territorio nacional: para ello depende de la autorización por el estado. En atención a ello: “[*l*o Stato ospitante può, pertanto, revocare in ogni momento il permesso di soggiorno o limitare la circolazione di esso straniero nel proprio territorio, così come l’ordinamento prevede, nella salvaguardia

---

<sup>68</sup> *Sentenza n. 250 del 2010, punto n. 6.3 del Considerato in diritto*. Énfasis añadido. Este pasaje no suscita algunas dudas. Parece que se afirma el deber constitucional del legislador de regular la inmigración determinando comportamientos ilícitos frente a los que se impongan sanciones. ¿Sería inconstitucional una opción política que decidiera abrir las fronteras o no sancionar de ninguna manera la inmigración irregular, por ejemplo, estableciendo que cualquier persona en territorio nacional es regular? En nuestra opinión se trata de un salto argumentativo importante, aunque como hemos visto el deber del estado de defender las fronteras ya se había afirmado en jurisprudencia previa.

<sup>69</sup> R. Cherchi, *Lo straniero e la costituzione...* ob. cit. pp. 61-62 se refiere a la inexistencia en el Derecho internacional de un derecho de entrada en el territorio de un país diferente al propio (lo que se contrapone a la existencia de un derecho a salir del propio país), vinculándola a la potestad estatal sobre admisión de extranjeros reconocida por la *Corte costituzionale*.

pur sempre dei diritti fondamentali di cui alle ricordate sentenze [Sentenze n. 120 del 1967 e n. 104 del 1969]”.<sup>70</sup>

En relación con la inexistencia de un derecho de entrada y permanencia en territorio nacional, resulta especialmente interesante la *Ordinanza n. 503 del 1987*. La *Corte* parte de la afirmación de que el reconocimiento en el art. 2 CI de los derechos inviolables del hombre no excluye las restricciones necesarias para la tutela del orden social o del orden público. Ello, continúa, con mayor razón respecto del extranjero que “*secondo quanto già ritenuto nelle sentenze n. 104 del 1969 e 244 del 1974, gode sul territorio della Repubblica di una tutela meno intensa di quella riconosciuta al cittadino*”. El extranjero, continúa la Sentencia, no goza de un derecho de entrada y permanencia, “*e pertanto le relative libertà ben possono essere limitate a tutela di particolari interessi pubblici, quale quello attinente alla sicurezza intesa come ordinato vivere civile*”.

En cuanto a los bienes o intereses públicos que la *Corte* liga a la potestad-deber del estado de regular la entrada, permanencia y expulsión de extranjeros, frecuentemente la *Corte* hace descansar la justificación de determinadas medidas – susceptibles de afectar a la posición de las personas o a derechos y libertades- en la protección de esos bienes o intereses públicos y en la potestad estatal de regular la entrada y permanencia de extranjeros.

Entre estos bienes o intereses se encuentran, atendiendo a la jurisprudencia constitucional: seguridad y salud pública, orden público, vínculos de carácter internacional, política nacional en materia de inmigración

Este tipo de bienes –a los que en ocasiones se atribuye rango constitucional- pueden aparecer como valores susceptibles de protección en una ponderación en la que de un lado se colocan dichos bienes y de otros intereses o derechos de las personas sujetas a la medida cuestionada. Como veremos, la *Corte* no siempre argumenta del mismo modo. En ocasiones, se referirá a la necesaria razonabilidad de la ponderación, e incluso a la necesidad de que el resultado respete las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad. A veces, se refiere a la necesidad de proteger el núcleo esencial de

---

<sup>70</sup> *Sentenza n. 244 del 1974, punto n. 2 del Considerato in diritto*. Énfasis añadido.



un determinado derecho. En otros casos –ello ha sucedido frecuentemente cuando la *Corte* ha enjuiciado la regulación penal de comportamientos relacionados con la inmigración irregular- la *Corte*, una vez identificada la existencia de estos bienes públicos a proteger por las medidas de control migratorio analizadas, se limita a la comprobación de que las medidas no resulten manifiestamente irrazonables.

### **B. “Automatismos legislativos” en la autorización y expulsión**

Abordamos aquí la doctrina de la *Corte* en una serie de casos en que se pone en duda la constitucionalidad de normas de entrada, permanencia o expulsión de extranjeros por no incorporar –o no dar a los jueces la posibilidad de incorporar en su interpretación- elementos que permitan tener en cuenta la situación individual de los afectados, en ocasiones en relación con la garantía de derechos previstos en la Constitución. La doctrina científica y jurisprudencial suele referirse a estos supuestos como “automatismos legislativos” o “automatismos expulsivos”.<sup>71</sup>

Con anterioridad a la entrada en vigor del TUI, la *Sentenza n. 353 del 1997*, resolvió acerca de la disposición que configuraba como acto debido la expulsión en caso de violación de normas sobre entrada y permanencia, sin permitir tomar en cuenta posibles “casos humanos desesperados”. Se alegaba la vulneración del art. 3 CI.

La *Corte* rechazó la cuestión mediante una sucinta referencia a la necesidad de ponderación de los valores en juego que corresponde al legislador. No se detiene en las razones que excluyen la irrazonabilidad o falta de proporcionalidad del automatismo, limitándose a afirmar la existencia de un deber ineludible del estado de controlar las

---

<sup>71</sup> Cecilia Corsi, “Il rimpatrio dello straniero tra garanzie procedurali e automatismo espulsivo”, en *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 26 de ottobre 2012*, Milán: Giuffrè, 2012, pp. 48-60 analiza la jurisprudencia constitucional en la materia. Roberto Cherchi, “Il diritto dell’immigrazione e la sicurezza: profili costituzionali dei reati propri dello straniero” (2012), pp. 68-71 [http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti\\_forum/paper/0374\\_cherchi.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0374_cherchi.pdf) (a. 01-12-2016) analiza la jurisprudencia constitucional en relación a un tipo concreto de automatismo: el que vincula a la condena por determinados delitos –también por sentencia no firme- la denegación de la entrada.

propias fronteras; y de respeto de las normas encaminadas a la consecución de un ordenado flujo migratorio y una acogida adecuada, que no pueden ser desconocidas o derogadas ocasionalmente como consecuencia de valoraciones discrecionales.

También en materia de expulsión, y ya vigente el actual TUI, la *Ordinanza n. 146 del 2002* rechazó la cuestión sobre la norma del TUI que determina los supuestos de expulsión administrativa del extranjero (art. 13, párrafo segundo, TUI). El juez proponente consideraba que la rigidez del precepto no permitía tener en cuenta las situaciones individuales de las personas. En los casos *a quo*, los sujetos habían alegado la concurrencia de situaciones como la ocupación laboral, la disponibilidad de vivienda o la existencia de cargas familiares (abstractamente idóneas, en opinión del juez, para legitimar su presencia en Italia).

Según la *Corte*, lo que el juez pretende con esta cuestión es que se confieran a la autoridad administrativa poderes discrecionales que le permitan excepcionar las prescripciones legales. Lo que el juez llama automatismo expulsivo, continúa la *Corte*, es un reflejo del principio de legalidad. Además, y en nuestra opinión esto es decisivo en la resolución de la *Corte*, el TUI prevé en su art. 19 una serie de casos en que se prohíbe la expulsión del extranjero, teniendo en cuenta las razones humanitarias a las que se refiere el juez proponente. Así, resulta satisfecha la exigencia de tutela de las situaciones individuales sin renunciar al principio de legalidad.

En la *Ordinanza n. 463 del 2005*, la cuestión se planteaba frente a los preceptos del TUI de acuerdo con los cuales la falta de solicitud en plazo de la autorización trae consigo la resolución de expulsión, aunque el extranjero cumpla todos los requisitos para la residencia legal. La *Corte* rechaza la cuestión. Remitiendo a la *Sentenza n. 353 del 1997*, y a las *Ordinanze n. 146 del 2002* y *n. 200 del 2002*, señala que el art. 13, párrafo segundo, no contiene un automatismo inconstitucional, sino que es un reflejo del principio de legalidad. En línea de principio, la previsión normativa de acuerdo con la cual el extranjero, aunque haya entrado legalmente en territorio nacional, sólo puede permanecer en él si se provee de la necesaria autorización en el plazo establecido,

*representa una expresión no irrazonable de la discrecionalidad del legislador en la regulación de los flujos migratorios.*<sup>72</sup>

En la *Sentenza n. 206 del 2006*, la *Corte* niega que sea inconstitucional excluir de un procedimiento extraordinario de regularización a los extranjeros sobre los que se hubiera dictado una resolución de expulsión coactiva (con acompañamiento a la frontera) al considerar que no se trata de una opción manifiestamente irrazonable.

Esta resolución remite a la jurisprudencia constitucional previa de acuerdo con la cual la regulación de la entrada y permanencia de extranjeros en el territorio nacional se encuentra vinculada a la ponderación de diferentes intereses públicos (entre ellos, seguridad y salud pública, orden público, vínculos de carácter internacional y política nacional en materia de inmigración), correspondiendo esta ponderación al legislador ordinario en primer lugar. El legislador goza de una amplia discrecionalidad al respecto, sólo limitada por la obligación de que sus opciones no resulten manifiestamente irrazonables.

Por otro lado, la *Legge 189/2002* introdujo la condena penal por determinados delitos como motivo de denegación de la entrada del extranjero en territorio nacional (y por tanto de la emisión de autorización de estancia o residencia), también en casos en que dicha condena no fuese firme.<sup>73</sup> La jurisdicción ordinaria proporcionó dos interpretaciones diversas de la norma: de acuerdo con una, la norma prescribía la denegación automática de la entrada y residencia en caso de que el extranjero hubiera sido condenado por alguno de esos delitos.<sup>74</sup>

La jurisdicción constitucional fue repetidamente llamada a pronunciarse acerca de la legitimidad constitucional de esta norma. La *Corte* dicta varias *Ordinanze* de irrelevancia (*Ordinanze n. 182 del 2005 e n. 431 del 2006*), y otra que devuelve los

---

<sup>72</sup> Énfasis añadido.

<sup>73</sup> Delitos relacionados con estupefacientes, contra la libertad sexual, de favorecimiento de la inmigración irregular, trata de personas.

<sup>74</sup> Sobre la introducción de esta norma y las diversas interpretaciones jurisprudenciales, R. Cherchi, *Lo straniero e la costituzione...* ob. cit. p. 68 y ss.

autos al juez *a quo*. Finalmente, resolvió la cuestión de fondo con la *Sentenza n. 148 del 2008*, rechazando la inconstitucionalidad de la medida.

Esta resolución contiene, en el *punto n. 3 del Considerato in diritto* algunas consideraciones interesantes. La *Corte* se refiere brevemente a la posición constitucional de los extranjeros, afirmando que el art. 10, párrafo 1, es la norma constitucional que determina dicha posición. De ello, continúa, se puede deducir: 1) que la situación del extranjero y del nacional difieren en relación a la entrada y circulación en el territorio nacional (la *Corte* se refiere al derecho garantizado en el art. 16 CI); 2) que son las normas internacionales las que principalmente determinan los límites frente a las opciones del legislador. Si bien estas afirmaciones pueden resultar llamativas a la luz de la jurisprudencia constitucional anterior, la *Corte* reafirma a continuación que los extranjeros son titulares de todos los derechos fundamentales “*che la Costituzione li spettanti alla persona*”.

Lo anterior, continúa la *Corte*, comporta para el legislador una obligación de respeto del canon de razonabilidad, que es expresión del principio de igualdad y, en líneas generales, informa el disfrute de toda posición subjetiva.

No falta en esta resolución la referencia a la amplia discrecionalidad del legislador en materia de entrada y permanencia de extranjeros en territorio nacional, limitada únicamente por la no irrazonabilidad manifiesta de sus opciones.<sup>75</sup>

La *Corte* considera que la norma enjuiciada no se encontraba en contra de dichos principios constitucionales relativos a la posición de los no nacionales. Así, declara que no es manifiestamente irrazonable condicionar la regularidad de la residencia a la no comisión de infracciones penales “*di non scarso rilievo*”. La condena a pena de privación de libertad dirigida a la protección de bienes jurídicos de relevante valor social no puede considerarse una circunstancia totalmente irrelevante a los efectos de la autorización de residencia.<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> *Sentenza n. 148 del 2008, punto n. 3 del Considerato in diritto.*

<sup>76</sup> *Ibidem, punto n. 4 del Considerato in diritto.*

Señala además la existencia de normas vigentes encaminadas a dar relevancia a circunstancias humanitarias y de solidaridad que pueden justificar la superación de causas que impidan la emisión o renovación de la autorización.<sup>77</sup>

La *Corte* no entra a analizar la alegada vulneración de los arts. 24 y 97 CI, al considerar que estos preceptos fueron invocados no autónomamente sino en conexión con los arts. 2 y 3 CI.

En la *Sentenza 172 del 2012*, la *Corte* se pronuncia acerca de la legitimidad constitucional de la norma que regulaba un procedimiento especial de regularización de trabajadores domésticos o cuidadores de personas dependientes. Dicha norma impedía la regularización, en todo caso, de personas que hubieran sido condenadas –aun cuando la sentencia de condena no fuera firme- por determinados delitos.

La cuestión se consideró fundada por resultar la norma manifiestamente irrazonable. Y ello porque algunos de los delitos a los que se vinculaba la denegación automática de la regularización no eran necesariamente indicativos de peligrosidad social. Además, la falta de razonabilidad se hace descansar en el perfil específico de los trabajadores cuya regularización se contempla en la norma: se trata de personas que han desempeñado labores domésticas o de atención a personas dependientes, y que pueden haber desarrollado vínculos con las personas a su cuidado. Por tanto, resulta irrazonable y como consecuencia inconstitucional, el automatismo que no permite tener en cuenta las circunstancias peculiares de cada caso.

La *Corte* parte de la reiterada jurisprudencia constitucional de acuerdo con la cual la regulación de la entrada y permanencia del extranjero en territorio nacional se vincula a la ponderación de variados intereses públicos, gozando el legislador de amplia discrecionalidad en la materia, en cuanto órgano primariamente encargado de esa ponderación. En el ámbito de dicha discrecionalidad se comprende la determinación de los requisitos de las autorizaciones de residencia y trabajo, y la posibilidad de establecer determinados “automatismos”. Con respecto a esto último, se cita en este punto abundante jurisprudencia previa relativa a dichos “automatismos”. Sin embargo, continúa la *Corte*, esa discrecionalidad se encuentra limitada por lo establecido en los

---

<sup>77</sup> *Sentenza n. 148 del 2008, punto n. 5 del Considerato in diritto.*

preceptos constitucionales. Desde el punto de vista del art. 3 CI, la disposición objeto de análisis debe superar un juicio de razonabilidad intrínseca (*intrinseca ragionevolezza*).

La opción del legislador debe resultar de una ponderación razonable y proporcionada de los intereses en juego, especialmente cuando sea susceptible de afectar al disfrute de derechos fundamentales de los que es titular el extranjero, con cita de las *Sentenze n. 249 y n. 299 del 2010, y n. 245 del 2011*. Asimismo, se refiere a su jurisprudencia previa en materia de presunciones absolutas, que resulta aplicable al ámbito examinado aunque haya sido elaborada en un contexto diverso. Este tipo de presunciones absolutas, especialmente cuando limitan un derecho fundamental de la persona, vulneran el principio de igualdad si son arbitrarias e irracionales. Y lo serán cuando no respondan a datos de experiencia generalizables: la presunción será irrazonable “*tutte le volte in cui sia “agevole” formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa*”.

A nuestro parecer, esta resolución, aunque citando la línea jurisprudencial que ha resuelto en otras ocasiones sobre los llamados automatismos legislativos, se aparta de lo establecido en aquélla. Para ello se apoya también en resoluciones relativas a diferentes aspectos de la condición jurídica del extranjero (*Sentenze n. 249 y n. 299 del 2010, y n. 245 del 2011*). La *Corte* incide en la relevancia, a la hora de analizar la razonabilidad y proporcionalidad de la opción del legislador, de la posible afectación de los derechos fundamentales que también corresponden al extranjero: “*la relativa scelta deve costituire il risultato di un ragionevole e proporzionato bilanciamento [degli interessi coinvolti dalla disciplina dell’immigrazione] soprattutto quando sia suscettibile di incidere sul godimento dei diritti fondamentali dei quali è titolare anche lo straniero extracomunitario*”, citando las *Sentenze n. 249 y n. 299 del 2010, y n. 245 del 2011*.<sup>78</sup>

La *Sentenza n. 202 del 2013* declara inconstitucional la excepción al automatismo legislativo que determina la no concesión o retirada de la autorización de residencia al extranjero condenado por determinados delitos. Dicha excepción se aplicaba a extranjeros que hubieran ejercido la reagrupación familiar, y se declara inconstitucional por no extenderse a personas que reuniendo todos los requisitos para la

---

<sup>78</sup> *Sentenze n. 172 del 2012, punto n. 7.1 del Considerato in diritto*. Énfasis añadido.

reagrupación no hubieran ejercitado ese derecho, ya que ello supondría un perjuicio irrazonable a las relaciones familiares.

Partiendo de la jurisprudencia que reconoce una discrecionalidad amplia al legislador en materia de entrada y residencia de extranjeros, se subraya en esta Sentencia que la misma *Corte* ha señalado que dicha discrecionalidad no es absoluta. La discrecionalidad debe reflejar una ponderación razonable y proporcionada (*ragionevole e proporzionato bilanciamento*) de los derechos e intereses afectados, especialmente cuando la disciplina de la inmigración sea susceptible de incidir sobre derechos fundamentales que la CI protege igualmente para nacionales y extranjeros. En relación con ello, los “automatismos legislativos” previstos por el legislador deben reflejar una ponderación como la citada, que tenga en cuenta todos los intereses y derechos implicados en la disciplina de la inmigración: la *Corte* debe verificar este punto, y censurar aquellas disposiciones administrativas que incidan de modo irrazonable y desproporcionado sobre derechos fundamentales.<sup>79</sup>

Cabe destacar que en esta resolución la disposición impugnada se analiza no sólo a la luz de los preceptos constitucionales de los que deriva el principio de unidad familiar, sino también a la luz del art. 8 CEDH y de su jurisprudencia al respecto.<sup>80</sup>

### **C. Tratamiento penal de la inmigración irregular**

El legislador italiano optó, a partir del año 1998, por la sanción penal de determinadas infracciones en materia de entrada y permanencia de extranjeros en territorio italiano, susceptibles de ser cometidas por los extranjeros en situación irregular al desobedecer la normativa reguladora.<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> *Sentenza n. 202 del 2013, punto n. 4.3 del Considerato in diritto.*

<sup>80</sup> *Sentenza n. 203 del 2013, punto n. 5 del Considerato in diritto.*

<sup>81</sup> No estamos hablando de normas que, como en el caso del artículo 318.bis del Código Penal español, penalizan comportamientos no de los propios extranjeros que entran o permanecen irregularmente en el territorio, sino de terceras personas que facilitan este comportamiento, especialmente si existe ánimo de lucro. Licia Siracusa se refiere al “*diritto penale del immigrato irregolare*” para referirse al conjunto de normas al que pretendemos referirnos, por entender que esta denominación

La jurisprudencia constitucional dictada en supuestos relacionados con el tratamiento penal de la inmigración irregular puede dividirse en dos bloques. Por un lado, en los casos en que la *Corte* ha abordado la legitimidad o ilegitimidad constitucional de una opción penal en su conjunto (es decir, la opción de penalizar un determinado comportamiento, o la sanción ligada a un determinado comportamiento), ha adoptado, en casi todos los casos, un punto de vista especialmente prudente y respetuoso de la discrecionalidad del legislador (*Sentenze n. 5 del 2004, n. 22 del 2007, n. 250 del 2010*). Por otro lado, en casos en que lo que se analizaba no era la opción penal en su conjunto sino un determinado extremo de la regulación de esa opción penal, la *Corte* ha declarado la ilegitimidad constitucional de una serie de medidas relacionadas con el tratamiento penal de la inmigración irregular (*Sentenze n. 223 del 2004, n. 66 del 2005, n. 278 del 2008, n. 249 del 2010, n. 359 del 2010*). Debemos señalar que hay también algún caso en que no declara la inconstitucionalidad de medidas concretas, al vincularlas a la discrecionalidad del legislador en la determinación de las líneas básicas de la represión penal de la inmigración (*Sentenza n. 236 del 2008*).

---

permite entender sus características más adecuadamente que la de “*diritto penale dell’immigrazione*”. Licia Siracusa, “Il diritto penale dell’immigrato. Brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura”, *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia* (4/2013), pp. 1-2. Algunos autores han utilizado la expresión “*crimmigration*” para referirse al solapamiento entre inmigración y delito: Maurizio Ambrosini, “From “illegality” to Tolerance and Beyond: Irregular Immigration as a Selective and Dynamic Process”, *International Migration*, núm. 54 (2016), p. 4; y los allí citados. Sobre el fenómeno de la “criminalización de la inmigración”, (que no sólo se refiere a la tipificación penal de infracciones en materia migratoria) cfr. Alissa R. Ackerman y Rich Furman (eds.), *The criminalization of Immigration*, Durham: Carolina Academic Press, 2014, con trabajos sobre diversos aspectos del fenómeno, especialmente centrado en el caso estadounidense; Roberto Uriarte Torrealday, “Reflexiones constitucionales sobre los intentos de criminalización de inmigrantes indocumentados y las respuestas del Tribunal Supremo americano y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *REP*, núm. 166 (2014), pp. 153-185; Valsamis Mitsilegas, *The Criminalization of Migration in Europe. Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, Springer, 2015.



**a. Sentencias en las que se aborda la constitucionalidad de la opción penal**

Entre las resoluciones pertenecientes al primer grupo se encuentra la *Sentenza n. 5 del 2004*, en la que la *Corte* rechaza la duda de inconstitucionalidad planteada frente a la opción del legislador de sancionar penalmente la desobediencia a la orden de abandono del territorio nacional.<sup>82</sup>

En este caso, el peso de la discusión constitucional recayó sobre la alegada indeterminación de la cláusula “sin motivo justificado”, que definía el tipo al excluir determinados comportamientos: la *Corte* consideró que ésta resultaba lo suficientemente determinada, y permitía tener en cuenta situaciones que impidieran al extranjero obedecer dicha orden, haciendo el cumplimiento especialmente difícil o peligroso. En relación con la posibilidad de tener en cuenta este tipo de situaciones, se reconoce que en el sistema diseñado por la “*legge Bossi-Fini*” la orden de alejamiento se emite precisamente en casos en que para el extranjero es difícil abandonar el territorio nacional. Sin embargo, aunque en estas palabras parece intuirse cierta censura, a continuación la *Corte* pone de manifiesto que se trata de un fenómeno derivado de la nueva regulación de la expulsión en su conjunto, y que el juicio pertenece al ámbito de la oportunidad de las opciones político-criminales del legislador y no al de su legitimidad constitucional.<sup>83</sup>

La *Sentenza* contiene una referencia al objetivo perseguido con la incriminación enjuiciada:

*“la norma incriminatrice, mirando a rendere effettivo il provvedimento di espulsione, persegue l’obiettivo di rimuovere situazioni di illiceità o di pericolo correlate alla presenza dello straniero nel territorio dello Stato, nella cornice del più generale potere –che al legislatore indubbiamente compete- di regolare la materia dell’immigrazione, in*

---

<sup>82</sup> De acuerdo con el art. 14, párrafo 5-ter, del TUI tal y como quedó redactado tras la aprobación de la “*legge Bossi-Fini*” en el año 2002, se sancionaba con la privación de libertad de seis meses a un año al extranjero que, sin motivo justificado, permaneciera en territorio nacional desobedeciendo la orden del *Questore* de abandonar el territorio nacional emitida en los casos en que no se hubiera podido llevar a cabo la expulsión coactiva tras haber sido internado el extranjero en centro al efecto.

<sup>83</sup> *Sentenza n. 5 del 2004, punto n. 2.2 del Considerato in diritto.*

*correlazione ai molteplici interessi pubblici da essa coinvolti ed ai gravi problemi connessi a flussi migratori incontrollati”<sup>84</sup>*

En relación con la anterior, cabe destacar la *Sentenza n. 359 del 2010*, que declara la inconstitucionalidad del delito de desobediencia a la segunda orden de alejamiento del territorio nacional, en la parte en que no introducía la cláusula “sin motivo justificado”. Y ello porque la conducta sancionada es sustancialmente idéntica a la desobediencia a la primera orden, por lo que no desaparecen las razones de naturaleza social y humanitaria que llevaron al legislador a introducir la cláusula de salvaguardia. Las razones que hubieran impedido al extranjero obedecer la primera orden pueden seguir existiendo cuando se dicta la segunda orden, por lo que el precepto vulnera los principios de igualdad y razonabilidad derivados del art. 3 CI.

En el año 2007, se dictó la *Sentenza n. 22 del 2007*. En ella se enjuicia la legitimidad constitucional de la agravación de las penas para la misma infracción penal analizada en *Sentenza n. 5 del 2004* (desobediencia a la orden de abandono del territorio nacional). El mismo art. 14, párrafo quinto-ter del TUI, tal y como quedó redactado tras las modificaciones del año 2004, preveía una pena de privación de libertad de uno a cuatro años para dicha infracción, calificándola como *delito* (con anterioridad se calificaba de *contravvenzione*).<sup>85</sup>

Esta *Sentenza* rechaza las dudas de constitucionalidad planteadas. Sin embargo, la resolución manifiesta que el marco normativo en materia de sanciones penales por entrada o permanencia irregular en territorio italiano presenta desequilibrios, desproporciones y desarmonías de tal calibre que hacen problemático compatibilizarlo con los principios constitucionales de igualdad, de proporcionalidad de la pena y de la finalidad reeducativa de ésta.<sup>86</sup> Pese a ello, la *Corte* considera que en este caso no puede juzgar la elección de la pena por el legislador, puesto que ello supondría traspasar los límites del enjuiciamiento constitucional que le corresponde, al comportar la necesidad

---

<sup>84</sup> *Sentenza n. 5 del 2004, punto n. 2.2 del Considerato in diritto.*

<sup>85</sup> Esta modificación del precepto se llevó a cabo por *LEGGE 12 novembre 2004, n. 271. Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 settembre 2004, n. 241, recante disposizioni urgenti in materia di immigrazione (GU n.267 del 13-11-2004).*

<sup>86</sup> *Sentenza n. 22 del 2007, punto n. 7.3 del Considerato in diritto.*

de determinar los nuevos parámetros de la sanción.<sup>87</sup> En cualquier caso, la Sentencia contiene una suerte de advertencia o amonestación al legislador, afirmando que: “*la rigorosa osservanza dei limiti dei poteri del giudice costituzionale non esime questa Corte dal rilevare l’opportunità di un sollecito intervento del legislatore, volto ad eliminare gli squilibri, le sproporzioni e le disarmonie prima evidenziate*”.<sup>88</sup>

Esta resolución ha sido criticada por un exceso de cautela en el control de la discrecionalidad legislativa en relación con el tratamiento penal de la inmigración irregular, señalándose además que las intervenciones sucesivas del legislador, han ido en sentido inverso al sugerido por la *Corte*.<sup>89</sup>

La *Sentenza* contiene pronunciamientos relativos a la finalidad perseguida con las normas objeto de impugnación. Dicha finalidad consistiría en el control de flujos migratorios y la regulación de la entrada y permanencia de extranjeros en el territorio nacional. Según expone la *Corte* en esta resolución, se trata de un objetivo con características particulares. Es un problema social, humanitario y económico *que implica valoraciones de política legislativa* no reconducibles a meras exigencias generales de seguridad y orden público ni asimilables a problemáticas diferentes.<sup>90</sup>

La *Sentenza n. 236 del 2008* se encuentra estrechamente relacionada con la anterior. Se rechaza la inconstitucionalidad de la previsión de arresto obligatorio en flagrancia vinculado al delito de desobediencia a la orden de abandono del territorio. La *Sentenza n. 223 del 2004* (*vid. infra*) había considerado inconstitucional el arresto obligatorio en flagrancia por este tipo de infracción cuando se trataba de una *contravvenzione* sancionada con una pena leve. Tras la conversión de dicha infracción en *delito* en el año 2004, con el citado agravamiento de penas, y el rechazo de su alegada inconstitucionalidad en la recién analizada *Sentenza n. 22 del 2007*, se analizaba la constitucionalidad del arresto en flagrancia ligado a la nueva configuración de la infracción.

---

<sup>87</sup> *Sentenza n. 22 del 2007, punto n. 7.3 del Considerato in diritto.*

<sup>88</sup> *Ibidem punto n. 7.4 del Considerato in diritto*

<sup>89</sup> C. Corsi, “Il rimpatrio dello straniero... ob. cit. p. 38, nota 21.

<sup>90</sup> *Sentenza n. 22 del 2007, punto n. 7.2 del Considerato in diritto.*

Según esta resolución, la opción por el arresto obligatorio en flagrancia en este tipo de supuestos se vincula a una opción política del Parlamento. Se reitera la idea de que no corresponde a la *Corte* valorar la eficacia de la respuesta penal frente a infracciones en el ámbito del “*fenomeno imponente dei flussi migratori dell’epoca presente*”.<sup>91</sup> El juez de la ley debe analizar si la norma es manifiestamente irrazonable, lo que en su opinión no sucede. Finalmente, la *Corte* reitera las consideraciones contenidas en su *Sentenza n. 22 del 2007* acerca de los desequilibrios, desproporciones y desarmonías del sistema sancionador en su conjunto, “*rimediabili solo da un intervento organico del legislatore*”.<sup>92</sup>

La *Sentenza n. 250 del 2010* juzgaba la legitimidad constitucional del art. 10 bis del TUI tal y como quedó redactado en 2009 tras la aprobación del llamado “*pachetto sicurezza*”.<sup>93</sup> En este precepto se configura como infracción penal, sancionada con multa, la entrada o permanencia irregular en territorio italiano.<sup>94</sup>

La *Corte* rechaza la alegada inconstitucionalidad del precepto. Identifica una serie de alegaciones que se refieren, desde su punto de vista, a la censura global de la opción penal expresada en la norma.

En la resolución recoge la idea de que la CI reconoce al legislador una amplia discrecionalidad a la hora de regular la entrada y permanencia de extranjeros en territorio nacional así como a la hora de determinar las vías para sancionar las violaciones de la regulación. Se hace referencia a un deber estatal de proteger las fronteras y, parece deducirse en algún punto de la vinculación entre regulación de la inmigración y determinados bienes públicos, la necesidad de que el legislador configure un sistema basado en la contraposición migración regular-migración irregular. Para la

---

<sup>91</sup> *Sentenza n. 236 del 2008, punto n. 3.5 del Considerato in diritto.*

<sup>92</sup> *Ídem*

<sup>93</sup> Modificación introducida por *LEGGE 15 luglio 2009, n. 94. Disposizioni in materia di sicurezza pubblica. (09G0096) (GU n.170 del 24-7-2009 - Suppl. Ordinario n. 128).*

<sup>94</sup> Se sanciona con esta multa, según el citado precepto, “*salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizione del presente testo unico nonché di quelle di cui all’articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68*”.

*Corte*, la opción de tratar penalmente este tipo de infracciones no está constitucionalmente vedada. El límite a esta discrecionalidad se encontraría en la manifiesta irrazonabilidad de la regulación.

Partiendo de esta base, la *Corte* declara que el interés estatal de control y gestión de los flujos migratorios en un marco normativo determinado es un bien jurídico susceptible de tutela penal. Por ello no resulta irracional o arbitraria la opción del legislador de proteger penalmente dicho bien jurídico.

Según la visión expresada por la *Corte* en esta resolución, la gestión ordenada de los flujos migratorios es un bien jurídico instrumental: su salvaguardia sirve para proteger de forma anticipada un complejo de bienes públicos de relevancia constitucional que podrían verse comprometidos por fenómenos migratorios incontrolados.

No se hace referencia, en estas consideraciones generales sobre el tratamiento penal de la inmigración irregular, a la no vulneración de garantías constitucionales, ni al respeto del contenido de los derechos inviolables. Hay referencia, en puntos particulares, a características de la regulación que atenúan el rigor de la sanción, pero no se utilizan para fundamentar la razonabilidad o proporcionalidad de la regulación (como podría hacerse si se realizase un juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

#### **b. Sentencias en que se abordan cuestiones concretas en el marco del tratamiento penal de la inmigración**

La vulneración del derecho a la libertad personal del art. 13 CI ha fundamentado alguna de las declaraciones de inconstitucionalidad de determinadas medidas configuradas en el marco del tratamiento penal de la inmigración irregular

En este sentido, la *Sentenza n. 223 del 2004* declara inconstitucional, por vulnerar los arts. 3 y 13, párrafo 3, CI, el arresto obligatorio en flagrancia derivado de la infracción penal de desobediencia a la orden de abandono del territorio.<sup>95</sup> La

---

<sup>95</sup> La “*legge Bossi-fini*”, además de introducir dicha infracción penal en el TUI, preveía la obligatoriedad de arrestar a las personas que fueran identificadas *in fraganti* cometiendo esa infracción.

vulneración del art. 13, párrafo 3, CI deriva de la inexistencia de una justificación constitucional para la medida restrictiva de la libertad personal: puesto que la normativa procesal penal no permite adoptar una medida cautelar de privación de libertad posterior al arresto (por tratarse de una *contravvenzione* levemente penalizada), aquél no se justifica en las exigencias del proceso penal. Por ello, la medida resulta irrazonable. Además, se señala, la medida tampoco se encuentra justificada por el objetivo de asegurar la expulsión del extranjero, puesto que en el TUI existen ya otras medidas aplicables a los mismos supuestos y que persiguen dicha finalidad.

En otras ocasiones, la *Corte* ha declarado inconstitucionales medidas previstas en el marco del tratamiento penal de la inmigración irregular por considerar que incumplían el canon de razonabilidad del art. 3 CI.

Así, la *Sentenza n. 466 del 2005* declaró inconstitucional la previsión que anudaba a la denuncia y expulsión por la infracción penal de reentrada en territorio italiano un agravamiento de dicha infracción. A la vista de la jurisprudencia constitucional previa que negaba que la mera denuncia, que no prueba la culpabilidad, pudiese resultar perjudicial en cuanto al tratamiento penal del denunciado.

La *Sentenza n. 278 del 2008* examina la norma que impedía la presentación por medios postales y telemáticos de un recurso judicial frente a resolución de expulsión. La *Corte*, señalando que la justificación de la prohibición de la presentación de estos recursos por dichos medios tiene que ver con la necesidad de identificación fehaciente del recurrente, considera que la medida resulta inconstitucional en cuanto no prevé la posibilidad de presentación postal o telemática en casos en que dicha identidad haya sido comprobada.

En otras ocasiones, las medidas han sido consideradas ilegítimas desde el punto de vista constitucional por chocar con garantías penales reconocidas en la CI.

Este es el caso de la *Sentenza n. 249 del 2010*, que declaró inconstitucional el llamado “agravante de clandestinidad”.<sup>96</sup>

---

<sup>96</sup> En 2008 se introdujo en el TUI una norma que preveía una circunstancia agravante consistente en encontrarse el culpable ilegalmente en territorio nacional.

Esta resolución contiene algunas consideraciones especialmente interesantes. Se parte de la afirmación de que toda limitación de un derecho fundamental debe partir de la asunción de que el “contenido de valor” (*contenuto di valore*) de un derecho inviolable no puede sufrir restricciones o limitaciones más que en razón de la satisfacción inderogable de un interés público constitucionalmente relevante. A partir de aquí, y teniendo en cuenta que la condición de extranjero no puede ser causa de un tratamiento peyorativo en relación con la tutela de los derechos inviolables, se extrae la conclusión de que la norma debe ser sometida a un juicio positivo de razonabilidad, sin que sea suficiente la comprobación de su no manifiesta irrazonabilidad.<sup>97</sup> La finalidad de lucha contra la inmigración irregular no justifica la introducción de la agravante de clandestinidad.<sup>98</sup> Asimismo, se señala reiteradamente la ausencia de una relación entre la infracción de las normas de extranjería y las conductas sancionadas por las diferentes normas penales. Todo ello se agrava como consecuencia de la introducción en el derecho penal italiano, en tanto se sustanciaba la cuestión de inconstitucionalidad, de la sanción penal de la mera entrada y/o permanencia irregular en territorio italiano.<sup>99</sup>

La norma sólo puede explicarse, en opinión de la *Corte*, como una presunción de mayor peligrosidad del sujeto caracterizado por una determinada “cualidad”: la de extranjero irregular. Esto determina la inconstitucionalidad de la norma, por vulnerar garantías penales constitucionalmente previstas.<sup>100</sup>

---

<sup>97</sup> *Sentenza n. 249 del 2010, punto n. 3 del Considerato in diritto.*

<sup>98</sup> *Ibidem punto n. 5 del Considerato in diritto.*

<sup>99</sup> *Ibidem punto n. 6 del Considerato in diritto.*

<sup>100</sup> *Ibidem punto n. 9 del Considerato in diritto.*

### **3. Extranjeros en situación de regularidad administrativa: derechos sociales y principio de igualdad**

A la vista de la jurisprudencia constitucional, puede inferirse que la CI no sólo permite diferenciar entre distintos tipos de extranjeros en función de su situación administrativa, sino que garantiza una serie de posiciones jurídicas a extranjeros en situación de residencia regular no episódica, y no a quienes no se encuentran en dicha situación administrativa (típicamente en situación de residencia irregular).

Ya la doctrina previa a las primeras sentencias constitucionales en materia de derechos y libertades de los extranjeros había apuntado la existencia de esta diferenciación al tratar el tema de los derechos y libertades de los extranjeros, en relación con determinados derechos, como el derecho de asociación o los derechos laborales.<sup>101</sup>

En cuanto a la jurisprudencia, en relación con los derechos de los trabajadores, cabe citar la *Sentenza 454 del 1998*, en que la *Corte* es muy clara al afirmar que: “*una volta che i lavoratori extracomunitari siano autorizzati al lavoro subordinato stabile in Italia [...] essi godono di tutti i diritti riconosciuti ai lavoratori italiani*”. Los extranjeros no tienen derecho al trabajo en las mismas condiciones que los nacionales, pero *una vez se encuentran autorizados a residir y trabajar en territorio italiano*, gozan de los mismos derechos laborales garantizados a los nacionales. Se afirmaba además que el extranjero con autorización de residencia y trabajo tenía derecho en condiciones de igualdad con el nacional a acceder a determinadas prestaciones de seguridad o asistencia social en situaciones de discapacidad.

Desde mediados de la primera década de los 2000 hasta la actualidad, la *Corte costituzionale* ha construido una corriente jurisprudencial que reconoce determinadas posiciones jurídicas a los extranjeros en situación regular y estancia de cierta estabilidad. La *Corte* ha declarado inconstitucionales normas que negaban el disfrute de determinadas prestaciones sociales, o bien a los extranjeros en general, o bien a

---

<sup>101</sup> P. Barile, *Il soggetto privato...* pp. 55; C. Mortati, *Istituzioni...* ob. cit. p. 914.



determinado tipo de extranjeros, por vulneración de los principios de igualdad y razonabilidad en conexión con derechos constitucionales.<sup>102</sup>

Algunas resoluciones abordan la razonabilidad de la exigencia de nacionalidad italiana para acceder a determinadas prestaciones sociales o asistenciales. Otras se pronuncian sobre la constitucionalidad de la exigencia de un determinado tipo de autorización de residencia, la *Carta di soggiorno* (autorización de residencia de larga duración).<sup>103</sup> De ellas no se deduce la imposibilidad de exigir cualquier tipo de autorización de residencia para el acceso a prestaciones sociales asistenciales, sino sólo de la nacionalidad o de determinados tipos de autorización. Así, no declaran derechos que correspondan a todos los extranjeros en cuanto personas, sino posiciones jurídicas que corresponden a los extranjeros que residan legalmente y de forma estable en territorio italiano. Y en muchas ocasiones no declaran derechos como tales, sino que analizan la razonabilidad de determinadas exigencias en relación a concretas prestaciones.

Al analizar esta jurisprudencia, hay que tener presente el TUI de 1998. Como ya se ha mencionado, esta norma reguladora de la condición jurídica de los extranjeros en Italia, se funda en la distinción entre “extranjeros regulares” y “extranjeros irregulares”. Así, es mucho más amplia la tutela reconocida al extranjero residente regular: en el art.

---

<sup>102</sup> F. Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza...* ob. cit. pp. 140 y ss. analiza la jurisprudencia constitucional en materia de asistencia social de los extranjeros ofreciendo una visión de conjunto de la misma. También, Antonello Ciervo, “La sentenza n. 22/2015 della Corte costituzionale in materia di prestazioni assistenziali a favore degli stranieri extracomunitari. Cronaca di una dichiarazione di incostituzionalità annunciata”, *federalismi.it*, núm. 2 (2015). <http://federalismi.it/document/02042015162557.pdf> (a. 01-12-2016); Andrea Iurato, “La ragionevolezza dei limiti al riconoscimento dei diritti sociali in favore degli stranieri: una questione ancora aperta”, *Federalismi.it*, núm. 3 (2015) <http://www.federalismi.it/document/03072015135558.pdf> (a. 01-12-2016)

<sup>103</sup> La *Carta di soggiorno*, regulada en el art. 9 del TUI y hoy sustituida por el *Permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo*, regulada en el mismo precepto, es una autorización de residencia de larga duración. Entre sus requisitos (que, en lo que nos interesa, no han variado sustancialmente al ser sustituida la *carta* por la autorización UE) se encuentra: haber estado en posesión durante un periodo largo de tiempo, que ha variado entre los cinco y seis años en las distintas formulaciones de la norma, de permiso de residencia; disponer de ingresos superiores a un mínimo fijado; disponer de una residencia que reúna determinadas características.

2 del TUI le son reconocidos derechos civiles atribuidos al nacional italiano, con ciertas condiciones. Se le asegura igualdad de tratamiento en relación con la tutela jurisdiccional de sus derechos e intereses legítimos. Y, en referencia a los trabajadores residentes legales y sus familias, se asegura igualdad de tratamiento y de derechos con respecto a los nacionales italianos. A este art. 2 del TUI se refirió la *Corte* en su *Sentenza n. 454 del 1998*, para reforzar sus afirmaciones acerca de la igualdad de derechos laborales entre nacionales y extranjeros residentes regulares.

El art. 41 TUI establece que “[g]li stranieri titolari della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno [...] sono equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze o delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale [...]”. Las resoluciones que analizaremos a continuación resuelven supuestos en que las normas impugnadas no tenían en cuenta ese mandato de equiparación. La *Corte* no se refiere expresamente al precepto en todas las sentencias (sí en las *Sentenze n. 454 del 1998*, *n. 432 del 2005* y *n. 40 del 2013*), pero parece lógico pensar que ha tenido en cuenta su existencia a la hora de dictar sus resoluciones al respecto, aunque fundamenta las decisiones en normas constitucionales o internacionales.

En cuanto a las sentencias constitucionales que analizan la exigencia del requisito de la nacionalidad para acceder a prestaciones sociales, encontramos las *Sentenze n. 432 del 2005* y *n. 40 del 2011*, dictadas en relación a normas regionales que excluían a todo extranjero del acceso a prestaciones sociales regionales.

En su *Sentenza n. 432 del 2005*, la *Corte* declaró inconstitucional una norma regional que impedía a los extranjeros disfrutar del transporte público gratuito para discapacitados, al exigir para ello la nacionalidad italiana.

La *Corte* comienza afirmando que el principio de igualdad del art. 3 CI sólo prohíbe las discriminaciones entre nacionales y extranjeros en relación a los derechos inviolables del hombre. Aunque la norma impugnada es susceptible de incidir en el derecho a la salud, no puede individuarse en el transporte regional un servicio que siempre y en todo caso integre el “*nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana*” de acuerdo con la *Sentenza n. 252 del 2001*. De manera que la gratuidad del transporte público para

determinados discapacitados no se encuentra destinada a satisfacer derechos fundamentales. Responde a finalidades sociales que se conectan con razones de solidaridad social.

Sin embargo, las decisiones relativas a la concreción de las categorías de beneficiarios deben realizarse en todo caso teniendo presente el principio de razonabilidad: el legislador puede introducir regímenes diferenciados, pero sólo cuando concurre una causa normativa no manifiestamente irrazonable o arbitraria. En relación con lo anterior, considera que la nacionalidad es un requisito irrazonable en este caso: según la *Corte*, no existe ninguna relación razonable entre la exigencia de la nacionalidad italiana y el resto de requisitos que condicionan el reconocimiento del beneficio y determinan su *ratio* y función.

En la *Sentenza n. 40 del 2011* se enjuicia la legitimidad constitucional de una norma regional que, estableciendo los requisitos subjetivos de los destinatarios del sistema de servicios sociales regional, incluía únicamente a nacionales italianos o ciudadanos comunitarios que hubieran residido en la región durante al menos 36 meses.

La *Corte* remite a lo afirmado en la *Sentenza n. 432 del 2005*, de acuerdo con la que la individuación de los beneficiarios de las prestaciones, aunque éstas superen el límite de lo esencial, debe respetar en todo caso el principio de razonabilidad. Considera irrazonable la exclusión absoluta de los extranjeros extracomunitarios y los ciudadanos europeos que no hubieran residido 36 meses en la región, al entender que dicha diferenciación contrasta con la función y la *ratio* de las medidas del sistema regional de servicios sociales.

La *Corte* afirma que, por su naturaleza, las providencias del sistema regional de servicios sociales no toleran distinciones basadas ni en la nacionalidad ni en particulares tipos de residencia que excluyan precisamente a los sujetos más expuestos a las condiciones de necesidad que un sistema de ese tipo está encaminado a superar, persiguiendo una finalidad social. En este punto, puede surgir la duda acerca de la posición de los extranjeros en situación irregular en relación con este tipo de sistemas de servicios sociales, punto sobre el que la *Corte* no se pronuncia expresamente.

Por otra parte, la *Corte* ha dictado numerosas resoluciones en relación a la exigencia, por ley estatal, de la *Carta di soggiorno* o, posteriormente, el *Permesso di*

*soggiorno UE per soggiornanti du lungo periodo* para el acceso a determinadas prestaciones o ayudas sociales.<sup>104</sup>

En la *Sentenza n. 306 del 2008*, declaró inconstitucional la norma que subordinaba a la posesión de la *Carta di soggiorno* el acceso a determinada prestación social de dependencia, la *indennità di accompagnamento*, prevista en casos de discapacidad del 100% para personas que precisen asistencia continua.

El juez proponente alegó la violación de los arts. 2, 3 y 38 CI, en cuanto la norma condicionaba el disfrute de una ayuda encaminada a proteger “*diritti fondamentali della persona*” (entre los cuales, en opinión del juez, se encuentran “*quelle dell’assistenza sociale, tra le quali rientra l’indennità di accompagnamento*”) a la posesión de un requisito no idóneo para fundamentar esa diferenciación. El juez proponente afirma, por un lado, que los derechos de asistencia social son *diritti fondamentali della persona*, y por otro considera inidóneo el fundamento de la diferenciación. La argumentación de los defensores de la norma pivota sobre dos razones: la *indennità di accompagnamento* no es un derecho inviolable de la persona humana (no entra dentro del ámbito de protección del art. 38 CI); y la diferenciación resulta razonable.<sup>105</sup>

La *Corte* parte de la afirmación de que la *indennità di accompagnamento* analizada “*rientra nelle prestazioni assistenziali e, più in generale, anche nella terminologia adottata dalla Corte di Strasburgo, attiene alla “sicurezza o assistenza sociale”*”. Sin embargo, no se pronuncia acerca de si dicha prestación puede ser

---

<sup>104</sup> El artículo 80, párrafo 19, de la *LEGGE 23 dicembre 2000, n. 388 Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2001)* (GU n.302 del 29-12-2000 - Suppl. Ordinario n. 219) ha sido objeto de doce pronunciamientos de la *Corte costituzionale* (*Sentenze n. 324 del 2006; n. 306 del 2008; n. 11 del 2009; n. 187 del 2010; n. 329 del 2011; n. 40 del 2013; n. 22 del 2015; Ordinanze n. 17 del 2009, n. 285 del 2009; n. 111 del 2010; n. 197 del 2013; n. 252 del 2014*). Seis de ellos han determinado la inconstitucionalidad parcial del precepto (*Sentenze n. 306 del 2008; n. 11 del 2009; n. 187 del 2010 n. 329 del 2011; n. 40 del 2013; n. 22 del 2015*). Dicho precepto, en combinación con otros artículos a los que afectaba, tenía como consecuencia la exigencia de la *Carta di soggiorno* o, posteriormente, el *Permesso di soggiorno UE per soggiornanti du lungo periodo*, para el acceso a determinadas prestaciones o ayudas sociales.

<sup>105</sup> *Sentenza n. 306 del 2008, punto n. 1 del Ritenuto in fatto*.

considerada parte del contenido de algún derecho inviolable de la persona. Se refiere a la necesidad de que las decisiones adoptadas por el legislador en relación a las categorías de beneficiarios en dicho ámbito no sean irrazonables o arbitrarias.<sup>106</sup> Con esta base, la *Corte* considera que la diferenciación introducida por la norma cuestionada es irrazonable. No es razonable la subordinación de una prestación destinada a paliar las consecuencias económicas de la dependencia a un requisito que exige, para ser cumplido, la posesión de una determinada renta o unos determinados ingresos (la *Carta di soggiorno*).<sup>107</sup>

Se dice, a continuación, que tal irrazonabilidad incide en el derecho a la salud “*inteso anche come diritto ai rimedi possibili e, come nel caso, parziali, alle menomazioni prodotte da patologie di non lieve importanza*”. Esta incidencia en el derecho a la salud no parece relacionarse con el núcleo irreductible del derecho a la salud: la *Corte* maneja una concepción amplia del derecho en este punto. Dicha incidencia motiva que la irrazonabilidad de la diferencia suponga una violación no sólo del art. 3 CI, sino también de los derechos reconocidos en los art. 32 y 38 CI (con respecto del último, la *Corte* no explica por qué). También del art. 2 partiendo de que el derecho a la salud es un derecho fundamental de la persona. Asimismo, la *Corte* considera vulnerado el art. 10 párrafo primero “*tra le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute rientrano quelle che, nel garantire i diritti fondamentali della persona indipendentemente dall'appartenenza a determinate entità politiche, vietano discriminazioni nei confronti degli stranieri, legittimamente soggiornanti nel territorio dello Stato*”.

Existen algunos aspectos de esta resolución en los que merece la pena detenerse. La vinculación entre derecho a la salud “en sentido amplio” y art. 2 CI puede plantear dudas en relación con el reconocimiento de este derecho a los extranjeros que no se encuentren en situación regular. En la Sentencia no se cuestiona la legitimidad constitucional de excluir a extranjeros irregulares del acceso a la *indennità di accompagnamento*: el contenido del derecho a la salud aquí en discusión no se considera parte del *nucleo incompressibile* del derecho, y la exigencia de autorización de

---

<sup>106</sup> *Sentenza n. 306 del 2008, punto n. 9 del Considerato in diritto.*

<sup>107</sup> *Ibidem, punto n. 10 del Considerato in diritto.*

residencia no aparece como requisito irrazonable. Por otro lado, se hace hincapié en que está prohibida toda discriminación en la garantía de los derechos fundamentales de la persona frente a extranjeros residentes regulares en el territorio del estado.<sup>108</sup>

La *Sentenza n. 11 del 2009* aplica la doctrina de la *Sentenza n. 306 del 2008* para declarar inconstitucional la subordinación de la pensión de invalidez a la posesión de la *Carta di soggiorno*.

En la *Sentenza n. 187 del 2010*, la ilegitimidad de la exigencia de *Carta di soggiorno* para acceder a determinada prestación mensual de invalidez se analiza, congruentemente con el planteamiento de la cuestión, desde la perspectiva del art. 117, párrafo 1, CI. Así, la *Corte* comienza por citar abundante jurisprudencia del TEDH en materia de principio de igualdad del art. 14 CEDH en conexión con la asistencia y seguridad social, de acuerdo con la cual el margen de discrecionalidad de los estados a la hora de regular las prestaciones sociales encuentra un límite en la manifiesta irrazonabilidad y en la prohibición de discriminación, que hacen necesario que las diferencias se encuentren basadas en justificaciones objetivas, razonables y proporcionadas.

A continuación, y tras traer a colación la doctrina contenida en la *Sentenza n. 306 del 2008*, la *Corte* afirma que es necesario determinar si, a la luz de la configuración normativa y la función social de la prestación en discusión, ésta integra o no un remedio destinado a consentir la satisfacción concreta de las necesidades primarias “*inerenti alla stessa sfera di tutela della persona umana, che è compito della Repubblica promuovere e salvaguardare*”, que en tal caso se configuraría como derecho fundamental, al ser garantía de la propia supervivencia del sujeto. Tras un examen del instituto, la *Corte* llega a la conclusión de que se trata de una prestación destinada a proporcionar a la persona un sustento mínimo, dirigida a asegurar la supervivencia. Así, a este respecto, a la luz de la jurisprudencia TEDH, sería exigible una ineludible igualdad entre nacionales y extranjeros residentes regulares.

---

<sup>108</sup> Analiza esta Sentencia, apuntando algunos de las principales cuestiones que plantea, Andrea Guazzarotti, “Lo straniero, i diritti, l’eguaglianza”, *Questione giustizia*, núm. 1 (2009), pp. 87-100.

El problema que encontramos en esta argumentación tiene que ver con las cuestiones ya apuntadas con respecto en la *Sentenza n. 306 del 2008*. Y se refiere a la posición de los extranjeros en situación irregular. Si se afirma que se trata de una prestación destinada a asegurar la supervivencia de la persona y las necesidades primarias inherentes a la persona humana, resulta problemática la exclusión de los privados de un título de residencia. Es cierto que dicha cuestión no se plantea por el recurrente, que impugnaba la exigencia de la *Carta di soggiorno* y no la exigencia de autorización de residencia en general.

En la *Sentenza n. 329 del 2011*, el juez proponente alegaba la vulneración tanto del principio de igualdad en conexión con los derechos constitucionales a la educación, a la salud y a la seguridad social; como del art. 117, párrafo primero, CI, en conexión con la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Citando la *Sentenza n. 187 del 2010*, la *Corte* destaca que la prestación de que se trata en este caso tiene una finalidad directamente reconducible a la salvaguardia de las exigencias de cuidado y asistencia de menores de edad con discapacidad pertenecientes a núcleos familiares vulnerables desde el punto de vista económico, y se encuentra destinada a proteger la salud y la integración social de estas personas. La *indennità di frequenza* se inscribe en un contexto marcado por finalidades sociales que implican bienes y valores de importancia primaria en el cuadro de los derechos fundamentales de la persona: tutela de la infancia, tutela de la salud, tutela de las personas discapacitadas, salvaguardia de condiciones de vida aceptables para el contexto familiar en que el menor se inserta.

La *Corte* considera irrazonable el requisito de la *Carta di soggiorno*, puesto que el plazo de cinco años exigido para su obtención condiciona la efectividad de los derechos implicados y resulta incompatible con los fines de la prestación. La disposición viola tanto el art. 117, párrafo primero, CI en conexión con el art. 14 CEDH; como el principio de igualdad del art. 3 CI y los derechos a la educación, a la salud y al trabajo. Esta Sentencia contiene un reenvío a la jurisprudencia del TEDH, refiriéndose con cierta exhaustividad las principales resoluciones del TEDH en materia de derechos sociales de los extranjeros y principio de igualdad.

En la *Sentenza n. 40 del 2013*, la Corte declara inconstitucional la exigencia de *Carta di soggiorno* para el acceso a determinadas prestaciones de invalidez. Fundamenta su decisión en los principios sentados en la jurisprudencia anterior, especialmente en la *Sentenza n. 329 del 2011*, reiterando, como en aquella sentencia, que “*ove si tratti [...] di provvidenze destinate al sostenimento della persona nonché alla salvaguardia di condizioni di vita accettabili per il contesto familiare in cui il disabile si trova inserito- qualsiasi discrimini fra cittadini e stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato, fondato su requisiti diversi da quelli previsti per la generalità dei soggetti, finisce per risultare in contrasto con il principio di non discriminazione di cui all’art. 14 della CEDU [...]*”.<sup>109</sup> Asimismo, considera que en casos que afectan sujetos aquejados por discapacidades fuertemente invalidantes, se ven implicados valores como la salvaguardia de la salud, el deber de solidaridad, el deber de asistencia a las familias... que privan de justificación cualquier régimen restrictivo frente a extranjeros “*legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato da tempo apprezzabile ed in modo non episodico*”.

La *Sentenza n. 22 del 2015*, aplicando la jurisprudencia hasta aquí expuesta, declara inconstitucional la exigencia de *Carta di soggiorno* para acceder a determinadas prestaciones para personas invidentes.

A la vista de la corriente jurisprudencial analizada, surgen algunas cuestiones problemáticas. La jurisprudencia constitucional italiana ha vinculado determinadas prestaciones de seguridad y asistencia social con el aseguramiento de condiciones existenciales compatibles con la dignidad de la persona humana, en casos no relacionados con extranjería (*Sentenza n. 382 del 1996*, referida a la *indennità di accompagnamento*, prestación por dependencia). La jurisprudencia constitucional que acabamos de analizar parece admitir que la situación migratoria del sujeto puede condicionar el acceso a dichas prestaciones (asumiendo que son los extranjeros en situación de residencia regular no episódica los que no pueden ser discriminados en este contexto). Aquí encontramos un problema: sólo algunos extranjeros (los que se encuentran en situación regular) pueden acceder a estas prestaciones encaminadas al aseguramiento de unas condiciones existenciales que aseguren la dignidad *de la persona*

---

<sup>109</sup> *Sentenza n. 40 del 2013, punto n. 5 del Considerato in diritto*. Énfasis añadido.



*humana*. La duda se plantea respecto de los extranjeros en situación irregular que se encuentran en territorio italiano.

## **VI. “Igualdad en los derechos inviolables”**

De la jurisprudencia de la *Corte costituzionale*, se deducen una serie de extremos. La *Corte* afirma la existencia de un núcleo mínimo de derechos fundamentales que corresponden también a los extranjeros. En relación con estos derechos fundamentales, la CI contiene un mandato de igualdad entre nacionales y extranjeros. Este mandato no se funda únicamente en el art. 3 CI, sino también en otros preceptos constitucionales. Surgen, al menos, dos cuestiones a la vista de este planteamiento. Por un lado, la relacionada con el funcionamiento del mandato de igualdad en este contexto. Por otro, la atinente a cuáles son los derechos fundamentales que se predicán también de los extranjeros.

En realidad, se trata de dos cuestiones que están interconectadas.

### **1. Igualdad-razonabilidad**

La pregunta acerca del significado, función y ámbito subjetivo del principio de igualdad es clave en el debate italiano acerca de la posición constitucional de los extranjeros.

Como ya se ha mencionado, parte de la doctrina, especialmente la más temprana y sobre todo la elaborada con anterioridad a las primeras *Sentenze* de la *Corte* en la materia, consideró que la dicción literal del art. 3 CI impedía la extensión del principio de igualdad a los extranjeros.

A partir del año 1967, existe doctrina jurisprudencial consolidada según la que, en el ámbito de los derechos y libertades de los que son titulares los extranjeros, rige el principio de igualdad.

La primera jurisprudencia constitucional aparentemente delimita el ámbito de aplicación del principio de igualdad a los extranjeros limitándolo a la esfera de los derechos de los que éstos son titulares (con el problema, al que enseguida nos

referiremos, de la determinación de cuáles son esos derechos). Sin embargo, como señala Losana con cita de abundante doctrina, un análisis de esa jurisprudencia permite matizar la afirmación tajante según la cual el principio de igualdad sólo entra en juego, respecto de los extranjeros, cuando se ven implicados derechos de la persona. La *Corte* ha enjuiciado normas dirigidas a extranjeros utilizando parámetros de igualdad-razonabilidad con independencia de la afectación o no de derechos de los que también son titulares los extranjeros.<sup>110</sup>

En este punto, resulta relevante tener en cuenta la diferenciación operada por doctrina científica y jurisprudencial italiana entre el juicio de igualdad y el juicio de razonabilidad (*vid. supra*). Se ha atribuido importancia a dicha diferencia en relación con el enjuiciamiento de la conformidad constitucional de regulaciones que afectan a extranjeros.

Según Pace, el principio de igualdad en sentido estricto no resulta aplicable a los extranjeros, pero sí lo es la razonabilidad-razonabilidad, como principio que afecta a todos los enunciados normativos con independencia de la nacionalidad del sujeto a que se dirija la disciplina.<sup>111</sup>

Esta interpretación no parece tener acogida entre el resto de la doctrina científica y jurisprudencial. Lo que sí es cierto, desde nuestro punto de vista, es que la jurisprudencia constitucional italiana no es del todo clara en la aplicación del parámetro igualdad-razonabilidad en el análisis de la legitimidad constitucional de las regulaciones dirigidas a extranjeros.

Algunos autores consideran que el principio de igualdad en sentido estricto se aplica cuando entran en juego derechos fundamentales de los que corresponden a nacionales y extranjeros. En el resto de casos, sería aplicable un juicio de no manifiesta irrazonabilidad.<sup>112</sup>

---

<sup>110</sup> M. Losana, ““Stranieri” e principio costituzionale... ob. cit. pp. 7-11.

<sup>111</sup> A. Pace, *Problematica*... ob. cit. pp. 316-317.

<sup>112</sup> C. Corsi, *Lo Stato*... ob. cit. pp. 124-125; Roberto Cherchi, “Il matrimonio dello straniero e l’uso dei precedenti non nazionali nel giudizio di legittimità costituzionale”, *Costituzionalismo.it* (1/2012) <http://www.costituzionalismo.it/articoli/411/> (a. 01-12-2016).

En cualquier caso, más allá de los debates acerca de la distinción entre los juicios de igualdad y razonabilidad, y de la aplicación de uno u otro juicio en cada caso, lo que resulta indiscutido es que el principio de igualdad no impone una identidad absoluta de tratamiento. Así, el principio de igualdad impone la existencia de una justificación de las diferencias, que debe reunir unas determinadas características. Este es el punto en el cuál se puede distinguir entre los diferentes niveles de escrutinio: un escrutinio estricto requerirá que la justificación reúna unas características más exigentes.

#### **A. Justificación de las diferencias entre nacionales y extranjeros. *Differenze di fatto***

La jurisprudencia constitucional italiana ha ido perfilando los criterios que permiten justificar una diferenciación o limitación en materia de derechos que afecte a los extranjeros.

Según la *Sentenza n. 120 del 1967*, la diferenciación es razonable cuando se funda en “*differenze di fatto che il legislatore può apprezzare e regolare nella sua discrezionalità*”. En concreto, la diferencia se justifica por la existencia de “*una basilare differenza esistente tra cittadino e straniero, consistente nella circostanza che, mentre il primo ha con lo Stato un rapporto di solito originario e comunque permanente, il secondo ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo*”. Un criterio útil para determinar la razonabilidad de la disposición es, en opinión de la *Corte*, que las valoraciones jurídicas de los hechos contenidas en la norma se encuentren en otros ordenamientos.

Así, la *Corte* considera en esta resolución dictada en 1967, que entre extranjeros y nacionales existen “diferencias de hecho” que justifican tratamientos normativos distintos también en el ámbito de los derechos y libertades que corresponden a nacionales y extranjeros. La cuestión es que estas “diferencias de hecho” entre nacional y extranjero son diferencias jurídicas, son consecuencia de normas, como se señala en la *Sentenza*. De acuerdo con la *Sentenza*, el legislador no goza de una discrecionalidad absoluta en las valoraciones jurídicas ligadas a diferencias de hecho que pueden justificar las diferencias en el ámbito de los derechos de la persona: debe tratarse de

valoraciones ligadas a esas diferencias de hecho, y que se encuentren en la generalidad de ordenamientos. Como señala Luciani, estas consideraciones parecen remitir a una suerte de “fisionomía standard” o natural del extranjero, válida en cualquier ordenamiento.<sup>113</sup>

En 1992, D’Orazio señalaba cómo, siendo cada vez menor la diferencia entre la categoría del ciudadano y la del nacional, *como consecuencia de la gradual extensión a los primeros de un conjunto de derechos inherentes a la persona*, la validez de la distinción se funda en un núcleo de situaciones subjetivas que son las que más estrictamente se refieren a la relación de pertenencia a un estado o a la exigencia de garantizar bienes esenciales como la seguridad o el orden público.<sup>114</sup>

Como se ha visto, la jurisprudencia constitucional de las últimas décadas ha incidido en la diferente posición de nacionales y extranjeros en relación a la entrada y permanencia en territorio italiano. Así, la no titularidad por los extranjeros de un derecho a entrar y permanecer en territorio italiano fundamenta un elevado grado de discrecionalidad estatal a la hora de regular dichos extremos, y funge como justificación en el juicio de razonabilidad de determinadas regulaciones. En la *Sentenza 62 del 1994*, la no titularidad por los extranjeros de un derecho de libre circulación a través de las fronteras del estado se hace descansar en la inexistencia de un vínculo ontológico con la comunidad nacional, y por tanto de un nexo jurídico constitutivo con el Estado italiano.

Por otro lado, cabe señalar la referencia en la jurisprudencia constitucional a los intereses públicos perseguidos con la regulación de la entrada y permanencia de extranjeros (poniendo como ejemplo: seguridad y salud públicas, orden público, obligaciones internacionales, política nacional de inmigración). El legislador, en palabras de la *Corte*, al dictar normas en materia de entrada y permanencia de extranjeros en territorio nacional, debe realizar una ponderación en la que tenga en cuenta los citados intereses públicos. Así, la vinculación entre esos intereses y la regulación de la entrada y permanencia aparece como un criterio que la *Corte* tiene en cuenta al enjuiciar la razonabilidad de normas en materia de extranjería.

---

<sup>113</sup> M. Luciani, “Cittadini e stranieri... ob. cit. p. 219.

<sup>114</sup> G. D’Orazio, *Lo straniero...* ob. cit. pp. 121-122.

## **B. Diferencias entre extranjeros**

Partiendo de las consideraciones anteriores sobre las diferencias entre nacionales y extranjeros, cabe plantear la cuestión acerca de la igualdad o diferencia *entre* extranjeros. Como se ha analizado, de la reciente jurisprudencia de la *Corte* en materia de derechos sociales, específicamente en relación con prestaciones de asistencia y seguridad social, parece poder deducirse que de la CI derivan distintas posiciones jurídicas para diferentes categorías de extranjeros.

En opinión de Grosso, la CI legitima un trato distinto en función de la “categoría” de extranjero a que pertenezca la persona. La CI reconoce posiciones jurídicas subjetivas también a los no nacionales, pero no reconoce las mismas posiciones a todos los no nacionales. De igual modo, la exigencia de aplicación del principio de igualdad con referencia a los nacionales varía en función del tipo de extranjero del que estemos hablando.<sup>115</sup>

Checcoli, en 2005, considera que a partir de la *Sentenza 252 del 2001*, la *Corte* utiliza un principio de graduación que no se basa en el concepto tradicional de nacionalidad, que sería incapaz de responder a la realidad contemporánea. Así, el sistema constitucional incluye *progresivamente* a sujetos externos, también en lo tocante a los derechos fundamentales.<sup>116</sup>

Las diferentes posiciones en que pueden encontrarse los extranjeros pueden tener que ver con su nacionalidad (caso de los extranjeros comunitarios, del que no nos ocupamos) o con su situación administrativa. Así, los extranjeros en situación regular en el territorio nacional se encuentran en una posición distinta, desde el punto de vista constitucional, de los extranjeros que pretenden entrar o residir en dicho territorio, y de aquellos en situación irregular.

---

<sup>115</sup> E. Grosso, “Straniero... ob. cit. pp. 159 y ss.

<sup>116</sup> Tiziano Checcoli, “La tutela del diritto alla salute degli immigrati nella giurisprudenza della *Corte* costituzionale ed il concetto di nucleo irriducibile del diritto”, en C. Calvieri (a cura di) *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Turín: Giappichelli, 2005, p. 314.

El posible problema de este tipo de razonamiento, que no es exclusivo del sistema italiano, está en que puede llegar a hacer depender la posición jurídico-constitucional del sujeto de los cambios legislativos en materia de entrada y permanencia de extranjeros. Ello nos lleva directamente a la cuestión de los requisitos constitucionales que este tipo de regulaciones debe cumplir. Tradicionalmente se ha considerado que los estados gozan de una potestad discrecional en materia de entrada y permanencia en el territorio. A día de hoy, como demuestra la jurisprudencia de la *Corte costituzionale*, el enjuiciamiento de las normas que tienen que ver con este extremo resulta especialmente deferente. Lo que no se tiene en cuenta es que son precisamente ese tipo de normas las que determinan la posición de la persona en relación con los derechos y libertades constitucionales. Esto nos lleva a un razonamiento, en cierto modo, circular: los extranjeros irregulares se encuentran en una posición constitucional distinta como consecuencia de lo establecido en las normas de extranjería; que son objeto de un escrutinio de constitucionalidad deferente como consecuencia de que los extranjeros en situación irregular están en una posición constitucional distinta.<sup>117</sup>

## **2. Núcleo mínimo de derechos**

La *Corte costituzionale* ha afirmado en su jurisprudencia que de la CI deriva un núcleo mínimo de derechos que corresponden también a los extranjeros. Es decir, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional en la materia, la CI reconoce determinadas posiciones jurídicas a todas las personas con independencia de su nacionalidad o situación administrativa. La *Sentenza n. 104 del 1969* asegura que corresponden al extranjero los “*diritti inviolabili dell’uomo*”, que coinciden con los “*diritti inviolabili della personalità*” y representan un *minus* respecto de la totalidad de derechos de libertad reconocidos al ciudadano.

---

<sup>117</sup> En relación a este tema, T. Checcoli, “La tutela... ob. cit. p. 314. L. Siracusa señala además que la adquisición y pérdida de la condición de inmigrante regular depende muy frecuentemente de requisitos de carácter económico, de la renta de la persona o la capacidad de conseguirla. Así, en su opinión, el disfrute de determinados derechos constitucionales se subordina así a condiciones económicas y sociales de la persona, en violación del art. 2 CI. L. Siracusa, “Il diritto penale dell’immigrato... ob. cit. p. 13.

El problema, como en el caso español, reside en las dificultades para determinar cuáles son esas posiciones jurídicas; a las que, además, se liga la aplicación del juicio estricto de igualdad en relación a los extranjeros.

En los trabajos de elaboración de la CI de 1948 se sugirió insertar una disposición que detallase los derechos de los extranjeros, lo que no tuvo lugar.<sup>118</sup> Asimismo, en 1988, se propuso la elaboración mediante ley constitucional de un catálogo de derechos reconocidos a todos por la CI, y de otro que la misma reserva únicamente a los ciudadanos.<sup>119</sup> Ninguna de estas propuestas fue aceptada.

Especialmente durante los años noventa, la doctrina italiana trató de determinar esos derechos inviolables del hombre que la Constitución reconoce a todas las personas con independencia de su nacionalidad.<sup>120</sup> M. Luciani ponía de manifiesto, en 1992, la falta de respuesta a dicho interrogante en la jurisprudencia de la *Corte*, que en su opinión, más que elaborar un *corpus* doctrinal claro y homogéneo, habría ido decidiendo en función del caso concreto. El autor elabora una lista de derechos que, desde su punto de vista, la CI garantiza a toda persona, atendiendo a la jurisprudencia constitucional emitida hasta ese momento. En muchas de las resoluciones citadas la *Corte* no se refería explícitamente a los derechos de los extranjeros: el autor enumera derechos respecto de los que aquélla ha afirmado que son *diritti inviolabili* del hombre, pero no en referencia a extranjeros.<sup>121</sup>

El núcleo mínimo de posiciones constitucionales garantizadas también a los extranjeros por la CI se ha vinculado al Derecho internacional y a exigencias vinculadas a la protección de la dignidad humana.

---

<sup>118</sup> F. Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza...* ob. cit. p. 25, nota 8; E. Grosso, “Straniero...” ob. cit.; M. Cuniberti, *La cittadinanza...* ob. cit. p. 132. Ponen de manifiesto que ello podría ser muestra de una preocupación de los constituyentes por la certeza de los preceptos constitucionales en relación a su ámbito subjetivo de aplicación.

<sup>119</sup> *Proposta di legge cost. n. 3361 del 15 de noviembre 1988.*

<sup>120</sup> A. Pace, “Dai diritti del cittadino...” ob. cit. p. 12 recoge y sistematiza diferentes aportaciones doctrinales.

<sup>121</sup> M. Luciani, “Cittadini e stranieri...” ob. cit. pp. 224 ss.

Durante el periodo comprendido entre la aprobación de la CI y las primeras sentencias constitucionales en la materia, la doctrina científica italiana recurrió al Derecho internacional para determinar los derechos y libertades de los extranjeros en Italia. Ello evidenció la inexistencia de un consenso supranacional sobre los criterios de equiparación de nacionales y extranjeros. A la vez se puso de manifiesto la existencia de un consenso en la necesidad de asegurar también a los no nacionales el disfrute de un mínimo de derechos. Un mínimo vinculado a la consideración del extranjero como sujeto de derecho, a los derechos inmediatamente derivados de la personalidad o a la protección de una esfera cuya vulneración supusiera el desconocimiento de la dignidad de la persona. La división tripartita de los derechos de la primera doctrina italiana remitió al consenso internacional y a la protección de una esfera mínima cuya vulneración suponía la de la dignidad de la persona humana.<sup>122</sup>

La *Corte costituzionale*, en su primera resolución al respecto, remitió a normas internacionales a la hora de determinar violación de alguno de los *diritti fondamentali dell'uomo* reconocidos constitucionalmente también a extranjeros. La *Sentenza n. 120 del 1967* negó la vulneración de *diritti fondamentali dell'uomo* tal y como resultan de determinados preceptos de la CEDH y de la DUDH.<sup>123</sup>

A lo largo de la jurisprudencia constitucional en materia de derechos y libertades de los extranjeros en Italia encontramos referencias a la protección de la dignidad humana, en conexión con la determinación de las posiciones jurídicas de derechos inviolables de las que también son titulares los extranjeros. Así, la *Sentenza n. 252 del 2001* afirma la necesidad de garantizar un *nucleo irriducibile* del derecho a la salud protegido por la CI como ámbito inviolable de la dignidad humana.

La jurisprudencia constitucional, en ocasiones, fundamenta la titularidad de determinadas posiciones jurídicas en normas de derecho internacional. Este es el caso de la *Sentenza n. 198 del 2000* en relación con la titularidad del derecho de defensa por los extranjeros.

---

<sup>122</sup> G. Baschieri, L. Bianchi D'Espinosa, C. Giannattasio, *La Costituzione...* ob. cit. pp. 41-43; C. Mortati, *Istituzioni...* ob. cit. pp. 913-917.

<sup>123</sup> *Sentenza n. 120 del 1967, punto n. 2 del Considerato in diritto.*



## **VII. Recapitulación**

La CI no contiene preceptos que determinen con certeza la posición constitucional de los no nacionales en relación con los derechos y libertades reconocidos.

Las doctrinas científica y jurisprudencial han elaborado diferentes interpretaciones de los preceptos constitucionales, con el objeto de determinar un criterio o conjunto de criterios que identifiquen la posición de los extranjeros en relación con los derechos y libertades garantizadas en la Constitución.

En Italia, prevalece la interpretación sistemática que ha visto en los arts. 2, 3 y 10, párrafo primero, CI, en conjunto con los preceptos que reconocen cada uno de los derechos y libertades, el grupo normativo que regula la titularidad de las posiciones jurídicas de derechos y libertades.

La primera doctrina científica italiana en la materia elaboró una clasificación tripartita de los derechos en relación con los extranjeros, basándose en el Derecho internacional, que recuerda a la división tripartita de los derechos presente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Esta primera doctrina señaló algunos puntos problemáticos de la clasificación, matizándolos.

La *Corte costituzionale* italiana no acogió expresamente la citada división. Las primeras resoluciones en la materia establecen una serie de criterios a los que las doctrinas científica y jurisprudencial italianas siguen haciendo referencia a día de hoy, bosquejando un armazón sobre el que se construyen las resoluciones posteriores de la *Corte*. Dicho armazón, con algunos problemas de solidez y consistencia, se basa en el juego entre principio de igualdad y derechos inviolables: el principio de igualdad rige, cuando se trata de extranjeros, sólo en relación con un núcleo mínimo de derechos de los que también son titulares los extranjeros.

Las cuestiones problemáticas que surgen tienen que ver tanto con el funcionamiento del principio de igualdad como con la determinación del núcleo de derechos de los que también son titulares los extranjeros. Se trata de problemas irresueltos, que no sólo se presentan en relación con los extranjeros, y que han estado

presentes en el debate constitucional italiano a lo largo de la vigencia de la actual Constitución.

La *Corte* no propone una lista cerrada de derechos y libertades constitucionales de los que también sean titulares los extranjeros. Es posible, analizando su jurisprudencia, elaborar un elenco de posiciones constitucionales que se han reconocido a extranjeros y que se han utilizado como canon de enjuiciamiento de la legitimidad constitucional de diferentes regulaciones.

Atendiendo a todo ello, enumeramos el elenco de posiciones jurídicas que la CI garantiza, también, a los extranjeros con independencia de su situación administrativa: 1) prohibición de la pena de muerte: la prohibición de la pena de muerte del art. 27 CI protege también a los extranjeros hasta el punto de condicionar la competencia estatal para extraditar a una persona; 2) *nucleo irreducibile* del derecho a la salud; 3) derecho a la defensa; 4) derecho a la libertad personal; 5) garantías penales; 6) libertad de contraer matrimonio; 7) protección de la familia; 8) protección del menor de edad.

La igualdad y la razonabilidad se han utilizado como criterios de enjuiciamiento de la constitucionalidad de regulaciones que afectan a extranjeros. La *Corte*, en aplicación de estos principios, ha buscado la justificación de las diferencias o regulaciones enjuiciadas. En este sentido, puede apreciarse una evolución en la apreciación de la existencia de justificaciones constitucionalmente aceptables. En un primer momento, la *Corte* se refirió a la existencia de *differenze di fatto* (diferencias de hecho) entre nacionales y extranjeros, en relación con la valoración jurídica de la diferente relación con el territorio de unos y otros. Posteriormente, determinadas regulaciones se han justificado en la potestad estatal de regular la entrada, permanencia y alejamiento de extranjeros, que se ha vinculado a la protección de bienes constitucionales como el orden o la salud pública. La *Corte* ha entendido que es necesario realizar una ponderación razonable entre los intereses protegidos mediante el control de flujos migratorios y otros intereses públicos a proteger, sin que en ningún caso pueda ser vulnerado un núcleo mínimo de derechos. Ese mínimo invulnerable no siempre es concretado de forma coherente o consistente.

En relación con la influencia de las normas de la CEDH y las sentencias del TEDH en la jurisprudencia constitucional italiana en la materia, cabe destacar la

modificación constitucional del año 2001. Dos resoluciones constitucionales del año 2007 interpretan determinadas normas constitucionales introducidas en dicha reforma, acabando con la ambigüedad hasta entonces existente en el sistema constitucional italiano en materia de tratados internacionales, especialmente de la CEDH. Así, las normas CEDH, tal y como son interpretadas por el TEDH, son parámetro de constitucionalidad interpuesto en el sistema italiano. En relación con ello, varias sentencias constitucionales han declarado la inconstitucionalidad de normas afectando a extranjeros por vulnerar artículos de la CEDH tal y como han sido interpretados por el TEDH.

Cabe distinguir diferentes líneas en la jurisprudencia constitucional en la materia. Así, es interesante distinguir el conjunto de sentencias que se han ocupado de los derechos de los extranjeros en relación con normativas sobre (o que afectaban) a la entrada y permanencia en territorio nacional. También cabe llamar la atención acerca de otras que han tratado la posición constitucional de extranjeros residentes regulares con una cierta estabilidad en Italia.

En el primer caso, la *Corte* ha enjuiciado las regulaciones impugnadas desde el punto de vista de su no manifiesta irrazonabilidad. El contenido mínimo de los derechos fundamentales entra en juego en alguna ocasión determinando la inconstitucionalidad de la norma enjuiciada.

En el segundo caso, la *Corte* realiza un juicio de razonabilidad o proporcionalidad de las medidas. No se centra en el contenido mínimo de derechos, sino en la justificación de las normas, realizando en ocasiones juicios de proporcionalidad en sentido estricto. Encontramos referencia a derechos y libertades en estas resoluciones, pero más bien aparecen como términos de la ponderación que conllevan la exigencia de una fundamentación más estricta de las regulaciones enjuiciadas.

Al igual que sucede en el caso español, son habituales referencias a la dignidad humana en las doctrinas científica y jurisprudencial italianas. Frecuentemente en relación con la determinación del núcleo mínimo de derechos que debe reconocerse a toda persona. Pero también, y esto resulta interesante y explicable a la luz de la referencia de la Constitución italiana a la *pari dignità sociale*, en relación con

posiciones que no se predicán por la *Corte* de toda persona, sino que se refieren a extranjeros en situación regular con una cierta estabilidad.

Muchos de los problemas que aparecen en el ordenamiento jurídico italiano son comunes con los que identificaremos en el sistema constitucional español. Asimismo, la influencia de las normas de derecho internacional es similar en ambos sistemas, a pesar de las particularidades que el caso italiano puede presentar en relación al sistema CEDH.

El armazón básico sobre el que se forja la jurisprudencia constitucional en la materia recuerda tanto al español como al construido en el sistema CEDH. Se garantizan una serie de posiciones jurídicas que se vinculan a la protección de la dignidad de la persona humana, a la condición de persona humana, al *status* de sujeto de derecho que no puede negarse a ningún ser humano. A partir de aquí, surge una gradación de posiciones jurídicas en cuya protección, en ocasiones, juega un papel la situación administrativa del extranjero. En este punto, son relevantes los juicios de igualdad y razonabilidad, y la determinación de la existencia o no de una justificación razonable para la diferencia o regulación que eventualmente incide sobre posiciones jurídicas presentes en las constituciones o el CEDH.

## CAPÍTULO 5º

### **LA POSICIÓN *IUSFUNDAMENTAL* DE LOS EXTRANJEROS EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

#### **I. Introducción**

Las páginas que siguen identifican los nodos del problema de la posición *iusfundamental* de los extranjeros en España, mostrando su relación con cuestiones centrales que también surgen en otros contextos normativos y jurisprudenciales como el italiano. Ello permitirá apreciar con claridad la influencia de los tratados y órganos internacionales y supranacionales en materia de derechos humanos, especialmente de la jurisprudencia del TEDH estudiada.

Para ello, partiendo del elenco de las disposiciones constitucionales relevantes y los problemas interpretativos que plantean (epígrafe II), más el debate doctrinal y jurisprudencial planteado en España (epígrafe III), trataremos la jurisprudencia constitucional en la materia (epígrafe IV). Se identifican aquellas sentencias, o grupos de sentencias, claves en la materia.

Ello permitirá una reconstrucción de las argumentaciones avanzadas por el Tribunal Constitucional, para observar los aspectos y problemas comunes con la jurisprudencia del TEDH, así como con la jurisprudencia italiana sobre la posición *iusfundamental* de los extranjeros en dicho sistema constitucional.

## **II. La posición *iusfundamental* de los no nacionales en España. Marco constitucional**

La CE, al igual que otras constituciones como la italiana, no ofrece un marco normativo que determine con certeza la posición *iusfundamental* de no nacionales.

La CE contiene varias normas que abordan la regulación de la materia, directa o indirectamente.<sup>1</sup> Así, contiene un precepto encaminado específicamente a regular la situación del citado colectivo en relación con los derechos fundamentales (art. 13, párrafos 1 y 2 CE) que sin embargo suscita múltiples dificultades interpretativas, como enseguida veremos.

Por otra parte, debe prestarse atención a los preceptos concretos encargados de la regulación de cada uno de los derechos fundamentales garantizados por la CE.

Este panorama normativo no estaría completo sin la referencia a otras determinaciones constitucionales a tener en cuenta. Entre ellas, cabe citar privilegiadamente el art. 10 CE en sus dos apartados, que contienen 1) la referencia a la dignidad de la persona como fundamento del orden político y la paz social, y 2) la atribución de una función interpretadora a los Tratados Internacionales ratificados por España en materia de derechos y libertades.

Prestaremos atención en primer lugar al precepto referido específicamente a la situación de los no nacionales. Se trata, como hemos dicho, del art. 13 CE, en sus dos primeros párrafos.

En su primer párrafo, este artículo determina que los extranjeros “gozarán” de las “libertades públicas” del Título I “en los términos que establezcan los tratados y la ley”. Su párrafo segundo restringe expresamente a los españoles la titularidad de los derechos del art. 23 CE, salvo determinadas excepciones.

---

<sup>1</sup> Cruz Villalón diferencia entre los “datos concretos” que proporciona la Constitución en relación con la posición constitucional de los extranjeros (art. 13.1 y 2 CE y preceptos reguladores de cada derecho fundamental) y los “datos generales” con trascendencia en la materia (sustancialmente, los contenidos en el art. 10 CE). Pedro Cruz Villalón, “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas”, *REDC*, núm. 35 (1992), pp. 64 y ss.

El precepto plantea dificultades interpretativas, señaladas por la doctrina científica. Comenzando por el significado que se quiso dar al término “libertades públicas”, pasando por el alcance del verbo “gozarán”, y finalizando por el sentido de la remisión a los tratados y la ley.<sup>2</sup>

Durante los primeros años de vigencia de la CE, buena parte de la doctrina científica española quiso ver en el art. 13 CE una *desconstitucionalización* de los derechos de los extranjeros, postura que, como se verá, no fue acogida por el TC.<sup>3</sup> Otros autores, durante esta misma época, adoptaron posiciones distintas.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> La doctrina científica se ha referido de forma constante a dichas dificultades interpretativas. Así, tempranamente, P. Cruz Villalón, “Dos cuestiones... ob. cit. p. 64. Goig Martínez señala algunas de las principales dificultades interpretativas que plantea el art. 13 CE, puestas de manifiesto por doctrina y jurisprudencia a lo largo de la vigencia de la CE: Juan Manuel Goig Martínez, *Multiculturalidad, integración y derechos de los inmigrantes en España*, Madrid: Dykinson, 2015, pp. 120-126. En sentido similar, Luis E. Delgado del Rincón, “Globalización y extranjería. A propósito de la integración social de los inmigrantes a través de los derechos de acceso a la educación y a la sanidad”, en Fernando Reviriego Picón (coord.) *Constitución y globalización. Transformaciones del Estado constitucional*, Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad, 2013, pp. 202 y las obras allí citadas.

<sup>3</sup> A este respecto, *vid.* M<sup>a</sup> del Camino Vidal Fueyo, *Constitución y extranjería*, Madrid: CEPC, 2002, pp. 40-43. Entre los autores que defendieron esta postura, Gregorio Peces Barba, “Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 2 (1978-1981), p. 41; José Luis Piñar Mañas, “El derecho a la libertad de residencia y circulación de los extranjeros en territorio nacional”, *RAP*, núm. 93 (1980), p. 26; Elisa Pérez Vera, “Comentario al art. 13.1 CE”, en Oscar Alzaga Villaamil (dir.) *Comentarios a las Leyes Políticas del Estado* (tomo II), Madrid: Edersa, 1984, p. 234. Respecto de este último trabajo, como señala Vidal Fueyo, en una nueva edición de la obra revisada de 1997 la autora ya no habla de *desconstitucionalización*.

<sup>4</sup> En este sentido, puede citarse José Manuel Serrano Alberca, “Comentario al art. 13.1 CE”, en Fernando Garrido Falla (dir.), *Comentarios a la Constitución española*, Madrid: Civitas, 1985, p. 217 y ss. De acuerdo con este último autor, la regulación concreta de los derechos y libertades de los que por mandato de la Constitución gozan los extranjeros, debe respetar los siguientes límites y garantías: 1) mantenimiento del estándar mínimo reconocido en el Derecho Internacional común y en las declaraciones internacionales a las que se refiere el art. 10.2 CE; 2) garantía del contenido esencial del art. 53.1 CE; 3) posibilidad de interponer recurso de amparo frente a la vulneración de los derechos comprendidos en la Sección primera del Capítulo segundo.

El TS, ya en vigor la CE de 1978 y antes de la emisión de las primeras resoluciones del TC en la materia y la elaboración de la primera ley de extranjería de la democracia, *Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España* (LOEx 7/1985), se mostró vacilante. En ocasiones, el TS sostuvo que los extranjeros son titulares de derechos fundamentales sin referenciar el art. 13.1 CE, mientras en otras remitía a dicho precepto como fundamentador de las posiciones jurídicas *iusfundamentales* que reconocía a los extranjeros. La referencia a los tratados internacionales de derechos humanos es muy frecuente, sin que quede claro el papel que están llamados a desempeñar.<sup>5</sup>

Especialmente a partir del año 2000, se extendió en España una postura doctrinal en relación con el significado y función del art. 13 CE que queremos traer a colación. De acuerdo con estas posiciones, el artículo 13 CE no estaría llamado a jugar un papel fundamental en la determinación del estatuto jurídico del extranjero: serían los preceptos constitucionales reguladores de cada uno de los derechos y libertades constitucionales –interpretados de acuerdo con los tratados internacionales en materia de derechos y libertades ratificados por España (art. 10.2 CE)- los que permitirían determinar la posición de los no nacionales en relación con cada derecho fundamental. El art. 13.1 CE jugaría un papel distinto: habilitar la extensión de derechos fundamentales que en principio no se reconocen a los extranjeros.<sup>6</sup> En la jurisprudencia constitucional, encontramos un eco de esta postura en la STC 72/2005/5.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Al respecto: I. Borrajo Iniesta, “El status constitucional... ob. cit. *passim*, esp. pp. 708-711; C. Vidal Fueyo, *Constitución...* ob. cit. pp. 45-51; en J. L. Piñar Mañas, “El derecho... ob. cit. se contiene un análisis de dos sentencias del TS dictadas durante esta época en relación con la libertad de circulación de los extranjeros.

<sup>6</sup> M<sup>a</sup> Camino Vidal Fueyo, “Los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en la CE”, en Eliseo Aja, *Los derechos de los inmigrantes en España*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009, pp. 30, 34; Sonia García Vázquez y Juana Goizueta Vértiz, “Un análisis en clave constitucional del régimen jurídico de los extranjeros en España: especial referencia al derecho a la libertad de circulación y residencia”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. vol. 11 (2007), p. 261; C. Vidal Fueyo, *Constitución...* ob. cit. pp. 68, 70-72, 96-98, 106-108.

<sup>7</sup> Al afirmar: “[e]l art. 13.1 CE [...] a) no se refiere a la totalidad de los derechos de los extranjeros en España, sino sólo a los derechos fundamentales; y b) dentro de éstos no recoge todos sus derechos fundamentales sino principalmente aquéllos que, previstos para los españoles –los de los arts.



En relación con otras interpretaciones del art. 13 CE, se analizarán *infra* en el marco del análisis de la doctrina y jurisprudencia constitucional. Baste ahora señalar que la doctrina científica reciente y la jurisprudencia constitucional han considerado que el art. 13 CE no determina una *desconstitucionalización* de los derechos de los no nacionales.

En cuanto a los preceptos constitucionales relativos a cada uno de los derechos fundamentales, encontramos una amplia gama de referencias subjetivas. En ocasiones, parecen vincular el derecho o libertad a la condición de español. En otros casos, el derecho o libertad se predica de “todos”; o se recoge de manera impersonal.

Así, el art. 14 CE, al comienzo del Capítulo II del Título I parece relacionar el principio de igualdad con la condición de español.<sup>8</sup>

Dentro de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, la mayoría de los preceptos no aluden a la condición de español. Bien utilizan la expresión “todos” o “toda persona” estableciendo a continuación el derecho; o se refieren a todos (“nadie”) para establecer una prohibición de actuación; o, en otros casos, se proclaman de modo impersonal. Este es el caso de los artículos que regulan los derechos a la vida y a la integridad física (art. 15 CE); la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16 CE); el derecho a la libertad y la seguridad (art. 17 CE); los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y la propia imagen, la inviolabilidad de domicilio y el secreto de las comunicaciones (art. 18 CE); las libertades de expresión; artística, científica y técnica; de cátedra; y de información (art. 20 CE); el derecho de reunión (art. 21 CE); el derecho de asociación (art. 22 CE); el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE); la irretroactividad de la disposiciones sancionadoras; la orientación de la pena; la prohibición de que la Administración civil imponga sanciones que impliquen privación de libertad (art. 25

---

19, 23, etc.- el art. 13.1 CE extiende a los extranjeros en España, pues buena parte de los demás –derecho a la vida, libertad religiosa, libertad personal, tutela judicial efectiva, etc.- corresponden a aquéllos sin necesidad de la extensión que opera el art. 13.1 CE, es decir, sin necesidad de tratado o ley que lo establezca”.

<sup>8</sup> Volveremos a ello a lo largo del presente capítulo.

CE); la prohibición de los tribunales de honor (art. 26 CE); el derecho a la educación (art. 27 CE); o los derechos sindicales (art. 28 CE).

En esta Sección, únicamente los artículos 18.4 CE (limitación del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos), 19 CE (libertad de residencia y circulación, y de entrada y salida del territorio nacional), 23 CE (sufragio activo y pasivo, acceso a las funciones públicas) y 29 CE (derecho de petición) contienen referencias a la condición de español o a la de ciudadano.

En la Sección 2ª, “De los derechos y deberes de *los ciudadanos*”,<sup>9</sup> los artículos relativos al derecho y deber de defender España (art. 30 CE), al derecho al trabajo (art. 35 CE), se refieren explícitamente a los españoles. El resto de derechos proclamados, o hacen referencia a todos; o se proclaman de modo impersonal; o de sujetos respecto de los que no es relevante la nacionalidad, caso de “el hombre y la mujer” (derecho a contraer matrimonio) en el art. 32 CE.

En cuanto al Capítulo III del Título I, “De los principios rectores de la política social y económica”, mencionarán explícitamente la condición de español el art. 42 CE, referido a la protección de los trabajadores españoles en el extranjero y el art. 47 CE en materia de vivienda. El art. 41 CE proclama el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos. También aluden a los ciudadanos el art. 49 CE, referido a la protección de los discapacitados y el art. 50 CE, en materia de protección de la tercera edad. El resto de preceptos, bien recurren al genérico “todos”, bien acuden al modo impersonal, bien, finalmente, hacen referencia a sujetos específicos respecto de los que no es relevante la nacionalidad (por ejemplo, a “los hijos” en el art. 39 CE).

Las doctrinas científica mayoritaria y constitucional han considerado que la dicción literal de cada uno de estos preceptos que establecen derechos fundamentales no resulta concluyente, al menos por sí sola, para determinar el alcance subjetivo de tales derechos.

---

<sup>9</sup> Énfasis añadido.

En el ámbito doctrinal, autorizada doctrina científica española ha señalado repetidamente las deficiencias del lenguaje jurídico de que adolece nuestro texto constitucional, especialmente en materia de derechos fundamentales.<sup>10</sup> A ello se suma la necesidad de una interpretación sistemática de los preceptos constitucionales. Ello lleva a la interpretación anteriormente señalada: la referencia en un precepto *iusfundamental* a la condición de ciudadano o español no determina *de manera inequívoca* quiénes sean sus titulares.<sup>11</sup> Sin embargo, otras posturas, a las que se hizo referencia *supra*, otorgan un peso importante a la dicción literal de los preceptos constitucionales reconocedores de los derechos y libertades concretas.<sup>12</sup>

La jurisprudencia constitucional, como se verá a lo largo de los siguientes apartados, no siempre ha considerado determinante a este respecto la dicción literal de los preceptos *iusfundamentales*.

Así pues, doctrinas científica y jurisprudencial han considerado que ni el art. 13 CE determina una *desconstitucionalización* de los derechos de los no nacionales, ni el tenor literal de cada uno de los preceptos *iusfundamentales* resulta concluyente en orden a su titularidad. Estas afirmaciones se basan, principalmente, en una interpretación

---

<sup>10</sup> J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales...* ob. cit. pp. 17-19.

<sup>11</sup> C. Vidal Fueyo, *Constitución...* ob. cit. pp. 70-71.

<sup>12</sup> Borrajo, en 1991, realiza una clasificación de los derechos y libertades constitucionales en relación a los extranjeros basada en el tenor literal de los preceptos. Como señala este autor, es significativo observar el contenido de los derechos. Entre los que la Constitución atribuye a los españoles o a los ciudadanos, distingue varios tipos: 1) “derechos medulares de la ciudadanía” (de participación política, de acceso a cargos y funciones públicas, y derecho-deber de defender España); 2) beneficios derivados de la Hacienda pública; 3) derecho a la igualdad, deber y derecho a trabajar y libertad de circulación. En relación con los que se constitucionalizan en términos impersonales, considera que es posible una interpretación amplia o estricta “en función del concreto ejercicio y derecho implicados en el contenido y finalidad de la actividad realizada en cada hipótesis concreta. I. Borrajo, “El status constitucional... ob. cit. pp. 699-701. En R. Jover Gómez-Ferrer, C. Ortega Carballo y S. Ripol Carulla, *Derechos fundamentales...* ob. cit. pp. 69-70 se recoge esta clasificación, entendiendo que “muestra que la Constitución española distingue entre nacionales y no nacionales en atención a la naturaleza del derecho o libertad en cuestión abstractamente considerada” y que el criterio habría sido empleado por el TC para determinar el *status* constitucional del extranjero. También considera determinante la literalidad de los preceptos constitucionales P. Cruz Villalón, “Dos cuestiones... ob. cit. pp. 71-72.

sistemática de la CE que exige tener en cuenta el resto de las determinaciones constitucionales, así como las normas internacionales en materia de derechos humanos.

Otros preceptos constitucionales, como el art. 10 CE, han jugado un papel determinante en las interpretaciones doctrinales acerca del ámbito subjetivo de los derechos fundamentales.

El art. 10.2 CE contiene un mandato de interpretación de los derechos y libertades garantizados en la CE “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Por otra parte, el art. 96 CE garantiza la vigencia de los tratados internacionales celebrados por España.

Asimismo, el art. 10.1 CE, como se verá a lo largo de los siguientes apartados, está llamado a jugar un papel importante en la determinación de la posición *iusfundamental* de los extranjeros en la CE, en cuando incorpora, como fundamentos del orden político y de la paz social, la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad.

De modo que, como ya se ha reiterado, el TC no acogió la tesis que deducía del art. 13 CE una *desconstitucionalización* de los derechos de los extranjeros. Y tampoco se ciñe a la dicción literal de los preceptos que contienen normas de derecho fundamental. Así, al igual que en otros sistemas constitucionales, en el referido marco de falta de certeza del texto constitucional español en la determinación de la posición *iusfundamental* de los extranjeros, el TC ha sido llamado a asumir un papel central en la delimitación del ámbito subjetivo de los derechos fundamentales. En los diversos casos planteados a este respecto, el TC acude a una interpretación sistemática de la CE.

Suelen señalarse las SSTC 107/1984 y 115/1987 como aquellas que sientan los cimientos de la construcción jurisprudencial del TC. A lo largo de las siguientes páginas, ensayaremos una sistematización de las principales líneas doctrinales elaboradas por el TC en materia de derechos fundamentales de no nacionales. Pondremos de manifiesto los principales problemas de consistencia detectados, y propondremos una reconstrucción de las argumentaciones y modelos de *ratio decidendi* empleados por el Tribunal.

### **III. Doctrina científica y jurisprudencial sobre derechos fundamentales y extranjeros**

#### **1. Los derechos de los extranjeros en la CE**

En la primera Sentencia en que el TC aborda el régimen constitucional de derechos de los extranjeros en España, la STC 107/1984,<sup>13</sup> niega expresamente las tesis que habían querido ver en el art. 13.1 CE una *desconstitucionalización* de los derechos de los extranjeros.<sup>14</sup> Así, de acuerdo con esta resolución “los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados –dentro de su específica regulación- de la protección constitucional [...]”. A continuación afirma el TC que “todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido [son] derechos de configuración legal”.<sup>15</sup> Esta expresión enseguida es matizada por el Tribunal introduciendo la denominada teoría tripartita, en la que nos detendremos en epígrafes posteriores (*vid. infra*).

De modo que la STC 107/1984, tras negar las tesis que habían querido ver en el art. 13.1 CE una *desconstitucionalización* de los derechos de los extranjeros, afirma que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo “derechos constitucionales”. Sin embargo, en esta primera resolución el Tribunal no habla de

---

<sup>13</sup> Hay una sentencia previa, STC 11/1983, en relación con derechos fundamentales y extranjeros. En ella el Tribunal resuelve el amparo presentado por un extranjero alegando la vulneración del art. 24 CE. El TC admite el recurso de amparo a pesar de la referencia del art. 53.2 CE a “los ciudadanos”, y no realiza comentario alguno sobre el régimen jurídico-constitucional de los extranjeros en España, dando por supuesta la titularidad por el recurrente de los derechos del art. 24 CE. Esta Sentencia también niega en la práctica la tesis de la *desconstitucionalización* de los derechos de los extranjeros, e incluso parece poder extraerse de ella la afirmación de que determinadas posiciones jurídicas garantizadas a los extranjeros por la Constitución derivan de las normas *iusfundamentales*. Como señala Borrajo, en la STC 107/1984, el recurrido había alegado la inaplicabilidad de los derechos fundamentales a los extranjeros, negando que los extranjeros pudieran alegar en su defensa la CE. Ello habría forzado al TC a pronunciarse expresamente sobre la posición constitucional de los extranjeros. I. Borrajo Iniesta, “El status constitucional... ob. cit. p. 713.

<sup>14</sup> Afirmando explícitamente que “[n]o supone [...] tal previsión que se haya desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas” (STC 107/1984/3).

<sup>15</sup> STC 107/1984/3

derechos fundamentales de los extranjeros. Aunque asegura que estas posiciones jurídicas se encuentran dotadas, *dentro de su configuración específica* (recordemos que en esta primera resolución, se afirma que todos los derechos reconocidos a los extranjeros son derechos de configuración legal) de protección constitucional.<sup>16</sup>

Como se verá, de acuerdo con la clasificación tripartita de los derechos de los extranjeros, del art. 10.1 CE deriva la obligación para el legislador de no tomar en cuenta el criterio de la nacionalidad a la hora de modular el ejercicio de determinados derechos. Estos derechos, que son aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, corresponden a los extranjeros “por mandato constitucional”. Sin embargo, en esta primera resolución, el fundamento del reconocimiento de esas posiciones jurídicas a los extranjeros (cuya regulación y limitación deberá realizarse en condiciones de igualdad con los españoles) no se sitúa claramente en los preceptos *iusfundamentales*, y los derechos que la CE garantiza a los extranjeros no se caracterizan como derechos fundamentales.<sup>16</sup>

Sin embargo, hay que tener en cuenta que esta Sentencia trae causa de un recurso de amparo, cuyo objeto es la protección de los derechos y libertades reconocidos en los arts. 14 a 29 de la Constitución. El Tribunal (al igual que en la STC 11/1983), no pone en duda este presupuesto de admisibilidad del amparo.<sup>17</sup>

Posteriores Sentencias del Tribunal, sí hablan de derechos fundamentales en relación con los extranjeros.

---

<sup>16</sup> En sentido contrario, I. Borrajo Iniesta, “El status constitucional... ob. cit. p. 714.

<sup>17</sup> En ATC 182/1985, el TC “a mayor abundamiento” (pues el recurso había sido ya resuelto en base a otros fundamentos) declara que el art. 19 CE establece el derecho *de los españoles* a elegir libremente su residencia y a circular libremente por el territorio nacional, así como entrar y salir libremente de España en los términos legalmente previstos. Por ello, el precepto no guarda relación con las cuestiones discutidas en el recurso de amparo, que tiene su origen en medidas (expulsión y denegación de entrada) “que, en su caso, afectarían al régimen de extranjería establecido por el art. 13 de la Constitución y, en consecuencia, *serían materia ajena al ámbito de protección del recurso de amparo*”. Énfasis añadido. Esta línea doctrinal habría permitido la inadmisión de amparos sobre la base de denegar la condición de fundamentales a derechos y libertades alegados por los extranjeros (aun coincidentes con posiciones *iusfundamentales*).

La STC 99/1985, apoyándose en la división de los derechos de los extranjeros realizada en la STC 107/1984, se refiere ya a derechos fundamentales en relación con los extranjeros. Así, en su fundamento jurídico 2, habla de *derechos fundamentales* que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano. Se juzga la actuación impugnada en este recurso de amparo desde el punto de vista de su conformidad al *derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*.<sup>18</sup>

A partir de esta resolución, va a ser común la referencia en jurisprudencia y doctrina a los derechos fundamentales en relación con los extranjeros, considerándose así que los derechos que la CE garantiza a los miembros de este colectivo son derechos fundamentales.

Desde nuestro punto de vista, aquí residiría una de las claves del problema constitucional que se plantea en relación con la posición *iusfundamental* de los extranjeros en España (pero también en otros ordenamientos constitucionales como el italiano). De los preceptos constitucionales puede deducirse la garantía de una serie de posiciones jurídicas subjetivas de los extranjeros. Ello es claro. La pregunta es si estas posiciones jurídicas son posiciones jurídicas *iusfundamentales*, derivadas de los preceptos que establecen normas de derecho fundamental y encontrándose protegidas, por tanto, por todas las garantías *iusfundamentales* que las doctrinas científica y jurisprudencial han deducido de las normas constitucionales.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> STC 99/1985/2. Énfasis añadido.

<sup>19</sup> Rubio Llorente, en 1998 y en línea con las consideraciones avanzadas en el VP a la STC 115/1987, afirma que la jurisprudencia constitucional “*ne tient pas compte, sur des point essentiels, des conséquences tirées du fait que ce sont les traités et non le texte constitutionnel que définissent le contenu minimum des droits fondamentaux des étrangers*”. Este autor considera que el contenido a proteger es el contenido mínimo deducible de los tratados internacionales y no el contenido esencial predicable de los derechos fundamentales cuando los titulares son españoles. Hay que señalar, en todo caso, que este autor se refiere en este trabajo a *droits fondamentaux* de los extranjeros, señalando que, en lo tocante a los derechos imprescindibles para la dignidad humana, los extranjeros gozan de los mismos derechos, y basados en el mismo título, que los españoles. Francisco Rubio Llorente, “Les droits et libertés des étrangers en situation irrégulière”, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. XIV (1998) *passim* (cita textual. p. 173). Énfasis añadido.

O bien se trata de posiciones jurídicas subjetivas, garantizadas a los extranjeros, muchas veces coincidentes desde el punto de vista de su contenido con posiciones *iusfundamentales*, en ocasiones en igualdad de condiciones con los nacionales, como consecuencia de otras normas constitucionales. Entre ellas se encontrarían las que, como el art. 13 CE, remiten a los tratados internacionales la regulación de las condiciones en que los extranjeros gozan de las “libertades públicas”; las que como el art. 10.2 CE remiten a los tratados internacionales en materia de derechos humanos para la interpretación de los derechos y libertades constitucionales; o las que, como el art. 10.1 CE, colocan en una posición suprema la dignidad de la persona humana y los derechos inviolables que le son inherentes. Estos preceptos constitucionales impiden que el legislador coloque a los extranjeros en una posición en que no se respeten determinadas posiciones *imprescindibles para la garantía de la dignidad humana*, o no se acojan los derechos y libertades que los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por España les reconocen.<sup>20</sup>

Adelantamos que la doctrina constitucional ha optado claramente por la primera de las opciones. La garantía de posiciones jurídicas subjetivas a los extranjeros se hace derivar de los preceptos *iusfundamentales*, y el examen de doctrina y jurisprudencia nos revela un esfuerzo por dotar de coherencia y consistencia a esta posición, aplicando las garantías *iusfundamentales* a los derechos de los extranjeros en España, a la vez que se respeta la posición diferenciada en que el constituyente colocó a los no nacionales.

---

<sup>20</sup> Serrano Alberca, en 1985 y tras exponer una serie de consideraciones relativas al estándar mínimo internacional de derechos reconocido a los extranjeros en Derecho internacional público, afirmaba, respecto del art. 13.1 CE que “lo más importante de él consiste en garantizar el *standard mínimo* de derechos reconocidos en las normas internacionales comunes”. J. M. Serrano Alberca, “Comentario... ob. cit. p. 217. Borrajo, considerando que los extranjeros sí son titulares de posiciones *iusfundamentales*, basa dicha titularidad en estos dos extremos. Afirma: “[e]l fundamento de tal posición no puede ser el art. 13.1 [...] La apoyatura para consolidar determinados derechos, los consustanciales a la dignidad humana, frente al albedrío legislativo, ha de provenir: a) ya del régimen singular de tales derechos fundamentales; b) ya del Derecho internacional asumido por España, que, al establecer un mínimo común de derechos humanos, no solamente vincularía a los legisladores españoles, sino que encontraría reflejo en la Constitución [por las vías de los arts. 10.2 y 13.1 CE]”. I. Borrajo, “El status constitucional... ob. cit. pp. 765.



Como se ha visto *supra*, los sistemas de derechos fundamentales contemporáneos surgen y se consolidan, en una larga y lenta evolución, a partir de una serie de categorías que provienen de las primeras revoluciones liberales y sus fundamentos filosófico-políticos. Estas categorías han experimentado, y siguen experimentando, cambios profundos. Los sistemas *iusfundamentales* contemporáneos nacen ligados a la vinculación nacionalidad-ciudadanía-derechos fundamentales. Pero en el mismo momento de su consolidación, tal relación comienza a ser cuestionada, como consecuencia entre otros extremos de la aprobación de tratados internacionales de derechos humanos centrados en el ser humano como sujeto de Derecho y titular de derechos más allá de su nacionalidad. Por ello, la adaptación de estos sistemas a la necesidad de garantizar, también por mandato constitucional, determinadas posiciones jurídicas a no nacionales conlleva tensiones importantes.

A lo largo de los siguientes epígrafes, estudiaremos las distintas argumentaciones elaboradas por el Tribunal Constitucional español en el intento de adaptar el sistema *iusfundamental* configurado en la CE a esta situación.

## **2. Introducción de la división tripartita de los derechos en la STC 107/1984**

La STC 107/1984 introdujo la denominada clasificación tripartita o teoría tripartita de los derechos en relación con no nacionales.<sup>21</sup> El Tribunal procede a la división de los derechos en grupos, en función del nexo nacionalidad-titularidad y de la regulación de las condiciones de ejercicio del derecho concreto.

---

<sup>21</sup> La referencia a la clasificación o teoría tripartita de los derechos fundamentales se encuentra enormemente extendida en la doctrina científica española, siendo habitual la utilización de esta expresión en todo análisis doctrinal acerca de la posición *iusfundamental* de extranjeros en la CE. Sobre ello, Ignacio Gutiérrez, “Volver a las fuentes. Los derechos fundamentales de los extranjeros en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional”, *REDC*, núm. 12 (2011), pp. 2 y 3. El propio Tribunal no utiliza expresamente esta denominación hasta el año 2013, en STC 17/2013/2, aunque como veremos sí se refiere a la distinción entre derechos en que ésta se hace consistir. García Vázquez y Goizueta Vértiz ponen de manifiesto cómo la reiteración constante de esta idea a lo largo de toda la jurisprudencia constitucional en la materia es más bien formal, puesto que, como veremos, las decisiones concretas han avanzado en líneas difícilmente compatibles con esa concepción: S. García Vázquez y J. Goizueta Vértiz, “Un análisis... ob. cit. pp. 262-265.

La impugnación que dio lugar al pronunciamiento se sustentaba sobre la supuesta vulneración del principio de igualdad del art. 14 CE.

El Tribunal parte de la “inexistencia de declaración constitucional que proclame la igualdad de los extranjeros y españoles”, con fundamento en el texto del art. 14 CE que al proclamar el principio de igualdad se refiere exclusivamente a los españoles.<sup>22</sup> Sin embargo, continúa, de ello no puede deducirse sin más que la desigualdad de trato entre extranjeros o españoles resulte constitucionalmente admisible. Es necesario tener en cuenta otros preceptos constitucionales. Así, basándose en los arts. 13 y 10.1 de la Constitución, el Tribunal establece que “el problema de la titularidad y ejercicio de los derechos y, más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos [...] depende [...] del derecho afectado”. Es en este punto donde el Tribunal realiza las afirmaciones que han llevado a hablar de una distinción tripartita de los derechos, al establecer que: 1) “existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos”, que son “aquellos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana” del art. 10.1 CE; 2) “derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros” (los reconocidos en el art. 23 CE, con las excepciones establecidas de acuerdo con el art. 13.2 CE); y 3) “otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”.<sup>23</sup>

### **3. La división tripartita (cuatripartita) de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TC. Incorporación y evolución**

La referencia a esta clasificación de los derechos se mantendrá a lo largo de toda la jurisprudencia constitucional española en la materia, si bien, como veremos, no siempre va a desempeñar un papel decisivo en las argumentaciones del Tribunal.

La STC 99/1985 asume dicha clasificación. En ella –con cita de STC 107/1984– se afirma que el derecho a la tutela judicial efectiva es uno de los “derechos que

---

<sup>22</sup> STC 107/1984/3

<sup>23</sup> STC 107/1984/3 y 4

corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos”.<sup>24</sup>

La STC 115/1987 recogiendo la clasificación tripartita apuntada innovó la primera formulación de la construcción doctrinal, aunque no expresamente. Algunos autores han considerado que dicha resolución convierte la clasificación tripartita de los derechos fundamentales en una clasificación cuatripartita, al distinguir un nuevo grupo de derechos por su relación con los extranjeros.<sup>25</sup>

Esta Sentencia resolvía el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra determinados artículos de la LOEx 7/1985.

El Tribunal consideró innecesario entrar en consideraciones generales acerca del alcance genérico de las libertades públicas reconocidas a los extranjeros en la CE. Su objetivo en esta Sentencia se centró únicamente en el análisis de los preceptos impugnados, en el marco del cual introdujo variaciones a la primera formulación de la teoría tripartita.

Resulta significativo que, tras haber trazado esquemas generales al hilo de concretos recursos de amparo (STC 107/1984), el TC rehúya en la STC 115/1987 un planteamiento ambicioso, cuando en dicha ocasión se enfrentaba a un recurso mucho más idóneo para realizarlo, como es el de inconstitucionalidad.<sup>26</sup>

La Sentencia analiza, entre otros extremos, el precepto de la LOEx 7/1985 que establecía condiciones específicas para el ejercicio del derecho de reunión cuando éste fuere ejercido por extranjeros. El Tribunal considera que el problema que se plantea “no

---

<sup>24</sup> STC 99/1985/2

<sup>25</sup> C. Vidal Fueyo, *Constitución...* ob. cit. p. 120. Ignacio Gutiérrez considera que esta matización de la clasificación originaria se encuentra ya presente en la STC 99/1985. El autor entiende que, en esta STC 99/1985, la distinción entre derechos fundamentales iguales para españoles y extranjeros y derechos fundamentales susceptibles de regulación diferenciada, se realiza obviando “las salvedades concernientes a los arts. 19, 23 y 29, como se desprende de su tenor literal y del mismo art. 13 en su párrafo segundo” (que serían los derechos cuyo disfrute no se reconoce a todos en la CE). Como consecuencia, la diferenciación entre estos dos grupos de derechos se establecería dentro del bloque de los derechos atribuidos a todos por la CE. I. Gutiérrez, “Volver a las fuentes... ob. cit. p. 12.

<sup>26</sup> I. Gutiérrez, “Volver a las fuentes... ob. cit. p. 12.

es el de si es posible aquí esta diferencia de trato entre los extranjeros y los españoles, sino si el legislador ha respetado el *contenido preceptivo e imperativo* que establece el art. 21.1 de la Constitución, también para los extranjeros”.<sup>27</sup> En nuestra opinión, aquí se produce un salto argumentativo con respecto a la construcción de la STC 107/1984. El derecho de reunión no pertenecería a ninguno de los grupos delimitados en aquélla. De acuerdo con la STC 107/1984, un derecho que se pueda reconocer a los extranjeros, o bien pertenece a españoles y extranjeros por igual, en cuyo caso la regulación ha de ser igual para ambos; o bien les pertenece en función de lo establecido en los tratados y las leyes, en cuyo caso el legislador puede establecer las diferencias que considere oportunas, sin necesidad de respetar un “contenido preceptivo e imperativo” del derecho. Ninguno de ellos es el caso del derecho de reunión, a la vista de lo afirmado en la STC 115/1987. Lo mismo sucede con respecto del derecho de asociación, de acuerdo con el fundamento jurídico 3 de esta Sentencia: “de acuerdo a sus propios términos, el art. 22 de la Constitución [...] reconoce también directamente a los extranjeros el derecho de asociación [...] [e]l problema es aquí también si el legislador ha respetado o no el contenido preceptivo del art. 22 de la Constitución”.

Se introduce así un nuevo tipo de derechos: derechos reconocidos directamente a los extranjeros por la Constitución, lo que en la Sentencia se hace derivar del tenor literal de los preceptos que los garantizan, respecto de los que no se prohíbe totalmente al legislador que establezca distinciones entre españoles y extranjeros siempre que respete su *contenido preceptivo e imperativo*.

Los firmantes del Voto Particular formulado a esta Sentencia captaron la relevancia de dicha innovación. Los magistrados discrepantes, diferenciando entre derechos fundamentales y libertades públicas, consideran que los extranjeros gozan de los derechos enunciados en términos genéricos por la CE y que son inherentes a la dignidad humana. Sin embargo, del art. 13.1 CE se deduce, en su opinión, que las libertades públicas cuyo uso “el legislador español está obligado a otorgar a los

---

<sup>27</sup> Énfasis añadido. No se habla expresamente de *contenido esencial*, sino de *contenido preceptivo e imperativo*, pero en el razonamiento posterior el TC apela expresamente a la STC 11/1981, que fijó las vías para identificar el contenido esencial de los derechos fundamentales.

extranjeros que viven legalmente en España”, no tienen otro contenido para los extranjeros que aquel que establezcan los tratados y la ley.<sup>28</sup>

En cualquier caso, consideramos que en esta resolución STC 115/1987 se encuentra una de las semillas del modo de razonar que progresivamente adoptará el Tribunal a lo largo de su jurisprudencia en la materia, especialmente a partir de su STC 236/2007, y que no coincide exactamente con la idea de clasificación tripartita (o cuatripartita) de los derechos.

Entre los años 1987 y 2007, buena parte de las resoluciones del Tribunal Constitucional a este respecto se dictan en supuestos de amparo (con excepciones como la STC 53/2002 o la STC 95/2003, sobre las que volveremos más adelante).<sup>29</sup> En la mayoría de ellas se acepta, al menos retóricamente, la división tripartita de los derechos contenida en la STC 107/1984, sin apenas referencias a la idea de respeto del contenido preceptivo de los derechos reconocidos a los extranjeros ni a la “cuarta categoría” introducida en STC 115/1987 (con las excepciones que relataremos más adelante, especialmente en STC 242/1994). En ellas, el Tribunal no se pronuncia sobre la legitimidad constitucional de normas legales que introduzcan limitaciones específicas

---

<sup>28</sup> Voto particular que formulan los Magistrados Rubio Llorente, Tomás y Valiente y García Mon a la STC 115/1987. Dos de los firmantes del voto particular fueron precisamente los ponentes de las anteriores sentencias constitucionales en la materia: Rubio Llorente (STC 107/1984) y Tomás y Valiente (STC 99/1985). Cabe destacar las consideraciones realizadas por Rubio Llorente casi diez años después, en 1998, de acuerdo con las cuáles la afirmación de que el legislador debe respetar un contenido preceptivo cuando regule derechos distintos de los imprescindibles para la garantía de la dignidad, “*montre de façon évidente les conséquences néées de la compréhension défectueuse de la fonction que la Constitution assigne aux traités internationaux [...]*”. Este autor consideraba que el Tribunal partía de una confusión en el modo de abordar la cuestión de los derechos de los extranjeros. En opinión de este autor, no resultaba adecuado afirmar que, en relación con los derechos que no son imprescindibles para la dignidad humana, el legislador debe respetar el contenido esencial. Rubio Llorente considera que el fundamento del reconocimiento de estos derechos se encuentra en los tratados internacionales y que por tanto es en ellos donde debe buscarse el límite al legislador. F. Rubio Llorente, “Les droits et libertés... ob. cit. pp. 174-175.

<sup>29</sup> Sentencias resolviendo sendos Recursos de Inconstitucionalidad: la STC 53/2002 se refiere a una modificación concreta de la Ley de Asilo; y la STC 95/2003 se pronuncia sobre la legitimidad constitucional de la exclusión del acceso a la justicia gratuita de los extranjeros en situación irregular.

de derechos fundamentales para sujetos no nacionales. La mayoría de los supuestos resueltos durante este período tienen que ver con actuaciones concretas de la Administración o los tribunales en las que se ve implicado un extranjero. En ocasiones la condición de extranjero no tiene relevancia para la actuación recurrida, pero la contraparte en el recurso alega la falta de titularidad del derecho fundamental por los extranjeros, o la no igualdad entre españoles y extranjeros en el disfrute de tal derecho (por ejemplo, en STC 99/1985).<sup>30</sup>

Frecuentemente, cuando se declara la vulneración del derecho fundamental de un extranjero, esto es consecuencia de la inaplicación, o deficiente aplicación, de la norma legal que regula un determinado ámbito con incidencia sobre ese derecho (por ejemplo, en SSTC 94/1993 o 150/1994). En ningún caso el TC plantea una auto-cuestión de inconstitucionalidad por entender que una norma legal podría estar vulnerando la CE desde el punto de vista *iusfundamental* por su incidencia en derechos fundamentales de no nacionales.<sup>31</sup>

En el año 2007, se dicta una resolución importante en la materia, que marca un punto de inflexión en la jurisprudencia constitucional. La STC 236/2007 resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en el año 2000 contra determinados preceptos de la segunda ley de extranjería de la democracia española, la *Ley Orgánica*

---

<sup>30</sup> En Eliseo Aja, “Veinte años de doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos de los inmigrantes”, en *La Democracia Constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid: Congreso de los Diputados-Tribunal Constitucional- Universidad Complutense de Madrid-CEPC, 2002, *passim*, se contiene una útil recopilación de las resoluciones constitucionales con relevancia “sobre algún aspecto de los derechos fundamentales que afectan a los inmigrantes o extranjeros”. Se trata de un trabajo que se centra especialmente en los efectos de las resoluciones en la materia y en la relación Tribunal Constitucional-legislador.

<sup>31</sup> La doctrina ha llamado la atención sobre la escasez de cuestiones de inconstitucionalidad presentadas en relación con los derechos y libertades de los extranjeros, especialmente durante las dos primeras décadas de vigencia de la CE. En el año 2000, Aja señalaba la ausencia total de cuestiones de inconstitucionalidad hasta el momento, que tachaba de “sorprendente”. *Ibidem* pp. 442-443.

4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx 4/2000).<sup>32</sup>

Entre otros extremos que también fueron impugnados, la LOEx 4/2000, en la redacción dada a esta norma por LO 8/2000, distinguía entre titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales en relación con los derechos de reunión, manifestación o asociación (reconociendo la titularidad de estos derechos a todos los extranjeros, pero restringiendo su ejercicio a los residentes regulares). El debate acerca de la legitimidad constitucional de esta norma legal, cuya aprobación había sido polémica, marcó el debate doctrinal de estos años.<sup>33</sup>

Este recurso fue visto por algunos autores como la ocasión de clarificar la doctrina jurisprudencial en materia de derechos fundamentales y extranjeros.<sup>34</sup>

En sus primeros fundamentos jurídicos, la resolución recopila y sistematiza la anterior jurisprudencia constitucional en la materia, partiendo de la afirmación de que, para resolver las concretas impugnaciones que se plantean, es necesario partir de una visión general sobre la posición *iusfundamental* de los extranjeros en España. Pese a estas afirmaciones iniciales, y al intento de sistematización y clarificación de la posición constitucional de los extranjeros desde el punto de vista de los derechos fundamentales, hay que adelantar que, como se verá, la resolución de las concretas impugnaciones no resulta consistente con alguna de las afirmaciones de carácter general realizadas en estos fundamentos jurídicos iniciales.

---

<sup>32</sup> El recurso se interpuso por el Parlamento de Navarra contra algunos preceptos de esta ley orgánica tal y como quedaron redactados en la primera reforma de la norma, que se llevó a cabo por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

<sup>33</sup> Manuel Aragón Reyes *et al.*, “Encuesta en torno a la constitucionalidad de la Ley de extranjería”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 7 (2001). En este texto se plantean algunas de las principales preguntas que marcaron el debate doctrinal entre los años 2000 y 2007.

<sup>34</sup> Ignacio Gutiérrez, ya en el año 2011, se refiere a ella como “una resolución de trascendencia jurídica indudable, porque delimita el estatuto constitucional de los extranjeros”. I. Gutiérrez, “Volver a las fuentes... ob. cit. p. 3.

En cualquier caso, la STC 236/2007 recoge la clasificación tripartita de los derechos. Sin embargo, de una lectura atenta de sus fundamentos parece deducirse una inclinación hacia una división cuatripartita, en la que se introduce una cuarta categoría: derechos de los que son titulares los extranjeros por mandato constitucional pero respecto de los que el legislador puede establecer algunas diferencias (no existe un mandato de trato igual entre españoles y extranjeros, como parece deducirse que sí lo hace respecto de determinados derechos “imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”). Como veremos en los fundamentos de la Sentencia dedicados a delimitar el esquema de las determinaciones constitucionales *iusfundamentales* que pesan sobre el legislador a la hora de regular el régimen jurídico aplicable a extranjeros, se aprecian algunos pasos que pueden resultar difíciles de entender. Algunas de las afirmaciones contenidas en estos fundamentos jurídicos no resultan fáciles de compatibilizar entre sí. De hecho, en nuestra opinión, la STC 236/2007 pone de manifiesto algunos de los principales problemas de la clasificación tripartita de los derechos fundamentales (*vid. infra*).

Las resoluciones del Tribunal posteriores a la STC 236/2007 continúan recogiendo la clasificación tripartita de los derechos fundamentales con respecto de los no nacionales. Así, en varias de ellas se citan textualmente algunos pasos redactados en la primera Sentencia del TC en la materia, la antes citada STC 107/1984. También suele traerse a colación la doctrina constitucional contenida en los fundamentos jurídicos iniciales de la STC 236/2007. Habrá que esperar a la STC 17/2013 para que el Tribunal utilice la expresión “división tripartita de los derechos” relacionándola con el reconocimiento constitucional de derechos fundamentales a extranjeros.

#### **4. Posición de la doctrina científica.**

Tras la emisión de las primeras sentencias constitucionales en la materia, la doctrina científica constitucional apenas se ocupó del tema de la posición constitucional de los no nacionales hasta el final de los años noventa, con algunas excepciones.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> Se encuentran consideraciones al respecto en obras de comentarios a la Constitución, en la parte en que se comenta el art. 13 CE: J. M. Serrano Alberca, “Comentario... ob. cit. Encontramos trabajos doctrinales elaborados desde el Derecho constitucional: P. Cruz Villalón, “Dos cuestiones... ob.



Algunos autores, caso de Cruz Villalón, recogían la clasificación tripartita introducida en la jurisprudencia del Tribunal.<sup>36</sup>

Borrajo, en el año 1991, y partiendo de la afirmación (muy citada en doctrina posterior) de que “la materia [no se encontraba] lo bastante madura para una sistematización con estructura deductiva”, consideraba adecuado resolver los problemas relativos al tema partiendo de la resolución de las cuestiones planteadas en relación a cada derecho, y sólo tras ello proceder a generalizaciones.<sup>37</sup> Este autor no centraba su trabajo en la división introducida por el Tribunal Constitucional, a la que se refería en relación con la afirmación de la existencia de una categoría de derechos inherentes a la dignidad humana.

Rubio Llorente, en 1998, defendió una postura muy cercana a la expuesta en el Voto Particular que había firmado con otros dos magistrados a la STC 115/1987, al que ya nos hemos referido. El autor consideraba que el Tribunal partía de una confusión en el modo de abordar la cuestión de los derechos de los extranjeros, surgida en la STC 115/1987. En la opinión defendida entonces por este autor, no resultaba adecuado afirmar que, en relación con los derechos que no son imprescindibles para la dignidad humana, el legislador debe respetar el contenido esencial. Rubio Llorente consideraba aquí que el fundamento del reconocimiento de estos derechos se encuentra en los

---

cit.; F. Rubio Llorente, “Les droits et libertés... ob. cit.”; I. Borrajo Iniesta, “El status constitucional... ob. cit.”; Teresa Freixes y José Carlos Remotti Carbonell, “Los derechos de los extranjeros en la Constitución española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *REP*, núm. 44 (1998), pp. 103-141; José Javier Santamaría Ibeas, “Los derechos fundamentales y el Tribunal Constitucional. Los infraderechos de los extranjeros en España. Reflexiones sobre la jurisprudencia constitucional”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 2 (1993). También, desde un punto de vista general: José M. Cabanillas Bermúdez, *Los derechos de los extranjeros en España*, Barcelona: Fausal, 1994; Ramón María Ferrer Peña, *Los derechos de los extranjeros en España*, Madrid: Tecnos, 1989; José Antonio Miquel Calatayud, *Estudios sobre Extranjería*, Barcelona: Bosch, 1987; Vicente Escuín Palop, *Régimen jurídico de la entrada y permanencia de extranjeros en España*, Madrid: CEPC, 1991.

<sup>36</sup> P. Cruz Villalón, “Dos cuestiones... ob. cit. pp. 67-73.

<sup>37</sup> I. Borrajo Iniesta, “El status constitucional... ob. cit. pp. 716 y ss.

tratados internacionales y que por tanto es en ellos donde debe buscarse el límite al legislador.<sup>38</sup>

También publicado en 1998, Freixes y Remotti, en el contexto de un análisis relativo no sólo a la posición constitucional de los extranjeros en España sino también a sus derechos en la jurisprudencia del TEDH, sin hacer referencia alguna a la teoría tripartita, atribuyendo relevancia al tenor literal de los preceptos reconocedores de derechos, y citando expresamente la jurisprudencia TEDH (art. 10.2 CE), afirman que las limitaciones del ejercicio de los derechos cuya titularidad se reconoce a los extranjeros deben “estar previstas en norma anterior, de rango y publicidad adecuados y suficientes, [...] ser necesarias en una sociedad democrática para perseguir una finalidad legítima y [...] ser proporcionales a las causas que las hayan originado”.<sup>39</sup>

A partir del año 2000 se produjo un repunte del interés doctrinal por el tema de los derechos fundamentales de los extranjeros, ligado a la aprobación de la LOEx 4/2000 y de su súbita modificación en el mismo año (muy controvertida desde el punto de vista constitucional), así como de las circunstancias socioeconómicas que determinan la consolidación de España como un país de inmigración. Este interés doctrinal se mantendrá constante e incluso se incrementará a lo largo de esa década y la siguiente.<sup>40</sup>

En el contexto de esta oleada de interés doctrinal, se plantearán distintas críticas a la llamada teoría tripartita. Muchas de ellas están dirigidas al uso del criterio taxonómico del grado de vinculación a la dignidad humana, punto en el que profundizaremos *infra*. Algunos autores propusieron reconstrucciones originales acerca de la posición *iusfundamental* de los extranjeros determinada constitucionalmente.

---

<sup>38</sup> F. Rubio Llorente, “Les droits et libertés... ob. cit. p. 173 y ss.

<sup>39</sup> T. Freixes y J. C. Remotti Carbonell, “Los derechos... ob. cit. pp. 110 y 111.

<sup>40</sup> Ignacio Gutiérrez se refiere a las distintas tendencias y problemas en la doctrina científica española que se ha ocupado del tema. Este autor pone de manifiesto que, a este respecto, se ha terminado consolidando y difundiendo un esquema de gran claridad aparente, una tipología de derechos y una periodificación de la jurisprudencia que quizá no se correspondan plenamente con la realidad de los casos resueltos, esquema que tampoco es fácil de aplicar en ulteriores resoluciones. Señala además cómo el propio TC en ocasiones adolece de estos mismos problemas al referirse a su jurisprudencia anterior. I. Gutiérrez, “Volver a las fuentes... ob. cit. pp. 2 y 3.

Por parte de la doctrina científica, se ha incidido en la importancia del principio de igualdad y las técnicas de juicio razonabilidad y proporcionalidad, y en el papel fundamental de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Un nutrido grupo de posiciones doctrinales –criticando, o no, la teoría tripartita- realizan interpretaciones y reconstrucciones de las normas y de la jurisprudencia del TC que, como veremos *infra*, avanzan ideas y argumentos que se encontrarán en la jurisprudencia constitucional posterior (y que ya lo estaban, de manera más o menos explícita, en la jurisprudencia previa).

Así, algunos autores hacen hincapié en la necesidad de salvaguardar un contenido mínimo de los derechos fundamentales en relación con los extranjeros, que, desde muchos puntos de vista, no coincide en todo caso con el contenido esencial de los derechos fundamentales.<sup>41</sup> Asimismo, se sugiere la utilización de las técnicas de la razonabilidad y la proporcionalidad en el examen de las regulaciones que afecten a derechos en relación con extranjeros. Frecuentemente ello se pone en relación con los requisitos previstos en normas internacionales de derechos humanos para la limitación de determinados derechos, y con la interpretación de los órganos encargados de su aplicación.<sup>42</sup>

Como veremos, la jurisprudencia constitucional de la época, especialmente la STC 236/2007 y las sentencias que la siguen, parecen incorporar alguno de estos puntos

---

<sup>41</sup> En este sentido, *vid.* M. Carrillo, “Encuesta... ob. cit. p. 26: el legislador “en ningún caso (salvo para la regulación del ejercicio del derecho de sufragio en las elecciones estatales y autonómicas) puede configurar un régimen jurídico de ejercicio de [los] derechos de los extranjeros basado en su negación”. García Roca afirma que “existirá siempre un contenido imperativo (esencial) e indisponible por el legislador de extranjería, *bien en virtud del mandato constitucional o bien de la protección internacional impuesta por los tratados en la materia*”, Javier García Roca, “La titularidad constitucional e internacional de los derechos fundamentales de los extranjeros y las modulaciones legales a sus contenidos”, en Miguel Revenga (coord.), *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, p. 104, énfasis añadido.

<sup>42</sup> J. García Roca, “La titularidad... ob. cit. p. 104-105; M. Carrillo, “Encuesta... ob. cit. p. 26; P. Biglino, “Encuesta... p. 24; Francisco Fernández Segado, “El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España. Reflexiones en torno a la constitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre”, *TRC*, núm. 7 (2001), pp. 82 y ss., J. Asensi, “Encuesta... ob. cit. pp. 32 y 33.

de vista, si bien no renuncian a la referencia formal a la teoría tripartita de los derechos. Ello resulta coherente con la necesidad de interpretación de las normas *iusfundamentales* de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos, entre los que destacan el CEDH y la jurisprudencia TEDH en materia de derechos de los extranjeros. Asimismo, tiene que ver con la consistencia de la jurisprudencia en la materia con la doctrina constitucional general sobre derechos fundamentales, en el contexto doctrinal e internacional analizado *supra*.

Entre la doctrina científica posterior a la STC 236/2007, son habituales las referencias a la clasificación tripartita (cuatripartita) de los derechos. Muchos autores, en algunos casos recogiendo las críticas vertidas frente a esta teoría, remiten a ella al abordar cuestiones relativas al estatuto jurídico de los extranjeros.<sup>43</sup>

## **5. Algunas cuestiones problemáticas en relación con la *teoría tripartita (cuatripartita)* de los derechos de los extranjeros**

Por nuestra parte, hemos identificado dos tipos de problemas en la clasificación tripartita (cuatripartita) de los derechos fundamentales, que los divide en función de su reconocimiento constitucional a los extranjeros. El primer grupo de problemas tiene que ver con las consecuencias de la declaración de pertenencia de un derecho fundamental a uno de los grupos. El segundo, con los criterios de inclusión de un derecho en uno u otro grupo. Ahondaremos en ellos a lo largo de los epígrafes que siguen.

Los problemas afectan en menor medida al grupo de derechos que por mandato constitucional no pueden ser reconocidos a los extranjeros. El criterio de determinación de pertenencia a este grupo es claro: es la propia CE, y sólo puede ser así, la norma que

---

<sup>43</sup> L. E. Delgado del Rincón, “Globalización... ob. cit. pp. 202 y ss.; R. Jover Gómez-Ferrer, C. Ortega Carballo y S. Ripol Carulla, *Derechos fundamentales...* ob. cit. pp. 70 y ss. Jover, Carballo y Ripol, matizan que “esta clasificación ha sido superada en la STC 236/2007”. De acuerdo con estos autores, la Sentencia habría “establecido una nueva visión de la clasificación” manteniendo sus ejes básicos e introduciendo un nuevo parámetro de valoración: el grado de conexión con la dignidad humana, que permitiría la introducción de un cuarto grupo de derechos (aquellos que estando relacionados con la dignidad “no poseen un grado de conexión con ésta lo suficientemente directa o estrecho”); A. Fernández Pérez, *Los derechos fundamentales...* ob. cit. pp. 57 y ss.

determina la prohibición para el legislador de reconocer estos derechos a los extranjeros. En cuanto a las consecuencias de la inclusión de un derecho entre los pertenecientes a este grupo, esta cuestión –en principio- tampoco presenta problemas: la Constitución contiene un mandato que impide al legislador nacional y a los tratados ratificados atribuir a los extranjeros la titularidad de cualquiera de los derechos de este grupo.

Los principales problemas, sobre los que girará nuestra exposición, se plantean en relación a los otros dos (tres) grupos de derechos fundamentales.

#### **IV. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos de los extranjeros**

Una vez expuestos los términos del debate, pretendemos, a lo largo de este epígrafe, realizar un recorrido por la jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales y extranjeros. La exposición no sigue un orden cronológico o temático, se ha pretendido aislar sentencias o grupos de sentencias que, en nuestra opinión, proporcionan algunas claves. Esta selección, y el análisis de las Sentencias, permitiría mostrar algunas cuestiones problemáticas en dicha jurisprudencia. Se ponen así al descubierto algunos de los nodos del problema, y se muestra su relación con cuestiones centrales que también surgen en otros contextos normativos y jurisprudenciales como el italiano.

##### **1. La “relación con la dignidad humana” del derecho fundamental como criterio de determinación de su grupo de pertenencia**

Ya en su STC 107/1984, el Tribunal utilizó el criterio de la relación del derecho fundamental con la dignidad humana del art. 10.1 CE para determinar su pertenencia o no al grupo de derechos “que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos”.<sup>44</sup> Así, la Sentencia incluye en este grupo aquellos derechos “imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que,

---

<sup>44</sup> STC 107/1984/4

conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español”.<sup>45</sup>

Sin embargo, este grupo se identifica mediante tres variantes expresivas, *ninguna de las cuales resulta privilegiada en principio*: derechos “que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano”, que “corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional”, “que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”. De la triple variante expresiva que permite identificar los derechos fundamentales reconocidos en igualdad de condiciones para españoles y extranjeros, el TC se concentra en la STC 107/1984 en las que confluyen en el tenor literal del reconocimiento constitucional del derecho, sin aludir siquiera a la mayor o menor vinculación con la dignidad de la persona.<sup>46</sup>

El criterio se reitera en posteriores resoluciones del Tribunal. Así, la STC 99/1985 recoge en su fundamento jurídico 2 idéntica referencia a los “derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”.

En la STC 99/1985, al lado del argumento literal se alinean los tratados internacionales, considerados aquí como normas interpretativas de la Constitución, y que por tanto contribuyen a fijar su contenido conforme al art. 10.2 CE. La mayor o menor proximidad de los derechos en cuestión respecto de la dignidad de la persona, pese a la mención que procede de la cita de la sentencia anterior en un nuevo contexto, sigue sin jugar papel alguno.<sup>47</sup>

La STC 115/1987, se refiere al derecho a la libertad del art. 17 CE como un “derecho inherente a la persona humana”, sin referencia expresa a la dignidad humana.<sup>48</sup>

Muchas de las resoluciones dictadas durante el periodo subsiguiente, enfocadas en la resolución de recursos de amparo, que recogen la clasificación tripartita sin profundizar en ella, mantienen la referencia a la relación con la dignidad humana como criterio de inclusión, o no, de un derecho en el grupo de aquellos que pertenecen por

---

<sup>45</sup> STC 107/1984/3

<sup>46</sup> Como señala I. Gutiérrez, “Volver a las fuentes... ob. cit. p. 9.

<sup>47</sup> *Ibidem* p. 11.

<sup>48</sup> STC 115/1987/1

igual a españoles y extranjeros. Así, por ejemplo, STC 94/1993, de acuerdo con la que “la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 C.E., y STC 107/1984, fundamento jurídico 3º), ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano” (STC 94/1993/3). También se refieren a este criterio las SSTC 242/1994/4; 130/1995/2; 91/2000/7; 95/2000/3; 137/2000/1, siempre utilizando la expresión “derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”.

La STC 53/2002, sobre determinados precepto de la Ley de Asilo, por su parte, se refiere a “los derechos fundamentales *derivados de la dignidad de la persona* que la Constitución reconoce a todas las personas sometidas a los actos de los poderes públicos”, también a los solicitantes de asilo retenidos en frontera.<sup>49</sup>

También la STC 95/2003, sobre asistencia jurídica gratuita y extranjeros en situación irregular, se refiere a los derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana.<sup>50</sup>

Durante este periodo, la jurisprudencia calificó de imprescindibles para la garantía de la dignidad humana: los derechos a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad y a la libertad ideológica (STC 107/1984/3); a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985/2) y a la asistencia jurídica gratuita como “derecho instrumental” al anterior (STC 95/2003/4); a la libertad y a la seguridad (STC 144/1990/5); y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000/1).<sup>51</sup>

En esta jurisprudencia previa a la STC 236/2007, a pesar de las constantes referencias al criterio de la *imprescindibilidad* del derecho fundamental para la garantía de la dignidad humana, no se profundiza en las razones que permiten incluir o no en este grupo a un derecho fundamental. Únicamente la STC 91/2000, en el contexto de la

---

<sup>49</sup> STC 53/2002/4b). Énfasis añadido.

<sup>50</sup> STC 95/2003/5

<sup>51</sup> La STC 236/2007 recoge esta lista de derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana y las referencias a sentencias en que se afirma tal carácter, explicitando que no se trata de una “lista cerrada y exhaustiva” (STC 236/2007/3).

resolución de un supuesto que, en rigor, no tenía que ver con derechos fundamentales de los extranjeros en España sino con un caso de extradición y con lo que la Sentencia denomina “proyección *ad extra*” de los derechos fundamentales, contiene una serie de consideraciones acerca del modo de precisar si y en qué medida un derecho fundamental es “inherente a la dignidad de la persona humana concebida como sujeto de derecho”.<sup>52</sup> Como veremos, las afirmaciones realizadas en esta Sentencia fueron utilizadas en la STC 236/2007 para tratar de precisar el esquema de razonamiento a utilizar para la determinación del grado de conexión de un derecho fundamental con la dignidad humana.

Desde la doctrina científica, el uso de la relación del derecho con la dignidad humana como criterio de determinación del reconocimiento o no de un determinado derecho fundamental también a los extranjeros, fue cuestionado ya con anterioridad a la elaboración de la STC 236/2007.<sup>53</sup>

Muchas críticas o consideraciones sobre el uso del criterio de la conexión del derecho con la dignidad humana se han fundamentado en la siguiente idea (que, como veremos, pasará a la jurisprudencia constitucional con la STC 236/2007): todo derecho fundamental se encuentra vinculado con la dignidad humana.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> STC 91/2000/7

<sup>53</sup> Así, Javier Tajadura Tejada, “Los derechos y libertades de los extranjeros en el ordenamiento constitucional español”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 8 (2004), pp. 879-880 se centra en la dificultad para determinar cuáles son los derechos y libertades que “por su directa e inmediata conexión con la dignidad humana no permiten [...] diferencias de trato entre españoles y extranjeros”. J. Asensi, “Encuesta... ob. cit. pp. 32-33: partiendo de la existencia de varios criterios para analizar la conformidad constitucional de las regulaciones del ejercicio determinadas por el legislador (afectación de la dignidad humana, conformidad a los tratados de derechos humanos, contenido esencial de los derechos), afirma: “[d]ado el confuso y malhadado resultado a que ha conducido en materia de extranjería la invocación por el TC a los valores de la “dignidad humana” y, posteriormente, al “libre desarrollo de la personalidad” [...] y denunciada ya la caótica clasificación de derechos a que ha dado lugar, para elaborar la respuesta bastará que nos refiramos a las dos últimas limitaciones mencionadas ya que proporcionan criterios más coherentes y seguros que la primera”.

<sup>54</sup> C. Vidal Fueyo, *Constitución...* ob. cit. p. 57. En un sentido similar, con cita de esta autora, pero con posterioridad a la STC 236/2007, J. M. Goig Martínez, *Multiculturalidad...* ob. cit. pp. 164-165. Recientemente, A. Fernández Pérez, *Los derechos fundamentales...* ob. cit. p. 66. Con anterioridad a la



Otros autores, aun también criticando la utilización del criterio de la conexión del derecho con la dignidad humana del art. 10.1 CE, niegan la premisa de que todos los derechos fundamentales se encuentren vinculados a la dignidad humana.<sup>55</sup>

Entrando ya en el análisis de la STC 236/2007, en la que en nuestra opinión se aprecian algunos problemas de la utilización de la dignidad humana como criterio de clasificación de derechos, esta Sentencia no abandona el uso de dicho criterio e intenta establecer un esquema de razonamiento que permita dilucidar el “grado de conexión” de un derecho fundamental con la dignidad humana y si aquel pertenece o no a aquellos propios de la persona en cuanto tal.

En el fundamento jurídico 3 de la Sentencia, el Tribunal se refiere a las dificultades de aplicación del criterio, por cuanto, en sus palabras “todos los derechos

---

STC 236/2007, resulta especialmente interesante prestar atención a la postura de M. Aragón Reyes, “Encuesta... ob. cit., pp. 11-12, que niega que la doctrina del TC impida la diferencia de trato entre españoles y extranjeros en todos los derechos conectados con la dignidad de la persona. El autor parte de que “no unos pocos, sino todos los derechos fundamentales están conectados con la dignidad humana”, avanzando la idea, que como veremos sería recogida en la STC 236/2007 (siendo éste Magistrado del TC, aunque no ponente de la resolución), de que el TC considera que hay unos derechos *más conectados inmediatamente* con la dignidad humana que otros, siendo respecto de este grupo de derechos respecto de los que se prohíben las diferencias entre españoles y extranjeros. Recogiendo una visión muy similar a la anterior, y defendiendo la postura adoptada por el Tribunal Constitucional, F. Fernández Segado, “El nuevo régimen... ob. cit. p. 70-71: “todos y cada uno de los derechos que la Constitución enuncia en su Título I son, en mayor o menor grado, inherentes a la persona y a su dignidad radical, y todos contribuyen, en mayor o menor medida, al desarrollo integral del ser humano [...] el Tribunal [...] se limita atender *al nivel de graduación de la conexión derecho/libertad-dignidad* [...]”.

<sup>55</sup> Francisco Javier Matía Portilla, “Los derechos fundamentales de los extranjeros al servicio de la integración de los inmigrantes”, en Francisco Javier Matía Portilla e Ignacio Álvarez Rodríguez (coords.), *Crisis e inmigración: reflexiones interdisciplinares sobre la inmigración en España*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, p. 292, nota 43. Este autor, con posterioridad a la aprobación de la STC 236/2007, parte de una discrepancia con “la idea de que la dignidad de la persona “sustenta todos y cada uno de los derechos fundamentales”, defendida por autorizadas voces [...]”. Considera que ello nos lleva a manejar una idea dúctil y escasamente útil para la determinación de la posición *iusfundamental* de los extranjeros. Acerca de la relación derecho fundamental-dignidad humana, Ricardo Chueca (dir.), *Dignidad humana...* ob. cit.

fundamentales, por su misma naturaleza, están *vinculados* a la dignidad humana”.<sup>56</sup> Sin embargo, a juicio del Tribunal, ello no impide la utilización de este criterio, puesto que “la dignidad de la persona, como “fundamento del orden político y la paz social” (art. 10.1 CE), obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos *o contenidos de los mismos* imprescindibles para garantizarla”.<sup>57</sup>

Así, parece tratarse de una cuestión de grado: aunque todos los derechos se encontrarían *vinculados* a la dignidad humana, existirían algunos derechos *o contenidos de derechos* que, además, serían *imprescindibles para la garantía de la dignidad humana*. La pregunta, pues, sería la siguiente: ¿en qué medida el reconocimiento y el disfrute de un determinado derecho –o de alguna de las facultades que forman parte del contenido de un derecho, podríamos añadir- es imprescindible para la garantía de la dignidad de la persona?<sup>58</sup>

El TC resuelve aquí las dificultades del uso de la dignidad humana como criterio taxonómico invocando la STC 91/2000, que respondía a un conflicto sustancialmente diferente. En aquel caso, se trataba de fijar la medida en que se proyecta la CE sobre la actuación de los poderes públicos extranjeros cuando ésta pretende surtir efectos en España, en concreto a los efectos de solicitar una extradición. Se consideró necesario “determinar en qué consista el contenido vinculante de los derechos fundamentales cuando se proyectan *ad extra*, esto es, el que, en virtud de su validez universal, pudiéramos denominar “contenido absoluto”.<sup>59</sup> La conclusión en esta Sentencia es que “al contenido absoluto de los derechos fundamentales no pertenecen todas y cada una de las características con las que la Constitución consagra cada uno de ellos, por más que,

---

<sup>56</sup> Énfasis añadido.

<sup>57</sup> Énfasis añadido. R. Jover Gómez-Ferrer, C. Ortega Carballo y S. Ripol Carulla, *Derechos fundamentales...* ob. cit. pp. 72 y ss. remarcan que, para superar la dificultad derivada de la (cuestionable) afirmación de que todos los derechos fundamentales están vinculados a la dignidad humana, el TC introduce “un parámetro adicional de valoración”: el grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad.

<sup>58</sup> *Ibidem* p. 72.

<sup>59</sup> STC 91/2000/6

en el plano interno, todas ellas vinculen inexcusablemente incluso al legislador [...] Sólo el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona puede alcanzar proyección universal; pero, en modo alguno podrían tenerla las configuraciones específicas con que nuestra Constitución le reconoce y otorga eficacia”.<sup>60</sup>

La STC 236/2007 invoca ahora las mismas pautas establecidas en la STC 91/2000 para “identificar cuáles son esos derechos y esos contenidos de derechos que la Constitución “proyecta universalmente””, señalando que se ha de partir del contenido esencial del derecho. “El grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad debe determinarse, pues, 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 humana, siguiendo para ello la [DUDH] y los tratados y acuerdos internacionales a los que remite el artículo 10.2 CE”.<sup>61</sup>

Respecto de los derechos de reunión y asociación, se entra a considerar su grado de conexión con la dignidad humana utilizando el esquema de análisis desarrollado en el fundamento jurídico 3, concluyendo el Tribunal que la “vinculación con la dignidad humana” de estos derechos impone el reconocimiento de un contenido mínimo por parte del legislador y que no sea constitucionalmente admisible la negación de su ejercicio a los extranjeros en situación irregular.<sup>62</sup> Con respecto del derecho a la educación, se afirma su “inequívoca vinculación” con la garantía de la dignidad humana.<sup>63</sup> Respecto del derecho de sindicación, sin embargo, aunque la resolución de la impugnación resulta muy similar a las relacionadas con las libertades de asociación y reunión, no hay referencia a su vinculación o no con la dignidad humana.<sup>64</sup>

Nótese que en ninguno de los casos se hace referencia al carácter imprescindible para la garantía de la dignidad humana del derecho en cuestión.

---

<sup>60</sup> STC 91/2000/8

<sup>61</sup> STC 236/2007/3

<sup>62</sup> STC 236/2007/6 y 7

<sup>63</sup> STC 236/2007/8

<sup>64</sup> STC 236/2007/9

Así, la distinción entre los derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (en los que sería inaceptable el trato diferenciado) y los derechos que la CE reconoce a los extranjeros sin que entren en dicho grupo (respecto de los que cabría admitir una regulación diferenciada), pierde nitidez cuando el TC pasa a valorar la constitucionalidad de los distintos preceptos. Tanto para el derecho de reunión como para el de asociación y el de sindicación, el TC busca primero su posible atribución constitucional a los extranjeros mediante un razonamiento que acumula los términos textuales del reconocimiento constitucional con el análisis genérico de su conexión con la dignidad desde puntos de vista sustantivos y metodológicos; tanto por su contenido como por su reconocimiento en textos internacionales.

La vinculación de los derechos a la dignidad de la persona no va a servir en estos casos para imponer la rigurosa igualdad de trato, sino sólo su atribución constitucional a los extranjeros y la consiguiente garantía del contenido esencial: los mismos efectos que se atribuyen a la inclusión de un derecho fundamental en el segundo de los grupos que hemos mencionado.

De manera que pueden apreciarse inconsistencias en la utilización como criterio de determinación de la pertenencia de un determinado derecho fundamental a uno de los grupos configurados por la teoría tripartita o cuatripartita, de la conexión del derecho con la dignidad humana recogida en el art. 10.1 como fundamento del orden político y la paz social.

Ello no quiere decir que la atribución por la CE a la dignidad humana de un significado *fundamental* no vaya a tener consecuencias en cuanto a la posición *iusfundamental* de los no nacionales en la CE.

En las Sentencias posteriores del Tribunal Constitucional, continúan las referencias a la dignidad humana, con cita de la jurisprudencia anterior, sin que en ninguna de ellas se profundice en la utilización de la dignidad humana como criterio taxonómico.

## **2. Aplicación práctica de la clasificación tripartita. Consecuencias jurídicas de la integración en cada grupo de la división. Cuestiones problemáticas**

Al tiempo que mantiene la referencia continua a la teoría tripartita de los derechos fundamentales, y sin separarse expresamente de ella en ningún momento, el Tribunal irá construyendo una serie de patrones decisorios que no encajan con claridad en el molde de la citada clasificación tripartita, ni obedecen a las categorías de derechos perfiladas, ni a las consecuencias jurídicas que en teoría se hacen derivar de la pertenencia a una u otra categoría.<sup>65</sup>

Esto se aprecia con claridad mediante el análisis de algunos problemas que plantea la teoría tripartita en relación con el régimen jurídico deducible de la declaración de pertenencia de un determinado derecho fundamental a un concreto grupo de derechos. En los siguientes epígrafes, el examen de estas cuestiones se entrecrujará con la referencia a las bases y construcción de los patrones decisorios detectados en la jurisprudencia analizada.

Recordamos que en la STC 107/1984 se hacen derivar determinadas consecuencias de la pertenencia de un derecho a uno u otro grupo. En lo que ahora interesa: 1) encontramos un grupo de derechos, determinado expresamente en la CE, que por mandato constitucional no pueden ser reconocidos a los extranjeros; 2) en cuanto a los derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal, “no resulta posible un tratamiento desigual respecto [a los extranjeros] en relación con los españoles”; y por último, 3) en el caso los “derechos que pertenecen o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes [será] admisible la diferencia de trato con los españoles *en cuanto a su ejercicio*”.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> Ello tiene que ver con un fenómeno, señalado por Ignacio Gutiérrez, al que ya nos hemos referido. Se trata de la cita, por parte del TC, de fragmentos de fundamentos jurídicos de sus Sentencias anteriores utilizados aislados del caso y el proceso en el que cobran sentido. Ello coadyuva a la creación de un sistema de clasificaciones y diferenciaciones a veces ajeno al sentido específico de la labor jurisprudencial y alejado de los problemas que cada sentencia pretende resolver. I. Gutiérrez, “Volver a las fuentes... ob. cit. p. 2.

<sup>66</sup> STC 107/1984/4. Énfasis añadido.

El caso de los derechos que, por mandato constitucional, no pueden ser reconocidos a los extranjeros no plantea demasiados problemas en lo que ahora nos interesa. Las cuestiones problemáticas se suscitan en relación con las otras dos categorías de derechos.

En cuanto a la prohibición de tratamiento desigual entre extranjeros y españoles en relación con determinados derechos, su desarrollo y aplicación no resultan claros en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Con respecto a determinados derechos y a la vista de lo establecido en algunas resoluciones, la prohibición de diferenciación parece ser absoluta, o al menos así se declara. El Tribunal realiza algunas afirmaciones taxativas de las que parecería poder deducirse una prohibición total, derivada de la Constitución, de utilizar la nacionalidad como criterio de diferenciación.

Sin embargo, en otros casos, el carácter de la prohibición de diferenciación es distinto, en línea con las exigencias generales del principio de igualdad, permitiéndose las diferencias siempre que en su establecimiento se cumplan determinados requisitos, relacionados con la garantía de respeto del contenido esencial y con el cumplimiento de exigencias de razonabilidad o proporcionalidad.

El diferente significado –en función del derecho afectado y del supuesto concreto- de la prohibición de diferenciaciones basadas en la nacionalidad se roza con la ya abordada cuestión de la introducción de una “cuarta categoría” en la clasificación tripartita.

En otro orden de cosas, resulta especialmente problemática la cuestión del régimen jurídico de los “derechos que pertenecen o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes”. En primer lugar, porque resulta difícil dilucidar si estos derechos se configuran o no como derechos fundamentales en el sentido que esta categoría jurídica tiene en la CE. Si los derechos fundamentales son por definición derechos resistentes frente al legislador, de los que derivan posiciones jurídicas que el legislador no puede vulnerar o ignorar, no se entiende que pueden calificarse como tales derechos “que pertenecen o no a los extranjeros” en función de lo dispuesto por el legislador y los tratados internacionales.

Se afirma que, reconocido a los extranjeros determinado derecho de los pertenecientes a este grupo por una ley o tratado internacional, éste pasa a encontrarse

en cierta manera garantizado constitucionalmente en los términos establecidos en la ley o tratado (SSTC 94/1993, 116/1993, 242/1994). Sin embargo, en realidad esta garantía parece alcanzar únicamente a la posibilidad de, frente a una vulneración, acudir a los remedios procesales específicos de protección de derechos fundamentales. Y en la práctica, en muchas ocasiones, este tipo de casos son reconducibles a violaciones de otros derechos de los que, según la jurisprudencia constitucional, son titulares los extranjeros por mandato constitucional (SSTC 94/1993, 116/1993, 242/1994).

En la STC 94/1993 el alcance protector de la correspondiente regulación legal se incorpora al contenido amparable del derecho fundamental. De este modo, las infracciones de la ley, o una aplicación de la misma que no atienda en medida suficiente a las exigencias derivadas del correspondiente derecho fundamental, justifican la concesión del amparo. Tal aportación que se consolida de inmediato en la jurisprudencia posterior (SSTC 116/1993 o 242/1994).

La STC 150/1994 realizará una proyección similar en torno al derecho al trabajo (no se admite una diferenciación que ha sido suprimida por la ley o, en el caso concreto, por una disposición administrativa amparada por la ley); y la STC 130/1995 garantiza a través del art. 14 CE la igualdad reconocida a los extranjeros por una norma de Derecho comunitario europeo.

Las primeras Sentencias en la materia reconocen al legislador una amplia libertad en lo tocante al reconocimiento y regulación de estos derechos.

Paulatinamente, se introduce la idea de la existencia de límites frente a la libertad de configuración del legislador en este ámbito. En un primer momento, se opera una suerte de conversión de los tratados internacionales en una especie de canon de constitucionalidad. Este fenómeno, que se deduce lógicamente de las afirmaciones contenidas en varias resoluciones, es sin embargo negado expresamente por el Tribunal en la STC 236/2007, de manera coherente con su jurisprudencia relativa al significado del art. 10.2 CE y al papel que éste otorga a los tratados internacionales en materia de derechos y libertades ratificados por España.

Aunque en un primer momento los límites frente a la libertad de configuración del legislador en relación con este grupo de derechos se identifican en tratados internacionales, posteriormente comienzan a realizarse referencias más o menos

explícitas a la necesidad de que las normas legales en la materia no vulneren el contenido preceptivo de los derechos en cuestión.

### **3. La STC 236/2007. Problematización de la teoría tripartita y esbozo de un esquema de razonamiento unitario**

En la STC 236/2007 se manifiestan con claridad algunos de los problemas apuntados en el anterior epígrafe.

Estos problemas se hacen evidentes no sólo mediante el análisis de la aplicación a las concretas impugnaciones de la doctrina jurisprudencial en materia de derechos fundamentales y extranjeros, sino también a la vista de las consideraciones generales que la Sentencia realiza en sus FFJJ 2 a 5 acerca de la posición *iusfundamental* de no nacionales.

En su FJ 3, la Sentencia parte de la siguiente idea: el legislador dispone de un amplio margen de libertad para concretar en qué términos gozarán los extranjeros de los derechos y libertades del Título I, margen de libertad que sin embargo se encuentra sujeto a límites derivados del conjunto del título I de la Constitución y del art. 10 CE. Para la determinación del margen de libertad, debe acudir en primer lugar a los preceptos reconocedores de derechos del Título I, y sólo en segundo, a las reglas del art. 13 CE.<sup>67</sup>

La primera duda que hay que resolver, a la vista de este planteamiento del Tribunal, es la siguiente: ¿hasta dónde puede llegar ese margen de libertad que se reconoce al legislador? Es decir, ¿comprende la posibilidad de que el legislador ignore determinados derechos, negando su titularidad a extranjeros o a determinados grupos de extranjeros? La segunda duda es relativa a cómo se determinan, en concreto, los límites a los que está sujeto el legislador. ¿Cuál es el mecanismo para inferir los límites concretos que para cada derecho derivan del, o de los, preceptos constitucionales que lo garantizan?

A partir de este punto, la resolución sistematiza la jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales en relación con los extranjeros. Por un lado, la

---

<sup>67</sup> STC 236/2007/3



Sentencia recoge casi textualmente la clasificación tripartita de los derechos fundamentales reiterada desde las primeras Sentencias del Tribunal y las consideraciones acerca de las consecuencias jurídicas que se derivan de la clasificación de un derecho en cada una de las categorías de la clasificación. Por otro, introduce algunas reflexiones novedosas que en algún aspecto parece difícilmente conjugables con la propia jurisprudencia citada en la Sentencia.<sup>68</sup>

Así, citando jurisprudencia constitucional, la Sentencia se refiere a los derechos que “corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y *no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles*” (STC 107/1984/3); estableciendo que el legislador no podrá negar a los extranjeros el ejercicio de los derechos “imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”, ni modular o atemperar su contenido. En atención a ello, concluye el Tribunal, “la dignidad de la persona [...] constituye un primer límite a la libertad del legislador a la hora de regular ex art. 13 CE los derechos y libertades de los extranjeros en España”.<sup>69</sup>

Por otro lado, la resolución remite a un segundo grupo de derechos que “la Constitución reconoce directamente a los extranjeros” –y que por tanto el legislador no puede negar por completo a los no nacionales- pero respecto de los que puede establecer “condicionamientos adicionales” en la regulación de su ejercicio, respetando “las prescripciones constitucionales, pues no puede estimarse aquel precepto [art. 13.1 CE] permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuándo éste haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros”. La remisión a este grupo de derechos supone retomar la argumentación introducida en la STC 115/1987 que convierte la clasificación tripartita en cuatripartita.<sup>70</sup>

A continuación, y este pasaje resulta especialmente problemático, el Tribunal se refiere a aquellos derechos “de los que serán titulares los extranjeros en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y las leyes”. A continuación afirma, sin

---

<sup>68</sup> R. Jover Gómez-Ferrer, C. Ortega Carballo y S. Ripol Carulla, *Derechos fundamentales...* ob. cit. pp. 71 y ss., consideran que la clasificación tripartita contenida en la primera jurisprudencia del TC ha sido superada en esta STC 236/2007.

<sup>69</sup> STC 236/2007/3

<sup>70</sup> STC 236/2007/4

embargo, que la posibilidad de establecer restricciones y limitaciones a tales derechos no es incondicionada, pues aquéllos no podrán afectar a los derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana ni al contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los tratados internacionales suscritos por España.<sup>71</sup>

Tras ello, afirma el Tribunal, sin que se sepa ya si se refiere a todos los derechos o a los pertenecientes al último grupo examinado, que las condiciones de ejercicio que el legislador establezca respecto de los derechos y libertades en España sólo serán constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial, se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida.<sup>72</sup>

Estas dos últimas afirmaciones resultan muy difícilmente entendibles, tanto si tenemos en cuenta las características definitorias de la categoría derecho fundamental en nuestro sistema constitucional, como desde el punto de vista de la propia teoría tripartita de los derechos.

En primer lugar, si estamos hablando de un grupo de derechos de los que los extranjeros sólo serán titulares en función de lo establecido por el legislador y los tratados, no se entiende la afirmación de la vinculación de éste a su contenido esencial. Ambas cosas no son compatibles: o bien el legislador debe respetar el contenido esencial del derecho fundamental de que se trate, o bien puede decidir si los extranjeros son o no titulares del mismo (sujetándose en su caso a lo establecido en los tratados relevantes). Pero no pueden darse ambas situaciones a la vez.

En segundo lugar, si el legislador está obligado a respetar el contenido esencial de los derechos, y si también hay aquí una referencia al respeto de los derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, no se ve muy bien cuál es la diferencia entre los derechos pertenecientes a los distintos grupos. En todo caso hay un mandato de respeto a un mínimo invulnerable configurado en relación a la dignidad humana, así como del contenido esencial de los derechos y del mandato de proporcionalidad.

---

<sup>71</sup> STC 236/2007/4

<sup>72</sup> *Ídem*

En realidad, de la lectura de los primeros fundamentos jurídicos de esta Sentencia se deduce un régimen unitario en lo tocante a la posición *iusfundamental* de no nacionales en España y a las concretas *posiciones de derecho fundamental* que se reconocen a los integrantes de este colectivo, más allá de artificiales divisiones entre derechos fundamentales.<sup>73</sup>

El respeto de determinadas posiciones de derecho que configuran un mínimo invulnerable asociado a la garantía de la dignidad humana se erige, efectivamente y en línea con algunas aseveraciones del fundamento jurídico 3 de la Sentencia, como límite frente al legislador también cuando sus normas recaen sobre sujetos no nacionales. Pero ello no equivale necesariamente a afirmar que los extranjeros sean titulares, en condiciones de absoluta igualdad con los nacionales, de determinados derechos fundamentales. Los contenidos de derecho que configuran ese mínimo invulnerable asociado a la dignidad humana se encuentran vinculados a derechos fundamentales muy diferentes, y no necesariamente con la totalidad del contenido de los derechos a los que se vinculan. Esto explicaría la referencia al respeto de los derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana en relación con los derechos fundamentales que pueden o no pertenecer a los extranjeros en función de lo establecido en los tratados y la ley.

Por otra parte, el análisis de proporcionalidad de las limitaciones de derechos fundamentales adquiere un papel muy relevante en la determinación de si una regulación determinada vulnera o no la posición jurídico-constitucional garantizada a los extranjeros en la CE.

Los tratados internacionales en materia de derechos y libertades ratificados por España, y las resoluciones de los órganos encargados de su interpretación (en especial, las Sentencias del TEDH) resultan clave en la concreción de ambos extremos.

Con independencia del grupo a que pertenezca el derecho, y de las afirmaciones relativas a la teoría tripartita de los derechos fundamentales, el esquema de decisión

---

<sup>73</sup> Nos parece que se pueden entender en este mismo sentido las afirmaciones en R. Jover Gómez-Ferrer, C. Ortega Carballo y S. Ripol Carulla, *Derechos fundamentales...* ob. cit. p. 74, que contraponen dos regímenes: el predicable de los derechos fundamentales del art. 23 CE que pertenecen sólo a españoles, salvo las excepciones derivadas del art. 13.2 CE, y los demás derechos.

avanzado resulta más adecuado para entender la resolución de las concretas impugnaciones por parte del Tribunal Constitucional.

A lo largo de los siguientes epígrafes, expondremos algunas resoluciones y líneas jurisprudenciales anteriores en las que se contienen los elementos del esquema de decisión expuesto, cuya plasmación se produce, al menos en cierta medida, en la Sentencia recién analizada, la STC 236/2007. Analizaremos también resoluciones posteriores a esta Sentencia, con objeto de detectar estos elementos; así como la aplicación del esquema de razonamiento apuntado a la resolución de impugnaciones concretas. Este análisis nos permitirá seguir incidiendo en algunos de los problemas e inconsistencias de la jurisprudencia constitucional relativa a la posición *iusfundamental* de no nacionales en la CE.

#### **4. La jurisprudencia constitucional en materia de no nacionales y libertad de circulación y residencia.**

La doctrina jurisprudencial atinente a la relación no nacionales-posiciones *iusfundamentales* garantizadas por el art. 19 CE resulta particularmente interesante.<sup>74</sup> En las sentencias constitucionales referidas a supuestos en que se alega la vulneración de los derechos del art. 19 CE (libertad de circulación y residencia) respecto de sujetos extranjeros, pueden identificarse cuestiones problemáticas en relación con la determinación y régimen de los derechos que “pueden o no” pertenecer a los extranjeros en función de lo establecido en los tratados y las leyes.

En los primeros supuestos al respecto, que llegan al Tribunal Constitucional por vía de amparo, los derechos del art. 19 CE se conectan con casos de denegación de

---

<sup>74</sup> Con anterioridad a los primeros pronunciamientos del TC en la materia, debemos reseñar la doctrina jurisprudencial del TS en este ámbito. Las sentencias del TS parten de que el derecho a residir en España por parte de un extranjero no depende de la discrecionalidad de la Administración, y de que CE y tratados internacionales pueden imponer límites a este respecto. Esta jurisprudencia pone de manifiesto la interconexión entre derechos, puesto que en muchos casos las quejas relacionadas con la libertad de circulación se entremezclan con aspectos de otros derechos (derecho a la tutela judicial efectiva, problemas de legalidad y tipicidad sancionadora, libertad personal...). I. Borrajo Iniesta, “El status constitucional... ob. cit. pp. 717-722, 728, 733-734; J. L. Piñar Mañas, “El derecho... ob. cit.

entrada o expulsión de extranjeros del territorio español (ATC 182/1985; SSTC 94/1993, 116/1993, 242/1994).

En el ATC 182/1985, en que se impugnó la denegación de entrada a un extranjero derivada de su previa expulsión, el Tribunal “a mayor abundamiento” (pues el recurso había sido ya resuelto en base a otros fundamentos) declara que lo que el art. 19 CE establece es “el derecho *de los españoles* a elegir libremente su residencia y a circular libremente por el territorio nacional, así como entrar y salir libremente de España en los términos legalmente previstos”.<sup>75</sup> Por ello, el precepto no guarda “ninguna relación” con las cuestiones discutidas en el recurso de amparo, en cuanto tiene su origen en medidas (expulsión y denegación de entrada) “que, en su caso, afectarían al régimen de extranjería establecido por el art. 13 de la Constitución y, en consecuencia, serían materia ajena al ámbito de protección del recurso de amparo”.

Las resoluciones posteriores del TC en la materia adoptarán un punto de vista diferente, aplicando el art. 19 CE a supuestos de este tipo.

En la STC 94/1993, el Tribunal considera que “la decisión de expulsar o extrañar a una persona del territorio nacional, prohibiendo su regreso durante un periodo de tiempo, afecta directamente a la libertad de circulación [...] pudiendo vulnerarla o no, según el fundamento y alcance de la medida”.<sup>76</sup>

Sin embargo, continúa el TC en dicha resolución, hay que tener en cuenta la cuestión previa de si los extranjeros son o no titulares de este derecho “y en su caso con qué alcance”.<sup>77</sup>

En esta resolución, el Tribunal manifiesta que los extranjeros *pueden ser titulares* de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente del art. 19 CE. Sin embargo, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana. Así, las leyes y tratados pueden modular el ejercicio de estos derechos en

---

<sup>75</sup> Énfasis añadido.

<sup>76</sup> STC 94/1993/2

<sup>77</sup> *Ídem*

función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España y a residir en ella.<sup>78</sup>

Aparentemente, se opera en esta Sentencia una conversión de las leyes y tratados, e incluso de las autorizaciones administrativas, relativas a la circulación y residencia de extranjeros, en una suerte de canon de constitucionalidad, al establecer que: “los extranjeros que por disposición de una ley o de un tratado, o por autorización concedida por una autoridad competente, tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el art. 19 CE, aun cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles, sino en los que determinen las leyes y tratados a los que se remite el art. 13.1 CE”.<sup>79</sup>

Tras estas afirmaciones, sorprendentemente, el Tribunal hace referencia a jurisprudencia dictada en una sentencia dictada en materia de libertad de circulación *de españoles* (STC 85/1989/3). Basándose en lo establecido en esta resolución, y en lo establecido en el art. 13 PIDCP para extranjeros en situación regular, el Tribunal establece que “para ser respetuosa con la libertad de circulación que el art. 19 CE reconoce a los extranjeros que se hallan legalmente en nuestro territorio”, la decisión debe tener un fundamento legal y realizar una aplicación de las normas razonada y razonable.<sup>80</sup> En este caso, se consideró que la expulsión y las resoluciones judiciales que la confirmaban vulneraban el derecho del art. 19 CE por una aplicación deficiente de las normas: la decisión de expulsar a la demandante se adoptó prescindiendo completamente de considerar si tenía o no derecho a obtener el permiso de residencia.<sup>81</sup>

La STC 116/1993, dictada apenas siete días después de la STC 94/1993, también se emite en un supuesto de expulsión. Esta resolución, pese a que se remite a la analizada STC 94/1993 en lo relativo al art. 19 CE, incorpora un matiz a la doctrina sentada en aquella. Así, afirma que “los extranjeros *son titulares* de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su art.

---

<sup>78</sup> STC 94/1993/3

<sup>79</sup> STC 94/1993/3. Así lo señala F. Rubio Llorente, “Les droits et libertés... ob. cit. p. 175.

<sup>80</sup> STC 94/1993/4

<sup>81</sup> STC 94/1993/5

19 CE, si bien en los términos que establezcan los tratados y la Ley”.<sup>82</sup> Sin embargo, en este caso no se declara la vulneración del art. 19 CE. El recurrente alegó también la quiebra del art. 25.1 CE, y la queja se examina desde dicho prisma. Entiende el Tribunal que la norma reglamentaria en que se basó la expulsión no cumplía las exigencias materiales impuestas por el art. 25.1 CE.<sup>83</sup> El Tribunal no se plantea en ningún momento si los extranjeros son o pueden ser titulares de este derecho ligado al art. 25.1 CE, dándolo por sentado.

En la STC 116/1994, también dictada en amparo, la impugnación no se refiere a una expulsión administrativa, como sucede en las anteriores, sino a una expulsión impuesta por el juez como medida sustitutiva de la pena.

Esta Sentencia es especialmente relevante desde el punto de vista de nuestra investigación.<sup>84</sup> En ella, se introduce una visión más integrada de la cuestión de los derechos fundamentales en relación con los extranjeros, que en nuestra opinión se aleja de la teoría tripartita y sienta el fundamento de algunas estructuras de razonamiento aplicadas posteriormente por el Tribunal (especialmente, a partir de la STC 236/2007, que contiene varias referencias a la doctrina asentada en esta resolución). Se afirma en ella que, si bien “la jurisprudencia constitucional autoriza al legislador a establecer restricciones y limitaciones a los derechos fundamentales que puedan disfrutar los extranjeros en España”, sin embargo, “esta posibilidad no es incondicionada”. La cuestión se analiza desde el punto de vista de los condicionamientos que la Constitución impone al legislador a la hora de regular situaciones en que los sujetos sean extranjeros. El primero se relaciona con la imposibilidad de que las restricciones afecten a derechos

---

<sup>82</sup> STC 116/1993/2

<sup>83</sup> STC 116/1993/3

<sup>84</sup> Aja, que divide en tres fases la jurisprudencia constitucional dictada en la materia hasta el año 2000, da cuenta de la relevancia del grupo de sentencias en materia de libertad de circulación y residencia que ahora examinamos, que integran una de las fases de la clasificación de este autor (cita las SSTC 94/1993, 116/1193 y 242/1994). En su opinión, suponen (en concreto en referencia a la primera de ellas) “dejar de lado la dicción literal de los titulares de los derechos, reconocer a los extranjeros también los derechos del art. 19, que sistemáticamente había sido negado hasta entonces y atraer, por esta vía, el amparo para muchas de las vulneraciones relacionadas con la entrada y la permanencia de los extranjeros en España”. E. Aja, “Veinte años... ob. cit. pp. 445-446.

imprescindibles para la garantía de la dignidad humana. Pero además, se retoma la doctrina introducida en la STC 115/1987 en lo relacionado con la necesidad de respetar el “contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los Tratados Internacionales suscritos por España”.<sup>85</sup>

En relación con los derechos del art. 19 CE, reitera la doctrina sentada en las SSTC 94/1993 y 116/1993, de acuerdo con la cual las normas legales, tratados internacionales y decisiones administrativas determinan los términos en que dichos derechos se reconocen a los extranjeros en España, confiriéndose protección constitucional a la situación así determinada.<sup>86</sup> Remitiendo a los arts. 12 y 13 del PIDCP, entiende el Tribunal que de estos preceptos “derivan límites a las posibilidades abiertas al legislador para determinar los supuestos de expulsión de un extranjero que reside legalmente en un país”. Y así “las exigencias del referido Tratado, en cuanto tutelan el derecho del extranjero a permanecer en el país, “se benefician” de las garantías previstas en el art. 19 CE”.<sup>87</sup>

En el caso concreto, el Tribunal entiende que el potencial impacto adverso de la medida analizada sobre el derecho del extranjero a permanecer en España no permite calificarla como intrínsecamente arbitraria o desproporcionada respecto de los fines en ella perseguidos. Sin embargo, en cuanto a su aplicación, introduce una idea de ponderación y proporcionalidad, al establecer que, puesto que la medida “afecta a la efectividad de un *derecho constitucionalmente tutelado* en los términos antes expuestos”,<sup>88</sup> el juez debe valorar “las circunstancias del caso, y la incidencia de valores o bienes con relevancia constitucional (como el arraigo del extranjero en España, o la unificación familiar, art. 39 CE), que deban ser necesariamente tenidos en cuenta para una correcta adecuación entre el derecho del extranjero a residir en nuestro país conforme a la Ley y el interés del Estado en aplicar la medida de expulsión”. Lo anterior se conecta con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, en relación

---

<sup>85</sup> STC 242/1994/4

<sup>86</sup> STC 242/1994/4

<sup>87</sup> STC 242/1994/5

<sup>88</sup> Énfasis añadido.



con la necesidad de una audiencia del extranjero que permita tener en cuenta todas las circunstancias relevantes para la ponderación judicial.<sup>89</sup>

La STC 72/2005, por su parte, analiza una prohibición de entrada en España desde el punto de vista del art. 19 CE, distinguiendo entre dos posiciones garantizadas en este precepto: la libertad de residencia (derecho de “elegir libremente su residencia en territorio español”) y el derecho de entrar en territorio nacional. De acuerdo con esta resolución, el extranjero que no ha estado nunca en España no puede invocar la libertad de residencia para amparar una conducta que se sitúa en el ámbito de un derecho distinto (derecho de entrar en territorio español).

Se aborda en ella, pues, la cuestión de si existe un derecho de los extranjeros a entrar en España.<sup>90</sup> En su fundamento jurídico 6, afirma que “[e]l sujeto de derechos al que se refiere la regulación del art. 13.1 CE no es el extranjero sin más, sino el extranjero en España, el que ya ha entrado en España”.<sup>91</sup> Se parte de que la función del art. 13.1 CE es posibilitar la extensión de derechos que en principio no vienen reconocidos a los extranjeros por la Constitución (*vid. supra*). En base a todo ello, concluye que la literalidad del art. 13.1 CE no incluye el derecho a entrar en España como derecho fundamental de los extranjeros. Ello tampoco se deduce de una interpretación sistemática del art. 19 CE en relación con los tratados internacionales en materia de derechos humanos. La resolución afirma que del art. 19 CE no deriva un derecho fundamental de entrada en España para los extranjeros. Éstos pueden ser titulares de un derecho a entrar en España derivado de la ley o los tratados internacionales, que se protegerá de acuerdo con la protección que el ordenamiento

---

<sup>89</sup> STC 242/1994/6

<sup>90</sup> La Sentencia aclara que la argumentación desarrollada a este respecto no afectará a *supuestos concretos en que concurren circunstancias específicas que cualifican la situación*: régimen jurídico del derecho de asilo; derecho a entrar en España de los ciudadanos de la UE; situación de extranjeros que, residiendo legalmente en España pretendan entrar en el territorio después de haber salido legalmente; reagrupación familiar. STC 72/2005/4, énfasis añadido.

<sup>91</sup> Ello, considera el TC en esta resolución, no contradice la vinculación de todos los poderes públicos españoles a los derechos fundamentales sin limitación de ámbito territorial. El derecho a entrar en España no se configura, según esta Sentencia, como derecho fundamental para los extranjeros, sino como derecho que puede ser extendido en las condiciones determinadas por los tratados y la ley.

dispensa a los derechos que concede la ley (y a este respecto, se recalca, el extranjero es titular del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, lo que le permitirá hacer valer cualquier derecho legal de entrada del que goce).<sup>92</sup>

Además del conjunto de supuestos en que la corrección constitucional de este tipo de medidas se conecta con los derechos recogidos en el art. 19 CE, encontramos casos en que la discusión constitucional en este tipo de casos se centra en el análisis de la legitimidad de las medidas desde el punto de vista de otros derechos fundamentales, especialmente de los derivados de los arts. 24 y 25.1 CE. En realidad, los antecedentes de este nuevo enfoque están implícitos en la línea jurisprudencial hasta aquí analizada.

En este grupo de resoluciones las afirmaciones acerca de los derechos garantizados en el art. 19 CE, se han utilizado como una especie de *a priori* desde el que analizar casos relacionados con la aplicación de normas de extranjería o inmigración. Así, en la STC 86/1996, amparo sobre la detención de un extranjero en la vía pública en que el recurrente no alegó la vulneración de las libertades del art. 19 CE, el Tribunal considera necesario recordar con carácter previo que “las personas que no poseen la nacionalidad española sólo tienen derecho a residir en España, y a circular dentro del territorio nacional, cuando se lo otorga la disposición de una ley o de un tratado, o la autorización concedida por una autoridad competente”.<sup>93</sup>

El ATC 331/1997, dictado en recurso de amparo, parte de la afirmación de que los extranjeros carecen del derecho a residir en España, salvo lo que establezcan los tratados y la ley. Por ello, las normas de extranjería pueden subordinar el derecho a residir en España a determinadas condiciones. Esta conclusión se apoya en la jurisprudencia del TEDH que, en palabras del TC, no ha dejado de subrayar la amplia potestad de la que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, residencia y expulsión de los extranjeros en su territorio.

En la STC 24/2000 se realiza una afirmación similar, previamente al enjuiciamiento de un recurso de amparo en que no se alegó la vulneración de tales libertades. En este caso, se afirma que “los extranjeros sólo gozan del derecho a residir

---

<sup>92</sup> STC 72/2005/6-8

<sup>93</sup> STC 86/1996/2

en España *en virtud de autorización concedida por autoridad competente*, de conformidad con los Tratados internacionales y la ley”.<sup>94</sup> De ello, deduce el Tribunal la licitud de que la LOEx subordine el derecho de los extranjeros a residir en España a determinadas condiciones. Además, se vincula esta idea con la referencia a la jurisprudencia TEDH que subraya la amplia potestad de los estados para controlar la entrada, residencia y expulsión de los extranjeros en su territorio (STC 24/2000/4). Esta misma resolución, por otro lado, se refiere a la existencia de límites frente a las posibilidades abiertas al legislador en la determinación de los supuestos de expulsión de un extranjero que reside legalmente en un país.

Así pues, en este contexto, el TC se ha referido expresamente a la jurisprudencia del TEDH que reconoce la amplia potestad de los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio, sin dejar de recordar la obligación de respeto de los derechos garantizados en el CEDH. Para apoyar esta afirmación se basa en un grupo de cuatro SSTEDH de las cuales una tiene como objeto la expulsión por la comisión de conductas delictivas (*Moustaquim*) mientras las otras tres están relacionadas con el control de las condiciones de obtención y renovación del permiso de residencia (SSTEDH de 28 de mayo de 1985 en el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*; de 21 de junio de 1988 en el caso *Berrehab c. Países Bajos*; de 18 de febrero de 1991 en el caso *Moustaquim c. Bélgica*; de 28 de noviembre en el caso *Ahmut c. Países Bajos*). Estas afirmaciones pasarán más adelante a la STC 236/2007.<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> Énfasis añadido. Aunque tras esta afirmación el Tribunal remite a la doctrina jurisprudencial previa en materia de libertad de residencia y circulación y extranjeros (aquí analizada), el cambio de orden en la expresión supone un cambio de sentido importante. No es lo mismo afirmar que los extranjeros gozan de este derecho cuando se lo otorgan leyes, tratados, o disposiciones de autoridades competentes, que afirmar que dicho goce se produce “en virtud de autorización (...)” aparentemente supeditando el derecho a la decisión administrativa, lo que nos parece que contradice la jurisprudencia anterior y no se cohonesta bien con las exigencias derivadas del eventual reconocimiento del derecho en leyes o tratados. En cualquier caso, esta afirmación no se ha retomado en Sentencias posteriores, que vuelven a referir claramente el derecho a lo establecido en leyes y tratados.

<sup>95</sup> Ignacio García Vitoria, “El impacto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la expulsión de inmigrantes”, *RGDC*, núm. 20 (2015), pp. 3-4.

A la vista de las resoluciones señaladas, la no titularidad por los extranjeros de un derecho a entrar o residir en España (aparte de lo establecido legal o internacionalmente) aparece en algunos casos como justificación de la existencia y aplicación de diferentes regulaciones en materia de extranjería, y conectada con la potestad estatal sobre la entrada y permanencia de extranjeros en su territorio.

A partir del año 2001 encontramos resoluciones del Tribunal Constitucional que han hecho referencia a la cuestión en relación con medidas cautelares, en procesos penales o administrativos, que imponían de alguna manera la residencia en determinado lugar.

La STC 169/2001 resuelve la impugnación en amparo de una medida cautelar penal de libertad provisional con prohibición de abandonar el territorio español y retirada de pasaporte. El Tribunal, en la determinación del derecho afectado en este caso (el art. 17.1 o el art. 19 CE), recoge jurisprudencia constitucional previa sobre el art. 19 CE, asegurando que “los extranjeros son titulares de los derechos fundamentales establecidos en el art. 19 CE siempre que resulten reconocidos en los tratados o en la ley y en los términos de su reconocimiento en ellos”.<sup>96</sup> En este sentido, si el derecho afectado fuese alguno de los reconocidos en el art. 19 CE (cosa que en el caso concreto no sucedía, según la Sentencia), sería necesario analizar si alguna ley interna o tratado internacional recogía ese derecho en relación al supuesto de hecho: en tal caso, se dice, sería necesario examinar si la limitación se encuentra prevista en la ley y es necesaria para la consecución de fines legítimos en una sociedad democrática, siendo su aplicación “razonada y razonable”.<sup>97</sup>

La STC 260/2007, dictada en recurso de inconstitucionalidad contra la LOEx 4/2000, analiza la medida cautelar de residencia obligatoria en un determinado lugar, en el marco de determinados procedimientos administrativos sancionadores susceptibles de concluir con la expulsión del extranjero. Entiende el Tribunal, frente a lo alegado por el recurrente (Parlamento Vasco), que tal medida es susceptible de afectar a la libertad proclamada en el art. 19 CE, y no al derecho del art. 17.1 CE. El Tribunal, en el análisis de la medida, reitera la doctrina constitucional acerca de la titularidad por extranjeros de

---

<sup>96</sup> STC 169/2001/4a)

<sup>97</sup> *Ídem*

los derechos del art. 19 CE. Interesa destacar la afirmación según la cual, los arts. 12 y 13 del PIDCP se erigen en límite frente a las leyes y tratados que regulan la circulación de extranjeros en España, ya que estos preceptos, parámetros de interpretación de los arts. 19 y 13 CE por imperativo del art. 10.2 CE “reconocen el derecho a la libre circulación de las personas que se hallan legalmente en el territorio del Estado, de forma que las Leyes y tratados que regulan la circulación de extranjeros en España deben respetar el grado de libertad que reconocen los arts. 12 y 13 del Pacto internacional a todas las personas que se hallan legalmente en el territorio del Estado y las medidas que repercuten sobre la libre circulación de las personas deben fundarse en una Ley, y aplicarla en forma razonada y razonable”.<sup>98</sup>

En relación con el papel de los arts. 12 y 13 del PIDCP en la jurisprudencia constitucional acerca del art. 19 CE en relación con no nacionales, procede llamar la atención sobre lo siguiente. La STC 94/1993, primera que hace referencia a estos preceptos, lo hace poniendo de manifiesto que España no había firmado el Protocolo No. 4 al CEDH, cuyos arts. 2, 3 y 4 resultan relevantes. La referencia a los arts. 12 y 13 del PIDCP se mantiene a lo largo de toda la línea jurisprudencial analizada.

El 16 de septiembre de 2009, España firmó y ratificó el Protocolo No. 4. Tras esta ratificación no hemos encontrado sentencias relevantes en lo relativo al art. 19 CE en relación con no nacionales.<sup>99</sup> Sin embargo, la entrada en vigor de este Protocolo para nuestro país deberá ser tenida en cuenta en eventuales resoluciones sobre la materia, a la vista de la línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal hasta el momento.

Del análisis jurisprudencial expuesto interesa destacar una serie de cuestiones. En primer lugar, la referencia en la STC 242/1994, que como hemos visto influye en la doctrina de la STC 236/2007, al respeto del contenido de los derechos como límite frente a la libertad de configuración del legislador. Llama la atención que esta afirmación se realice en el marco de un supuesto de hecho en que se alegaba la

---

<sup>98</sup> STC 260/2007/6

<sup>99</sup> La STC 186/2013, dictada en amparo frente a un procedimiento de expulsión administrativa, resuelve negativamente sobre la alegada vulneración de los derechos del art. 19 CE, en relación con el art. 18.1 CE, de la *hija española menor de edad* de la recurrente. No resulta relevante a los efectos que en este momento nos ocupan.

vulneración de un derecho de los que pueden o no pertenecer a los extranjeros en función de lo establecido en los tratados y las leyes.

En segundo lugar, resulta interesante el punto de vista desde el que se analiza la corrección constitucional de las expulsiones, que se desplaza desde el art. 19 CE (derecho que puede o no pertenecer a los extranjeros) a otros derechos que, como los derivados del art. 24 o 25.1 CE, se han entendido “imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”. Especialmente porque, en el análisis de los supuestos desde el punto de vista principal del art. 19 CE, ya se encuentra implícito ese punto de vista.

Asimismo, procede llamar la atención acerca del papel atribuido a los tratados internacionales. Como se ha señalado, los tratados internacionales en la materia parecen erigirse, en determinados momentos, en una suerte de canon de constitucionalidad de las medidas adoptadas en relación con extranjeros que puedan afectar a posiciones jurídicas protegidas en el art. 19 CE.

Destaca igualmente que este último fenómeno se encuentra en aparente contradicción con la jurisprudencia establecida respecto del papel de los tratados internacionales en la STC 236/2007, en cuyo fundamento jurídico 5 se afirma, tras analizar el significado del art. 10.2 CE según la jurisprudencia constitucional, que “al enjuiciar la Ley impugnada en este proceso, nos corresponde determinar si el legislador ha respetado los límites impuestos ex art. 10.2 CE por la normas internacionales, que le obligan a interpretar de acuerdo con ellas los derechos y libertades consagrados en nuestra Constitución. Pero el tratado o convenio internacional invocado no se convierten en sí mismos en canon de constitucionalidad de los concretos preceptos recurridos [...] Las normas legales impugnadas deben ser contrastadas con los correspondientes preceptos constitucionales que proclaman los derechos y libertades de los extranjeros en España, interpretados de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios. En consecuencia, sólo podrá declararse su inconstitucionalidad si aquellas normas con rango de ley vulneran el contenido constitucionalmente declarado de tales derechos y libertades” (STC 236/2007/5).

Estas afirmaciones parecen chocar con el papel atribuido a los tratados internacionales en las resoluciones analizadas, en relación con la posición de los no

nacionales respecto de los derechos reconocidos en el art. 19 CE, alguna de las cuáles es posterior a esta STC 236/2007 (como es el caso de la STC 260/2007/6).

Esta aparente inconsistencia podría explicarse porque el Tribunal, en el fundamento jurídico citado, tiene sólo en cuenta la referencia constitucional a los tratados del art. 10.2 CE, y no la contenida en el art. 13.1 CE. Ello, en todo caso, alimenta la tesis de la progresiva elaboración y consolidación en la jurisprudencia constitucional española de un esquema unitario de análisis en lo que concierne a las vulneraciones de la posición jurídico-constitucional de los extranjeros diseñada en la CE.

## **5. Igualdad y posición *iusfundamental* de los no nacionales**

A lo largo de este apartado, pondremos el foco en el papel que juega la igualdad consagrada en la CE en la determinación de la posición *iusfundamental* de los no nacionales. Desde las consideraciones expuestas *supra*, pretendemos 1) clarificar el funcionamiento y relevancia del principio, y 2) señalar algunos problemas al respecto.

La CE se refiere a la igualdad en varios de sus preceptos. En lo que ahora nos interesa, el art. 1.1 CE la consagra como valor superior del ordenamiento jurídico español, sin referencia alguna a la nacionalidad o ciudadanía. El art. 9.2 CE se refiere a lo que se ha dado en llamar “igualdad material”, obligando a los poderes públicos a promover las condiciones para hacer reales y efectivas la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra. Tampoco en este precepto se menciona la nacionalidad o ciudadanía. El art. 14 CE garantiza el principio de igualdad, refiriéndose, esta vez sí, a “los españoles”.

El análisis de la jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales y extranjeros revela tanto la importancia de este principio en la argumentación desarrollada al respecto, como una serie de problemas en esta doctrina jurisprudencial.

Como ya se ha analizado, la STC 107/1984, primera Sentencia constitucional en materia de derechos fundamentales y extranjeros, resuelve un problema de igualdad.

Así, la primera versión de la teoría tripartita aparece en el contexto de la resolución de un problema de este tipo.

En esta resolución, el TC se refiere al principio de igualdad del art. 14 CE, pero no parece admitir la posibilidad de su aplicación a los extranjeros. Así, remarca que, de conformidad con el art. 14 CE, los españoles son iguales ante la ley, sin que exista prescripción alguna que extienda tal igualdad a los extranjeros. Sin embargo, continúa, ello no es argumento para entender que la desigualdad de trato entre españoles y extranjeros resulte constitucionalmente admisible: porque no es únicamente el art. 14 CE el que debe ser contemplado, sino que es necesario tener en cuenta otros preceptos constitucionales para determinar la posición jurídica de los extranjeros en España. A partir de aquí, el Tribunal, haciendo referencia al art. 13 CE y después al art. 10.1 CE, construye la conocida teoría tripartita de los derechos fundamentales.

De manera que en la STC 107/1984, la igualdad –en lo tocante a determinados derechos- entre españoles y extranjeros no deriva del art. 14 CE. Ésta parece fundarse, en todo caso, en la consagración de la dignidad humana como fundamento del orden político y de la paz social en el art. 10.1 CE; o directamente en el propio derecho fundamental reconocido en la Constitución.<sup>100</sup>

Con posterioridad, sin embargo, esta aparente negación de la titularidad de las posiciones jurídicas derivadas del art. 14 CE se matiza. A este respecto, no puede negarse que los extranjeros se encuentran protegidos por el mandato de igualdad *ante* la ley.<sup>101</sup> De igual modo, la condición de nacional o extranjero no afecta a la prohibición de discriminaciones basadas en cualquiera de las causas recogidas en el art. 14 CE (en este sentido, STC 13/2001).

---

<sup>100</sup> P. Cruz Villalón, “Dos cuestiones... ob. cit. pp. 72-73 recoge la interpretación literal del art. 14 CE contenida en la STC 107/1984, para afirmar a continuación que, en los derechos que pueden pertenecer o no a los extranjeros en función de los tratados y la ley “la propia interpretación sistemática de la Constitución impondría la equiparación de trato entre nacionales y extranjeros siempre que la discriminación, que no tendría que ser sometida a un “escrutinio estricto”, sí careciera manifiestamente de fundamento objetivo y razonable”.

<sup>101</sup> I. Borrajo, “El status constitucional... ob. cit. 760-761.



Los problemas más complicados se plantean en relación con el principio de igualdad *en la ley*.

En relación con el papel de la igualdad en la determinación de la posición *iusfundamental* de los extranjeros en la CE, Vidal Fueyo elaboraba en 2002 una reconstrucción doctrinal relativa a dicha posición apoyada en aquel principio.<sup>102</sup>

En lo tocante a la prohibición de tratamiento desigual entre extranjeros y españoles en relación con determinados derechos (“[d]erechos tales como el derecho a la vida [...] corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y *no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles*”, (STC 107/1984/3); ya se han analizado someramente las cuestiones que plantea. Estos problemas surgen con esta primera STC 107/1984, y se mantienen a lo largo de la jurisprudencia constitucional en la materia.

Resulta problemática la aparente afirmación, más o menos constante a lo largo de la jurisprudencia del TC, de un grupo de derechos respecto de los que está prohibida la realización de cualquier tipo de diferenciación basada en la nacionalidad. Esta prohibición absoluta no se compadece bien con el funcionamiento del principio de igualdad en los sistemas constitucionales modernos, sobre todo con el significado de este principio en relación con el legislador (igualdad en la ley). Como señala Gutiérrez, las restricciones de derechos fundadas en la identidad del sujeto titular no resultan por principio inadmisibles, y la nacionalidad no es un criterio excluido al efecto. Si aplicamos en este ámbito la doctrina general sobre el principio de igualdad, podríamos afirmar que el legislador puede establecer regulaciones distintas para españoles y extranjeros, también en materia de derechos fundamentales, siempre que la diferencia de trato respete el contenido esencial resulte justificada conforme a las exigencias de

---

<sup>102</sup> Según esta autora, resulta necesario partir de un previo examen del texto constitucional que permita determinar el conjunto de derechos fundamentales cuya titularidad se extiende también a los extranjeros. La extranjería formaría parte del elenco de discriminaciones prohibidas por el art. 14 CE –en virtud de la cláusula abierta contenida en el mismo– cuando se trata de regular el ejercicio de los derechos fundamentales que la CE reconoce directamente al extranjero. En estos casos, su eventual utilización como factor diferencial implicaría el sometimiento de la norma a un análisis especialmente estricto del juicio de razonabilidad de la diferenciación. C. Vidal Fueyo, *Constitución...* ob. cit. pp. 163-164, 174-175.

razonabilidad que plantea este principio. Lo que, en nuestra opinión, no está tan lejos del modo de razonar del TC a pesar del mantenimiento en la jurisprudencia de referencias a la imposibilidad de realizar diferencias entre españoles y extranjeros.<sup>103</sup>

A este respecto, queremos llamar la atención sobre el voto particular planteado a la STC 95/2003 por el Magistrado Rodríguez-Zapata Pérez. En él, se propone abandonar la pretensión de identificación diferenciada de unos derechos en los que se exija por principio una regulación idéntica para españoles y extranjeros, lo que en su opinión es una exigencia poco razonable al presentarse en “términos absolutos y apodícticos” al margen de un análisis del caso desde la perspectiva del principio de igualdad. Señala este magistrado: “la exigencia de igualdad no puede ser entendida necesariamente como obligación de identidad. No debe inspirar recelos una regulación no idéntica para españoles y extranjeros en la materia que nos ocupa. Como es evidente que en el estatuto de extranjería existen delicadas cuestiones que son diferentes a las que se plantean en el estatuto de ciudadanía, la igualdad en la atribución o titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva no implica excluir una regulación legislativa distinta del beneficio de justicia gratuita, siempre que se ajuste a cánones de proporcionalidad y razonabilidad”.

Si prestamos atención a la STC 236/2007, que ya ha sido analizada en profundidad, vemos cómo en esta Sentencia la vinculación de los derechos a la dignidad de la persona no va a servir para imponer la rigurosa igualdad de trato en todos los casos. Para los derechos de asociación y reunión y para la libertad sindical, el FJ 17 detalla las consecuencias de la Sentencia: no se considera necesario imponer la igualdad de trato, pese a haber proclamado formalmente su vinculación a la dignidad humana. Considera el TC que no procede declarar la nulidad de la norma, ni tampoco del inciso que exige la autorización de residencia: ello entrañaría una alteración de la voluntad del legislador puesto que se equipararía plenamente a todos los extranjeros con independencia de su situación administrativa. Es el legislador quien debe establecer las condiciones de ejercicio de los derechos de reunión, asociación y sindicación por parte de los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia y

---

<sup>103</sup> En sentido similar, I. Gutiérrez, “Volver a las fuentes...” ob. cit. pp. 14-15.

residencia en España. En estos derechos cabe una regulación diferenciada del derecho, aunque no su negación radical.

Algo diferente ocurre con el derecho a la educación no obligatoria y con el derecho a recibir asistencia jurídica gratuita. La conexión con la dignidad humana se establece en términos similares, pero la consecuencia en estos casos no es deferir al legislador la posibilidad de una regulación diferenciada del derecho, sino que se establece una consecuencia diferente: la necesaria igualdad de régimen jurídico.

En otro orden de cosas, es necesario referirnos ahora a la cuestión del criterio de diferenciación. En general, cuando nos hallamos ante una regulación que sólo recae sobre personas extranjeras y que puede afectar a posiciones *iusfundamentales*, la justificación de esa medida puede basarse, bien en la nacionalidad de los sujetos, sin más, o bien en consideraciones relacionadas con el cumplimiento de la legislación en materia de entrada y permanencia de extranjeros en territorio nacional.

La situación migratoria del extranjero se presenta como un criterio de diferenciación válido a este respecto. Es cierto que para encontrarse en una determinada situación migratoria es condición necesaria ser extranjero. La relación entre ambos criterios es evidente, si bien es posible distinguirlos, a la vista de cómo han operado legislador y jueces.

Ya en la LOEx 7/1985 encontramos diferenciaciones en relación con el disfrute de derechos fundamentales entre extranjeros en situación regular y extranjeros en situación irregular. El art. 7 de dicha norma reconocía a los extranjeros “legalmente en territorio español” la posibilidad de ejercitar el derecho de reunión, mientras su art. 8 reconocía el ejercicio del derecho de asociación en términos similares. Lo mismo sucedía en los arts. 9 y 10 respecto de los derechos a la educación, a la sindicación y a la huelga. Aunque los arts. 7 y 8 de la norma fueron objeto de recurso de inconstitucionalidad, éste no discutía la falta de garantía de estos derechos a los extranjeros en situación irregular, por lo que el TC no se pronunció al respecto.

Es la STC 95/2003 la primera que se pronunció expresamente acerca de una restricción de este tipo, en la que una norma legal determina que los extranjeros en situación irregular no puedan gozar de un concreto derecho. Posteriormente, la STC

236/2007 profundiza en el tema al resolver el recurso de inconstitucionalidad contra la LOEx 4/2000 en su redacción por la LO 8/2000.

La sentencia comienza constatando que, “si bien la Constitución no distingue entre los extranjeros en función de la regularidad de su estancia o residencia en España, sí puede resultar constitucional que el legislador atienda a esa diferencia para configurar la situación jurídica de los extranjeros siempre que al hacerlo no vulnere preceptos o principios constitucionales”.<sup>104</sup>

El TC comienza señalando que el art. 13.1 CE “se refiere a todos los extranjeros, por contraposición a las personas de nacionalidad española, a pesar de que aquéllos pueden encontrarse en España en situaciones jurídicas diversas” (STC 236/2007/3). Pero de ello no se deduce que las facultades del legislador y límites que la CE impone son iguales con independencia de tales situaciones. La Sentencia permite la introducción de diferencias basadas en el *status* migratorio de los sujetos, siempre que respeten una serie de condiciones.

## **6. Ponderación y proporcionalidad. El cumplimiento de la legislación de extranjería como bien constitucionalmente relevante. STC 53/2002**

La STC 53/2002 introduce un esquema de razonamiento en el que merece la pena detenerse. Esta resolución fue dictada en recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo contra la modificación de determinado precepto de la *Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado* (Ley de asilo). Dicho precepto preveía la permanencia en puesto fronterizo (zona de tránsito) de los solicitantes de asilo que pretendieran entrar en España en tanto se resolviera acerca de la admisión a trámite de su solicitud. Esa permanencia era susceptible de prolongarse más allá de 72 horas (hasta 7 días) sin intervención judicial, por lo que el Defensor del Pueblo la consideraba vulneradora del art. 17.2 CE, así como de otros preceptos constitucionales.

La libertad personal es un “derecho inherente a la persona humana de aquellos que [...] corresponden por igual a españoles y extranjeros” (STC 115/1987/1), según se

---

<sup>104</sup> STC 236/2007/2

deduce de la constante jurisprudencia constitucional en la materia (por todas: SSTC 115/1987, 144/1990, 21/1996, 174/1999, 179/2000), del que según la Sentencia ahora en examen disfrutaban los solicitantes de asilo mientras se encuentran en dependencias fronterizas, al tratarse de personas sometidas a un poder público español.<sup>105</sup> El Tribunal considera, sin embargo, que el precepto impugnado no puede confrontarse con el plazo máximo de detención de 72 horas establecido en el art. 17.2 CE. Ello como consecuencia de la naturaleza de la privación de libertad en examen, que serviría a un fin distinto del fin al que sirven las medidas que se regulan en el art. 17.2 CE: “el límite temporal frente a toda privación de libertad –distinta de la detención para la persecución penal- no es necesariamente uniforme, sino que ha de adecuarse –por supuesto sin concesiones arbitrarias a las autoridades gubernativas- a las finalidades que en cada caso persigue la privación de libertad”.<sup>106</sup>

Con independencia de los problemas que el razonamiento expuesto puede suscitar, resultan especialmente relevantes, en lo que ahora nos interesa, los fundamentos jurídicos 9 y 10 de la Sentencia. Se establece que “[no] se puede afirmar que la regulación del art. 5.7.3 [de la Ley de asilo] sea contraria al mandato de ponderación, también comprendido en el mandato de proporcionalidad”. A este respecto, en cuanto a la identificación de un bien o interés de relevancia constitucional al cuál sirve la limitación, se señala que la restricción de la libertad en examen tiene como fin asegurar el cumplimiento de la legislación sobre entrada de los extranjeros en España. En este punto, el Tribunal remite a lo establecido en el fundamento jurídico 3 de la Sentencia, en que expuso la relevancia del control de fronteras desde el punto de vista de la pertenencia de España a la UE y del cumplimiento del Acuerdo de Schengen. Considera el Tribunal que “el respeto a la legislación sobre entrada, estancia y residencia en España goza de relevancia constitucional”, fundamentando esta afirmación en la remisión del art. 10.1 CE al respeto a la ley como fundamento del orden político y de la paz social y en el art. 13.1 CE.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> STC 53/2002/4 y 5

<sup>106</sup> STC 53/2002/6

<sup>107</sup> STC 53/2002/9

En lo relativo a “la identificación de las condiciones en que un interés constitucional prevalece sobre otro”,<sup>108</sup> se considera que la medida impugnada es ponderada: es una restricción cierta, limitada (en relación con los sujetos afectados y en relación con el tiempo, el espacio y el modo de la restricción) y plenamente controlada tanto desde el punto de vista administrativo como judicial.<sup>109</sup>

Hay que tener en cuenta que según el Tribunal la medida impugnada no podía calificarse de restricción directa al derecho fundamental del art. 17 CE, en el sentido de exigir una regulación en forma de ley orgánica de acuerdo con la jurisprudencia constitucional en la materia (como por el contrario alegaba el Defensor del Pueblo). Se trata de “modulaciones provisionales y limitadas a la forma en que ciertos sujetos disfrutaban, en circunstancias muy determinadas y no generalizables, de su derecho a la libertad personal”.<sup>110</sup>

En cualquier caso, interesa resaltar que la STC 53/2002 introduce de forma explícita la idea de ponderación entre derechos fundamentales y cumplimiento de la legislación de extranjería. La política de inmigración y el control de fronteras, que se relacionan expresamente con la pertenencia de España a la UE y el cumplimiento de los compromisos asumidos en este marco, se erigen así en bienes de relevancia constitucional susceptibles de justificar, siempre que se respeten las exigencias derivadas del juicio de proporcionalidad, limitaciones de derechos fundamentales cuya titularidad por los extranjeros ha sido previamente proclamada.

## **7. La STC 17/2013: contenido esencial y proporcionalidad**

La STC 17/2013 resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento Vasco contra determinados preceptos de la LOEx 4/2000 tal y como quedaron redactados tras la modificación operada por LO 14/2003.

En su fundamento jurídico 2, tras referirse a la necesidad de “[tener] presente nuestra consolidada doctrina acerca de la determinación de la posición jurídica de los

---

<sup>108</sup> STC 53/2002/9

<sup>109</sup> STC 53/2002/10

<sup>110</sup> STC 53/2002/14

extranjeros”, la Sentencia recoge tanto la clásica distinción tripartita (cuatripartita) a la que tanto nos hemos referido (con cita de la jurisprudencia en la materia del Tribunal desde la STC 107/1984), como los razonamientos contenidos en los fundamentos jurídicos iniciales de la STC 236/2007, replicando los problemas e inconsistencias que ya han sido señalados respecto de aquella Sentencia. Se trata por tanto de una resolución que reproduce el esquema de razonamiento incorporado en la STC 236/2007.

Las impugnaciones del recurrente se dividen en función de los preceptos constitucionales que se consideran afectados. Así, el Tribunal va analizando dichas impugnaciones siguiendo una estructura que pivota sobre las concretas vulneraciones constitucionales alegadas.

En lo que ahora nos interesa, los fundamentos jurídicos 3 a 8 analizan las alegadas vulneraciones del derecho fundamental a la protección de datos consagrado en el art. 18.4 CE. Respecto de la titularidad de este derecho por los extranjeros, establece la resolución: “encontrándose el derecho fundamental a la protección de datos reconocido en el art. 18.4 CE, es evidente que los extranjeros han de ser considerados titulares del mismo, *tal como éste derecho fundamental ha sido reconocido por el legislador orgánico, el cuál no distingue entre españoles y extranjeros en dicho reconocimiento*”.<sup>111</sup> Esta afirmación suscita cierta perplejidad, puesto que la titularidad del derecho fundamental parece hacerse depender de lo establecido por el legislador orgánico, cuando el derecho a la intimidad del art. 18 CE es uno de los que, según la jurisprudencia constitucional, pertenecen a españoles y extranjeros en condiciones de igualdad por ser imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (SSTC 107/1984/3, 236/2007/3).

Continúa el Tribunal: “[s]entado así que los extranjeros gozan en España del derecho fundamental del art. 18.4 CE *en las mismas condiciones que los españoles*, debe señalarse que con ello, evidentemente, no se impide el establecimiento de límites al mismo [...] ha de respetar su contenido constitucionalmente declarado y encontrar su fundamento en otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos”.<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> STC 17/2013/4. Énfasis añadido.

<sup>112</sup> *Ídem*. Énfasis añadido.

Establecido lo anterior, el Tribunal se centra en la indagación acerca del “contenido constitucionalmente declarado” del derecho a la protección de datos personales del art. 18.4 CE, remitiéndose a la doctrina sentada en la materia en su STC 292/2000. Tras recoger algunas consideraciones acerca de tal contenido, considera necesario determinar si las posibles limitaciones están justificadas y resultan necesarias y proporcionadas.<sup>113</sup>

Y, para tal determinación, continúa, resulta necesaria la identificación de un bien o interés de relevancia constitucional al cuál sirva la limitación del derecho a la protección de datos de carácter personal. En este punto, la Sentencia trae a colación la doctrina sentada en la STC 53/2002, de acuerdo con la que el respeto a la legislación sobre entrada, estancia y residencia en España goza de relevancia constitucional, lo que se fundamenta en los arts. 10.1 y 13.1 CE.<sup>114</sup>

El análisis concreto de los preceptos legales impugnados se realiza desde el prisma esbozado. Merece la pena llamar la atención acerca de las reiteraciones, en los fundamentos jurídicos que resuelven las impugnaciones concretas, de la legitimidad constitucional y relevancia de la finalidad perseguida. Así, en el fundamento jurídico 6, el Tribunal “enmarca” la impugnada obligación de remisión que pesa sobre el transportista que traslade personas al interior del territorio nacional desde el extranjero. Señala que el adecuado control de las fronteras y flujos migratorios que a través de ellas se producen es una exigencia derivada de la pertenencia de España a la Unión Europea. El Tribunal no califica expresamente esta exigencia como bien constitucional susceptible de fundamentar limitaciones de otros bienes o derechos, ni la incluye en el fundamento en que se refiere expresamente a esta cuestión. Parece más bien un argumento “a mayor abundamiento”, una especie de refuerzo de la existencia de una finalidad constitucionalmente legítima.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> STC 17/2013/4

<sup>114</sup> STC 17/2013/5

<sup>115</sup> STC 17/2013/6



**8. La STC 139/2016, en materia de asistencia sanitaria a extranjeros en situación irregular. Argumentos económicos como justificación de la limitación de acceso a un derecho social.**

En STC 139/2016, el Tribunal se pronuncia sobre la legitimidad constitucional de la exclusión de los extranjeros en situación irregular del acceso a la asistencia sanitaria normalizada con cargo a fondos públicos.<sup>116</sup> Previamente se había pronunciado, en procesos constitucionales diferentes, sobre cuestiones procesales y competenciales asociadas, en AATC 239/2012, 88/2013 y 114/2014.<sup>117</sup>

---

<sup>116</sup> En relación con esta medida y las cuestiones jurídico-constitucionales que plantea, cfr. Luis Delgado del Rincón, “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril”, *REDP*, núm. 163 (2014), pp. 189-231; del mismo autor, “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes en situación administrativa irregular: la exclusión de la condición de asegurado por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril”, en Francisco Javier Matía Portilla e Ignacio Álvarez Rodríguez (coords.), *Crisis e inmigración: reflexiones interdisciplinarias sobre la inmigración en España*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, p. 197-253; y “Globalización y extranjería. A propósito de la integración social de los inmigrantes a través de los derechos de acceso a la educación y a la sanidad”, en Fernando Reviriego Picón (coord.) *Constitución y globalización. Transformaciones del Estado constitucional*, FMGA, Zaragoza, 2013, pp. 201-246; Vicenç Aguado i Cudolà y Raquel Prado Pérez, “Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del estado del bienestar”, *RVAP*, núm 99-1000 (2014), pp. 87-110; Irene Sobrino Guijarro, “Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud: análisis de la reforma sanitaria en España”, *Lex Social-Revista de los Derechos Sociales*, núm. 2 (2013), pp. 127-158. Sobre la STC 139/2016, David Moya, “El acceso de los extranjeros irregulares al sistema de salud tras la STC 139/2016”

[https://www.academia.edu/28385772/El acceso de los extranjeros irregulares al sistema de salud tras la STC 139 2016](https://www.academia.edu/28385772/El_acceso_de_los_extranjeros_irregulares_al_sistema_de_salud_tras_la_STC_139_2016) (a. 01-12-2016).

<sup>117</sup> Dictados en el marco de incidentes procesales de levantamiento de la suspensión de las normas autonómicas que reconocían la asistencia sanitaria para extranjeros irregulares, suspendidas en virtud del artículo 161.2 CE. En ellas, el TC pondera, de un lado, “el interés general configurado por el beneficio económico asociado al ahorro vinculado a las medidas adoptadas por el Estado al redefinir el ámbito de los beneficiarios del sistema público de salud”, y de otro “el interés general de preservar el derecho a la salud consagrado en el art. 43 CE”, teniendo en cuenta que el derecho a la salud tiene una importante proyección individual y la vinculación entre este derecho y los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física (AATC 239/2012/5; 114/2014/6, 7 y 8). En ambos casos, decide levantar la

El FJ 10 de la STC 139/2016, última -a la hora de redactar estas líneas- en materia de titularidad *iusfundamental* por extranjeros, contiene una nueva remisión formal a la teoría tripartita de los derechos fundamentales de los extranjeros. La resolución se refiere a la “distinción tripartita en cuanto a la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España”, como punto de partida en el enjuiciamiento del precepto. El derecho a la protección de la salud se encontraría entre los derechos que pueden pertenecer o no a los extranjeros según dispongan los tratados y las leyes, “susceptible de ser modulado en su aplicación a los extranjeros” (con cita de la STC 236/2007, y la doctrina allí citada).

En relación con el acceso a las prestaciones sanitarias públicas el Tribunal diferencia entre universalidad y gratuidad. El art. 43 CE, de acuerdo con esta resolución, impone la universalidad de acceso, de modo que no puede excluirse a nadie del derecho a ser atendido. Pero -continúa- ello no implica el derecho de “todos” a beneficiarse de un concreto régimen de prestaciones sanitarias gratuitas o bonificadas con cargo a fondos públicos.<sup>118</sup>

En atención a todo lo anterior, y teniendo en cuenta el carácter de principio rector del art. 43 CE, el Tribunal considera que el legislador puede tomar en cuenta la situación legal y administrativa del extranjero para determinar, e incluso limitar, su derecho a beneficiarse de la asistencia sanitaria.

La norma objeto de juicio recoge circunstancias excepcionales en que los extranjeros en situación irregular poseen derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos (menores, en las mismas condiciones que los españoles; asistencia al embarazo, parto y postparto; y urgencia por enfermedad grave o accidente hasta el alta médica). Ello, afirma el Tribunal, conecta con “el contenido mínimo que hace reconocible el mandato imperativo que los poderes públicos deben asegurar y prestar (art. 43 CE) en cualquier circunstancia a cualquier persona a fin de preservar el derecho

---

suspensión, considerando que los perjuicios económicos que se producirían, sobre no resultar probados, serían de menor entidad que los posibles daños a la salud pública y a la salud individual de los afectados por la medida.

<sup>118</sup> STC 139/2016/8

fundamental a la vida y a la integridad física contenido en el art. 15 CE”. Esta es la única referencia a los derechos del art. 15 CE en la resolución.

La norma, en opinión del Tribunal, no resulta una opción arbitraria, puesto que persigue preservar bienes o intereses constitucionalmente protegidos, como el mantenimiento del sistema sanitario público en un momento de “intensas complicaciones económicas”. Merece la pena llamar la atención acerca de la utilización de argumentos económicos y de sostenibilidad como justificación de la limitación del acceso a un derecho social para los extranjeros en situación irregular; especialmente a la luz de la conexión de la protección de la salud (configurada en la CE como principio rector) con derechos fundamentales imprescindibles para la garantía de la dignidad humana como son el derecho a la vida y a la integridad física.

Asimismo, se afirma, la regulación observa “la debida proporcionalidad” y cumple con las obligaciones internacionales en la materia. Esta última afirmación parece conectarse con el reconocimiento de situaciones excepcionales de protección encaminadas a la salvaguardia del derecho a la vida y la integridad física y a la protección de los menores de edad y las mujeres embarazadas.

Por último, en opinión del Tribunal, tampoco se vería afectado el contenido del derecho a la protección de la salud delimitado por los tratados internacionales sobre tal derecho ratificados por España. Al que, dice, “nos remite el art. 13 CE” (STC 139/2016/10). Encontramos aquí lo que, en nuestra opinión, parecería una falta de consistencia de la argumentación: el Tribunal se refiere a la doctrina constitucional de acuerdo con la que los tratados y convenios internacionales no son en sí mismos canon de constitucionalidad sino instrumento de interpretación de los derechos fundamentales tal y como se encuentran recogidos en la CE. Pero esta doctrina se ha elaborado en interpretación del art. 10.2, y desde nuestro punto de vista no resulta claro, a la luz de la entera jurisprudencia constitucional en materia de derechos de los extranjeros, que pueda extenderse a la interpretación del art. 13 CE.

En todo caso, la resolución, conservando la referencia formal a la teoría tripartita de los derechos de los extranjeros, mantiene el esquema decisorio y argumentativo identificado hasta ahora. El Tribunal se pronuncia sobre el respeto de posiciones jurídicas imprescindibles para la garantía de la dignidad humana como el derecho a la

vida y a la integridad física del art. 15 CE, lo que satisface el escrutinio de proporcionalidad de la medida legal. Por otra parte, haciendo previo hincapié en el margen de discrecionalidad de que el legislador dispone en este ámbito, la resolución pone de manifiesto la existencia de una justificación para la medida, ligada a la preservación de intereses constitucionalmente protegidos, que descartaría el carácter arbitrario de la regulación.

Merece la pena llamar la atención sobre los Votos particulares introducidos a la Sentencia.<sup>119</sup> En ellos, también se utiliza el esquema decisorio y argumentativo que venimos definiendo hasta ahora, con rechazo expreso de que la teoría tripartita resulte de utilidad en el caso en examen; así como de la idea de gradación en la conexión entre derechos y dignidad humana. Así, en opinión de los Magistrados discrepantes, “resulta más razonable admitir que, pudiendo introducirse límites al ejercicio de los derechos, es preciso que los mismos estén previstos en la ley, sean necesarios en una sociedad democrática y sean proporcionales al fin que persiguen, tal y como se apunta en el fundamento jurídico 4 de la STC 236/2007, y en la línea del canon a que somete el Tribunal Europeo de Derechos Humanos las medidas limitativas de derechos sujetas a su supervisión”.<sup>120</sup> Para los firmantes de los Votos, la cuestión esencial es si una vez previsto un sistema universal y gratuito de prestación pública sanitaria, la exclusión de un determinado colectivo puede basarse en la nacionalidad o la situación administrativa. Desde este punto de vista, se rechaza la medida por entender que resulta desproporcionada (por falta de coherencia con la finalidad pretendida y por las graves consecuencias que puede acarrear sobre la salud e integridad física).<sup>121</sup>

---

<sup>119</sup> El primero de ellos, formulado por Fernando Valdés Dal-Ré, al que se adhiere Adela Asua Batarrita. El segundo, que en lo que ahora nos interesa se adhiere al de Fernando Valdés, formulado por Juan Antonio Xiol Ríos.

<sup>120</sup> Punto III.2 del Voto particular formulado por Fernando Valdés Dal-Ré.

<sup>121</sup> Punto III.3 del Voto particular formulado por Fernando Valdés Dal-Ré.

**9. El “examen agravado” o “escrutinio estricto” de determinados supuestos: distinción entre dos tipos de casos**

Consideramos también interesante llamar la atención acerca de una diferenciación en el tipo de supuestos a los que se enfrenta el Tribunal, que podría influir en los esquemas de razonamiento que éste aplica.

Por una parte, encontramos supuestos en que el TC resuelve sobre la legitimidad constitucional de una norma de rango legal que contiene determinaciones explícitas acerca de la titularidad o el ejercicio de derechos fundamentales por extranjeros. Ejemplo de este tipo de supuestos sería el precepto de la LOEx 4/2000 relativo al ejercicio por no nacionales del derecho de asociación, sobre el que se pronunció el Tribunal en la STC 236/2007. El precepto a que nos referimos establecía: “[t]odos los extranjeros tendrán el derecho de asociación, conforme a las leyes, que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”.

Por otro lado, hay casos en que el TC resuelve impugnaciones de normas o actos que en muchos casos afectan exclusiva o preferentemente a extranjeros, o a extranjeros en determinada situación administrativa, y que no contienen una regulación *iusfundamental* expresa y específica, pero pueden tener como consecuencia la afectación de derechos fundamentales contraria a la CE. Un ejemplo de este tipo de situaciones, por referirnos de nuevo a la STC 236/2007, sería el precepto de la LOEx 4/2000 que permite que no se motive el acuerdo de denegación de visado en determinados supuestos, que el recurrente consideró contrario al art. 24.1 CE en relación con los arts. 9.3 y 106.1, alegación que no fue asumida por el TC (STC 236/2007/12).

Esta distinción tiene que ver, en gran parte, con la estructura y características de los concretos derechos fundamentales que se reputan afectados. Determinados derechos, como la libertad personal no suelen ser objeto de un desarrollo legal expreso, mientras otros, como el derecho de asociación, precisan de dicho desarrollo para alcanzar su plena efectividad.

También tiene que ver con la dificultad para discernir entre regulación del ejercicio, del desarrollo o de los límites de los derechos fundamentales, u otro tipo de regulaciones que puedan incidir de un modo u otro a estos derechos.

Pero además, esta diferenciación tiene consecuencias en el ámbito que nos ocupa, ya que el esquema de razonamiento empleado por el Tribunal variará entre uno y otro caso.

El primer tipo de supuestos, situaciones en que la ley regula expresamente el régimen jurídico de los extranjeros –o de los extranjeros en determinada situación administrativa- en lo relativo a derechos fundamentales, se presenta menos frecuentemente. A nuestro entender, en estos casos el Tribunal lleva a cabo un examen especialmente estricto de la legitimidad constitucional desde el punto de vista *iusfundamental*.

Así, en la STC 115/1987 se declara la inconstitucionalidad del inciso de la LOEx 7/1985 que preveía la necesidad para los extranjeros de solicitar autorización para promover reuniones públicas o manifestaciones, en el precepto regulador del derecho de reunión para los extranjeros.<sup>122</sup> De manera similar, la misma Sentencia declara inconstitucional el precepto de la Ley que preveía la suspensión administrativa de las asociaciones promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros en determinados supuestos.<sup>123</sup>

En estos casos, la diferencia regulatoria se fundamenta exclusivamente en la nacionalidad de los sujetos.

También en relación con los derechos de reunión y asociación, la STC 236/2007, declara la inconstitucionalidad de los artículos de la LOEx que condicionaban a la situación migratoria el ejercicio de estos derechos por extranjeros, negándoselos en la práctica a los extranjeros en situación irregular.<sup>124</sup> Asimismo, la Sentencia declara inconstitucional el inciso “residentes” del artículo de la Ley que regulaba el derecho a la educación no obligatoria de los menores extranjeros, extendiendo este derecho a todo

---

<sup>122</sup> STC 115/1987/2

<sup>123</sup> STC 115/1987/3

<sup>124</sup> STC 236/2007/6 y 7

extranjero en España con independencia de su situación migratoria.<sup>125</sup> Igualmente, la resolución considera inconstitucional el condicionamiento del ejercicio del derecho de sindicación a la situación de regularidad migratoria.<sup>126</sup>

La STC 259/2007, por su parte, en relación con el derecho a la huelga, considera que no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para el ejercicio de este derecho fundamental por parte de los trabajadores extranjeros.<sup>127</sup>

En la STC 155/2015, el Tribunal se pronuncia sobre el precepto introducido en la LOEx 4/2000 regulador del derecho a la educación no obligatoria de extranjeros menores de edad. Si bien la Sentencia salva la constitucionalidad del precepto mediante una interpretación conforme, lo hace sobre la base de entender que el precepto no niega la titularidad de este derecho a los extranjeros en situación irregular, aunque permita la introducción de diferenciaciones en su ejercicio respecto de los nacionales.

En el caso de estas últimas sentencias, las diferencias de regulación (que en algunos casos equivalían a la total denegación del derecho) no se fundan en la nacionalidad de los sujetos, sino en su situación migratoria, lógicamente vinculada a la nacionalidad.

En la STC 48/2003, en contraste con las anteriores resoluciones que declaran la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados, el Tribunal consideró que no merecía reproche de inconstitucionalidad la negación a los extranjeros del derecho de crear partidos políticos (art. 1 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos). El recurrente alegaba la vulneración del derecho de asociación, lo que fue rechazado por el Tribunal al considerar que las razones que abonan la generalización del derecho de asociación en el caso de asociaciones comunes no concurren en el caso de los partidos políticos, por ser éstos instrumento privilegiado de participación política,

---

<sup>125</sup> STC 236/2007/8

<sup>126</sup> STC 236/2007/9

<sup>127</sup> STC 259/2007/7

“actividad ésta cuyo ejercicio se constituye en un derecho que, garantizado por el art. 23 CE, tiene por titulares únicamente a los españoles (art. 13.2 CE)”.<sup>128</sup>

En STC 139/2016, el TC ha aceptado la legitimidad constitucional de la exigencia de residencia para el acceso normalizado a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos (*vid. supra*).

De lo anterior cabe colegir que cuando el TC se ha enfrentado a normas legales que regulan derechos fundamentales en relación a no nacionales excluyendo expresamente la posibilidad de que éstos –o categorías de ellos- ejerciten parte o la totalidad del contenido del derecho, en casi todos los casos ha declarado la ilegitimidad constitucional de dichas normas. Las excepciones se refieren a supuestos en que el derecho fundamental en juego se liga con los derechos expresamente excluidos de la titularidad por extranjeros en la propia CE (arts. 13 y 23 CE); o bien relacionados con principios rectores de naturaleza social (asistencia sanitaria).

En relación con el segundo tipo de supuestos, encontramos muchos más pronunciamientos. La gran mayoría de sentencias del Tribunal Constitucional sobre la posición *iusfundamental* de los extranjeros se han dictado en supuestos de este segundo tipo. La primera diferencia con el grupo anterior estriba en que, en éste, las impugnaciones pueden referirse tanto a normas legales o reglamentarias como a actos o actuaciones de los poderes públicos. Se trata de casos en que una norma o acto referidos a situaciones en que se ven implicados sujetos no nacionales afectan o pueden afectar a derechos fundamentales o posiciones de derecho fundamental.

La primera pregunta relevante en este tipo de casos, y así se deduce de cómo suele enfrentar el Tribunal su resolución, es si los sujetos extranjeros son o no titulares del derecho fundamental que se considera afectado por la norma o disposición.

Declarada la titularidad del derecho fundamental por extranjeros del derecho o derechos en cuestión, se tratará de dilucidar si la regulación o actuación impugnada ha vulnerado o no tal derecho. Para ello, el Tribunal empleará diversas técnicas y herramientas de enjuiciamiento, en función del caso concreto, pues ya se ha mencionado

---

<sup>128</sup> STC 48/2003/18



la heterogeneidad de los supuestos que cabe considerar englobados en este tipo de casos.

#### **10. Derechos del art. 24 CE y posición *iusfundamental* de los no nacionales**

El análisis de la jurisprudencia constitucional relativa al art. 24 CE en relación a los extranjeros resulta de interés para nuestra investigación. Se trata de un derecho respecto del que el Tribunal ha declarado de manera indubitada que es de los pertenecientes a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, del que son también titulares los no nacionales.

En relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, la STC 115/1987, declaró inconstitucional un precepto que vetaba absolutamente la posibilidad de suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas en el marco de la ley de extranjería. Estamos ante una norma que, sin referirse expresamente a la titularidad o ejercicio por extranjeros del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, introduce una regulación que afecta única y específicamente a este último grupo de personas y que es susceptible de afectar a un derecho fundamental.

El Tribunal invoca la “igualdad de trato de extranjeros y españoles, y la homogeneidad de tratamiento de unos y otros que la Constitución reconoce respecto a ciertos derechos y garantías, entre los que se incluye [...] el derecho a la tutela judicial efectiva [...]”.<sup>129</sup> En relación con ello, determina que cuando la legislación ha establecido la posibilidad de suspender el acto administrativo recurrido, la supresión de esa posibilidad para ciertos casos o grupos de personas afecta al derecho a la tutela judicial efectiva, al margen de que también pueda afectar al derecho a la igualdad.

Además, esta Sentencia introduce la idea de ponderación, al afirmar que “las razones [...] para defender como principio general absoluto la no suspensión –la salvaguardia de otros valores constitucionales (seguridad nacional, orden público, derechos y libertades de los españoles)- puede garantizarse también de forma adecuada

---

<sup>129</sup> STC 115/1987/4

mediante el uso por el Tribunal competente de las facultades de valoración de los intereses en juego”.<sup>130</sup>

Muy frecuentemente, los derechos del art. 24 CE se erigen en criterio de la conformidad constitucional de regulaciones o actuaciones que recaen sobre personas extranjeras. Ello tiene que ver tanto con el carácter de derechos “imprescindibles para la garantía de la dignidad humana” que la jurisprudencia constitucional les atribuye muy tempranamente (STC 99/1985), como con la propia naturaleza y características de los derechos reconocidos en este precepto. El Tribunal, en muchas ocasiones y no sólo en el ámbito que ahora tratamos, vincula la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva con la afectación de otros derechos fundamentales. A través de la garantía de posiciones jurídicas asociadas a este derecho fundamental, se protegen otro tipo de posiciones de los individuos.<sup>131</sup>

Así ha sucedido en casos de expulsión del territorio nacional. Como hemos visto, en las primeras ocasiones en que el Tribunal se pronuncia sobre supuestos de este tipo, la impugnación se vincula principalmente con las libertades del art. 19 CE, siendo más bien accesoria la referencia a los derechos del art. 24 CE. Posteriormente, sin embargo, la corrección constitucional de regulaciones o actos relacionados con la expulsión de extranjeros del territorio nacional se ha vinculado con el art. 24 CE, que en ocasiones se conecta con otros intereses o posiciones jurídicas dignas de tutela y que podrían resultar afectados con la expulsión del extranjero.

El art. 24.1 CE es el canon desde el que se enjuicia el acto impugnado en la STC 24/2000, en que el Tribunal deniega el amparo solicitado frente a una resolución judicial que autorizaba a la Administración para decretar, en su caso, la expulsión de un extranjero imputado en proceso penal. En esta resolución, la referencia al art. 19 CE aparece fundamentando la posibilidad de expulsión de extranjeros del territorio nacional siempre que se cumplan una serie de garantías.

---

<sup>130</sup> STC 115/1987/4

<sup>131</sup> En este sentido, *vid.* I. García Vitoria, “El impacto... ob. cit. pp. 19 y ss. En este trabajo, se analizan algunas de las cuestiones que abordaremos a continuación.

En la STC 95/2003, respecto del art. 24 CE, el Tribunal detecta un “contenido constitucionalmente indisponible” para el legislador, que en el caso concreto obliga a reconocer el derecho a la justicia gratuita necesariamente a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. Una vez que el concepto “insuficiencia de recursos para litigar” empleado por el art. 119 CE resulta concretado por el legislador, todas las personas físicas titulares del derecho a la tutela judicial efectiva habrán de poderse beneficiar del derecho prestacional a la gratuidad de la justicia del modo y manera en que lo configura el legislador si en ellas concurre tal insuficiencia de recursos. Integrado el derecho a la gratuidad de la justicia para quien acredite insuficiencia de recursos económicos para litigar en el “contenido constitucional indisponible” del derecho a la tutela judicial efectiva, la STC 95/2003 determina la inconstitucionalidad del precepto que impedía a los extranjeros no residentes regulares el acceso a la justicia gratuita.

En la STC 236/2007, el Tribunal analizó la corrección constitucional de la regulación de un “procedimiento preferente” para la tramitación de los expedientes de expulsión en determinados supuestos.<sup>132</sup> Dicho análisis se analiza desde el punto de vista de la conformidad o no con el art. 24 CE. La Sentencia parte de que, al tratarse de un procedimiento administrativo sancionador, son aplicables a la expulsión los principios esenciales reflejados en el art. 24 CE en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base de este art. 24 CE y la seguridad jurídica garantizada por el art. 9 CE, entre ellos el que proscribiera cualquier indefensión. Sin embargo, en este caso el Tribunal considera que la brevedad de los plazos en el procedimiento preferente de expulsión no implica *per se* la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. El legislador puede prever tal reducción de plazos cuando la decisión responde a una finalidad necesaria y razonable, acorde con los principios que han de regir el procedimiento correspondiente. En el supuesto analizado, el Tribunal concluye que existe tal justificación de la reducción de los plazos, en apariencia haciendo suyos los argumentos del Abogado del Estado (STC 236/2007/16).

---

<sup>132</sup> El “procedimiento preferente” es un procedimiento administrativo abreviado, en el que el extranjero cuenta con plazos reducidos para realizar las alegaciones que considere oportunas, que puede adoptarse en casos que la ley considera más sencillos o graves (causas de fácil apreciación o especial gravedad).

Por otra parte, resulta interesante la línea jurisprudencial generada en relación con la expulsión administrativa de extranjeros tal y como queda configurada en la LOEx 4/2000, como alternativa a la sanción de multa impuesta frente a determinadas infracciones graves o muy graves. Frente al artículo de la LOEx que preveía este régimen de sustitución de la sanción de multa por la expulsión en determinados casos, se interpusieron una serie de cuestiones de inconstitucionalidad. Asimismo, la previsión fue objeto de recurso de inconstitucionalidad (en uno de los interpuestos contra la redacción dada a la ley tras las modificaciones operadas por la LO 8/2000).

Las dudas de constitucionalidad se basaban en la supuesta vulneración del art. 25.1 CE, por la eventual indeterminación del precepto, que en opinión de los recurrentes no establecía claramente las pautas para imponer una u otra sanción administrativa. Fueron rechazadas por el Tribunal, al entender que, leído en conjunto con otras disposiciones de la LOEx, la imposición de la sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, cuya actuación estaría condicionada, puesto que la ley establece: a) unos presupuestos objetivos y subjetivos, y b) unos criterios de aplicación que condicionan normativamente a la Administración para decidir cuándo procede la imposición de la sanción de expulsión y permiten el control jurisdiccional de sus decisiones (AATC 409/2007, 454/2007, 455/2007 y 457/2007; STC 206/2007/4).<sup>133</sup>

---

<sup>133</sup> El ATC 409/2007, dictado en cuestión de inconstitucionalidad, es la primera resolución del Tribunal que se refiere a este régimen de expulsión. El Tribunal inadmitió a trámite la cuestión declarándola “notoriamente infundada”, al considerar que un examen preliminar permitía apreciar su falta de viabilidad. Según el Tribunal, la norma cuestionada no contenía una habilitación en blanco a la Administración, a la vista del resto de preceptos aplicables de la misma LOEx 4/2000. Según la resolución “el art. 57, apartados 5 y 6 [...] acota negativamente el ámbito de aplicación de la sanción de expulsión [...] el art. 55, apartado 3 establece criterios para la aplicación de dicha sanción al regular la graduación de las sanciones establecidas en la Ley [...] el art. 50 remite a lo establecido en el art. 131 de la Ley 30/1992 en concreción del principio de proporcionalidad y los criterios de graduación de la sanción a aplicar en el curso de un procedimiento administrativo que deberá acomodarse a las exigencias del art. 20, apartado 2 de [la LOEx 4/2000]” (ATC 409/2007/3).

Los AATC 454/2007, 455/2007 y 457/2007 resuelven cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por el mismo juez, en relación con el mismo precepto, basadas en los mismos argumentos, y

Las dudas de constitucionalidad sobre esta regulación fueron, pues, rechazadas por el Tribunal. Sin embargo, la aplicación de este precepto ha dado lugar a la interposición de varios recursos de amparo fundados en vulneraciones de derechos garantizados por el art. 24 CE.

La STC 140/2009 es la primera de una serie de resoluciones que se ocupan del tema. En este supuesto, se alegaba la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la defensa (art. 24.2 CE) por la resolución administrativa que impuso al recurrente la sanción de expulsión en lugar de la de multa (y la resolución judicial que la confirmó). El recurrente entendía que dicha resolución no estaba convenientemente motivada. Además, se ignoraron las alegaciones sobre su arraigo y circunstancias familiares, al entender que carecían de relevancia.

El Tribunal remite a su jurisprudencia sobre la regulación legal de la sustitución de multa por expulsión, recordando que la imposición de la sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, sino que la ley establece unos presupuestos objetivos y subjetivos así como unos criterios de aplicación que condicionan normativamente a la Administración.<sup>134</sup> En relación con ello, se entiende que la resolución de expulsión vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente por falta de motivación: la resolución se limitó a constatar la existencia de la conducta infractora, sin fundamentación alguna acerca de las razones por las que resultaba procedente la expulsión, sin que esta falta de fundamentación se compensase con la remisión al expediente.<sup>135</sup>

Queremos destacar que el Tribunal pone de manifiesto la conexión entre la ausencia de motivación de la resolución y la no valoración de las circunstancias

---

en casos de instancia sustancialmente iguales. Así que el Tribunal inadmite también a trámite dichas cuestiones, remitiéndose al analizado ATC 409/2007.

El recurso de inconstitucionalidad en que se impugnada la misma previsión fue resuelto por STC 206/2007. El Tribunal pone de manifiesto la “directa relación” de la impugnación con el supuesto resuelto en el ATC 409/2007. La Sentencia confirma el criterio sentado en aquella resolución, con extensas citas expresas de lo afirmado en ella (STC 260/2007/4).

<sup>134</sup> STC 140/2009/3, citando la STC 260/2007/4.

<sup>135</sup> STC 140/2009/5

personales y familiares alegadas por el demandante. La negativa a valorar esas circunstancias es calificada por el Tribunal de “decisión arbitraria”, teniendo en cuenta que “la situación personal alegada por el recurrente está en conexión con intereses de indudable relevancia constitucional, por lo que su ponderación, si así solicitado, resulta obligada”. El Tribunal se refiere en este punto a los principios rectores de protección de la familia y de la infancia consagrados en los arts. 39.1 y 4 CE, así como a tratados internacionales en la materia.<sup>136</sup>

En la STC 212/2009, la alegada vulneración del art. 24.1 CE por una resolución de expulsión se pone en conexión con el derecho a la protección de la familia del art. 39 CE, aduciendo el recurrente una falta de proporcionalidad en la imposición de la sanción. Tras recordar lo establecido en la STC 140/2009, el Tribunal considera que en el caso concreto, a diferencia de lo ocurrido en la resolución citada, la resolución no vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva. De la consideración del expediente administrativo en su conjunto se podía concluir que la resolución sancionadora, por remisión a lo actuado, justificaba la decisión ponderando las circunstancias del caso y lo alegado por el afectado en el trámite de audiencia. Tampoco vulnera ningún derecho fundamental la resolución judicial que confirmó la expulsión, según la que el arraigo familiar acreditado por el recurrente no puede valorarse como una circunstancia especial que determine la desproporción de la expulsión.

La STC 145/2011 resuelve un recurso de amparo que alegaba la vulneración del derecho de defensa por una resolución de expulsión dictada en procedimiento administrativo en que no se notificó al afectado la propuesta de resolución, a pesar de que ésta incorporaba nuevos hechos relevantes para sustentar la sanción. Asimismo, entre otros extremos, se alegaba vulneración del derecho a la intimidad familiar del art. 18.1 CE por no haberse valorado el arraigo familiar en España y la del art. 24.1 CE por ausencia de adecuada motivación de la opción por la sanción de expulsión en lugar de la de multa. El Tribunal acogió la alegada vulneración del derecho de defensa, por lo que no consideró necesario entrar en el resto de motivos de amparo alegados.

---

<sup>136</sup> STC 140/2009/6

Las SSTC 140/2009, 212/2009 y 145/2011 ponen de manifiesto en cierta medida el “carácter instrumental” de los derechos del art. 24 CE al que nos referíamos al principio del epígrafe, especialmente si se leen junto con la STC 186/2013.<sup>137</sup>

El Tribunal Constitucional declaró, en su STC 236/2007, que “nuestra Constitución no reconoce un “derecho a la vida familiar” en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el art. 8.1 CEDH, y menos aún un derecho fundamental a la reagrupación familiar, pues ninguno de dichos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el art. 18.1 CE”.<sup>138</sup>

Esta jurisprudencia fue utilizada en la STC 186/2013, en que se deniega el amparo frente a resolución de expulsión de la madre de una niña española que alegó la vulneración del art. 18.1 CE. Tal resolución declara que el derecho a la vida familiar derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 de la CDFUE se encuentra protegido en la CE por los arts. 10.1 (libre desarrollo de la personalidad), 39.1 (protección de la familia) y 39.4 (protección de la infancia). Puesto que la efectividad de estos preceptos no puede exigirse a través del recurso de amparo, se deniega la protección solicitada.<sup>139</sup>

La protección de las posiciones jurídicas garantizadas en el art. 8.1 CEDH en casos de expulsión se ha implementado, en la jurisprudencia constitucional española de amparo, a través del art. 24 CE. Dada la imposibilidad de enfrentar en amparo la vulneración de estas posiciones alegando el art. 18.1, aquéllas se conectan con el derecho a la tutela judicial efectiva y las exigencias de motivación ligadas a ella. Según la propia STC 186/2013 “su reconocimiento, respeto y protección informará la práctica judicial (art. 53.3 CE, lo que supone que los jueces ordinarios han de tenerlos especialmente presentes al ejercer su potestad de interpretar y aplicar el art. 57.2 LOEx,

---

<sup>137</sup> En dicho supuesto se planteó un caso similar a los anteriores, pero en el que no se aplicó esta doctrina jurisprudencial, puesto que el Tribunal consideró que la recurrente no alegó vulneración del art. 24, fundamentando su queja en la supuesta vulneración de los derechos a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) y a la libertad de residencia y circulación de la hija menor de edad de la persona expulsada (defendiendo una postura diferente, ver VP de esta Sentencia).

<sup>138</sup> STC 236/2007/11

<sup>139</sup> STC 186/2013/6 y 7

verificando si, dadas las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión del territorio familiar y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin que dicha medida persigue”.<sup>140</sup>

## **V. Recapitulación**

El marco normativo constitucional relativo a la posición *iusfundamental* de los extranjeros no aparece nítidamente definido en la CE, como sucede en otras normas constitucionales de nuestro entorno, señaladamente, la italiana.

Durante los primeros años de vigencia de la CE, buena parte de la doctrina científica se inclinó por la tesis de la *desconstitucionalización* de la posición de los extranjeros, interpretando en tal sentido el art. 13 CE. En este mismo periodo, sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo reconoce posiciones jurídicas *iusfundamentales* a los extranjeros, en algunos casos haciéndolas derivar directamente de la Constitución. La referencia a las normas y tratados internacionales (especialmente en materia de derechos humanos) es constante cuando se trata de los derechos de los extranjeros, tanto en doctrina científica como en la jurisprudencia del TS, si bien no se determina con claridad su función.

Ante la falta de concreción del texto constitucional español, el TC asumió un papel central. Desde el inicio, el Tribunal ha negado tajantemente la tesis de la *desconstitucionalización* de la posición jurídica de los extranjeros, acudiendo a una interpretación sistemática de la CE. Ha tenido en cuenta tanto el art. 13, párrafos 1 y 2, de la CE, como los concretos preceptos en materia de derechos y libertades. Asimismo, ha otorgado un papel especialmente relevante a los tratados internacionales y a la dignidad humana del art. 10.1 como fundamento del orden político y de la paz social.

Sin embargo, en la STC 107/1984 no es del todo claro que el reconocimiento de determinadas posiciones jurídicas a los extranjeros encuentre su razón en preceptos *iusfundamentales*. Pero a partir de esta resolución, se generaliza la referencia en las doctrinas científica y jurisprudencial a derechos fundamentales de los extranjeros.

---

<sup>140</sup> STC 186/2013/7



Es claro que de los preceptos constitucionales puede deducirse la garantía de un conjunto de posiciones jurídicas subjetivas de los extranjeros. El problema es si estas posiciones jurídicas son *iusfundamentales*, vale decir, protegidas por las garantías previstas por el ordenamiento constitucional. En este punto se encuentra, a nuestro entender, una de las claves del problema, habida cuenta de la construcción de la categoría jurídica derecho fundamental como una ligada a la condición de ciudadano-nacional.

Las doctrinas constitucionales científica y jurisprudencial han optado claramente por entender que de la CE deriva el reconocimiento de posiciones *iusfundamentales* a los extranjeros. El examen de su evolución revela un esfuerzo por dotar de coherencia y consistencia a dicha postura, reconociendo carácter *iusfundamental* a las garantías de los derechos de tal naturaleza.

La referencia a la clasificación tripartita (cuatripartita) introducida y matizada en las primeras resoluciones del TC en la materia se mantiene a lo largo de toda la jurisprudencia constitucional, bien que no siempre con carácter decisivo en las argumentaciones.

Pero, sin separarse de ella en ningún momento, el Tribunal irá construyendo patrones decisorios que no encajan en tal clasificación ni obedecen a las categorías de derechos perfiladas ni a las consecuencias jurídicas que en teoría se hacen derivar de la pertenencia a una u otra de las categorías de aquella clasificación.

La división tripartita (cuatripartita) de los derechos fundamentales plantea dos grupos de problemas en relación con. El primero tiene que ver con los criterios de inclusión del derecho en uno u otro grupo, en concreto con la relación del derecho fundamental con la dignidad humana. El segundo, con las consecuencias de su inclusión en uno de los grupos.

La relación del derecho fundamental con la dignidad humana como criterio de inclusión de en uno u otro grupo de la clasificación tripartita (cuatripartita) se introdujo en la primera STC en la materia. En la jurisprudencia constitucional posterior –hasta la STC 236/2007- a pesar de las constantes referencias al criterio de la dignidad humana, no se profundiza en las razones que permiten o no incluir en este grupo a un derecho fundamental.

La doctrina científica de esta época había criticado el criterio de la conexión del derecho con la dignidad humana. La STC 236/2007 no lo abandona, pero, partiendo de la afirmación de que todos los derechos fundamentales se encuentran vinculados a la dignidad humana, trata de establecer un esquema de razonamiento que permita dilucidar el “grado de conexión” de un derecho con la dignidad: sólo respecto de los derechos *imprescindibles* para la garantía de la dignidad humana se encuentra vetada la distinción entre españoles y extranjeros. Sin embargo, la distinción entre los derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana y los derechos que la CE reconoce a los extranjeros sin que entren en dicho grupo, pierde nitidez cuando el TC pasa a valorar la constitucionalidad de los distintos preceptos enjuiciados.

En las sentencias posteriores del Tribunal, continúan las referencias a la dignidad humana, con cita de la jurisprudencia anterior, sin que en ninguna de ellas se profundice en la utilización de la dignidad como criterio taxonómico.

En relación con las consecuencias de la inclusión de un derecho en uno u otro grupo, resulta problemático el diferente significado, en función del derecho afectado y del supuesto concreto, de las prohibiciones de diferenciación basadas en la nacionalidad, problema que roza con la introducción de una “cuarta categoría” en la distinción tripartita y que tiene que ver con la naturaleza y funcionamiento del principio de igualdad.

En relación con el régimen jurídico de los “derechos que pertenecen o no a los extranjeros según lo que dispongan los tratados y las leyes”, también surgen problemas. Si los derechos fundamentales son, por definición, resistentes al legislador, no se entiende que pueda calificarse de tales a los derechos pertenecientes a este grupo.

A la vista de la jurisprudencia, reconocido a los extranjeros por una ley o tratado internacional un derecho de los pertenecientes a este grupo, éste pasa a encontrarse en cierta manera garantizado constitucionalmente en los términos establecidos en dicha ley o tratado. Mientras las primeras resoluciones en la materia reconocieron al legislador una amplia libertad en lo tocante al reconocimiento y regulación de estos derechos, paulatinamente se introducirá la idea de la existencia de límites frente a la libertad de configuración del legislador. En determinadas resoluciones, parece observarse la conversión de los tratados internacionales en una suerte de canon de constitucionalidad,

fenómeno que sin embargo es expresamente rechazado. Posteriormente podremos encontrar referencias más o menos explícitas a la necesidad de que las normas legales en la materia no vulneren el contenido preceptivo de los derechos en cuestión.

En cualquier caso, la ya citada STC 236/2007 marca un punto de inflexión en la materia.

Aunque la STC 236/2007 recoge la doctrina jurisprudencial previa en la materia, de la lectura de sus primeros fundamentos jurídicos se deduce un régimen unitario en lo tocante a la posición *iusfundamental* de los no nacionales en España y a las concretas *posiciones de derecho fundamental* que se reconocen a los integrantes de este colectivo, más allá de artificiales divisiones entre derechos fundamentales.

La Sentencia parte de la idea de que el legislador goza de un amplio margen de libertad para concretar en qué términos gozarán los extranjeros de los derechos y libertades del Título I CE, margen de libertad que sin embargo se encuentra sujeto a límites derivados del conjunto del Título I y del art. 10 CE.

El respeto de determinadas posiciones de derecho, que configuran un mínimo invulnerable asociado a la idea de dignidad humana, se erige como límite insuperable frente al legislador también cuando sus normas recaen sobre sujetos no nacionales. Ello no necesariamente equivale a afirmar que los extranjeros sean titulares en condiciones de absoluta igualdad con los nacionales de determinados derechos fundamentales. Dichos contenidos de derecho pueden vincularse a diferentes derechos fundamentales, y no necesariamente a la totalidad del contenido de los derechos a los que se vinculan.

Por otra parte, el análisis de proporcionalidad de las limitaciones de derechos fundamentales adquiere un papel muy relevante en todo caso, con independencia del concreto derecho afectado. Ahora bien, habrá contenidos de derecho invulnerables.

Los tratados internacionales en materia de derechos y libertades resultan clave en la concreción de ambos extremos.

Este esquema de decisión resulta más adecuado para entender la resolución de las concretas impugnaciones en materia de derechos y libertades de los extranjeros resueltas por el TC. En determinadas resoluciones y líneas jurisprudenciales previas a la STC 236/2007 encontramos ya los elementos del esquema de decisión expuesto.

Asimismo, en sentencias posteriores también pueden detectarse estos elementos, así como la aplicación de este esquema de decisión.

A la vista de las argumentaciones desarrolladas por la jurisprudencia constitucional española en materia de derechos de los extranjeros, se puede realizar la siguiente taxonomía, orientada a la identificación de un esquema unitario. Los elementos clave de la reconstrucción son los siguientes:

- 1) El respeto de determinadas posiciones de derecho que configuran un mínimo invulnerable asociado a la idea de dignidad humana se erige como límite insuperable frente al legislador, también cuando sus normas recaen sobre sujetos no nacionales.
- 2) También se erige como límite frente al legislador la garantía del respeto de un *contenido mínimo* de los derechos afectados. Una parte de la jurisprudencia y la doctrina científica hacen coincidir ese contenido mínimo con el contenido esencial de los derechos fundamentales. En cualquier caso, en la determinación del contenido invulnerable juegan un importante papel los tratados internacionales en materia de derechos humanos.
- 3) El principio de igualdad *en la ley* rige también para los extranjeros. Ello, de acuerdo con el significado del principio de igualdad en los ordenamientos constitucionales contemporáneos, no implica la prohibición absoluta de diferencias basadas en la nacionalidad o en la situación migratoria. Sin embargo, impone que dichas diferencias sean razonables y proporcionadas.
- 4) Toda limitación de derechos que afecte a extranjeros debe estar en condiciones de superar un escrutinio de proporcionalidad. En este juicio juega un papel determinante la cuestión de los objetivos perseguidos por la medida.
- 5) En los exámenes de razonabilidad y proporcionalidad adquieren un importante protagonismo dos cuestiones: la cuestión de las posiciones de derecho que no pueden ser vulneradas en ningún caso; y la cuestión de los objetivos perseguidos por la medida.
- 6) El TC, con referencia expresa a la jurisprudencia TEDH, se ha referido a la “amplia potestad de los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia

y la expulsión de los extranjeros en su territorio”. En la jurisprudencia del TC, la afirmación de no titularidad por los extranjeros de un derecho a entrar o residir en España aparece, en algunos casos, como justificación de la existencia y aplicación de diferentes regulaciones, y conectada con la potestad estatal sobre la entrada y permanencia de extranjeros en territorio nacional.

- 7) Asimismo, la jurisprudencia constitucional española ha introducido de forma explícita la idea de ponderación entre derechos fundamentales y cumplimiento de la legislación de extranjería. La política de inmigración y el control de fronteras se relacionan expresamente con la pertenencia de España a la UE y el cumplimiento de los compromisos asumidos en este marco.

La reconstrucción hasta aquí realizada de la jurisprudencia constitucional en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España permite observar los puntos y problemas comunes con la jurisprudencia del TEDH en materia de derechos de los extranjeros, así como con la jurisprudencia italiana sobre la posición *iusfundamental* de los extranjeros en dicho sistema constitucional.



## CONCLUSIONES

### **Primera.-**

En los ordenamientos jurídicos contemporáneos –igual que en épocas históricas anteriores- nacionalidad, ciudadanía y derechos fundamentales construyen su nexo en el momento de la determinación de la titularidad de la ciudadanía.

Los derechos en general, así como las luchas por los derechos, a lo largo del siglo XIX y durante los primeros decenios de siglo XX, acontecen en clave nacional: las luchas por los derechos tienen lugar en el interior de los estados-nación y persiguen la igualdad de derechos entre nacionales. Cuanto más se aproximan ambas categorías, más se aleja la posibilidad de mantener la distinción entre nacionalidad y ciudadanía.

La progresiva extensión del acceso a los derechos de ciudadanía a todos los nacionales, que se prolonga a lo largo de los siglos XIX y XX y culmina en la adopción de las constituciones democráticas de la segunda posguerra mundial, tiene como consecuencia la aproximación de las categorías *nacionalidad* y *ciudadanía*. En principio, en las constituciones democráticas contemporáneas, es *sujeto pleno* de Derecho constitucional el ciudadano-nacional. Todos los nacionales son ciudadanos: ello supone la plasmación de un conjunto de principios y valores, vinculados con las luchas sociales de los siglos anteriores y con el consenso anti-totalitario de la segunda posguerra mundial.

La categoría jurídica *derecho fundamental* nace en las constituciones democráticas contemporáneas vinculada a la relación jurídica *nacionalidad*, a través de la categoría jurídico-política *ciudadanía*.

**Segunda.-**

El concepto jurídico *titularidad iusfundamental* hace referencia a la concreta atribución de un derecho fundamental –consistente en una o varias posiciones *iusfundamentales*- que el ordenamiento reconoce a favor de un individuo.

Todo ser humano ostenta igual capacidad jurídica (y por tanto igual capacidad abstracta para alcanzar dicha titularidad) pero ningún ordenamiento constitucional vigente atribuye a todo individuo la efectiva titularidad de todos los derechos fundamentales. En los sistemas constitucionales democráticos, la titularidad *iusfundamental* puede venir condicionada por la exigencia de condicionamientos personales, típicamente la nacionalidad.

**Tercera.-**

En el mismo momento en que el ciudadano nacional se consolida como *sujeto pleno* en clave constitucional se sientan las bases de la crisis del nexo nacionalidad-ciudadanía-derechos fundamentales.

De los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos irá emergiendo un consenso universal sobre el reconocimiento de subjetividad y capacidad jurídica a toda persona: un fundamento del sistema internacional de derechos humanos, que desempeñará un papel importante en los ordenamientos democráticos constitucionales contemporáneos y en sus sistemas *iusfundamentales*. El reconocimiento de subjetividad jurídica a toda persona se vinculará al igual reconocimiento ante la ley y al respeto de la dignidad humana.

Las constituciones contemporáneas del espacio constitucional europeo aparecen como *constituciones abiertas* a un derecho producido a nivel internacional o supranacional. Los tratados internacionales fungen como instrumento esencial de dicha apertura.

Las constituciones democráticas contemporáneas garantizan a toda persona una serie de posiciones jurídicas subjetivas, incorporando la dignidad humana como su fundamento.



**Cuarta.-**

Habitualmente, las constituciones europeas vigentes no incorporan normas que determinen expresa y claramente la posición *iusfundamental* de los no nacionales.

Las constituciones española e italiana contienen artículos al respecto, de contenido próximo pero distinto: ambas remiten a la ley y a los tratados internacionales. Y en ambos casos, algunas corrientes doctrinales han querido ver una *desconstitucionalización* de los derechos de los extranjeros en estos preceptos, posición que permanece minoritaria.

**Quinta.-**

Los órganos de justicia constitucional se han visto así obligados a afrontar la cuestión de la posición *iusfundamental* de los extranjeros basándose en textos constitucionales que no preveían el escenario de gran número de no nacionales residiendo de forma habitual en el territorio nacional, ni el de la pretendida entrada en ese territorio de personas cuyos derechos humanos se ven en peligro en sus países de origen y durante el viaje. Y esta respuesta se da en un contexto marcado por unas determinadas coordenadas del derecho internacional (derechos humanos, subjetividad jurídica de toda persona).

**Sexta.-**

Las tensiones relacionadas con la titularidad y ejercicio de derechos fundamentales por extranjeros se inscriben en un contexto más amplio. Las cuestiones que se plantean están íntimamente conectadas con los problemas de la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales (y la contraposición entre teorías absolutas y relativas del contenido esencial); de los riesgos asociados a las técnicas de ponderación para la resolución de conflictos relacionados con los derechos fundamentales; del funcionamiento del principio de igualdad como criterio de enjuiciamiento de la legislación, del recurso a la dignidad humana. Todos ellos problemas centrales en la determinación de la titularidad y ejercicio de derechos fundamentales tanto por nacionales como por extranjeros.

La doctrina jurisprudencial elaborada por el TEDH en la interpretación del CEDH y sus protocolos adicionales ha desempeñado una función determinante en este aspecto.

**Séptima.-**

El ordenamiento jurídico italiano y el español comparten muchos de los problemas en relación con la posición constitucional de los extranjeros. Y también en ambos casos las normas de derecho internacional desempeñan un importante papel.

El almacén básico sobre el que se forja la jurisprudencia constitucional en la materia es común al sistema TEDH y a las jurisprudencias italiana y española. Se garantizan una serie de posiciones jurídicas que se vinculan a la protección de la dignidad de la persona humana, a la condición de persona o al *status* de sujeto de derecho propio de todo ser humano. A partir de aquí, surge una gradación de posiciones jurídicas en atención a diversas variables, típicamente la situación administrativa del extranjero. En este punto, son decisivos los juicios de igualdad y razonabilidad, y la determinación de la existencia o no de una justificación razonable para la diferencia o regulación que eventualmente incide sobre posiciones jurídicas presentes en las constituciones o el CEDH.

**Octava.-**

El CEDH no contiene precepto específico sobre la posición de los no nacionales en él. En principio, con determinadas excepciones y matizaciones, los derechos del Convenio se garantizan a todas las personas bajo la jurisdicción de los estados parte.

Sin embargo, a la vista de la letra del Convenio y sus protocolos adicionales y de la jurisprudencia del TEDH, se encuentran especificidades relativas a la posición de los no nacionales en el sistema CEDH: nacionales y extranjeros no se encuentran en una posición de igualdad respecto de los derechos en él garantizados.

**Novena.-**

Tanto en el sistema CEDH como en los ordenamientos constitucionales español e italiano, se garantizan una serie de posiciones jurídicas que se vinculan al *status* de sujeto de derecho propio de todo ser humano, sin posibilidad de trato diferenciado por razón de la nacionalidad.

Pero en ninguno de los tres sistemas existe un elenco nítido y cerrado totalmente claro de cuáles sean tales posiciones jurídicas.

**Décima.-**

El CEDH distingue entre derechos absolutos y derechos no absolutos en el ámbito del Convenio. En relación con los derechos absolutos, es claro que no cabe diferenciación alguna entre nacionales y extranjeros: como derechos absolutos, no pueden limitarse en razón de la persecución de otros intereses públicos. En relación con los derechos no absolutos, la situación no es tan clara: aunque diferentes consideraciones relacionadas con la nacionalidad o la situación migratoria pueden fungir como limitaciones aceptables, éstas deben respetar siempre el principio de proporcionalidad. Ello, en último término, implica que no se admita una negación total del derecho afectado: hay determinadas posiciones jurídicas que deben protegerse respecto de todo individuo, y que se vinculan a derechos no absolutos.

### **Undécima.-**

En el ámbito italiano, la *Corte costituzionale* ha afirmado que los extranjeros son titulares de un conjunto *especial* o *reducido* de derechos constitucionales, diferenciándolo de un grupo más amplio de derechos constitucionales que corresponden sólo a los ciudadanos nacionales. La *Corte* no suministra criterios generales que permitan individuar el *corpus* de derechos de los extranjeros, y tampoco ha proporcionado una lista cerrada de estas posiciones jurídicas. La jurisprudencia de la *Corte* no niega la posibilidad de realizar diferencias entre nacionales y extranjeros en relación con este tipo de derechos siempre que sean razonables: en el propio escrutinio de razonabilidad se encuentra la imposibilidad de la negación total del derecho, lo que conllevaría la protección *absoluta* de determinadas posiciones jurídicas.

### **Duodécima.-**

El Tribunal Constitucional español configura un grupo de posiciones jurídicas *iusfundamentales* imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que determinan un mínimo invulnerable en relación al cual nacionalidad y situación migratoria son irrelevantes. No elabora una lista taxativa de posiciones. Asimismo, incide en la necesidad de respetar un contenido preceptivo de los derechos, sin que quede totalmente claro el alcance de esta exigencia ni su relación con la garantía de protección de las posiciones jurídicas *iusfundamentales* imprescindibles para la garantía de la dignidad humana.

**Decimotercera.-**

Además del *núcleo mínimo* vinculado al *status* de sujeto de derecho que no puede negarse a ninguna persona, los sistemas constitucionales analizados protegen otra serie de posiciones jurídicas *iusfundamentales* también para los no nacionales. En la determinación de este ámbito cobran especial protagonismo el principio de igualdad y las técnicas de enjuiciamiento de la proporcionalidad y la razonabilidad.

La fundamentación del reconocimiento de estas posiciones constitucionales no se ancla en la dignidad humana entendida como garantía de un umbral mínimo sino que se relaciona muy estrechamente con la idea de igualdad. Asimismo, el reconocimiento de estas posiciones jurídicas es tributario de la apertura de los ordenamientos constitucionales al Derecho internacional de los derechos humanos.

**Decimocuarta.-**

Desde presupuestos ligeramente diversos, el principio de igualdad opera similarmente en el sistema CEDH y en los ordenamientos constitucionales español e italiano.

El art. 14 CEDH –a diferencia de lo que sucede con los preceptos de las constituciones italiana y española que contienen el principio de igualdad *en la ley*- no establece una regla general de no discriminación aplicable a todo acto o medida de un estado parte. La garantía de no discriminación del art. 14 CEDH se refiere sólo al ámbito de los derechos garantizados en el CEDH y sus protocolos.

Los extranjeros se encuentran, sin ninguna duda, protegidos por el art. 14 CEDH. Esto marca otra diferencia con las constituciones española e italiana, en que la literalidad de los preceptos en que se garantiza la igualdad jurídica permite albergar más dudas respecto a su aplicabilidad a los extranjeros, resueltas en sede interpretativa.

Puesto que el art. 14 CEDH no se aplica aisladamente sino que entra en funcionamiento en relación con algún otro derecho de los protegidos en el CEDH (y atendiendo al significado del art. 1 del Protocolo No. 12 al CEDH), el valor del principio de no discriminación respecto de los no nacionales dependerá del derecho concreto con el que dicho principio se ponga en relación.

**Decimoquinta.-**

En los ordenamientos constitucionales italiano y español, la situación es pareja. Los órganos de justicia constitucional han considerado aplicable el juicio de igualdad también a extranjeros, *en relación con determinadas posiciones jurídicas*. Ello con base en los preceptos constitucionales relativos a la dignidad de la persona como fundamento del orden jurídico y la paz social (CE) o al reconocimiento del “*principio personalista*” (CI); y en la apertura del ordenamiento constitucional al Derecho internacional.

En ambos ordenamientos constitucionales, esta extensión del principio de igualdad resulta problemática: debe soportar la tensión originada en declarar a un tiempo la igualdad y la desigualdad de nacionales y extranjeros. Extranjeros y nacionales son iguales en relación con determinadas posiciones jurídicas *iusfundamentales*. Pero a la vez, la nacionalidad se admite como criterio de diferenciación válido siempre que se respeten una serie de exigencias. Los órganos constitucionales se ven abocados a la búsqueda de un equilibrio que no resulta sencillo.

**Decimosexta.-**

El TEDH entiende que el CEDH no consagra un derecho de los individuos a entrar o residir en el territorio de cualquier estado. El texto del Convenio y sus protocolos legitima la potestad estatal para decidir acerca de la entrada, permanencia y expulsión de no nacionales de su territorio, si bien dicha potestad estatal puede verse sujeta a límites, necesarios para el respeto de los derechos protegidos por el CEDH.

También el Tribunal Constitucional español y la *Corte costituzionale* italiana, frecuentemente con referencia a la jurisprudencia del TEDH, han afirmado la potestad estatal para controlar la entrada y permanencia de no nacionales en su territorio.

**Decimoséptima.-**

En el sistema CEDH y en los tribunales constitucionales italiano y español, el análisis de proporcionalidad de las medidas aparece como elemento clave.

El análisis de la jurisprudencia del TEDH en relación con derechos no absolutos y no nacionales arroja luz sobre el funcionamiento del principio en este contexto.

En el ámbito italiano, la idea de ponderación de intereses (análisis de *ragionevolezza* de las medidas) se introduce muy tempranamente en la jurisprudencia de la *Corte* en este contexto. En el caso español, tarda más en ser introducida expresamente en los razonamientos del Tribunal, aunque la doctrina científica y el modo de razonar del Tribunal pivotan sobre la aplicación de juicios de proporcionalidad en este tipo de supuestos.

**Decimoctava.-**

La justificación de las medidas y de los objetivos perseguidos por el legislador cobra así una importancia crucial en el escrutinio de los tribunales.

En los tres sistemas estudiados, el control de flujos migratorios, en conexión con la potestad estatal sobre la entrada, permanencia y expulsión de no nacionales del territorio nacional funge como criterio de justificación aceptable en relación con medidas que afectan a determinados derechos, siempre que se respeten el principio de proporcionalidad, el contenido esencial de los derechos afectados en los casos en que los extranjeros son titulares, y las posiciones jurídicas imprescindibles para la garantía de la dignidad humana.

Asimismo, la diferente posición de nacionales y extranjeros en relación con los derechos de participación política en sentido estricto puede aparecer como justificación de determinadas medidas que inciden en derechos de los extranjeros.





## CONCLUSIONI

### **Prima.-**

Negli attuali ordinamenti giuridici -come in tappe storiche anteriori- il nesso tra nazionalità, cittadinanza e diritti fondamentali si costruisce nel momento in cui si determina la titolarità della cittadinanza.

Nel corso del secolo XIX e dei primi decenni del secolo XX, i diritti e le lotte per i diritti si svolgono in chiave nazionale: le lotte per i diritti hanno luogo dentro dei diversi Stati-Nazione e perseguono la eguaglianza di diritti *tra i nazionali*. Più si avvicinano queste categorie, più si allontana la possibilità di conservare la distinzione tra nazionalità e cittadinanza.

Le categorie *nazionalità* e *cittadinanza* finiscono per approssimarsi sempre più, come conseguenza della progressiva estensione dei diritti di cittadinanza a tutti i nazionali nel corso dell'Ottocento e Novecento che culmina con la adozione delle costituzioni democratiche del Secondo dopoguerra. In linea di principio, il *soggetto pieno* di diritto costituzionale è il cittadino nazionale. Non esiste distinzione tra nazionale e cittadino: in questo punto si concretizza un gruppo di principi e valori collegati alle lotte sociali dei secoli scorsi e al consenso antitotalitario del Secondo dopoguerra.

La categoria giuridica *diritto fondamentale* si trova nelle costituzioni democratiche contemporanee legata alla relazione giuridica *nazionalità*, attraverso la categoria giuridico-politica *cittadinanza*.

**Seconda.-**

La nozione giuridica *titolarità iusfondamentale* si riferisce alla concreta attribuzione di un diritto fondamentale (consistente in una o più posizioni giuridiche *iusfondamentali*) che viene garantito all'individuo per l'ordinamento giuridico.

Tutti gli esseri umani godono della stessa capacità giuridica e pertanto hanno eguale capacità astratta per raggiungere la *titolarità iusfondamentale*. Tuttavia, nessun ordinamento costituzionale attuale attribuisce a tutti gli individui la titolarità effettiva di tutti i diritti costituzionali. Nelle attuali costituzioni democratiche, la *titolarità iusfondamentale* è condizionata a requisiti personali, tipicamente la nazionalità.

**Terza.-**

Le basi della crisi del legame tra nazionalità, cittadinanza e diritti si assestano al tempo che il cittadino nazionale si consolida come *soggetto pieno* costituzionale.

Esiste un consenso universale circa il riconoscimento di soggettività e capacità giuridica a tutti gli individui, emergenti degli strumenti internazionali di diritti umani. Questo consenso svolge un importante ruolo negli ordinamenti costituzionali attuali e i nei sistemi di diritti che questi adottano. Il riconoscimento di soggettività giuridica a ogni essere umano si lega all'eguale riconoscimento davanti alla legge e al rispetto della dignità umana.

Le attuali costituzioni dello spazio costituzionale europeo sono *costituzioni aperte* al diritto proveniente dal livello internazionale o *sovranaZIONALE*. Le convenzioni o trattati internazionali appaiono come strumento essenziale di quella apertura.

Le costituzioni democratiche attuali garantiscono ad ogni individuo una gamma di posizioni giuridiche soggettive. La dignità umana si inserisce come fondamento di esse.

**Quarta.-**

Di solito, le costituzioni europee non determinano specificamente e chiaramente la posizione *iusfondamentale* degli stranieri.

Si trovano precetti sulla posizione degli stranieri nelle costituzioni spagnola e italiana, il cui contenuto è vicino ma diverso. Entrambe contengono un rinvio alla legge e alle norme internazionali. E in entrambi i casi, una parte minoritaria della dottrina ha sostenuto la tesi della non costituzionalità dei diritti degli stranieri, tesi che si fondamentano nei predetti precetti.

**Quinta.-**

Così, gli organi di giustizia costituzionale si trovano costretti ad affrontare il problema della posizione *iusfondamentale* degli stranieri sulla base di testi costituzionali nei quali non sono previsti scenari come quello di un gran numero di stranieri abitando abitualmente in territorio nazionale, o di persone che pretendono entrare nel territorio e i cui diritti umani si vedono minacciati nei paesi di origine e durante il viaggio. La risposta ha luogo nel contesto di un diritto internazionale segnato da coordinate specifiche: diritti umani, soggettività giuridica di qualsiasi individuo.

**Sesta.-**

Le tensioni legate alla titolarità e all'esercizio dei diritti fondamentali degli stranieri s'iscrivono in un conteso più ampio. Le questioni sollevate sono intimamente collegate ai problemi del contenuto essenziale dei diritti fondamentali (e la contrapposizione tra teorie assolute e relative del contenuto essenziale); ai rischi connessi alle tecniche di bilanciamento per la risoluzione di conflitti di diritti fondamentali; al principio d'eguaglianza come criterio di giudizio della legislazione; all'appello alla dignità umana. Tutti questi sono problemi centrali nella determinazione della titolarità ed esercizio di diritti fondamentali sia dei nazionali che degli stranieri.

La dottrina giurisprudenziale della CEDU ha svolto una funzione decisiva nell'interpretazione della Convenzione e dei protocolli addizionali.

**Settima.-**

I problemi correlati alla determinazione della posizione costituzionale degli stranieri sono simili in Italia e Spagna. Inoltre, il Diritto internazionale assume in importante ruolo in entrambi ordinamenti giuridici.

Il sistema CEDU e le giurisprudenze costituzionali italiana ed spagnola condividono una stessa struttura di base sulla quale poggia la giurisprudenza costituzionale sui diritti fondamentali degli stranieri. Si garantiscono una serie di posizioni giuridiche collegate alla protezione della dignità della persona umana od allo *status* di soggetto di diritto che spetta ad ogni individuo. Su questa base viene identificata una gradazione di posizioni giuridiche degli stranieri che dipendono di diverse variabili, tipicamente la posizione amministrativa. A questo punto, i giudizi di eguaglianza e ragionevolezza diventano decisivi, così come la presenza o no di una ragionevole giustificazione della differenza o limitazione.

**Ottava.-**

Nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, non si trova precetto specifico sulla posizione degli stranieri nel sistema CEDU. In via di principio, sebbene con qualche eccezione e sfumatura, i diritti CEDU si garantiscono a ogni persona sottoposta alla giurisdizione di un Stato parte.

Tuttavia, l'interpretazione letterale della Convenzione e i suoi protocolli e la giurisprudenza CEDU indicano specificità concernenti la posizione degli stranieri: nazionali e stranieri non si trovano in situazione d'eguaglianza rispetto dei diritti garantiti.

**Nona.-**

Sia nel sistema CEDU che negli ordinamenti costituzionali italiano e spagnolo, se garantiscono un elenco di posizioni giuridiche legate allo *status* di soggetto di diritto di ogni essere umano. In questo ambito, non sono accettabili le differenziazioni fondate nella nazionalità del soggetto.

Tuttavia, in nessuno dei casi viene identificato un elenco chiuso e totalmente chiaro di quelle posizioni giuridiche.

**Decima.-**

La Convenzione europea di diritti dell'uomo distingue tra diritti assoluti e diritti non assoluti nell'ambito della Convenzione. Per quanto riguarda i diritti assoluti, è palese che non sono ammissibili differenziazioni tra nazionali e stranieri: i diritti assoluti non possono limitarsi alla protezione di diversi interessi pubblici. Per quanto riguarda i diritti non assoluti, la situazione è meno semplice. Considerazioni collegate alla nazionalità o alla situazione migratoria del soggetto fungono legittimamente come limiti di fronte ai diritti degli stranieri, ma devono rispettare in ogni caso il principio di proporzionalità. Ciò significa che non è ammissibile una totale negazione del diritto in questione: alcune posizioni giuridiche collegate a diritti non assoluti vengono protette rispetto ad ogni individuo.

**Undicesima.-**

Nel contesto italiano, la Corte costituzionale ha affermato la titolarità da parte degli stranieri di un insieme di diritti costituzionali: si tratta di un gruppo *speciale* o *ridotto*, differenziato di un gruppo più ampio di diritti che corrispondono ai cittadini nazionali. Non vengono identificati criteri generali per individuare il *corpus* di diritti degli stranieri, neanche un elenco chiuso di quelle posizioni giuridiche. La giurisprudenza della Corte ammette la possibilità di differenziare tra nazionali e stranieri in questo ambito, purché queste differenziazioni siano ragionevoli. Nello scrutinio di proporzionalità si trova l'impossibilità di una totale negazione del diritto. Questo determina la protezione *assoluta* di alcune posizioni giuridiche.

**Dodicesima.-**

Il *Tribunal Constitucional* spagnolo individua un gruppo di posizioni giuridiche *iusfondamentali* indispensabili per garantire la dignità umana. Queste posizioni stabiliscono un minimo invulnerabile, in cui nazionalità e situazione migratoria sono irrilevanti. Il *Tribunal* non elabora un elenco esaustivo di posizioni. Inoltre, riconosce la necessità di rispettare il contenuto precettivo dei diritti, senza stabilire chiaramente la portata di quella esigenza e non chiarisce quale è il suo collegamento con la garanzia di protezione delle posizioni giuridiche *iusfondamentali* indispensabili per garantire la dignità umana.

**Tredicesima.-**

Oltre al *nucleo minimo* legato allo *status* di soggetto di diritto che spetta a ogni individuo, gli ordinamenti costituzionali analizzati proteggono altre posizioni giuridiche *iusfondamentali* anche per gli stranieri. Per determinare questo ambito di protezione, il principio di eguaglianza e le tecniche di giudizio della proporzionalità e la ragionevolezza hanno una speciale importanza.

Il fondamento del riconoscimento di queste posizioni non si trova però, come nei casi precedenti, nella dignità umana intesa come garanzia di una soglia minima, ma si collega strettamente con l'idea d'eguaglianza. Inoltre, il riconoscimento di queste posizioni giuridiche è tributario dell'apertura degli ordinamenti costituzionale al Diritto internazionale dei diritti umani.

**Quattordicesima.-**

Partendo da basi leggermente diverse, il principio d'eguaglianza funziona in modo simile nel sistema CEDU e negli ordinamenti costituzionali italiano e spagnolo.

Diversamente da quanto succede con i precetti delle costituzioni italiana e spagnola che enunciano il principio d'eguaglianza nella legge, l'art. 14 CEDU non stabilisce una regola generale di non discriminazione applicabile a ogni atto o misura di un Stato parte. La garanzia di non discriminazione dell'art. 14 CEDU funziona solo nell'ambito dei diritti garantiti nella CEDU e i suoi protocolli.

Sicuramente, l'art. 14 CEDH protegge anche gli stranieri. Ciò segna un'altra differenza rispetto alle costituzioni italiana e spagnola, nelle quali in base ad una interpretazione letterale il riferimento delle norme al cittadino aveva fatto sorgere dei dubbi circa la possibilità di riferire tali norme anche ai non-cittadini. Dubbi, peraltro, che sono stati risolti in sede interpretativa.

La possibilità di applicare il principio di non discriminazione relativamente agli stranieri dipende del diritto concreto con cui il principio entra in relazione, poiché l'art. 14 CEDU non si applica isolatamente ma diventa operativo solo in relazione con altri diritti protetti dalla CEDU (anche alla vista del art. 1 del Protocollo No. 12 alla CEDU).

**Quindicesima.-**

La situazione è analoga negli ordinamenti costituzionale italiano ed spagnolo. Gli organi di giustizia costituzionale considerano il giudizio d'eguaglianza applicabile agli stranieri *solo in relazione con alcune posizioni giuridiche*. Questo in base ai precetti costituzionali concernenti la dignità della persona come fondamento dell'ordine giuridico e la pace sociale (Costituzione spagnola) o al riconoscimento del principio personalista (Costituzione italiana), e all'apertura dell'ordinamento costituzionale al Diritto internazionale.

L'estensione del principio d'eguaglianza risulta problematica in entrambi gli ordinamenti costituzionali. È costretta a sostenere la tensione originata nel dichiarare, contemporaneamente, eguaglianza e diseguaglianza di nazionali ed stranieri. Stranieri e nazionali sono eguali in relazione ad alcune posizioni giuridiche *iusfundamentali*. Ma, al contempo, la nazionalità si ammette come legittimo criterio di differenziazione purché si rispettino determinate esigenze. Gli organi costituzionali si vedono costretti a la ricerca di un difficile equilibrio.

**Sedicesima.-**

La CEDU ritiene che la Convenzione non sancisce un diritto degli individui a entrare od abitare nel territorio di qualsiasi Stato parte. Il testo della Convenzione e i protocolli legittimano la potestà statale sull'entrata, soggiorno ed espulsione degli stranieri in territorio nazionale. Ciononostante la Corte riconosce l'esistenza di limiti necessari al rispetto dei diritti garantiti nella Convenzione che possono essere imposti di fronte a quella potestà.

Anche il *Tribunal Constitucional* spagnolo e la Corte costituzionale italiana hanno affermato la potestà statale sull'entrata e soggiorno degli stranieri in territorio nazionale, di solito con riferimento alla giurisprudenza della CEDU.



**Diciassettesima.-**

Nel sistema CEDU e nei tribunali costituzionali italiano ed spagnolo, l'analisi di proporzionalità delle misure è un elemento chiave.

L'analisi della giurisprudenza CEDU sui diritti non assoluti e stranieri aiuta a chiarire il funzionamento del principio in questo ambito.

Nel contesto italiano, l'idea del bilanciamento (analisi sulla ragionevolezza delle misure in giudizio) viene introdotta in uno stadio molto iniziale della giurisprudenza della Corte sui diritti degli stranieri. Per altro verso, nel contesto spagnolo ci vuole più tempo per vedere questa idea in modo espresso nei ragionamenti del *Tribunal*, anche se la dottrina scientifica e i ragionamenti del *Tribunal* in materia di diritti degli stranieri poggiano implicitamente sulla applicazione del giudizio di proporzionalità.

**Diciottesima.-**

La giustificazione delle misure e degli obiettivi che persegue il legislatore assume così una rilevanza cruciale nello scrutinio dei tribunali.

Nei tre sistemi analizzati, il controllo dei flussi migratori, in connessione con la potestà statale sulla entrata, soggiorno ed espulsione degli stranieri del territorio nazionale, opera come legittimo criterio di giustificazione di misure che incidono su diritti fondamentali, purché si rispettino il principio di proporzionalità, il contenuto essenziale dei diritti nei casi in cui gli stranieri hanno la titolarità, e le posizioni giuridiche indispensabili per la salvaguarda della dignità umana.

Altresì, la diversa posizione dei nazionali e stranieri in relazione con i diritti di partecipazione politica in senso stretto può operare come giustificazione legittima di misure che incidono sui diritti degli stranieri.



## TABLA DE ACRÓNIMOS

- II GM: Segunda Guerra Mundial
- *BV: BundesVerfassung*
- CDFUE: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
- CE: Constitución española
- CI: Constitución italiana
- CEDH: Convención Europea de Derechos Humanos
- CEPC: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
- *CJTL: Columbia Journal of Transnational Law*
- ComEDH: Comisión Europea de Derechos Humanos
- DDHC: *Declaration des Droits de l'Homme ed du Citoyen* de 1789
- DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos
- *E. Dir.: Enciclopedia del Diritto*
- EEMM: Estados miembros de la Unión Europea
- *HRLRev: Human Rights Law Review*
- *IJTL: International Journal of Transnational Law*
- LOEx 7/1985: Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.
- LOEx 4/2000: Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- RAP: Revista de Administración Pública

*Tabla de acrónimos*

- *Rass. dir. pubbl.: Rassegna di diritto pubblico*
- REDC: Revista Española de Derecho Constitucional
- REP: Revista de Estudios Políticos
- RGDC: Revista General de Derecho Constitucional
- RVAP: Revista Vasca de Administración Pública
- *Rev. trim dr. h.: Revue trimestrielle des droits de l'homme*
- *Riv. crit. dir. priv.: Rivista critica di diritto privato*
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional español
- STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- TC: Tribunal Constitucional español
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- *TUI: DECRETO LEGISLATIVO 25 luglio 1998, n. 286. Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*
- TRC: Teoría y Realidad Constitucional
- UE: Unión Europea

## SELECCIÓN JURISPRUDENCIAL

### TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS

#### 1. Posición de los extranjeros en el sistema CEDH.

- **Decisión ComEDH de 11 de enero de 1961 en el caso *Austria c. Italia*.** Los derechos del CEDH se garantizan a toda persona bajo la jurisdicción de un estado miembro: no solo a los nacionales de ese u otro estado miembro, también a los de terceros estados o apátridas.
- **STEDH de 26 de junio de 1996 en el caso *Amuur c. Francia*.** Los extranjeros retenidos en la zona de tránsito o zona internacional de un aeropuerto están protegidos por los derechos del CEDH.
- **STEDH de 23 de febrero de 2012 en el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*.** Los derechos del CEDH protegen a extranjeros rescatados en alta mar por barcos con bandera de un estado miembro: aquéllos se encuentran bajo jurisdicción de éste a efectos del art. 1 CEDH.
- **Decisión ComEDH de 17 de diciembre de 1976 en el caso *Agee c. Reino Unido*.** El *status* de extranjero del demandante aparece como justificación razonable y objetiva para diferenciar entre el demandante y los nacionales de Reino Unido *en el ámbito de la regulación de la inmigración*. De esta resolución parece deducirse que los derechos pueden regularse de manera diferente para nacionales y extranjeros, en el contexto de la legislación en materia de inmigración siempre que no se vulneren los derechos en sí mismos.

#### 2. Potestad estatal sobre entrada, residencia y expulsión de extranjeros del territorio nacional.

- **Decisión ComEDH de 17 de diciembre de 1976 en el caso *Agee c. Reino Unido*.** El CEDH no garantiza, como tal, un derecho de los extranjeros a residir en el territorio del estado parte de su elección. Los estados gozan de un poder

discrecional en lo tocante a la expulsión de un extranjero de su territorio, siempre que éste se ejerza respetando los derechos del CEDH.

Doctrina reiterada, entre otras, en **SSTEDH de 28 de mayo de 1985 en el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandi c. Reino Unido***; de **21 de junio de 1988 en el caso *Berrehab c. Países Bajos***; de **18 de febrero de 1991 en el caso *Moustaquim c. Bélgica***; de **25 de junio de 1996 en el caso *Amuur c. Francia***; de **28 de noviembre de 1996 en el caso *Ahmut c. Países Bajos***; de **28 de junio de 2011 en el caso *Nunez c. Noruega***; de **14 de febrero de 2012 en el caso *Antwi y otros c. Noruega***; de **3 de octubre de 2014 en el caso *Jeunesse c. Países Bajos***. Es potestad del estado controlar la entrada y residencia de extranjeros en su territorio. Del CEDH no puede deducirse un derecho de los no nacionales a entrar o residir en cualquier país que elijan. Como corolario de la potestad estatal en materia de control migratorio, los extranjeros tienen un deber de cumplir las normas migratorias.

### 3. Derechos absolutos.

- **Decisión ComEDH de 10 de febrero de 1967 en el caso *X c. República Federal Alemana***. La ComEDH interpretó por primera vez el art. 3 CEDH en el sentido de que este precepto puede conllevar una obligación de no devolución; construcción que se consolida en **STEDH de 7 de julio de 1989 en el caso *Soering c. Reino Unido***.
- **SSTEDH de 30 de octubre de 1991 en el caso *Vilvarajah y otros c. Reino Unido***, párr. 103; de **29 de abril de 1997 en el caso *H.L.R. c. Francia***, párr. 34; de **11 de julio de 2000 en el caso *Jabari c. Turquía***, párr. 38; de **11 de enero de 2007 en el caso *Salah Sheekh c. Países Bajos***, párr. 135; de **28 de febrero de 2008 en el caso *Saadi c. Italia***, párr. 152; de **21 de enero de 2011 en el caso *M.S.S. c. Bélgica y Grecia***; de **23 de febrero de 2012 en el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia***; de **27 de marzo de 2012 en el caso *Mannai c. Italia***. Un estado será considerado responsable con arreglo al art. 3 CEDH cuando lleve a cabo una expulsión, pese a la existencia de motivos serios para creer que la persona expulsada se enfrentará a un riesgo real de ser sometida a torturas o a penas o tratos inhumanos o degradantes en el país de destino.

#### 4. Principio de no discriminación

- **Decisión ComEDH de 6 de julio de 1982 en el caso *X, Y y Z c. Reino Unido*.** La diferenciación *en materia migratoria* entre ciudadanos de la *Commonwealth* y otros extranjeros se encuentra justificada y es razonable: en esta materia, el estado puede dar prioridad a los ciudadanos con los que mantiene vínculos más cercanos. Se afirma el carácter razonable y objetivo de la medida, sin examen de su proporcionalidad.
- **STEDH de 28 de mayo de 1985 en el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandi c. Reino Unido*.** Discriminación por razón de sexo: ponderación entre los intereses en conflicto.
- **STEDH de 18 de febrero de 1991 en el caso *Moustaquim c. Bélgica*.** Rechaza la alegación de discriminación por razón de nacionalidad en supuestos de expulsión. En relación a los nacionales del país expulsor, el propio CEDH garantiza su derecho a no ser expulsados: su situación no puede ser comparable a la de sujetos que no gozan de tal derecho. En cuanto a los nacionales de países de la UE, aunque se trate de situaciones comparables, existe una justificación objetiva y razonable: existencia de un orden legal especial.
- **SSTEDH de 16 de septiembre de 1996 en el caso *Gaygusuz c. Austria*.** El estado debe alegar razones de peso para justificar una diferencia de tratamiento basada únicamente en la nacionalidad.

En el mismo sentido, entre otras, **SSTEDH de 21 de febrero de 1997 en el caso *Van Raalte c. Países Bajos*; de 30 de septiembre de 2003 en el caso *Koua Poirrez*; de 18 de febrero de 2009 en el caso *Andrejeva c. Letonia*; de 27 de septiembre de 2011 en el caso *Bah c. Reino Unido*.**

- **STEDH de 16 de septiembre de 1996 en el caso *Gaygusuz c. Austria*.** Vulneración del art. 14 CEDH en relación con el art. 1 del Protocolo No. 1: diferenciaciones basadas en la nacionalidad sin justificación objetiva y razonable. El art. 1 del Protocolo No. 1 se entiende aplicable en casos de prestaciones públicas o de seguridad social. Aunque el derecho de propiedad no implique la obligación para los estados de establecer este tipo de prestaciones, una vez establecidas no pueden vulnerar la prohibición de discriminación.

En el mismo sentido, **SSTEDH de 30 de septiembre de 2003 en el caso *Koua Poirrez c. Francia***; **de 27 de noviembre de 2007 en el caso *Luczak c. Polonia***; **de 18 de febrero de 2009 en el caso *Andrejeva c. Letonia***.

- **STEDH de 21 de junio de 2011 en el caso *Ponomaryovi c. Bulgaria***. Vulneración del art. 14 CEDH en relación con el derecho a la educación de estudiantes de secundaria en situación irregular, con base en sus circunstancias particulares y tras escrutinio de proporcionalidad.
- **STEDH de 27 de septiembre de 2011 en el caso *Bah c. Reino Unido***. La situación migratoria del sujeto puede ser un criterio discriminatorio desde el punto de vista del art. 14 CEDH. La “naturaleza” del *status* influirá en el mayor o menor margen de apreciación reconocido a los estados en la justificación de las diferencias: la situación migratoria implica un elemento de elección, por lo que el juicio no será tan exigente como en otros supuestos.

## 5. Limitaciones de derechos basadas en la nacionalidad o la situación migratoria.

### A. Privación de libertad.

- **STEDH de 26 de junio de 1996 en el caso *Amuur c. Francia***. Establece los principios que debe respetar la detención de un extranjero en virtud del art. 5.1.f) Entre otras, reiteran y desarrollan estos principios: **SSTEDH 15 noviembre de 1996 en el caso *Chahal c. Reino Unido***, **de 11 de julio 2006 en el caso *Saadi c. Reino Unido***.
- **STEDH de 11 de julio 2006 en el caso *Saadi c. Reino Unido***. Escrutinio deferente en relación con las privaciones de libertad en el marco de la inmigración.

Doctrina matizada en supuestos de personas en circunstancias especiales de vulnerabilidad. **SSTEDH de 20 de diciembre de 2011, en el caso *Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica***; y **de 19 de enero de 2012, en el caso *Popov c. Francia***.



**B. Derechos al proceso equitativo y al recurso efectivo.**

- **STEDH de 5 de octubre de 2000 en el caso *Maaouia c. Francia*.** Inaplicabilidad del art. 6 CEDH a los procedimientos en materia de asilo o inmigración: éstos no están relacionados con la determinación de un derecho u obligación civil o del fundamento de una acusación en materia penal.
- **STEDH de 10 de enero de 2012 en el caso *G.R. c. Países Bajos*.** Se reafirma que el art. 6 CEDH no resulta aplicable a procedimientos de asilo o inmigración, pero los principios de la jurisprudencia TEDH en materia de acceso a los tribunales son relevantes a los efectos del art. 13 CEDH.

**C. Derecho a la vida privada y familiar.**

- **STEDH de 21 de junio de 1988 en el caso *Berrehab c. Países Bajos*.** La expulsión de un extranjero puede constituir una injerencia en su derecho a la vida familiar. La justificación de la medida depende de: legalidad de la medida; existencia o no de un objetivo legítimo; necesidad de la medida en una sociedad democrática (examen de proporcionalidad en sentido estricto). Se identifica como objetivo legítimo la persecución del bienestar económico del país, en relación con la regulación del mercado de trabajo nacional.

Aplican el mismo esquema de análisis de justificación de la medida, entre otras: **SSTEDH de 26 de septiembre en el caso *Mehemi c. Francia*; de 19 de febrero de 1998 en el caso *Dalia c. Francia*; de 2 de agosto de 2001 en el caso *Boultif c. Suiza*; de 9 de octubre de 2003 en el caso *Slivenko c. Letonia*; de 20 de septiembre de 2011 en el caso *A.A. c. Reino Unido*.**

- **SSTEDH de 29 de enero de 1997 en el caso *Bouchelkia c. Francia*; de 21 de octubre de 1997 en el caso *Boujlifa c. Francia*; de 2 de agosto de 2001 en el caso *Boultif c. Suiza*; de 18 de octubre de 2006 en el caso *Üner c. Países Bajos*; de 23 de junio de 2008 en el caso *Maslov c. Austria*; de 24 de noviembre de 2009 en el caso *Omojudi c. Reino Unido*; de 23 de septiembre de 2010 en el caso *Bousarra c. Francia*; de 20 de septiembre de 2011 en el caso *A.A. c. Reino Unido*; de 17 de febrero de 2012 en el caso *Onur c. Reino***

**Unido.** Casos en que la expulsión o prohibición de re-entrada se vincula a condenas penales: se identifica como objetivo legítimo la prevención del desorden o el crimen, o bien la seguridad pública.

- **STEDH de 18 de octubre de 2006 en el caso *Üner c. Países Bajos*.** La expulsión de un extranjero establecido en un país puede determinar la vulneración de su derecho a la vida privada sin necesidad de que afecte a sus lazos familiares estrictamente considerados. Diferente posición de nacionales y extranjeros en relación con la expulsión: los estados pueden expulsar a extranjeros, aunque se encuentren altamente integrados en la sociedad de acogida, siempre dentro de los límites derivados de la legalidad.
- **STEDH de 20 de septiembre en el caso *A.A. c. Reino Unido*:** los factores de enjuiciamiento de la proporcionalidad de la expulsión no varían en función de si la afectación se produce en la vida familiar o en la vida privada.
- **Entre otras, SSTEDH de 19 de febrero de 1996 en el caso *Gül c. Suiza*; de 31 de enero de 2006 en el caso *Rodrigues da Silva y Hoogkamer*; de 28 de junio de 2011 en el caso *Nunez c. Noruega*; de 6 de noviembre de 2012 en el caso *Hode y Abdi c. Reino Unido*; de 3 de octubre de 2014 en el caso *Jeunesse c. Países Bajos*.** Supuestos de reagrupación y regularización familiar: del art. 8 CEDH no deriva una obligación general del estado de respetar la elección de los extranjeros de residir en su territorio, ni de autorizar la reagrupación familiar. Sin embargo, en algunos casos, los estados pueden verse obligados a admitir o autorizar la residencia de familiares de personas ya residentes.

**D. Libertades de pensamiento, conciencia y religión; libertad de expresión; libertades de reunión y asociación.**

- **Decisión ComEDH de 17 de diciembre de 1976 en el caso *Agee c. Reino Unido*.** La expulsión de un extranjero, justificada en base a consideraciones de seguridad pública, no supone por sí misma una injerencia en las libertades de expresión y asociación, que se produciría únicamente en el caso de que tal expulsión se impusiera como penalización al ejercicio del derecho.

- **Decisión ComEDH de 19 de marzo de 1981 en el caso *Omkarananda y Divine Light Centrum c. Suiza*.** La expulsión no puede ser considerada una injerencia en los derechos garantizados en el art. 9 CEDH (libertad de pensamiento, conciencia y religión) salvo que tuviera como objeto reprimir su ejercicio.
- **SSTEDH de 5 de noviembre de 1997, en el caso *Lotter c. Bulgaria*; de 25 de enero de 2001 en el caso *Al-Nashif c. Bulgaria*; de 8 de noviembre de 2007 en el caso *Perry c. Letonia*; de 12 de febrero de 2009 en el caso *Nolan y K. c. Rusia*.** La utilización de controles migratorios como instrumento para poner fin a determinadas actividades religiosas en territorio estatal vulnera los derechos del art. 9 CEDH.
- **STEDH de 20 de mayo de 2010 en el caso *Cox c. Turquía*.** La prohibición de reentrada de una ciudadana extranjera como consecuencia de las opiniones expresadas mientras se encontraba en territorio turco supone una injerencia en su derecho a la libertad de expresión.

**E. Limitaciones de los derechos garantizados en los arts. 9, 10 y 11 CEDH como consecuencia de la restricción de su actividad política (art. 16 CEDH).**

- **STEDH de 27 de abril de 1995 en el caso *Piermont c. Francia*.** Una europarlamentaria ciudadana de un EM de la UE en territorio de otro EM no puede considerarse extranjera a efectos del art. 16 CEDH.
- **STEDH de 15 de octubre de 2015 en el caso *Perinçek c. Suiza*.** El art. 16 CEDH debe ser aplicado con extrema cautela: autoriza únicamente la restricción de actividades que afecten directamente al proceso político.

**F. Derecho a contraer matrimonio.**

- **Decisión ComEDH de 16 de octubre de 1996 en el caso *Sanders c. Francia*.** Un estado puede imponer condiciones sobre el derecho de un extranjero a casarse, con el fin de averiguar si el matrimonio propuesto es de conveniencia.

Ello no incluye la posibilidad de una prohibición total del ejercicio del derecho al matrimonio, y deben respetarse las exigencias de proporcionalidad.

En el mismo sentido, **Decisiones ComEDH de 16 de octubre de 1996 en el caso *Sanders c. Francia*; de 3 de diciembre de 1997 en el caso *Klip y Krüger c. Países Bajos*; STEDH de 5 de enero de 2010 en el caso *Frasik c. Polonia*; de 14 de diciembre de 2010 en el caso *O'Donoghue y otros contra Reino Unido*.**

#### **G. Derecho a la educación.**

- **Decisión ComEDH de 20 de mayo de 1998 en el caso *Karus c. Italia*.** Resulta razonable la diferencia de trato entre nacionales y extranjeros relativa a la exención de tasas educativas en educación superior: probabilidad de que los últimos abandonaren el país finalizados sus estudios.
- **STEDH de 13 de diciembre de 2005 en el caso *Timishev c. Rusia*.** Violación del art. 2 del Protocolo No. 1 consecuencia de la denegación del acceso a la educación primaria de los hijos del demandante en situación de irregularidad administrativa en contra de lo establecido en la legislación interna del estado demandado.
- **STEDH de 21 de junio de 2011 en el caso *Ponomaryovi c. Bulgaria*.** Vulneración del art. 14 CEDH en relación con el derecho a la educación de estudiantes de secundaria en situación irregular, con base en sus circunstancias particulares y tras escrutinio de proporcionalidad.

## CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA

### 1. Posición de los extranjeros en la CI (Doctrina básica).

- *Sentenza n. 120 del 1967*. El principio de igualdad resulta aplicable a los extranjeros cuando se ven afectados “*diritti inviolabili dell’uomo*”.

La norma enjuiciada no viola el *principio d’eguaglianza*, ya que: 1) no vulnera el contenido de los *diritti fondamentali dell’uomo* en juego, a los que remite el art. 2 CI, tal y como resultan de los tratados internacionales (citando el CEDH y DUDH); 2) al encontrarse nacionales y extranjeros en posición diferente en la situación examinada, no cabe apreciar discriminación.

- *Sentenza n. 104 del 1969*. Precisa el ámbito de derechos respecto de los cuáles extranjeros y nacionales se encuentran en una posición de igualdad: “*diritti inviolabili della personalità, che rappresentano un minus rispetto alla somma dei diritti di libertà riconosciuti al cittadino*”.

Entre nacionales y extranjeros pueden apreciarse diferencias de hecho que justifiquen un tratamiento diferente en el ejercicio de derechos de los que ambos son titulares.

### 2. Potestad-deber del estado de proteger las propias fronteras y regular los flujos migratorios.

- *Sentenze n. 104 del 1969 y 144 del 1970*. Inexistencia de un derecho del extranjero a entrar y permanecer en territorio nacional.
- *Sentenza n. 144 de 1970*. Constitucionalidad de la práctica internacionalmente admitida de la exigencia de visado de entrada.
- Entre otras, *Sentenze n. 62 del 1994, n. 353 del 1997, n. 5 del 2004, n. 306 del 2008, n. 187 del 2010, n. 61 del 2011, n 245 del 2011*. Legitimidad de la potestad estatal de regulación de la entrada y permanencia de extranjeros en territorio nacional.

- **Sentenze n. 353 del 1997, n. 250 del 2010.** Deber del estado de proteger sus fronteras. En n. 250, se declara la existencia de una diferencia constitutiva entre nacionales y extranjeros, en relación con el derecho de entrada y permanencia.

### 3. Posiciones constitucionales que la CI garantiza a todos los extranjeros.

- **Sentenza n. 120 del 1967.** Presunción de inocencia.
- **Sentenza n. 54 del 1979.** El derecho a la vida se encuentra entre los *diritti inviolabili dell'uomo*.
- **Sentenza n. 252 del 2001.** La CI garantiza un *nucleo irriducibile* del derecho a la salud al margen de la situación administrativa: integra el *ambito inviolabile della dignità umana*, lo que impide situaciones carentes de tutela. Pero la regulación de su ejercicio admite diferencias en función de la nacionalidad o situación administrativa.
- **Sentenze n. 50 del 1972, n. 109 del 1974, n. 161 del 2000, n. 227 del 2000, n. 222 del 2004, n. 257 del 2004.** Se da por supuesta la titularidad del derecho a la defensa del art. 24 CI.
- **Sentenza n. 492 del 1991.** Se afirma con rotundidad la titularidad del derecho de defensa por los extranjeros, al menos de los imputados penalmente en Italia.

**Sentenza n. 10 del 1993.** Reconocimiento constitucional “*a favore di ogni uomo (cittadino o straniero) del diritto inviolabile alla difesa*”.

**Sentenza n. 198 del 2000.** Titularidad del derecho de defensa por los extranjeros con independencia de su situación administrativa: ésta se hace descansar aparentemente más en la legalidad ordinaria e internacional que directamente en la CI.

- **Sentenza n. 62 del 1994.** Permite deducir la titularidad de los extranjeros del derecho a la libertad personal.

**Sentenze n. 62 del 1994 y 58 del 1995.** Incluyen la libertad personal entre los *diritti inviolabili dell'uomo* que corresponden a nacionales y extranjeros.

*Sentenze n. 105 del 2001 y 222 del 2004.* Las garantías del art. 13 CI no se encuentran atenuadas por la condición de extranjero. La persecución de objetivos ligados al control de la inmigración no puede poner en entredicho el carácter universal de la libertad personal.

- *Ordinanza n. 258 del 1982.* Los extranjeros son titulares del derecho al matrimonio del art. 29 CI.
- *Sentenza n. 245 del 2011.* Se declara inconstitucional, remitiendo específicamente a la STEDH *O'Donoghue*, la norma que impedía contraer matrimonio a extranjeros en situación irregular, por resultar desproporcionada -
- *Sentenza n. 199 del 1986.* Se vincula el principio del art. 30, párrafo segundo, CI (protección de menores en desamparo) a la protección de los derechos humanos garantizados también a los extranjeros: resulta plenamente aplicable el principio de igualdad.

*Sentenza n 28 del 1995.* El derecho-deber de los padres de mantener, instruir y educar a sus hijos; y el derecho de padres e hijos a una vida en común son derechos a la persona “*che perciò spettano in via di principio anche agli stranieri*”. Pueden estar sujetos a ponderación con otros valores dotados de tutela constitucional.

*Sentenze n. 376 del 2000.* La exigencia de asegurar una protección especial a la familia en general y a los hijos menores en particular se extiende a los extranjeros con independencia de su situación administrativa.

#### 4. **Ponderación: potestad estatal sobre la entrada y permanencia en territorio razonabilidad/proporcionalidad-posiciones jurídicas *iusfundamentales*.**

- *Sentenze n. 62 del 1994; n. 206 del 2006; n. 148 del 2008* (entre otras). La regulación de la entrada y permanencia de extranjeros se vincula a la ponderación de diferentes intereses públicos (seguridad y salud pública, orden público, vínculos de carácter internacional y política nacional en materia de inmigración), que corresponde en primer lugar al legislador ordinario: goza de una amplia discrecionalidad sólo limitada por la exigencia de que sus opciones no resulten manifiestamente irrazonables.

- **Sentenze n. 245 del 2011; n. 172 del 2012, n. 202 del 2013** (entre otras). La amplia discrecionalidad del legislador en la regulación de la entrada y permanencia de extranjeros (cita *Sentenze n. 62 del 1994 y n. 206 del 2006*) se encuentra condicionada por límites derivados de los preceptos constitucionales: “*occorre che sia conforme a criteri di intrínseca ragionevolezza*”. La opción del legislador debe ser resultado de la ponderación razonable y proporcionada de todos los intereses en conflicto, especialmente cuando sea susceptible de incidir sobre el goce de derechos fundamentales de los que el extranjero es titular.

#### A. Automatismos legislativos.<sup>1</sup>

- **Sentenza n. 353 del 1997.** La Corte no se detiene en las razones que excluyen la irrazonabilidad o falta de proporcionalidad del automatismo, limitándose a afirmar la existencia de un deber ineludible del estado de controlar las propias fronteras y de respeto de las normas encaminadas a la consecución de un ordenado flujo migratorio y una acogida adecuada.
- **Ordinanze n. 146 del 2002; n. 200 del 2002; n. 463 del 2005.** Lo que el juez proponente considera un automatismo inconstitucional es reflejo del principio de legalidad.
- **Sentenza n. 206 del 2006.** No es inconstitucional excluir de un procedimiento extraordinario de regularización a los extranjeros sobre los que se hubiera dictado una resolución de expulsión coactiva *por no tratarse de una opción manifiestamente irrazonable*.
- **Sentenza n. 148 del 2008.** No es manifiestamente irrazonable condicionar la regularidad de la residencia a la no comisión de infracciones penales, aunque éstas sean leves. Señala la existencia de normas encaminadas a dar relevancia a

---

<sup>1</sup> Las doctrinas científica y jurisprudencial italianas utilizan esta expresión (o bien la de “automatismos expulsivos”) para referirse a normas en materia de entrada, permanencia o expulsión de extranjeros que no incorporan –o no dan a los jueces la posibilidad de incorporar en su interpretación– elementos que permitan tener en cuenta la situación individual de los afectados, en ocasiones en relación con la garantía de derechos previstos en la CI.



circunstancias humanitarias o de solidaridad que pueden excepcionar la norma enjuiciada.

- **Sentenza n. 172 del 2012.** Aunque citando la jurisprudencia que ha resuelto en otras ocasiones sobre los llamados automatismos legislativos, se aparta de lo establecido en ella. Incide en la relevancia, a la hora de analizar la razonabilidad y proporcionalidad de la opción del legislador, de la posible afectación de los derechos fundamentales que también corresponden al extranjero.
- **Sentenza n. 202 del 2013.** La discrecionalidad del legislador en materia de entrada y residencia de extranjeros debe reflejar una ponderación razonable y proporcionada de los derechos e intereses afectados (a la luz de los preceptos de la CI, sino también a la luz del art. 8 CEDH y la jurisprudencia TEDH), especialmente al incidir sobre derechos que la CI protege igualmente para nacionales y extranjeros.

## **B. Tratamiento penal de la inmigración.**

### **a. Sentencias que abordan la legitimidad constitucional de una opción penal.**

- **Sentenza n. 5 del 2004.** No ilegitimidad constitucional de la sanción penal de la desobediencia a la orden del *Questore* de abandonar el territorio nacional: no es manifiestamente irrazonable, al perseguir la efectividad del procedimiento de expulsión orientado a enfrentar situaciones de ilicitud o peligro asociadas a la extranjería.
- **Sentenza n. 22 del 2007.** No es constitucionalmente ilegítimo agravar las penas para el delito de desobediencia a la orden del *Questore* de abandonar el territorio nacional, aunque con admoniciones al legislador. Sin pronunciamiento sobre la elección de pena por el legislador (*selfrestraint*).

Finalidad de las normas impugnadas: control de flujos migratorios y regulación de entrada y permanencia de extranjeros. Objetivo de características peculiares: problema social, humanitario y económico que implica valoraciones de política legislativa no reconducibles a meras exigencias generales de seguridad y orden público ni asimilables a problemáticas diferentes.

- **Sentenza n. 236 del 2008.** No corresponde a la *Corte* valorar la eficacia de la respuesta penal frente a infracciones en materia migratoria, pero advertencia sobre desequilibrios, desproporciones y desarmonías que debe corregir el legislador.
- **Sentenza n. 250 del 2010.** La configuración como infracción penal de la mera entrada o permanencia irregular en territorio italiano no es constitucionalmente ilegítima.

El control y gestión de los flujos migratorios en un marco normativo determinado es un bien jurídico susceptible de tutela penal por los poderes públicos.

- **Sentenza n. 359 del 2010.** Inconstitucionalidad del delito de desobediencia a la segunda orden del *Questore* de abandonar el territorio nacional, en la parte en que no introducía la cláusula “sin motivo justificado”, por vulneración de los principios de igualdad y razonabilidad.

#### **b. Sentencias que abordan cuestiones concretas en el marco del tratamiento penal de la inmigración**

- **Sentenza n. 223 del 2004.** Inconstitucionalidad del arresto obligatorio en flagrancia para la *contravvenzione* de desobediencia a la orden de abandono del territorio. Inexistencia de justificación constitucional para la medida restrictiva de la libertad personal, que determina su irrazonabilidad.
- **Sentenza n. 466 del 2005.** Inconstitucionalidad del agravamiento de la infracción penal de reentrada en territorio italiano basado únicamente en la denuncia, por incumplir el canon de razonabilidad del art. 3 CI.
- **Sentenza n. 278 del 2008.** Inconstitucionalidad de la norma que impedía la presentación por medios postales y telemáticos de un recurso judicial frente a la resolución de expulsión, por incumplir el canon de razonabilidad del art. 3 CI.
- **Sentenza n. 249 del 2010.** Inconstitucionalidad del “agravante de clandestinidad”, por vulnerar garantías penales: la condición de extranjero no puede debilitar la tutela de derechos inviolables. En tales casos la norma debe

superar un juicio positivo de razonabilidad, sin que sea suficiente la comprobación de su no manifiesta irrazonabilidad.

## 5. Derechos sociales.

- **Sentenza n. 454 del 1998.** Los extranjeros no poseen un derecho al trabajo en las mismas igual condiciones que los nacionales; ahora bien, una vez autorizados a residir y trabajar en territorio italiano, gozan de los idénticos derechos laborales.  
  
El extranjero con autorización de residencia y trabajo tiene derecho a acceder en condiciones de igualdad a determinadas prestaciones de seguridad o asistencia social en situaciones de discapacidad.
- **Sentenza n. 432 del 2005.** Inconstitucionalidad de la norma que exigía la nacionalidad italiana para acceder a una prestación social regional para discapacitados (gratuidad del transporte público): requisito irrazonable. Aunque la norma impugnada no se encuentra destinada a satisfacer un derecho fundamental, y por tanto no entra en juego la prohibición de discriminación entre nacionales y extranjeros –que sólo se aplica en relación con los derechos inviolables- las decisiones que concretan los beneficiarios no pueden ser irrazonables o arbitrarias.
- **Sentenza n. 40 del 2011.** Sistema regional de servicios sociales. Inconstitucionalidad (irrazonable) del requisito de un período mínimo de residencia en el territorio regional.
- **Sentenza n. 306 del 2008.** Inconstitucionalidad de la norma estatal que requiere *Carta di soggiorno* para el acceso a una prestación social de dependencia. Irrazonabilidad, que incide (vulneración de los arts. 2, 10 y 32 CI)
- **Sentenza n. 187 del 2010.** Legitimidad de la exigencia de *Carta di soggiorno* para acceder a una prestación de invalidez. Art. 117, párrafo primero, CI. Con apoyo en art. 14 CEDH y TEDH.
- **Sentenza n. 329 del 2011.** Reenvío a la jurisprudencia, con exhaustividad, del TEDH, sobre derechos sociales de los extranjeros y principio de igualdad.

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

### 1. La posición de los extranjeros en la CE (doctrina básica).

- **STC 107/1984, de 23 de noviembre.** Negación expresa de la tesis de *desconstitucionalización*: los derechos de los extranjeros están dotados de protección constitucional, dentro de su configuración específica.

Inexistencia de declaración constitucional que proclame la igualdad de extranjeros y españoles. Sin embargo, la desigualdad de trato no siempre resulta constitucionalmente admisible: ello depende del derecho afectado. Formulación de la teoría tripartita de los derechos fundamentales de los extranjeros. El legislador no puede tomar en cuenta la nacionalidad al modular el ejercicio de derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que corresponden a los extranjeros “por mandato constitucional”.

- **STC 99/1985, de 30 de septiembre.** Primera referencia a *derechos fundamentales* en relación con los extranjeros.
- **STC 115/1987, de 7 de julio.** Innovación no expresa de la clasificación tripartita (se convierte en cuatripartita). Existen derechos –reunión y asociación– que la CE reconoce directamente a los extranjeros (tenor literal) respecto de los que no están constitucionalmente vetadas las diferenciaciones legislativas basadas en la nacionalidad siempre que respeten el contenido preceptivo e imperativo de tales derechos.
- **STC 236/2007, de 7 de noviembre.** Contiene un esquema de razonamiento para dilucidar el grado de conexión de un derecho fundamental con la dignidad humana y si aquél pertenece a los propios de la persona en cuanto tal. Todos los derechos se encuentran vinculados a la dignidad humana, pero sólo algunos derechos o contenidos de derechos son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana. El grado de conexión debe determinarse a partir de su contenido y naturaleza, siguiendo los tratados internacionales (art. 10.2 CE).

Régimen unitario en lo tocante a la posición *iusfundamental* de los extranjeros en España. El respeto de determinadas posiciones de derecho que configuran un mínimo invulnerable asociado a la garantía de la dignidad humana se erige como

límite frente al legislador también cuando sus normas recaen sobre sujetos no nacionales. Por otra parte, el análisis de proporcionalidad de las limitaciones de derechos fundamentales adquiere un papel muy relevante. Los tratados internacionales de derechos y libertades ratificados por España y su interpretación resultan clave en la concreción de ambos extremos.

**2. Derechos “imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”.**

- **STC 107/1984.** Derecho a la vida.
- **STC 107/1984.** Derecho a la integridad física y moral.
- **STC 107/1984.** Derecho a la intimidad.
- **STC 107/1984.** Derecho a la libertad ideológica.
- **STC 99/1985.** Derecho a la tutela judicial efectiva.
- **STC 95/2003.** Derecho a la asistencia jurídica gratuita, como derecho instrumental a la tutela judicial efectiva. El derecho a la gratuidad de la justicia para quien acredite insuficiencia de recursos económicos para litigar se integra en el “contenido constitucional indisponible” del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.
- **STC 144/1990.** Derecho a la libertad y a la seguridad.
- **STC 137/2000.** Derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

**3. “Escrutinio estricto” de normas de rango legal con determinaciones explícitas sobre titularidad o ejercicio de derechos fundamentales por extranjeros.**

- **STC 115/1987, de 7 de julio.** Inconstitucionalidad de la necesidad de autorización para la promoción de reuniones públicas o manifestaciones. Inconstitucionalidad de la posibilidad de suspensión administrativa de asociaciones promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros. Diferencias regulatorias fundadas exclusivamente en la nacionalidad.

- **STC 48/2003.** No ilegitimidad constitucional de la negación del derecho a crear partidos políticos.
  - **STC 236/2007.** Inconstitucionalidad de la exigencia de residencia legal para el ejercicio de los derechos de asociación, reunión y sindicación. Inconstitucionalidad de la exigencia de residencia legal para el acceso a la educación no obligatoria en España.
  - **STC 259/2007.** Inconstitucionalidad de la exigencia de residencia legal para el ejercicio del derecho de huelga.
  - **STC 155/2015.** Interpretación conforme: no inconstitucionalidad del precepto regulador de la educación no obligatoria de extranjeros menores de edad, al entender que no niega la titularidad de este derecho a extranjeros en situación irregular, aunque permite la introducción de diferencias.
  - **STC 139/2016, de 21 de julio.** No ilegitimidad constitucional de la exigencia de residencia regular para el acceso a asistencia sanitaria normalizada con cargo a fondos públicos.
- 4. Derechos “de los que pueden o no ser titulares los extranjeros”. Libertad de circulación y residencia.**
- **ATC 182/1985, de 13 de marzo.** Expulsión y denegación de entrada no son objeto del recurso de amparo. El art. 19 CE establece un derecho que *sólo corresponde a los españoles*.
  - **STC 94/1993, de 22 de marzo.** Los extranjeros *pueden ser* titulares de los derechos del art. 19 CE. Puesto que no son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, leyes y tratados pueden modular su ejercicio en función de la nacionalidad de las personas. Aparente conversión de leyes y tratados en una suerte de canon de constitucionalidad.
- La decisión de expulsión debe tener un fundamento legal y realizar una aplicación de las normas razonada y razonable.
- **STC 116/1993, de 29 de marzo.** Los extranjeros *son* titulares de los derechos del art. 19 CE, si bien en los términos que establezcan los tratados y la ley.

- **STC 116/1994, de 18 de abril.** En relación con el art. 19 CE. Retoma la doctrina introducida en la STC 115/1987 respecto a la necesidad de respetar el contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los Tratados Internacionales suscritos por España, también en casos en que la CE no imponga la igualdad entre extranjeros y españoles.

Ponderación y proporcionalidad en la aplicación de la medida de expulsión.

- **STC 72/2005, de 4 de abril.** Del art. 19 CE no deriva un derecho fundamental de entrada para los extranjeros. Éstos pueden ser titulares de un derecho a entrar en España derivado de la ley o los tratados internacionales, que se protegerá de acuerdo con la protección que el ordenamiento dispense (con expreso recuerdo de que el extranjero es titular del derecho a la tutela judicial efectiva).
- **STC 260/2007, de 20 de diciembre.** Los arts. 12 y 13 PIDCP como límite frente a las leyes y tratados sobre circulación de extranjeros en España: son parámetro de interpretación de los arts. 13 y 19 CE (art. 10.2 CE).

#### **5. Potestad estatal sobre entrada y permanencia de extranjeros: ponderación y proporcionalidad. Límites a la expulsión.**

- **STC 86/1996, de 21 de mayo.** No titularidad de los extranjeros de los derechos del art. 19 CE: punto de partida desde el que se analiza la aplicación de normas de inmigración (amparo sobre detención de un extranjero).
- **ATC 331/1997, de 3 de octubre.** Remisión a la jurisprudencia TEDH que “no ha dejado de subrayar la amplia potestad de la que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, residencia y expulsión extranjeros en su territorio”. Estas afirmaciones pasan a la **STC 24/2000** y a la **STC 236/2007**.
- **STC 24/2000, de 31 de enero.** Existencia de límites frente a las posibilidades abiertas al legislador en la determinación de los supuestos de expulsión de un extranjero residente legal.
- **STC 53/2002, de 27 de febrero.** Escrutinio de proporcionalidad de una medida de privación de libertad en extranjería, para determinar su legitimidad constitucional. Cumplimiento de la legislación sobre entrada de los extranjeros

en España como bien o interés de relevancia constitucional al que sirve la limitación examinada. Introducción explícita de la idea de ponderación entre derechos fundamentales y cumplimiento de la legislación de extranjería.

- **ATC 409/2007, de 6 de noviembre**, entre otros. La sustitución de multa por expulsión (LOEx 4/2000) no vulnera el art. 24 CE: la imposición de la expulsión no es discrecional.

**SSTC 140/2009, de 15 de junio; 212/2009, de 26 de noviembre; 145/2011, de 26 de septiembre.** Análisis de la conformidad de expulsiones con el derecho a la tutela judicial efectiva. Las quejas relacionadas con el arraigo y circunstancias familiares se reconducen al derecho a la tutela judicial efectiva, reconociendo que se trata de intereses de relevancia constitucional, lo que obliga a su ponderación.

**STC 186/2013, de 4 de noviembre.** Deniega amparo frente a expulsión. El derecho a la vida familiar del art. 8 CEDH se encuentra recogido en preceptos constitucionales no alegables en amparo. Debió alegarse vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

- **STC 17/2013, de 31 de enero.** Reproduce el esquema de razonamiento incorporado en la STC 236/2007. Escrutinio de proporcionalidad de las medidas, respeto del contenido de los derechos en juego. Respeto a la legislación sobre entrada, estancia y residencia como bien relevante desde el punto de vista constitucional, justificativo de la limitación de derechos.



## **BIBLIOGRAFÍA**

### **A) Nacionalidad y ciudadanía**

VV. AA. *Fundamentos 7/2012. El pueblo del Estado. Nacionalidad y ciudadanía en el Estado constitucional democrático*. Junta General del Principado de Asturias, 2012.

ALÁEZ CORRAL, Benito. *Nacionalidad, ciudadanía y democracia: ¿A quién pertenece la Constitución?* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

ALEINIKOFF, Alexander y KLUSMEYER, Douglas (eds.). *Citizenship Today. Global Perspectives and Practices*. Washington D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, 2001.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia. “Movimientos migratorios y derecho de la nacionalidad. Especial referencia a la legislación española vigente y a las propuestas de reforma”. En *Curso de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*. Vol. II. Bilbao: Servicio Editorial. Universidad del País Vasco, 1999-2000, pp. 107-178.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia. *Nacionalidad española. Normativa vigente e Interpretación Jurisprudencial*. Navarra: Aranzadi, 2008.

ÁLVAREZ-VALDÉS Y VALDÉS, Manuel. *Evolución del estatuto del extranjero en el derecho histórico español* (tesis doctoral). Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1991, Colección Tesis Doctorales, nº 312/91. <http://biblioteca.ucm.es/tesis/19911996/S/0/S0009301.pdf> (a. 01-12-2016)

## Bibliografía

ARTOLA, Miguel y FLAQUER MONTEQUI, Rafael. *La Constitución de 1812*. Madrid: Iustel, 2008.

ARTOLA, Miguel. *La Revolución Española (1808-1814)*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2010.

BAUBÖCK, Rainier. "Toward a Political Theory of Migrant Transnationalism". *International Migration Review*. Núm. 37 (2003) pp. 700-723.

BERTOSSI, Christophe y HAJJAT Abdellali. *Country Report: France*. EUDO Citizenship Observatory, revisado y actualizado en enero de 2013. <http://eudo-citizenship.eu/admin/?p=file&appl=countryProfiles&f=France.pdf> (a. 01-12-2016)

BISCOTTINI, Giuseppe. "Cittadinanza; c) Diritto vigente". *E. Dir.*, vol. VII. Milán: Giuffrè, 1960, pp. 140-160.

BÖS, Mathias. "The legal construction of membership: nationality law in Germany and the United States". *Working Paper Series, Center for European Studies*. Vol. 5, 2000. <http://www.people.fas.harvard.edu/~ces/publications/docs/pdfs/Boes.pdf> (a. 01-12-2016)

CLERICI, Roberta. "Cittadinanza". *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. III, 4ª ed. Turín: UTET, 1999, pp. 112-142.

COSTA, Pietro. "Cittadinanza e storiografia: qualche riflessione metodologica". *Historia Constitucional* (revista electrónica). Núm. 6 (2005).

COSTA, Pietro. "Derechos". En FIORAVANTI, Maurizio (ed.) *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, pp. 45-64.

## Bibliografía

COSTA, Pietro. *Civitas: storia della cittadinanza in Europa*. Roma: Laterza, 1999-2001.

CRISAFULLI, Vezio y NOCILLA, Damiano. “Nazione”. *E. Dir.*, vol. XXVII. Milán: Giuffrè, 1977, pp. 787-815.

CUNIBERTI, Marco. *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*. Padova: CEDAM, 1997.

DE GROOT, Gerard-René. “Towards a European Nationality Law”. *Electronic Journal of Comparative Law*. Vol. 8.3 (2004).

DE GROOT, Gerard-René. “The relationship between the nationality legislation of the Member States of the European Union and the European Citizenship”. En LA TORRE, Massimo (ed.) *European Citizenship. An institutional Challenge*, pp. 115-147,

FAHRMEIR, Andreas. “Defining the Citizen. Citizenship law in the Code Napoleon and its legacy”. Trabajo presentado en el congreso *Napoleon and the Empire*. Università Degli Studi di Verona, 2004.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. “La reforma del derecho español de la nacionalidad”. En *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1984.

## Bibliografía

GARCÍA TORRES, Jesús. “Tratamiento de la nacionalidad en la bisecular desintegración del Estado español con nacimiento de Estados sucesores. Posible relevancia de los apartados 2 y 3 del art. 11 CE para los problemas relativos a la nacionalidad en la hipotética separación de Cataluña”, presentado en el *Seminario de Derecho Constitucional* celebrado en la Universidad Autónoma de Madrid el 10 de enero de 2014.

GOIZUETA VÉRTIZ, Juana. “El carácter exclusivo de la competencia estatal en materia de nacionalidad: una lectura a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”. En *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral (Vol. II)*. Madrid: Universitas, 2012, pp. 3283-3300.

GOZZI, Gustavo. “Citizenship and Democracy”. En LA TORRE, Massimo (ed.) *European Citizenship. An institutional Challenge*, pp. 347-368.

GUIGUET, Benoît. “Citizenship and nationality: tracing the French roots of the distinction”. En LA TORRE, Massimo (ed.) *European Citizenship. An institutional Challenge*, pp. 95-111.

JUÁREZ PÉREZ, Pilar. “Dieciocho años de ciudadanía de la Unión: ¿hacia una figura emancipada?”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Vol. 2, núm. 2 (2010) [www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt) (a. 01-12-2016)

HAILBRONNER, Kay. *Country Report: Germany*. EUDO Citizenship Observatory, revisado y actualizado en octubre de 2011 <http://eudo-citizenship.eu/admin/?p=file&appl=countryProfiles&f=Germany.pdf> (a. 01-12-2016)

## Bibliografía

KOCHENOV, Dimitry y DIMITROVS, Aleksejs. “EU Citizenship for Latvian “Non-Citizens”: A Concrete Proposal”. *Jean Monnet Working Paper Series* 14/2013 <http://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/2014/12/KochenovDimitrovs.pdf> (a. 01-12-2016)

KOCHENOV, Dimitry. “The Right to Have *What* Rights? EU Citizenship in Need of Clarification”. *European Law Journal*. Vol. 19, núm. 4 (2013).

KRŪMA, Kristine. *Country Report on Citizenship Law: Latvia*. EUDO Citizenship Observatory, revisado y actualizado en enero de 2015 [http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/34481/EUDO\\_CIT\\_2015\\_06-Latvia.pdf?sequence=1](http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/34481/EUDO_CIT_2015_06-Latvia.pdf?sequence=1) (a. 01-12-2016)

LA TORRE, Massimo. *Cittadinanza e ordine politico. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea*. Turín: Giappichelli, 2000.

LA TORRE, Massimo (ed.) *European Citizenship. An institutional Challenge*. La Haya: Kluwer Law International, 1998.

LOCHAK, Danièle. “Comment peut-on être Français?”. *Après-Demain*. Vol. 286 (1986).

MANETTI, Michela. “Profili costituzionali in materia di diritto alla cittadinanza degli immigrati”. *Rassegna parlamentare*. Año 56, núm. 3 (2014) pp. 515-534.

MARGIOTTA, Costanza. *Cittadinanza europea. Istruzioni per l'uso*. Roma-Bari: Editori Laterza, 2014.

## Bibliografía

MARSHALL, Thomas H. “Ciudadanía y clase social”. En Thomas H. Marshall y Tom Bottomore, *Ciudadanía y clase social* (trad. Pepa Linares). Madrid: Alianza Editorial, 1998.

MEDJOUBA, Faria y STEFANELLI, Justine N. (dir.) y SÁNCHEZ Mónica (research fellow). *The Rights and Responsibilities of Citizenship*. British Institute of International and Comparative Law, 2008  
[http://www.biicl.org/documents/146\\_6467\\_biicl\\_citizenship\\_report\\_-\\_final.pdf?showdocument=1](http://www.biicl.org/documents/146_6467_biicl_citizenship_report_-_final.pdf?showdocument=1) (a. 01-12-2016)

PAREDES PÉREZ, José Ignacio. “La raíz histórica de la nacionalidad y su retroceso como criterio de conexión del estatuto personal en el sistema estatal de Derecho Internacional Privado. Un estudio desde la perspectiva *forum-ius*”. En *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá*. VI (2013) pp. 33-66.

PÉREZ LEDESMA Manuel (dir.) *De súbditos a ciudadanos. Una historia de la ciudadanía moderna*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ROGERS BRUBAKER, William. *Citizenship and Nationhood in France and Germany*. Columbia University, 1990.

SHACHAR, Ayelet. “On Citizenship, States, and Markets”. *The Journal of Political Philosophy*. Núm. 22 (2014) pp. 231-257.

SHAW, Jo y otros. “Has the European Court of Justice challenged Member State sovereignty in nationality law?” *RSCAS 2011/62*, EUDO Citizenship Observatory  
[http://eudo-citizenship.eu/docs/RSCAS\\_2011\\_62.pdf](http://eudo-citizenship.eu/docs/RSCAS_2011_62.pdf) (a. 01-12-2016)

## Bibliografía

SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. “¿Qué es el tercer Estado?”. En *El tercer Estado y otros escritos de 1789*, edición y traducción de Ramón Maíz. Madrid: Espasa Calpe, 1991.

SOYSAL, Yasemin. *Limits of Citizenship: Migrants and Postnational Membership in Europe*. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

TROPER, Michel. En LA TORRE, Massimo (ed.) *European Citizenship. An institutional Challenge*, pp. 27-50.

ZINCONE, Giovanna y BASILI, Marzia. *Country Report: Italy*. EUDO Citizenship Observatory, revisado y actualizado en enero de 2013. [http://www.eudo-citizenship.eu/images/docs/Italy\\_Citizenship\\_Report\\_update\\_2013%20AMENDED.pdf](http://www.eudo-citizenship.eu/images/docs/Italy_Citizenship_Report_update_2013%20AMENDED.pdf) (a. 01-12-2016)

### **B) Subjetividad y capacidad jurídica.**

ALÁEZ CORRAL, Benito. *Minoría de edad y derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2003.

ALPA, Guido. *Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali*. Roma: Laterza, 1993.

BARILE, Paolo. *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*. Padua: Cedam, 1953.

CHUECA, Ricardo. “La marginalidad jurídica de la dignidad humana”. En CHUECA, Ricardo (dir.). *Dignidad humana y derecho fundamental*, pp. 25-52.

## Bibliografía

CORASANITI, Aldo. “Stato delle persone”. *E. Dir*, vol. XLIII. Milán: Giuffrè, 1990, pp. 948-977.

DE CABO MARTÍN, Carlos. “El sujeto y sus derechos”. *TRC*. Núm. 7 (2001) pp. 117-136.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho Civil de España*. Madrid: Civitas, D.L. 1991 (reproducción facsímil de la edición Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1949-1952 2 vol.).

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Volumen I. Duodécima edición*. Madrid: Tecnos, 2003.

FALZEA, Angelo. “Capacità”. En *Voci di teoria generale del diritto*, 3º ed. Milán: Giuffrè, 1985 (voz compuesta para la *E. Dir*. VI. Milán: Giuffrè, 1960, pp. 8-47) pp. 143-237.

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael Luis. “Sujetos jurídicos, capacidad jurídica y personalidad jurídica”. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*. Núm. 36 (1997) pp. 95-126.

LAVAGNA, Carlo. “Capacità di diritto pubblico”. *E. Dir*. VI. Milán: Giuffrè, 1960, pp. 83-103.

RESCIGNO, Pietro. “Capacità giuridica (Diritto civile)”. *Novissimo Digesto italiano*, II. Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1958, pp. 873-877.

RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Roma: Laterza, 2012.



SILVERIO, Silvia. *La capacità di diritto pubblico. Dalla titolarità all'esercizio dei diritti fondamentali*. Roma: Edizione Scientifiche Italiane, 2013.

TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero. *Manuale di Diritto Privato (ventunesima edizione) (a cura di Franco Anelli e Carlo Granelli)*. Milán: Giuffrè, 2013.

WU, Tzung-Mou. "Legal Personhood from the 18th to mid-20th Century: From Neologism to Concept" (*paper* presentado el 15 de mayo de 2014 en el marco del congreso *Legal Bodies: Corpus/ Persona/ Communitas* celebrado en la Universidad de Leiden, Países Bajos) [http://idv.sinica.edu.tw/tmwu/share/20140530\\_Personhood\\_18\\_20sec.pdf](http://idv.sinica.edu.tw/tmwu/share/20140530_Personhood_18_20sec.pdf) (a. 01-12-2016)

WU, Tzung-Mou. "*Personne*" en *droit civil francais: 1804-1914*. Tesis doctoral, Law. Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales (EHESS), Università Degli Studi Roma III, 2011. <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00738952/document> (a. 01-12-2016)

**C) Derechos fundamentales. Igualdad, razonabilidad, proporcionalidad.**

VV. AA. *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992*. Milán: Giuffrè, 1994.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

## Bibliografía

ALEXY, Robert. *Derechos sociales y Ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coord.). *Derechos y libertades fundamentales, deberes constitucionales y principios rectores. Instituciones y órganos constitucionales*. Tecnos: Madrid, 2013.

BAÑO LEÓN, José María. “La igualdad como derecho subjetivo”. *RAP*. Núm. 144 (1987)

BARBERA, Augusto. “Art. 2”. En Giuseppe Branca (a cura di) *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali Art. 1-12*. Milán-Roma: Zanichelli-Soc. Ed. Foro. it., 1975, pp. 50-122.

BASTIDA, Francisco J. *et. al. Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española*. Madrid: Tecnos, 2004.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2007.

BIN, Roberto. “Diritti e fraintimenti: il nodo della rappresentanza”. En *Scritti in onore di G. Berti*. Nápoles: 2005, pp. 345-374. Consultado en <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/DirfraII.htm> (a. 01-12-2016)

BIN, Roberto. “Ragionevolezza e divisione dei poteri”. En Massimo La Torre y Antonino Spadaro (a cura di) *La ragionevolezza nel diritto*. Turín: Giappichelli, 2002, pp. 59-83.

## Bibliografía

CARETTI, Paolo. *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*. Turín: Giappichelli, 2002.

CARTABIA, Marta. “I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana”. *XV Encuentro de los Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España* celebrado en Roma, *Palazzo della Consulta*, 24 a 26 de octubre de 2013, pp. 2 y ss., disponible en [http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina\\_199.do](http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_199.do) y <http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Paginas/XVTrilateral.aspx> (a. 01-12-2016)

CERRI, Augusto. *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: esame analitico ed ipotesi ricostruttive*. Milán: Giuffré, 1976.

CHESSA, OMAR. “Brevi note sul “contenuto essenziale” (dei diritti inviolabili) come parametro del giudizio di costituzionalità”. En *Il parametro nel giudizio di costituzionalità: atti del Seminario di Palermo 28-29 maggio 1998*, pp. 285-293.

CHUECA, Ricardo (dir.). *Dignidad humana y derecho fundamental*. Madrid: CEPC, 2015.

CLÉRICO, Laura, SIECKERMANN, Jan-R. y OLIVER LALANA, Daniel (coords.). *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*. Granada: Comares, 2011.

CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009.

CRISAFULLI, Vezio. “Ancora in tema di eguaglianza”. *Giur. Cost.*, 1960.

## Bibliografía

CRUZ PARCERO, Juan Antonio. *El lenguaje de los derechos*. Madrid: Trotta, 2007.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. “Formación y evolución de los derechos fundamentales”. *REDC*. Núm. 25 (1989) pp. 35-62.

DE OTTO Y PARDO, Ignacio. “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”. En MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo y DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, pp. 94-172.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008.

DODARO, Giandomenico. *Uguaglianza e diritto penale*. Milán: Giuffré, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989.

ESPOSITO, Carlo, *La Costituzione italiana. Saggi*. Padua: Cedam, 1954.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Contenido y Función del Término de Comparación en la Aplicación del Principio de Igualdad*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. “El principio de igualdad”. En GAVARA DE CARA, Juan Carlos (ed.) *Constitución. Desarrollo, rasgos de identidad y valoración en el XXV aniversario (1978-2003)*. Barcelona: J.M. Bosch: Institut de Ciènces Politiques i Socials, 2004, pp. 59-106.

## Bibliografía

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: CEPC, 1994.

GIMÉNEZ GLÜCK, David. *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch, 2004.

GRIMM, Dieter. "The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany". *IJCL*. Vol. 13, núm. 1 (2015) pp. 9-29.

GROSSI, Pierfrancesco. *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella costituzione italiana*. Padua: CEDAM, 1972.

HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W. y WEBBER, Grégoire (ed.) *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning*. New York: Cambridge University Press, 2014.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Madrid: Trotta, 1999.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo y DE OTTO Y PARDO, Ignacio. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, 1988.

MENÉNDEZ, Agustín José y ODDVAR ERIKSEN, Erik (eds.). *La argumentación y los derechos fundamentales*. Madrid, CEPC, 2010.

MESSINEO, Donato. *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*. Turín: Giappichelli, 2012.

## Bibliografía

MODUGNO, Franco. *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*. Turín: Giappichelli, 1995.

MORRONE, Andrea. “Bilanciamento (giustizia costituzionale). *E. Dir. Annali*, vol. II, tomo II. Milán: Giuffrè, 2008, pp. 185-204.

MORRONE, Andrea. *Il custode della ragionevolezza*. Milán: Giuffrè, 2001.

NANIA, Roberto y RIDOLA, Paolo (a cura di). *I diritti costituzionali*. 2° ed. Turín: Giappichelli, 2005.

PACE, Alessandro. *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*. Padua: Cedam, 2003.

PACE, Alessandro. “Igualdad y libertad” (trad. Luis Jimena Quesada). *REDC*. Núm. 64 (2002) pp. 53-78.

PACE, Alessandro. *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*. Milán: Giuffrè, 1967.

PALADIN, Livio. “Ragionevolezza (principio di)”. *E. Dir. Aggiornamento*, vol. I. Milán: Giuffrè, 1997, pp. 899-911.

PALADIN, Livio. *Il principio costituzionale d’eguaglianza*. Milán: Giuffrè, 1965.

## Bibliografía

PITRUZZELLA, Giovanni; TERESI, Francesco y VERDE, Giuseppe (a cura di). *Il parametro nel giudizio di costituzionalità: atti del Seminario di Palermo 28-29 maggio 1998*. Turín: Giappichelli, 2000.

RIDOLA, Paolo. *Diritti di libertà e costituzionalismo*. Turín: Giappichelli, 1997.

ROCA TRÍAS, Encarnación y AHUMADA RUIZ, M<sup>a</sup> Ángeles. “Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española”. *XV Encuentro de los Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España* celebrado en Roma, *Palazzo della Consulta*, 24 a 26 de octubre de 2013 [http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina\\_199.do](http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_199.do) y <http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Paginas/XVTrilateral.aspx> (a. 01-12-2016)

RUBIO LLORENTE, Francisco. “Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho”. En REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (coord.) *Fundamentos nº 4. La rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional*. Junta General del Principado de Asturias, 2006, pp. 203-233.

RUBIO LLORENTE, Francisco. “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”. *REDC*. Núm. 31 (1991) pp. 9-36.

SCACCIA, Gino. *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*. Milán: Giuffrè, 2000.

STONE SWEET, Alec y MATHEWS, Jude. “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”. *CJTL*. Núm. 47 (2008-2009) pp. 73-165.

## Bibliografía

WEINRIB, Jacob. “When Trumps Clash: Dworkin and the Doctrine of Proportionality”. *Draft* para la conferencia *The Legacy of Ronald Dworkin Conference*. University of Buenos Aires, 7 y 8 de mayo de 2015. [http://www.academia.edu/12365300/When\\_Trumps\\_Clash\\_Dworkin\\_and\\_the\\_Doctrine\\_of\\_Proportionality](http://www.academia.edu/12365300/When_Trumps_Clash_Dworkin_and_the_Doctrine_of_Proportionality) (a. 01-12-2016)

ZOCO, Cristina. “Dignidad e igual dignidad en la Constitución española”. En CHUECA, Ricardo (dir.) *Dignidad humana y derecho fundamental*, pp. 395-413.

### D) Sistema CEDH.

Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa. *Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2014.

Consejo de Europa, *Collected edition of the “travaux préparatoires” of the European Convention on Human Rights*, La Haya: Martinus Nijhoff, 1975-1985.

BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto y RAIMONDI Guido (a cura di) *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*. Padua: CEDAM, 2001.

BOZA MARTÍNEZ, Diego. *Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2007.

CAGGIANO Giandonato, *Scritti sul diritto europeo dell’immigrazione*. Turín: Giappichelli, 2014.



## Bibliografía

DE SENA, Pasquale. *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*. Turín: Giappichelli, 2002.

ELVIRA, Ascensión. “La dignidad humana en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En Ricardo Chueca (dir.) *Dignidad humana y derecho fundamental*, pp. 197-234.

FASSBENDER, Bardo. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, MARÍN BARRIONUEVO FABO, Diego (trad.). *Cuadernos de Derecho Público*. Núm. 5 (1998) pp. 51-73.

FREIXES SANJUÁN, Teresa. “Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa”. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*. Núm. 11-12 (1995) pp. 97-115.

JACOBS, Francis; WHITE, Robin y OVEY Clare. *The European Convention on Human Rights* (5ª edición). Nueva York: Oxford University Press, 2010.

KIESTRA, Lowrens Rienk. *The impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*. La Haya: Springer, 2014.

LAMBERT Hélène. *The position of aliens in relation to the European convention on Human Rights*. Estrasburgo: Council of Europe Publishing, 2007.

LAVRYSEN, Laurens. “Less stringent measures and migration detention: overruling Saadi v. UK?” <https://strasbourgobservers.com/2012/01/25/less-stringent-measures-and-migration-detention-overruling-saadi-v-uk/> (a. 01-12-2016)

## Bibliografía

MAVRONICOLA, Natasa y MESSINEO, Francesco. “Relatively absolute? The Undermining of Article 3 ECHR in *Ahmad v UK*”. *The Modern Law Review* 76:3 (2013) pp. 589-603.

MAVRONICOLA, Natasa. “What is an “absolute right”? Deciphering Absoluteness in the Context of Article 3 of the European Convention on Human Rights”. *HRLRev* 12:4 (2012).

MILANOVIC, Marco. “From compromise to principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties”. *HRLRev* 8:3 (2008) pp. 411-448.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. “La reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: temas escogidos”. En QUEL LÓPEZ, Francisco Javier y ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (coords.) *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz, 2007*. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2008, pp. 239-276.

REY MARTÍNEZ, Fernando. “La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Pensamiento Constitucional*, núm. 17 (2012) pp. 279-307.

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y GARCÍA ROCA, Javier (coords.). *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: CEPC, 2005.

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. “Derecho a la vida privada y familiar”. En SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y GARCÍA ROCA, Javier (coords.) *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, pp. 487-508.

SALES JARDÍ, Mercè. “La protección de la vida familiar de las personas desplazadas, de las demandantes de asilo, de las refugiadas y de las apátridas en el Derecho europeo”. *REP*. Núm 95 (2016) pp. 189-228.

VAN DIJK, Pieter *et al.* (ed.) *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (4ª edición). Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2006.

**E) Posición de los extranjeros en el ordenamiento italiano.**

VV. AA. *Annuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV Convegno annuale Cagliari, 16-17 ottobre 2009*. Napoli: Jovene Editore, 2009  
<http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic200910/index.html> (a. 01-12-2016)

VV. AA. *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 26 de ottobre 2012*. Milán: Giuffrè, 2012.

ANGELINI, Francesca; BENVENUTI Marco y SCHILLACI, Angelo (a cura di). *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza. Atti del Convegno di Roma 2-3 febbraio 2011*, Napoli: Jovene Editore, 2011.

BARILE, Paolo. *Istituzioni di diritto pubblico*. Padua: CEDAM, 1982.

BASCHIERI, G.; BIANCHI D'ESPINOSA, L. y GIANNATTASIO C. *La Costituzione italiana. Commento analitico*. Florencia: Nocchioli, 1949.

BASCHERINI, Gianluca. *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*. Napoli: Jovene Editore, 2007

## Bibliografia

BIN, Roberto *et. al.* (a cura di). *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*. Turín: G. Giappichelli, 2001.

BIONDI DAL MONTE, Francesca. *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*. Turín: G. Giappichelli, 2013.

BONETTI, Paolo. “Diritti fondamentali degli stranieri”. En el sitio web *L’altro diritto. Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità* (2011) <http://www.altrodiritto.unifi.it/frontier/prassi/bonetti.htm> (a. 01-12-2016)

BONETTI, Paolo. “Diritti fondamentali degli stranieri in Italia”. En BATTISTELLA, Graziano (a cura di) *Migrazioni. Dizionario socio-pastorale*. Cinisello Balsamo: Ed. San Paolo, 2010. pp. 403-429. Reelaborado en [http://www.asgi.it/public/parser\\_download/save/materiali\\_seminario\\_sassomarconi\\_sett\\_2011\\_bonetti.pdf](http://www.asgi.it/public/parser_download/save/materiali_seminario_sassomarconi_sett_2011_bonetti.pdf) (a. 01-12-2016)

CHECCOLI, Tiziano. “La tutela del diritto alla salute degli immigrati nella giurisprudenza della Corte costituzionale ed il concetto di nucleo irriducibile del diritto”. En C. Calvieri (a cura di) *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*. Turín: Giappichelli, 2005, pp. 307-317.

CHERCHI, Roberto. *Lo straniero e la costituzione. Ingresso soggiorno e allontanamento*. Napoli: Jovene, 2012.

CHERCHI, Roberto. “Il diritto dell’immigrazione e la sicurezza: profili costituzionali dei reati propri dello straniero” (2012) [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (a. 01-12-2016)

## Bibliografia

CHERCHI, Roberto. “Il matrimonio dello straniero e l’uso dei precedenti non nazionali nel giudizio di legittimità costituzionale”. *Costituzionalismo.it* (1/2012) <http://www.costituzionalismo.it/articoli/411/> (a. 01-12-2016)

CIAURRO, Luigi. “I diritti fondamentali dello straniero”. *federalismi.it*. Núm. 2/2013 <http://federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=11223&dpath=document&dfile=03112008203508.pdf&content=I+diritti+fondamentali+dello+straniero+-+stato+-+dottrina+-> (a. 01-12-2016)

CORSI, Cecilia. “Il rimpatrio dello straniero tra garanzie procedurali e automatismo espulsivo”. En *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 26 de ottobre 2012*, pp. 27-94.

CORSO, Guido. “La disciplina dell’immigrazione tra diritti fondamentali e discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza costituzionale”. En *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma. Palazzo della Consulta, 26 ottobre 2012*, pp.1-25.

D’ORAZIO, Giustino. *Lo straniero nella costituzione italiana*. Milán: Cedam, 1992.

GROSSO, Enrico. “Straniero (status costituzionale dello)”. *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XV. Turín: Utet, 1999, pp. 156-179.

IURATO, Andrea. “La ragionevolezza dei limiti al riconoscimento dei diritti sociali in favore degli stranieri: una questione ancora aperta”. *Federalismi. it*. Núm. 3 (2015) <http://www.federalismi.it/document/03072015135558.pdf> (a. 01-12-2016)

## Bibliografía

LOSANA, Matteo. ““Stranieri” e principio costituzionale di uguaglianza”. *Rivista AIC*. Núm. 1 (2016) <http://www.rivistaaic.it/1-2016.html> (a. 01-12-2016)

LUCIANI, Massimo. “Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L’esperienza italiana”. *Riv. crit. dir. priv.* (1992) pp. 203-236.

MARTINES, Temistocle, a cura di SILVESTRI, Gaetano. *Diritto Costituzionale*. Milán: Giuffré, 2003.

MAZZIOTTI DI CELSO, Manlio. “Sulla soggettività dello straniero nell’ordinamento italiano”. *Rass. dir. pubbl.* (1964).

MORTATI, Costantino. *Istituzioni di diritto pubblico*. Vol. II, Padua: Cedam, 1967.

NASCIMBENE, Bruno (a cura di). *Diritto degli stranieri*. Milano: CEDAM, 2004.

PACE, Alessandro. “Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell’uomo”. *Rivista AIC* (2010) <http://archivio.rivistaaic.it/rivista/2010/00/Pace01.pdf> (a. 01-12-2016)

SAVINO, Mario. *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*. Milano: Giuffrè, 2012

SILVERIO, Silvia. “Sullo straniero come “persona”: i *dicta* della Corte Costituzionale”. *Rassegna parlamentare*. Vol. 57, núm. 2 (2015) pp. 269-296.

SIRACUSA, Licia. “Il diritto penale dell’immigrato. Brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura”. *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia* (4/2013)

pp. 765-786. <https://iris.unipa.it/retrieve/handle/10447/93783/233099/03-Siracusa-RivPen4-13.pdf> (a. 01-12-2016)

STANCATI, Paolo. “Lo statuto costituzionale del non cittadino: le libertà civili”. En Associazione italiana dei costituzionalisti, *Anuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV Convegno annuale Cagliari, 16-17 ottobre 2009.*

#### **F) Posición de los extranjeros en el ordenamiento español.**

ARAGÓN REYES, Manuel; ASENSI SABATER, José; BIGLINO CAMPOS, Paloma; CARRILLO LÓPEZ, Marc y PÉREZ CALVO Alberto. “Encuesta en torno a la constitucionalidad de la Ley de extranjería”. *TRC*. Núm. 7 (2001) pp. 7-64.

AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç y PRADO PÉREZ, Raquel. “Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del estado del bienestar”. *RVAP*. Núm. 99-1000 (2014) pp. 87-110.

AJA, Eliseo *Los derechos de los inmigrantes en España*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009.

AJA, Eliseo. “Veinte años de doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos de los inmigrantes”. En *La Democracia Constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*. Madrid: Congreso de los Diputados-Tribunal Constitucional-Universidad Complutense de Madrid-CEPC, 2002, pp. 439-455.

BORRAJO INIESTA, Ignacio. “El status constitucional de los extranjeros”. En *Estudios sobre la CE (Homenaje a García de Enterría)*. Vol. II. Madrid: Civitas, 1991, pp. 697-766.

## Bibliografía

BOZA MARTÍNEZ, Diego; DONAIRE VIELLA, Francisco Javier y MOYA MALAPEIRA, David. *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.

CABANILLAS BERMÚDEZ, José M. *Los derechos de los extranjeros en España*. Barcelona: Fausal, 1994.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas”. *REDC*. Núm. 35 (1992) pp. 63-83.

DELGADO DEL RINCÓN, Luis E. “Globalización y extranjería. A propósito de la integración social de los inmigrantes a través de los derechos de acceso a la educación y a la sanidad”. En REVIRIEGO PICÓN, Fernando (coord.) *Constitución y globalización. Transformaciones del Estado constitucional*, pp. 201-246.

DELGADO DEL RINCÓN, Luis E. “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril”. *REDP*. Núm. 163 (2014) pp. 189-231.

ESCUÍN PALOP, Vicente. *Régimen jurídico de la entrada y permanencia de extranjeros en España*. Madrid: CEPC, 1991.

FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana. *Los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en España*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.



## Bibliografía

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España. Reflexiones en torno a la constitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre”. *TRC*. Núm. 7 (2001) pp. 65-97.

FERRER PEÑA, Ramón María. *Los derechos de los extranjeros en España*. Madrid: Tecnos, 1989.

FREIXES, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos. “Los derechos de los extranjeros en la Constitución española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *REP*. Núm. 44 (1998) pp. 103-141.

GARCÍA ROCA, Javier. “La titularidad constitucional e internacional de los derechos fundamentales de los extranjeros y las modulaciones legales a sus contenidos”. En REVENGA, Miguel (coord.) *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España*, pp. 71-108.

GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia. *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007.

GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia y GOIZUETA VÉRTIZ, Juana. “Un análisis en clave constitucional del régimen jurídico de los extranjeros en España: especial referencia al derecho a la libertad de circulación y residencia”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. Vol. 11 (2007) pp. 257-277.

GARCÍA VITORIA, Ignacio. “El impacto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la expulsión de inmigrantes”. *RGDC*. Núm. 20 (2015).

GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel. *Multiculturalidad, integración y derechos de los inmigrantes en España*. Madrid: Dykinson, 2015.

## Bibliografía

GÓMEZ MONTORO, Ángel José. “Titularidad de derechos fundamentales”. En Manuel Aragón Reyes (dir.) y César Aguado Renedo (codir.) *Temas básicos de Derecho Constitucional. Tomo III*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2011, pp. 42-58.

GUTIÉRREZ, Ignacio. “Volver a las fuentes. Los derechos fundamentales de los extranjeros en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional”. *REDC*. Núm. 12 (2011) pp. 1-44.

JOVER GÓMEZ-FERRER, Rafael; ORTEGA CARBALLO Carlos y RIPOL CARULLA, Santiago. *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*. Valladolid: Lex Nova, 2010.

MATÍA PORTILLA, Francisco Javier (dir.) y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio (coord.). *Nuevos retos para la integración social de los inmigrantes*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.

MATÍA PORTILLA, Francisco Javier y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio (coords.) *Crisis e inmigración: reflexiones interdisciplinares sobre la inmigración en España*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.

MIQUEL CALATAYUD, José Antonio. *Estudios sobre Extranjería*. Barcelona: Bosch, 1987.

MOYA, David. “El acceso de los extranjeros irregulares al sistema de salud tras la STC 139/2016”. En [https://www.academia.edu/28385772/El acceso de los extranjeros irregulares al sistema de salud tras la STC 139 2016](https://www.academia.edu/28385772/El_acceso_de_los_extranjeros_irregulares_al_sistema_de_salud_tras_la_STC_139_2016) (a. 01-12-2016)

## Bibliografía

PECES BARBA, Gregorio. “Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. Núm. 2 (1978-1981) pp. 39-50.

PÉREZ VERA, Elisa. “Comentario al art. 13.1 CE”. En ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (dir.) *Comentarios a las Leyes Políticas del Estado* (tomo II). Madrid: Edersa, 1984.

PIÑAR MAÑAS, José Luis. “El derecho a la libertad de residencia y circulación de los extranjeros en territorio nacional”. *RAP*. Núm. 93 (1980) pp. 199-212.

REVENGA, Miguel (coord.) *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005.

RUBIO LLORENTE, Francisco. “Les droits et libertés des étrangers en situation irrégulière”. *Annuaire international de justice constitutionnelle*. Vol. XIV (1998) pp. 167-179.

SANTAMARÍA IBEAS, José Javier. “Los derechos fundamentales y el Tribunal Constitucional. Los infraderechos de los extranjeros en España. Reflexiones sobre la jurisprudencia constitucional”. *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Núm. 2 (1993) pp. 495-515.

SERRANO ALBERCA, José Manuel. “Comentario al art. 13.1 CE”. En Fernando Garrido Falla (dir.) *Comentarios a la Constitución española*. Madrid: Civitas, 1985, pp. 214-225.

SOBRINO GUIJARRO, Irene. “Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud: análisis de la reforma sanitaria en España”. *Lex Social-Revista de los Derechos Sociales*. Núm. 2 (2013) pp. 127-158.

TAJADURA TEJADA, Javier. “Los derechos y libertades de los extranjeros en el ordenamiento constitucional español”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. Vol. 8 (2004) pp. 875-908.

VIDAL FUEYO, M<sup>a</sup> Camino. “Los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en la CE”. En AJA, Eliseo *Los derechos de los inmigrantes en España*, pp. 25-49.

VIDAL FUEYO, M<sup>a</sup> Camino. *Constitución y extranjería*. Madrid: CEPC, 2002.

### **G) Movimientos migratorios. Aspectos generales.**

ACKERMAN, Alissa R. y FURMAN, Rich (eds.). *The criminalization of Immigration*. Durham: Carolina Academic Press, 2014.

ALEMÁN BRACHO, Carmen y SORIANO MIRAS, Rosa M. “La inmigración en España: nuevos desafíos para las políticas sociales”. *REP*. Núm. 166 (2014) pp. 123-151.

AJA, Eliseo. *Inmigración y democracia*. Madrid: Alianza Editorial, 2012.

AMBROSINI, Maurizio. “From “illegality” to Tolerance and Beyond: Irregular Immigration as a Selective and Dynamic Process”. *International Migration Review*. Núm. 54 (2016) pp. 144-159.

AUBIN, Emmanuel. *Droit des Étrangers*. Issy-Les-Molineaux: Gualino, 2014.

## Bibliografía

CARENS, Joseph H. *The Ethics of Immigration*. Oxford University Press, 2013.

DESMOND, Alan. “The development of a Common EU Migration Policy and the Rights of Irregular Migrants: A Progress Narrative?” *HRLR*. Núm. 16 (2016) pp. 247-272.

DE LUCAS MARTÍN, Javier *et. al.* *Los derechos de participación como elemento de integración de los inmigrantes*. Bilbao: Fundación BBVA, 2008.

DE VRIES, Karin. *Integration at the Border. The Dutch Act on Integration Abroad and International Immigration Law*. Oxford: Hart, 2013.

GARCÍA COSO, Emiliano. *La regulación de la Inmigración Irregular. Derechos Humanos y el Control de Fronteras en la Unión Europea*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2014.

HIDALGO, Javier. “Resistance to Unjust Immigration Restrictions”. *The Journal of Political Philosophy*. Núm. 23 (2015) pp. 450-470.

JOPPKE, Christian y MARZAL, Elia. “Courts, the new constitutionalism and immigrant rights: The case of the French *Conseil Constitutionnel*”. *European Journal of Political Research*. Núm. 43 (2004).

KOOPMANS, Ruud; MICHALOWSKI, Ines y WAIBEL, Stine. “Citizenship Right for Immigrants: National Political Processes and Cross-National Convergence in Western Europe, 1980-2008”. *American Journal of Sociology*. Vol. 117, núm. 4 (2012) pp. 1202-1245.

## Bibliografía

KRIEGBAUM JENSEN, Kristian. "What can and cannot be willed: how politicians talk about national identity and immigrants". *Nations and Nationalism*. Núm. 20 (2014) pp. 563-583.

MARZAL YETANO, Elia. *El proceso de constitucionalización del derecho de inmigración. Estudio comparado de la reformulación de los derechos de los extranjeros por los tribunales de Alemania, Francia y España. Derechos precarios y emergentes*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009.

MC MAHON, Simon. *Immigration and Citizenship in an Enlarged European Union. The Political Dynamics of Intra-EU Mobility*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2015.

MITSOLEGAS, Valsamis. *The Criminalization of Migration in Europe. Challenges for Human Rights and the Rule of Law*. Springer, 2015.

MILLER, David. "Border Regimes and Human Rights". *Law and Ethics of Human Rights*. Núm. 7 (2013) pp. 1-23.

MORANO-FOADI, Sonia. "Migration and Human Rights: The European Approach". En *Fundamental Rights in the EU. A Matter of Two Courts*, pp. 115-137.

MOYA MALAPEIRA, David y VIÑAS FERRER, Alba (eds.). *Sufragio y participación política de los extranjeros extracomunitarios en Europa*. Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer, 2012.

OCHOA ESPEJO, Paulina. "Taking Place Seriously: Territorial Presence and the Rights of Immigrants". *The Journal of Political Philosophy*. Núm. 24 (2016) pp. 67-87.

## Bibliografía

OWEN, David. "Citizenship and the marginalities of migrants". *Critical Review of International Social and Political Philosophy*. Vol. 16, núm. 3 (2013) pp. 326-343.

PEVNICK, Ryan. *Immigration and the constraints of justice. Between Open Borders and Absolute Sovereignty*. Nueva York: Cambridge University Press, 2011.

PEERS, Steve; GUILD, Elspeth y TOMKIN, Jonathan (ed.). *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

RYAN, Bernard y MITSILEGAS, Valsamis (eds.) *Extraterritorial Immigration Control. Legal Challenges*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2010.

RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca. "Participación y ciudadanía más allá del sufragio. Los derechos de participación de las personas extranjeras". *REP*. Núm. 169 (2015) pp. 45-74.

RUBIO MARÍN, Ruth. *Immigration as a democratic Challenge. Citizenship and Inclusion in Germany and the United States*. Cambridge University Press, 2000.

SASSEN, Saskia. *Expulsiones. Brutalidad y complejidad en la economía global*, trad. MASTRANGELO, Stella. Buenos Aires: Katz Editores, 2015.

SASSEN, Saskia. *Inmigrantes y ciudadanos*, trad. ALBORÉS REY, Jesús. Madrid: Siglo XXI, 2013.

THIELEMANN, Eiko y SCHADE, David. "Buying into Myths: Free Movement of People and Immigration". *The Political Quarterly*. Vol. 87, núm. 2 (2016) pp. 139-147

URIARTE TORREALDAY, Roberto. “Reflexiones constitucionales sobre los intentos de criminalización de inmigrantes indocumentados y las respuestas del Tribunal Supremo americano y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. *REP*. Núm. 166 (2014) pp. 153-185.

VELLUTI, Samantha. “Who has the Right to have Rights? The Judgements of the CJEU and the ECtHR as Building Blocks for a European “ius commune” in Asylum Law”. En *Fundamental Rights in the EU. A Matter of Two Courts*, pp. 115-137.

WALTON-ROBERTS, Margaret y HENNEBRY, Jenna (eds.) *Territoriality and Migration in the EU Neighborhood. Spilling over the Wall*. Springer, 2014.

#### **H) Otras obras.**

*E. Dir. Indici. Sommari-Analitico-Autori*. Milán: Giuffrè, 2004.

*Digesto. Indici: indice degli autori, indice sistematico. Aggiornamento*. 4ª ed. Turín: UTET, 1999.

BIN, Roberto y PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto costituzionale*. Turín: Giappicheli, 2014.

BIN, Roberto. *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva “quantistica”*. Milán: Franco Angeli, 2013.



## Bibliografía

VON BOGDANDY, Armin; CRUZ VILLALÓN, Pedro y HUBER, Peter M. *El Derecho constitucional en el espacio jurídico europeo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Teoría general del Estado* (trad. José Lion Depetre). México: Facultad de Derecho UNAM; Fondo de Cultura Económica, 1998.

CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo. “La quiebra de la representación política”. *Fundamentos 3/2004. La representación política*. Junta General del Principado de Asturias, 2004.

DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público* (decimoséptima edición). Madrid: Tecnos, 2009.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. *Derecho Internacional Privado*. Cizur Mayor (Navarra): Civitas, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. 1: Teoria del diritto*. Roma: Laterza, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio (ed.) trad. MARTÍNEZ NEIRA Manuel. *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*. Madrid: Trotta, 2004.

GIL-BAZO, María-Teresa. “Asylum as a General Principle of International Law”. *International Journal of Refugee Law*. Vol. 27, núm. 1 (2015) pp. 3-28.

GORDON LAUREN, Paul. *The Evolution of International Human Rights. Visions Seen* 3ª ed. Filadelfia: University of Pennsylvania Press, 2011.

## Bibliografía

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado* (trad. Fernando de los Ríos Urruti; ed. José Luis Monereo Pérez). Granada: Editorial Comares, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho* (trad. Roberto J. Vernengo). Editorial Porrúa; Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.

LUCIANI, Massimo. *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*. Padua: CEDAM, 1983.

MORANO-FOADI, Sonia y VICKERS, Lucy (eds.) *Fundamental Rights in the EU. A Matter for Two Courts*. Oxford-Portland (Oregon): Hart Publishing, 2015.

PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de derecho constitucional*. Madrid: CEPC, 1984.

REVIRIEGO PICÓN, Fernando (coord.) *Constitución y globalización. Transformaciones del Estado constitucional*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad, 2013.

ROSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social* (trad. María José Villaverde). Barcelona: Altaya, 1993.

SERRA GIMÉNEZ, Francisco. *El Derecho en la época constitucional. Un ensayo de interpretación*. Madrid: Dykinson, 2013.

TOCQUEVILLE, Alexis. *El Antiguo Régimen y la Revolución* (trad. FERRERO, Jorge). México: Fondo de Cultura Económica, 1996

## *Bibliografía*

VALETTE, Marie-Françoise. “Le droit international des droits de l’homme esquisse-t-il un lien complémentaire à celui de la nationalité?” *Rev. Trim. dr. h.* Núm. 94 (2013) pp. 275-300.

VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público* (5ª edición alemana) traducción de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Aguilar, 1980.



## LINKS DE INTERNET

<http://portail.atilf.fr/dictionnaires/index.htm> (a. 01-12-2016): *Dictionnaires d'autrefois*, proyecto conjunto de ATILF (*Analyse et Traitement Informatique de la Langue Française*) y la Universidad de Chicago.

<http://www.rae.es/recursos/diccionarios/diccionarios-antiores-1726-1992/nuevo-tesoro-lexicografico> (a. 01-12-2016): *Nuevo tesoro lexicográfico de la lengua española* (NTLLE) de la Real Academia Española de la lengua.

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/les-constitutions-de-la-france.5080.html> (a. 01-12-2016): *Conseil Constitutionnel* francés; textos constitucionales franceses.

<http://eudo-citizenship.eu/> (a. 01-12-2016): observatorio *EUDO Citizenship*; consorcio de investigación especializado en nacionalidad en la UE, en el marco del proyecto EUDO (*European Union Observatory on Democracy*).

[http://www.biicl.org/documents/146\\_6467\\_biicl\\_citizenship\\_report\\_-\\_final.pdf?showdocument=1](http://www.biicl.org/documents/146_6467_biicl_citizenship_report_-_final.pdf?showdocument=1) (a. 01-12-2016): *British Institute of International and Comparative Law*.

<http://storia.camera.it/#nav> (a. 01-12-2016): *Camera dei deputati* italiana; documentación histórica.

[https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_22\\_4\\_3.page;jsessionid=tXczwp3s6G9GdV0cMRjjVKhh](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_22_4_3.page;jsessionid=tXczwp3s6G9GdV0cMRjjVKhh) (a. 01-12-2016): *Biblioteca digitale dell'Unificazione giuridica*, en el sitio web de la *Biblioteca Centrale Giuridica del Ministero della Giustizia* italiano.

*Links de internet*

<http://www.asgi.it/> (a. 01-12-2016): *Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione.*