

JULIO V. GAVIDIA SÁNCHEZ

INMIGRACIÓN, FAMILIA Y DERECHO

AUTORES

Juan A. ALBERCA DE CASTRO
Antonio ÁLVAREZ DEL CUVILLO
Miguel CHECA MARTÍNEZ
Eduardo CORRAL GARCÍA
Salustiano DEL CAMPO
Lía DÍAZ SESÉ
Gloria ESTEBAN DE LA ROSA
Julio V. GAVIDIA SÁNCHEZ
Gloria GONZÁLEZ AGUDELO

Gema GONZÁLEZ FERRERAS
Carlos GUILLÉN GESTOSO
Juan M. LÓPEZ ULLA
José J. MEGÍAS QUIRÓS
Karima OUALD ALI
José L. PÉREZ PRIETO
Sergio SÁNCHEZ-SEVILLA
Tijaniya SAHIR
Juan B. TERRADILLOS BASOCO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2011

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
ABREVIATURAS	17
PRESENTACIÓN	21
DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS EN EL DERECHO ESPAÑOL , por <i>Julio V. Gavidia Sánchez</i>	23
I. LA DISTINCIÓN ESPAÑOL/EXTRANJERO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978	24
A) El art. 13 CE	24
B) La cláusula de igualdad sin discriminación del art. 14 CE y las contenidas en tratados: test de racionalidad/razonabilidad/proporcionalidad y diferencias de trato por razón de la nacionalidad	27
C) Las diferencias de trato en la titularidad de los derechos fundamentales: dignidad de la persona y literalidad	37
D) Las diferencias de trato en las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales	43
E) Las garantías constitucionales (el respeto al contenido esencial) y la eficacia directa/programática	47
II. LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN LA LEY REGULADORA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL	55
A) Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas	55
B) Derechos civiles y políticos	57
1. Derecho a la intimidad familiar	57
2. Libertad de circulación	57
3. Derechos de reunión y manifestación	58
4. Derecho de asociación	60
5. Participación pública	63
6. Libertades económicas	63
C) Derechos laborales y sociales	64
1. Derecho al trabajo	64

	<u>Pág.</u>
2. Derecho de huelga.....	64
3. Derecho a la educación.....	66
4. Protección social, en especial, acceso a la vivienda	69
5. Reagrupación familiar.....	69
D) Garantías jurídicas, en especial, el beneficio de justicia gratuita.....	71
E) Medidas antidiscriminatorias	74
III. CONCLUSIONES	79
IV. BIBLIOGRAFÍA.....	81
EL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS MENORES DE EDAD EXTRANJEROS, por <i>Gloria González Agudelo</i>	85
I. CUESTIONES PREVIAS.....	85
A) Definición de la categoría.....	87
B) Marco jurídico de referencia.....	87
1. Principios de interpretación de normas reguladores de derechos y libertades en relación con menores.....	90
II. LA MINORÍA DE EDAD.....	93
A) La capacidad de obrar.....	94
B) El principio <i>favor minoris</i>	95
C) Determinación de la edad de un menor extranjero	95
1. Competencia en supuestos de delitos	98
III. LA CONDICIÓN DE EXTRANJERO DEL MENOR DE EDAD	99
A) Nacionalidad por origen o automática.....	101
1. Nacidos en España si al menos uno de los progenitores es espa- ñol	101
2. Atribución de nacionalidad española por nacimiento en Espa- ña.....	101
B) Nacionalidad no automática.....	103
1. Por opción	103
2. Por posesión de estado	103
IV. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MENORES EXTRANJEROS	105
A) El Estatuto jurídico de los menores de edad extranjeros	105
1. STC 141/2000 de 29 de mayo.....	106
B) Menores extranjeros y sistema jurídico.....	107
1. Reagrupación familiar	107
2. Retorno de los menores extranjeros a sus países de origen u a otros	113
3. Vigencia de los derechos fundamentales durante la minoría de edad frente a las potestades de actuación protectora de la enti- dad pública	114
V. CONCLUSIONES.....	115
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	116

	<u>Pág.</u>
FAMILIA, INMIGRACIÓN Y MODELOS DE INTEGRACIÓN , por <i>José Justo Megías Quirós</i>	119
I. HACIA UNA NUEVA INTEGRACIÓN	120
II. INMIGRACIÓN Y REALIDAD SOCIAL	123
III. INTEGRACIÓN Y RECONOCIMIENTO DE DIFERENCIAS: FUNDAMENTOS DOCTRINALES	126
A) Una primera opción: el multiculturalismo	127
1. El multiculturalismo radical	127
2. El multiculturalismo moderado	130
B) Una segunda opción: el asimilacionismo	133
C) Una tercera opción: interculturalismo, transculturalidad o pluriculturalismo	136
D) Los inicios de una tímida política de integración en Europa	139
E) Hacia la interculturalidad y la asimilación moderada	141
F) Conclusiones	147
IV. BIBLIOGRAFÍA	150
LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES DESDE LA PERSPECTIVA DEL SISTEMA (ESPAÑOL) DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO , por <i>Gloria Esteban de la Rosa</i>	155
I. INTRODUCCIÓN	155
II. SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO E INTEGRACIÓN SOCIAL	157
A) La integración social desde la perspectiva del sistema de Derecho internacional privado	157
1. Dimensiones de la integración social	157
2. Regulación de la integración social por el sistema de Derecho internacional privado	160
B) La «ley de origen» como criterio de funcionamiento	162
1. La referencia a la ley de origen	162
2. Función de la ley de origen en el nuevo «método del reconocimiento»	165
III. TUTELA DE LA IDENTIDAD CULTURAL POR EL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	168
A) Noción de identidad cultural relevante para el sistema de Derecho internacional privado	168
B) Propuestas de regulación	172
IV. CONCLUSIONES	176
V. BIBLIOGRAFÍA	177
MATRIMONIOS Y TIPOS DE FAMILIA , por <i>Salustiano del Campo</i>	181
I. MODELOS MATRIMONIALES	181
II. ALTERNATIVAS AL MATRIMONIO Y A LA FAMILIA NUCLEAR	183
III. LA FAMILIA INCIERTA	187

	<u>Pág.</u>
CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE MATRIMONIO, CÓDIGO DE FAMILIA MARROQUÍ Y ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESPAÑOL , por <i>Julio V. Gavidia Sánchez</i>	191
I. EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE MATRIMONIO EN DERECHO ESPAÑOL.....	191
II. EL MATRIMONIO EN EL CÓDIGO DE FAMILIA MARROQUÍ (NUEVA <i>MUDAWWANA</i>) Y EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESPAÑOL.....	196
III. BIBLIOGRAFÍA.....	206
EL RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO ISLÁMICO POR EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL , por <i>Juan Antonio Alberca de Castro</i>	209
I. INTRODUCCIÓN.....	209
II. EL ESTADO ESPAÑOL ANTE LA RELIGIÓN.....	213
III. ESTADO ESPAÑOL Y POBLACIÓN INMIGRANTE MARROQUÍ.....	216
IV. EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL Y EL MATRIMONIO ISLÁMICO.....	218
V. LAS INCOHERENCIAS DEL RECONOCIMIENTO CIVIL DEL MATRIMONIO ISLÁMICO.....	223
A) Incoherencias que afectan a elementos sustanciales del matrimonio islámico.....	223
1. Poligamia.....	223
2. Repudio.....	225
3. Edad.....	226
4. Impedimentos.....	226
B) Incoherencias que afectan a elementos formales del matrimonio islámico.....	227
1. Testigos.....	227
2. Dote.....	228
3. Intervención del walí.....	228
VI. EL MATRIMONIO ISLÁMICO EN OTROS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO.....	230
A) Inglaterra.....	230
B) Francia.....	233
C) Italia.....	236
D) Alemania.....	240
VII. CONSIDERACIONES FINALES.....	242
VIII. BIBLIOGRAFÍA.....	243
RECONOCIMIENTO DE LA POLIGAMIA Y DEL REPUDIO ISLAMICOS EN PERSPECTIVA COMPARADA: A PROPOSITO DE LA <i>MUDAWWANA MARROQUI</i> , por <i>Miguel Checa Martínez</i>	245
I. MIGRACIÓN DE ORIGEN MUSULMÁN HACIA EUROPA Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.....	245
A) Particularidades del Derecho musulmán de familia.....	245
B) Derecho internacional privado y respeto a la identidad cultural.....	252
C) Revisión del orden público internacional.....	255
D) Otras técnicas de coordinación de valores jurídicos.....	258

	<u>Pág.</u>
II. EL NUEVO CÓDIGO MARROQUÍ DE FAMILIA.....	260
A) La reforma del Código Marroquí de Familia	260
B) Régimen jurídico de la poligamia.....	262
C) Régimen jurídico del repudio.....	263
III. RECONOCIMIENTO DE MATRIMONIOS POLIGÁMICOS CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO.....	265
A) Matrimonio potencialmente poligámico.....	265
B) Matrimonio efectivamente poligámico	266
IV. RECONOCIMIENTO DE REPUDIOS EFECTUADOS EN EL EXTRANJERO	270
A) Repudio sometido a control judicial.....	270
B) Repudio realizado sin control judicial	277
V. CONCLUSIONES.....	279
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	281
LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO MARROQUÍ, por Karima Ouald Ali	289
I. INTRODUCCIÓN.....	289
II. LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO EN EL CÓDIGO DE FAMILIA DE 2004	290
A) Disolución del matrimonio por <i>talaq</i>	290
1. Cuestiones generales.....	290
2. Disolución del matrimonio por <i>tamlík</i>	291
3. Disolución del matrimonio por compensación.....	292
4. Disolución del matrimonio por mutuo acuerdo	293
B) Disolución del matrimonio por <i>tatliq</i>	294
1. Por incumplimiento de alguna de las cláusulas estipuladas en el contrato matrimonial o por perjuicio	294
2. Por falta de manutención	295
3. Por ausencia del cónyuge	296
4. Por la existencia de algún defecto.....	297
5. Por juramento de continencia por parte del marido o desistimiento y abandono	299
C) Disolución del matrimonio por disensión.....	299
D) Otras formas de extinción de la relación conyugal	302
1. Disolución por fallecimiento	302
2. Disolución por desaparición.....	303
3. Nulidad y anulación del matrimonio.....	304
III. PROCEDIMIENTO DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO.....	305
IV. EFECTOS COMUNES A LAS DISTINTAS MODALIDADES DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO.....	307
A) Carácter revocable e irrevocable de la disolución del matrimonio....	307
B) El periodo de continencia (<i>cidda</i>).....	308
C) Efectos personales de la disolución del matrimonio, en particular, la <i>hadana</i>	309

	<u>Pág.</u>
V. BIBLIOGRAFÍA	312
REGULACIÓN DE LA KAFALA EN EL DERECHO MARROQUÍ , por <i>Tijaniya Saghir</i>	315
I. INTRODUCCIÓN.....	315
II. SITUACIÓN DE LOS MENORES ABANDONADOS EN MARRUECOS ..	316
A) Consideraciones preliminares.....	316
1. Definición de <i>kafala</i> y de niño abandonado	316
2. Distinción entre <i>kafala</i> y adopción.....	318
B) La política marroquí relativa a la protección de menores	319
1. Circunstancias económicas, políticas y sociales de Marruecos ..	319
2. Instituciones para el acogimiento de niños abandonados.....	322
III. REGULACIÓN DE LA KAFALA DE LOS MENORES ABANDONADOS ..	325
A) Régimen jurídico.....	325
B) Procedimiento para la declaración de abandono	328
C) Condiciones exigidas para el acogimiento de un menor abandonado	329
D) Procedimiento de <i>kafala</i> de los niños abandonados.....	330
E) Ejecución y seguimiento de la <i>kafala</i>	331
F) Efectos de la <i>kafala</i>	332
G) Causas de extinción de la <i>kafala</i>	333
IV. BIBLIOGRAFÍA.....	334
EFFECTOS DE LA KAFALA SOBRE UN MENOR MARROQUÍ EN ESPAÑA , por <i>Eduardo Corral García</i>	335
I. INTRODUCCIÓN.....	335
II. RASGOS ESENCIALES DE LA KAFALA	336
A) Contenido esencial de la <i>kafala</i>	337
B) Titularidad del ejercicio de la <i>kafala</i>	338
C) Cese de la <i>kafala</i>	338
III. EFICACIA JURIDICA DE LA KAFALA EN ESPAÑA	339
A) <i>Kafala</i> que realmente no lo es	339
B) <i>Kafala</i> válidamente constituida.....	341
1. Eficacia civil: representación legal del menor sometido a la <i>kafala</i>	341
2. <i>Kafala</i> y adopción.....	343
3. Procedimiento de adopción del menor tutelado mediante la <i>kafala</i>	344
4. Eficacia administrativa: obtención del visado de residencia para el menor y solicitud de reagrupamiento familiar.....	347
5. Eficacia en las prestaciones sociales: ¿tiene derecho el menor sometido a <i>kafala</i> a la pensión de orfandad?.....	348
IV. BIBLIOGRAFÍA	351

	<u>Pág.</u>
PROTECCIÓN SOCIAL DE LA FAMILIA E INTEGRACIÓN DE LOS MIGRANTES , por Antonio Álvarez del Cuviillo.....	353
I. INTEGRACION DE LOS MIGRANTES Y PROTECCION SOCIAL	354
A) La integración social en sentido sustancial.....	354
B) Contradicciones y retos del Estado del Bienestar ante las nuevas migraciones internacionales.....	356
C) El modelo constitucional de protección social de los trabajadores migrantes.....	360
1. La clasificación tripartita: «en ocasiones veo muertos»	360
2. Un modelo de interpretación alternativo: la razonable regulación del acceso progresivo al espacio de poder y responsabilidad del Estado	367
3. El derecho constitucional de los inmigrantes a la protección social .	369
II. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LA FAMILIA.....	373
A) El papel de la familia en los sistemas de protección social.....	373
1. Definición de familia o unidad doméstica.....	373
2. La familia como entidad proveedora de bienestar.....	374
3. La familia como entidad destinataria de las políticas de bienestar.....	376
4. Familiarismo y desfamiliarización del bienestar	378
5. Marco jurídico de la protección social a la familia.....	380
B) Peculiaridades de las familias migrantes	385
1. Familiarismo y migraciones	385
2. Las familias transnacionales	388
III. REQUISITOS DE ACCESO A LAS PRESTACIONES	391
A) Nacionalidad	391
B) Presencia efectiva y presencia regular en el territorio y en el mercado de trabajo	397
1. Regularidad de la presencia en el territorio o en el mercado de trabajo y prestaciones de Seguridad Social.....	398
2. Regularidad de la presencia en relación con la asistencia social, servicios sociales y ayuda a la vivienda	402
3. Presencia efectiva y empadronamiento	413
4. Las personas en régimen de estancia legal.....	414
C) Las peculiaridades de los requisitos de presencia y residencia en relación con la protección a la familia.....	415
1. Presencia efectiva y convivencia	415
2. Requisitos vinculados a la residencia y pluralidad de sujetos en la unidad familiar.....	419
D) Tiempo de residencia y periodo de carencia.....	421
IV. DIVERSIDAD DE MODELOS FAMILIARES Y DE PATRONES CULTURALES	422
A) La sensibilidad del sistema de protección social a la diversidad de modelos familiares.....	422

	<i>Pág.</i>
B) Poligamia y prestaciones sociales.....	425
1. El contexto de la poligamia	425
2. El rechazo de la poligamia por nuestro ordenamiento	429
3. Orden público atenuado y protección social de la familia	433
C) La <i>kafala</i> islámica	436
D) Otros problemas derivados de la diversidad de modelos familiares o de patrones culturales	440
V. CONCLUSIONES: LA GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD EN LA CREACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO	441
VI. BIBLIOGRAFÍA	443
EXTRANJEROS REAGRUPABLES , por <i>Juan Manuel López Ulla</i>	447
I. INTRODUCCIÓN	447
II. EL CÓNYUGE	450
III. LA PAREJA	460
IV. LOS HIJOS	465
V. LOS MENORES Y DISCAPACITADOS REPRESENTADOS LEGALMENTE.....	470
VI. LOS ASCENDIENTES	473
VII. A MODO DE CONCLUSIÓN	478
UNA APROXIMACIÓN AL CRITERIO SEGUIDO POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA RESPECTO DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA ELECCIÓN DE LA SANCIÓN (MULTA O EXPULSIÓN) EN LOS SUPUESTOS DE PERMANENCIA IRREGULAR EN TERRITORIO ESPAÑOL CUANDO CONCURRE UNA SITUACIÓN DE ARRAIGO FAMILIAR , por <i>José Luis Pérez Prieto</i>	481
I. LA SANCIÓN DE EXPULSIÓN EN LA LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO, Y LA DOCTRINA DE NUESTRO TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA MOTIVACIÓN DE SU ELECCIÓN.....	481
II. EL ARRAIGO FAMILIAR Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA MOTIVACIÓN DE LA ELECCIÓN ENTRE SANCIÓN DE MULTA O EXPULSIÓN EN LOS SUPUESTOS DE PERMANENCIA ILEGAL EN TERRITORIO ESPAÑOL. EL CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA	486
III. EL ARRAIGO FAMILIAR Y LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DE LA EJECUTIVIDAD DE UNA ORDEN DE EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL, HASTA TANTO SE RESUELVA POR EL TRIBUNAL SOBRE EL FONDO DE DICHA ORDEN. BREVE REFERENCIA	500
FUENTES EMPLEADAS	504
ASPECTOS PSICOLÓGICOS ASOCIADOS AL PROCESO MIGRATORIO , por <i>Carlos Guillén Gestoso y Sergio Sánchez-Sevilla</i>	505
I. INTRODUCCIÓN.....	505
II. ASPECTOS PSICOSOCIALES DE LA INMIGRACIÓN	508
III. ASPECTOS CLÍNICOS DE LA INMIGRACIÓN	510
IV. UNA EXPERIENCIA DE VALORACIÓN DEL IMPACTO PSICOLÓGICO DEL INMIGRANTE MARROQUÍ EN ANDALUCÍA	512
V. BIBLIOGRAFÍA.....	516

FAMILIAS MARROQUÍES EN LA OTRA ORILLA DEL ESTRECHO DE GIBRALTAR , por <i>Gema González Ferrera y Lía Díaz Sesé</i>	519
I. EL CONTEXTO HISTÓRICO	519
II. LA GLOBALIZACIÓN Y LAS MIGRACIONES EN ANDALUCÍA.....	521
III. INMIGRACIÓN Y FAMILIA.....	523
IV. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	525
V. LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	527
A) La familia para los marroquíes	527
B) Conocimiento, percepción y valoración de la <i>Mudawana</i>	537
VI. BIBLIOGRAFÍA	544
INMIGRACIÓN Y SISTEMA PENAL ESPAÑOL: ÚLTIMAS ESTRATEGIAS POLÍTICO-CRIMINALES , por <i>Juan M. Terradillos Basoco</i>	547
I. INTRODUCCIÓN.....	547
II. LA LEY ORGÁNICA 2/2009	548
III. EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL	551
A) Expulsión de extranjeros	552
B) Delitos contra la propiedad industrial e intelectual	556
C) Trata de seres humanos e inmigración clandestina.....	558
1. Trata de seres humanos	560
2. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra los derechos de los trabajadores.....	562
IV. BIBLIOGRAFÍA.....	563

PRESENTACIÓN

La familia, como sustrato, y el Derecho de familia, como conjunto de reglas sobre las relaciones familiares, son, sin duda, instrumentos de integración de los inmigrantes en las sociedades de acogida, como ha resultado ser la española.

El proyecto «Familia y Derecho de familia como instrumento de integración en sociedades multiculturales» tiene por objeto analizar la organización y estructura de la familia como una de las vías para facilitar la más plena integración de inmigrantes en las sociedades de acogida, constituyendo la consecución de tal integración el objetivo nuclear del proyecto. Ha sido este proyecto financiado por la Junta de Andalucía como Proyecto de Excelencia (P06-SEJ-02342) y esta obra colectiva es uno de sus resultados.

La experiencia demuestra que un análisis desde la perspectiva exclusivamente jurídica –normas, sentencias, doctrina- no alcanzaría el objetivo que nos proponemos: facilitar la más plena integración social del inmigrante a través de la familia no sólo requiere el análisis del Derecho de familia, sino también la familia en sí y la realidad del sujeto a integrar en la sociedad de acogida, como persona, necesitada de vías concretas para su desarrollo integral. Por esta razón, se incorporan al proyecto los análisis psicológico y sociológico, de modo que podamos detectar la realidad personal, tanto en sus vertientes individual y social del inmigrante, esto es, como individuo y como miembro de un grupo, ya sea el de otros inmigrantes con los que llega o con los que más se relaciona, ya sea su familia, con la que convive en el país de acogida por haberla formado tras su llegada o tras su reagrupación, o la que dejó en el de procedencia, etc. No olvidamos analizar si las relaciones familiares formadas (o extinguidas) según las reglas del país de origen son aceptadas social y jurídicamente en el de acogida, así como si las formadas (o extinguidas) en el de acogida lo son en el de origen, bien de cara al retorno, bien a otros efectos.

El fenómeno de la emigración marroquí no es el resultado casual de diversos factores, sino que tiene causas concretas, que se comprenden adecuadamente desde la evolución de las relaciones políticas, económicas y sociales del

país en el contexto del Magreb y de las relaciones de esta zona con España y Francia y, más recientemente, con la Unión Europea.

Finalmente, incorporamos un análisis filosófico del Derecho acerca de las diferentes respuestas que desde los sistemas normativos implicados se dan al fenómeno de la inmigración, dedicando especial atención a las soluciones jurídicas sobre la familia como vía de integración del inmigrante. Se trata de identificar modelos de respuesta, de modo que pueda valorarse la adecuación de los actuales a los principios que proclaman.

La integración de los inmigrantes es un objetivo, que no pasa por su asimilación. Ahora bien, que toda persona o grupo tenga libertad para mantener o no sus creencias y raíces culturales y sus expresiones, en modo alguno puede llevar a admitir una suerte de excepción cultural. Ni el goce de los derechos y libertades, ni el cumplimiento de los deberes y obligaciones jurídicas, ni la sujeción a las sanciones pueden quedar afectados por tales creencias y culturas.

Julio V. GAVIDIA SÁNCHEZ

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Julio V. GAVIDIA SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Cádiz

SUMARIO: I. LA DISTINCIÓN ESPAÑOL/EXTRANJERO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978.—A) El art. 13 CE.—B) La cláusula de igualdad sin discriminación del art. 14 CE y las contenidas en tratados: tests de racionalidad/razonabilidad/proporcionalidad y diferencias de trato por razón de la nacionalidad.—C) Las diferencias de trato en la titularidad de los derechos fundamentales: dignidad de la persona y literalidad.—D) Las diferencias de trato en las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales.—E.) Las garantías constitucionales (el respeto al contenido esencial) y la eficacia directa/programática.—II. LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN LA LEY REGULADORA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL.—A) Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas.—B) Derechos civiles y políticos.—1. Derecho a la intimidad familiar.—2. Libertad de circulación.—3. Derechos de reunión y manifestación.—4. Derecho de asociación.—5. Participación pública.—6. Libertades económicas.—C) Derechos laborales y sociales.—1. Derecho al trabajo.—2. Derecho de huelga.—3. Derecho a la educación.—4. Protección social, en especial, acceso a la vivienda.—5. Reagrupación familiar.—D) Garantías jurídicas, en especial, el beneficio de justicia gratuita.—E) Medidas antidiscriminatorias.—III. CONCLUSIONES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

Hace unos cinco años que concluí el estudio, que apareció publicado en la *REDI* 2006-1, pp. 61-117, con el título «Españoles/extranjeros». Desde entonces, las SSTC 236, 259 y 265/2007 y la reforma de la Ley Orgánica 8/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España, operada por la Ley Orgánica 2/2009, han incidido directamente sobre el objeto de ese estudio, por lo que estaba necesitado de una actualización¹.

¹ También doy cuenta de obras aparecidas con posterioridad a mi artículo en la *REDI*, así como de otras anteriores, de las que he tenido conocimiento después.

I. LA DISTINCIÓN ESPAÑOL/EXTRANJERO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978²

¿Jugó el constituyente a los dados al abordar la cuestión de qué derechos fundamentales gozarían los extranjeros? ¿Son coherentes o contradictorias las reglas generales que dedicó a este tema? Antes aun, ¿tales reglas tienen un contenido propio, indisponible por el legislador y por el Estado como sujeto de Derecho internacional o, por el contrario, se trata de meras remisiones a decisiones ulteriores? Si hay reglas de ambas clases, ¿hasta dónde llega lo indisponible por el legislador ordinario? ¿Se detectan esas decisiones generales al reconocer derechos concretos? En definitiva, ¿es posible y relativamente fácil construir el marco constitucional de los derechos de los extranjeros, teniendo en cuenta no sólo las decisiones originarias del constituyente, sino también la evolución de la interpretación de la Constitución por su más Alto Intérprete? ¿Ese marco impone la equiparación de españoles y extranjeros como regla general, posibilitando diferencias de trato como excepción o es la diferencia de trato la regla general y es la equiparación lo que se deja a la decisión del legislador y del Estado como sujeto de Derecho internacional?

Comencemos analizando las reglas generales que la Constitución dedica a este tema y analicemos después los términos en que se reconocen derechos concretos.

A) El art. 13 CE

La Constitución española de 1978 rubrica el capítulo primero de su título primero con la frase «De los españoles y los extranjeros». En lo que más directamente concierne al tema objeto de este estudio es el art. 13.1 CE el que contiene una regla general, acaso la más general, sobre qué derechos corresponden a los extranjeros: «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley». No son pocas las dudas que suscita esta disposición, tanto en sí misma, como en relación con otros preceptos constitucionales.

Así, para empezar, los extranjeros a los que se refiere pueden ser no sólo los que se encuentren en España, sino también los que no estén, cuando entran en relación con el ordenamiento jurídico español, esto es, con el Estado-ordenamiento, aunque no con el Estado-territorio, por tratarse de derechos que no presupongan la presencia física en España de su titular, como puede suceder, por ejemplo, con el derecho de asociación (art. 22 CE), el derecho de propiedad (art. 33 CE) o la libertad de empresa (art. 38 CE), el derecho que permite hacerlos efectivos, esto es, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), el goce del beneficio de justicia gratuita (art. 119 CE), por ser

² I. BORRAJO INIESTA («El status constitucional de los extranjeros», en *Estudios sobre la Constitución Española en homenaje al Profesor García de Enterría*, t. II, Madrid, 1991, pp. 703-707, especialmente 706 y 707) da cuenta de la evolución histórica desde la época liberal.

instrumental para hacer efectiva esa tutela, etc.³ Pero, ¿y el derecho a entrar en España (art. 19.2 CE)⁴?

En segundo lugar, la referencia a «las libertades públicas», como el objeto de reconocimiento constitucional para los extranjeros, plantea dudas: ¿se refiere a todas las libertades públicas por igual y no a los derechos fundamentales, ni a los que la propia Constitución reconoce pero no califica como fundamentales? ¿Son sólo las libertades públicas las que pueden no ser reconocidas a los extranjeros, a menos que un tratado o una ley establezca otra cosa? En tal caso, ¿qué sucede con los derechos fundamentales? ¿Los extranjeros gozan de ellos, salvo cuando la propia Constitución los reconoce sólo a los españoles? ¿Pueden los tratados y las leyes extender a los extranjeros el goce de todos estos derechos constitucionalmente sólo reconocidos a los españoles? ¿Y los derechos que la Constitución no reconoce a todos ni sólo a los españoles, sino de modo impersonal? Se ha impuesto la interpretación amplia de «libertades públicas», de modo que lo mismo vale para los derechos fundamentales (SSTC 107/1987 y posteriores, también la 236/2007).

Ahora bien, si la regla contenida en el art. 13.1 CE comprende todos los derechos y libertades garantizados en el título primero de la Constitución, esto implica que están no sólo incluidos los contemplados en el capítulo II en sus dos secciones, sino también los que lo estén en el capítulo III, entre los principios rectores de política social y económica, así como los que no estén reconocidos como tales en estas sedes, sino que deriven de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE, incluido en dicho título), así como sus garantías (arts. 53 y 54 CE) y su eventual suspensión (art. 55 CE).

Otra conclusión se deriva de una de las anteriores. Y es que aquellos derechos que sean exigencia de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) deberán ser reconocidos a todas las personas, aunque no estén mencionados especialmente en la Constitución, con independencia de su nacionalidad, en aquella parte de su contenido o condiciones de ejercicio que resulten de esa exigencia. En esta situación se encuentran derechos de la personalidad, como el derecho a la identidad sexual y al nombre. Además de esas exigencias de respeto a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, habrá que atender a los términos en los que la propia Constitución reconoce derechos concretos, para ver si son reconocidos también a los extranjeros. En lo demás, la regla contenida en el art. 13.1 CE da a entender que dependerá de lo que establezcan los tratados y las leyes, debiendo acudir a la cláusula general de igualdad ante la ley y de prohibición de discriminaciones, contenidas en el art. 14 CE, para analizar eventuales diferencias de trato por razón de la nacionalidad, tanto entre españoles y extranjeros, como entre estos últimos.

En tercer lugar, la referencia que en el art. 13.1 CE se hace a los tratados y a las leyes comprende tanto la decisión sobre la titularidad, como sobre el conte-

³ F. ESTEVE GARCÍA [«Las cláusulas generales antidiscriminatorias: ámbito de aplicación y efectos jurídicos», en E. AJA (coord.), *Los derechos de los inmigrantes en España*, Valencia, 2009, p. 67], sin embargo, considera que el art. 13 CE no tiene por finalidad reconocer derechos a los ciudadanos extranjeros que se encuentren en otros países. ¿Por qué?

⁴ La STC 72/2005 parece dar a entender que no corresponde a los extranjeros como derivado de la Constitución, si bien no se excluye que pueda derivar de la ley.

nido y las condiciones de ejercicio de los derechos o, al menos, no las excluye. Por tanto, esta remisión a los tratados es para que en ellos se pueda decidir de qué derechos gozan los extranjeros, cuando la Constitución los reconoce sólo a los españoles, o cuáles son las condiciones para su ejercicio, cuando éstas pueden ser diferentes, por no afectar al respeto a la dignidad humana, ni al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Y todo esto con la eficacia normativa que la propia Constitución reconoce a los tratados (art. 96)⁵, con independencia o además de su valor como canon interpretativo de la propia Constitución, para determinar el contenido de los derechos fundamentales en ella reconocidos (art. 10.2).

¿También su titularidad ha de interpretarse conforme a los tratados, si de esto ya se ocupa el art. 13.1 CE? ¿No es especial esta segunda regla respecto a la formulada en el art. 10.2 CE? Que sea especial, por referirse a la titularidad, no es del todo exacto, ya que, por ello mismo, hemos de entender que también se refiere al contenido de tales derechos, puesto que las leyes y los tratados pueden decidir extender en todo o en parte a los extranjeros los constitucionalmente reconocidos a los españoles. En mi opinión, no necesariamente hemos de apreciar una contradicción entre las reglas contenidas en los arts. 10.2 y 13.1 CE, que obligue a recurrir al criterio de especialidad. Creo, mejor, que se han de aplicar por el mismo orden en que aparecen formuladas. En primer lugar, si de la propia Constitución se derivan derechos para los extranjeros, bien porque los hay que son reconocidos a todos, bien porque los hay que son reconocidos de modo impersonal, es decir, no sólo a los españoles, los tratados nos proporcionan pautas de interpretación específicamente llamadas a ser seguidas al interpretar y, por tanto, configurar los términos del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales⁶. En segundo lugar, una vez perfilados los términos en los que la Constitución reconoce un derecho fundamental, tanto en su titularidad como en su contenido, los tratados y las leyes pueden extenderlos a los extranjeros, si constitucionalmente no están reconocidos a

⁵ La inconstitucionalidad de una ley posterior a la entrada en vigor de un tratado, por ser contraria a éste, tiene por fundamento el art. 96 CE, sólo puede ser declarada por el Tribunal Constitucional y puede implicar la nulidad de la ley, salvo que el mismo Tribunal module, como en tantas ocasiones, las consecuencias de su declaración de inconstitucionalidad, dejando que sea el legislador (positivo) quien la modifique, eliminando o modificando el contenido contrario al tratado, sin perjuicio de la responsabilidad internacional del Estado, como consecuencia de la aplicación de esa ley, mientras fue contraria al tratado.

En la STC 236/2007 (FJ 5) se advierte que el art. 10.2 CE no convierte a los tratados en canon de constitucionalidad de normas legales. Plenamente de acuerdo: son inconstitucionales las normas contrarias a la Constitución, interpretada ésta —no integrada— conforme a los tratados suscritos por España.

Es, por tanto, el art. 96 CE y no el art. 10.2 CE el que hace de los tratados suscritos por España canon autónomo de constitucionalidad de las normas. Y esto no hace irrelevante la proclamación constitucional de los derechos y las libertades fundamentales, como, en cambio, dice esta misma STC 236/2007 (FJ 5). Si el constituyente hubiera optado por remitirse a los tratados y a las declaraciones internacionales de derechos humanos, éstos no serían, como ahora, una fuente de derechos adicional a la Constitución, si la respetan y van más allá, sino que ellos serían la única fuente de derechos fundamentales, más allá de lo que exija el respeto a la dignidad de la persona, para cuya modificación, respetando la dignidad, no haría falta reformar la Constitución, sino tan sólo modificar o denunciar los tratados, conforme a las reglas de Derecho internacional convencional, no conforme a las cláusulas de reforma de nuestra Constitución.

⁶ Para modificar esa titularidad, ese contenido o esas condiciones de ejercicio haría falta reformar la Constitución o, al menos, los tratados a partir de los cuales se ha generado esa interpretación de la Constitución.

todos ni de modo impersonal, bien para incrementar el contenido que puede corresponderles, bien para rebajar las condiciones de su ejercicio, respecto a lo establecido en la Constitución, después de haberla interpretado conforme a los tratados.

En el art. 13.2 CE se contiene una regla aclaratoria de alguna de las dudas que suscita el art. 13.1 CE. En aquél se establece que «[s]olamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el art. 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales». Así, pues, por un lado, hay una prohibición constitucional, que opera como excepción a la regla general contenida en el art. 13.1 CE, en virtud de la cual ni los tratados ni las leyes pueden extender a los extranjeros los derechos de participación en los asuntos públicos y de acceso a las funciones y cargos públicos, reconocidos a «los ciudadanos», es decir, a los españoles en el art. 23 CE. Y, por otro, se formula una excepción a esta excepción, en virtud de la cual se restablece la regla general del art. 13.1 CE para el derecho de sufragio activo y pasivo de los extranjeros en las elecciones municipales, si bien condicionándolo a la reciprocidad de otros Estados para con los españoles.

De la regla contenida en el art. 13.2 CE se desprende, «a contrario», que la Constitución no impide que un tratado o una ley reconozca a los extranjeros cualesquiera otros derechos y no sólo libertades públicas, incluido el derecho de asilo (art. 13.4 CE). Ahora bien, no se decide ahí si los extranjeros tienen o no constitucionalmente garantizados algunos derechos fundamentales, cuando su reconocimiento no venga exigido por la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE), ni si, en caso de tenerlos, su nivel de garantía es el mismo que el previsto para los españoles. Estas otras decisiones se encuentran, sobre todo, en los derechos concretos reconocidos, muchos de ellos a todos o de modo impersonal y algunos sólo a los españoles, así como en otras cláusulas generales, como la de igualdad sin discriminación (art. 14 CE), y en las reglas sobre garantías constitucionales de los derechos (arts. 53-55 CE).

Como vamos a comprobar, la regla contenida en el art. 13.1 CE se comprende bien y obtiene todo su sentido, si es considerada como una regla residual, aunque sea la primera que, de modo general, se refiere explícitamente a los derechos fundamentales de los extranjeros. No se trata con ella de permitir desconstitucionalizar derechos reconocidos por la Constitución a todos o de modo impersonal, sino, muy al contrario, de extender a los extranjeros los reconocidos constitucionalmente sólo a los españoles.

B) La cláusula de igualdad sin discriminación del art. 14 CE y las contenidas en tratados: tests de racionalidad/razonabilidad/proporcionalidad y diferencias de trato por razón de la nacionalidad

El precepto inmediatamente siguiente al general sobre derechos de los extranjeros resulta ser, precisamente, la cláusula de igualdad ante la ley y de prohibición de discriminaciones, referida exclusivamente a los españoles: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra

condición o circunstancia personal o social». Que sólo se refiera a los españoles puede ser cualquier cosa menos una casualidad o una inadvertencia del constituyente.

En coherencia con lo establecido en el art. 13.1 CE, no hay un mandato constitucional de igualdad de trato de los extranjeros en comparación con los españoles. Pero es que tampoco lo hay siquiera en comparación con otros extranjeros. Por lo menos, no en el art. 14 CE. Y es que este precepto está comprendido en el ámbito del art. 13.1 CE, al enunciar un derecho susceptible de ser extendido a los extranjeros, mientras que, a la inversa, este art. 13.1 CE difícilmente puede ser interpretado conforme a una cláusula de igualdad referida exclusivamente a los españoles, como es la contenida en el art. 14 CE.

En cambio, entiendo que del mismo art. 14 CE sí se desprende para los españoles el derecho a no ser discriminados respecto a los extranjeros, siendo la nacionalidad una de las circunstancias personales subsumibles en la cláusula antidiscriminatoria, como una condición personal. De esto resultaría que cualquier diferencia de trato favorable a extranjeros —a todos o sólo a algunos— respecto a los españoles habría de superar el test de proporcionalidad⁷, para que fuera admisible, no bastando con que el fin fuera constitucionalmente legítimo, ni con que la distinción estuviera racionalmente indicada para conseguirlo⁸. Ahora bien, considero que en estas condiciones es posible dispensar un trato de favor a los extranjeros, como un supuesto de discriminación positiva, amparado en los mandatos a los poderes públicos, contenidos en el art. 9.2 CE, para que promuevan «las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo» —no sólo del ciudadano— «y de los grupos en los que se integra sean reales y efectivas» y remuevan «los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud».

La consideración anterior obliga a plantearse si la posibilidad de que un grupo sea beneficiario de políticas activas, como las que tienen su base en el citado mandato contenido en el art. 9.2 CE, no presupone que le sea aplicable la igualdad ante la ley o, por lo menos, la cláusula antidiscriminatoria, contenidas en el art. 14 CE. En mi opinión, no necesariamente. En hipótesis, los extranjeros pueden no tener el mismo derecho a la igualdad que los españoles y, sin embargo, poder o deber ser, como grupo social y económica o culturalmente desfavorecido —los que lo estén—, destinatarios de ayudas específicas o de un tratamiento legal especialmente favorable, compensatorio de esas situaciones de partida desfavorables. Esto en modo alguno significa que la Constitución se limite a mandar a los poderes públicos que remedien situaciones de desfavorecimiento que ella misma estaría admitiendo, al no reconocerles directamente el derecho a la igualdad sin discriminación. Y es que, por un lado, con independencia de la interpretación que haya de hacerse sobre la protección que el art. 14 CE dispense a los extranjeros, hay toda una serie de derechos constitucionalmente reconocidos a todos, por tanto, también a los extranjeros, o de

⁷ F. REY MARTÍNEZ [«El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo», en A. VIVAS LARRUY (dir.), *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución Española*, Madrid, p. 44] considera que el juicio de proporcionalidad tiene que ver con las concretas prohibiciones de discriminación y es más estricto que el de razonabilidad, que tendría que ver con el derecho a la igualdad en general.

⁸ En el caso de la STC 220/1988 se alegaba tal discriminación, pero el Tribunal entendió que no la había, no que no fuera aplicable la cláusula general de igualdad sin discriminación de los españoles.

modo impersonal, esto es, no sólo a los españoles, de lo cual me ocupo después en varias ocasiones. Por otro, la protección que confiere la igualdad sin discriminación admite grados, no necesariamente aplicables todos a todos⁹.

Entonces, si el derecho a la igualdad sin discriminación explícitamente sólo está constitucionalmente reconocido a los españoles, los tratados y las leyes pueden extenderlo a los extranjeros, como permite el art. 13.1 CE y no impide el mismo art. 13.2 CE. En ausencia de tratado o de ley que lo haya extendido, un extranjero no puede hacer valer el art. 14 CE para reaccionar contra una diferencia de trato, ni cabe impugnar la norma o el acto que la produzca, salvo que sea contraria a la dignidad de la persona o al libre desarrollo de la personalidad, pero entonces se estará haciendo valer el art. 10.1 CE, no el 14 CE¹⁰. Del mismo modo, los derechos que la Constitución reconoce a todos también corresponden a los extranjeros, ¿pero en las mismas condiciones de ejercicio que las aplicables a los españoles? ¿Y los derechos que la Constitución no reconoce a todos, pero tampoco sólo a los españoles?

Si esto fuera así, las diferencias de trato favorables a españoles o a algunos extranjeros no habrían de superar el test de proporcionalidad, sino sólo el de racionalidad y sólo al objeto de excluir su arbitrariedad, dada su prohibición, contenida en el art. 9.3 CE. Bastaría, por tanto, con que la diferencia de trato estuviera racionalmente indicada para conseguir el fin propuesto, que habría de ser constitucionalmente legítimo. Eso sí, siempre que esto no suponga trato indigno para los no favorecidos o peor tratados, ni se les impida el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE). Por tanto, sostener que del art. 14 CE, en sí mismo, ninguna protección se desprende para los extranjeros no significa que no tengan derecho a hacer valer la igualdad sin discriminación con base en el propio texto constitucional. Significa que sólo pueden hacerla valer en la medida en que lo exija la interdicción de la arbitrariedad y el respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (arts. 9.3 y 10.1 CE). En mi opinión, esa medida no es la que se desprende del art. 14 CE —el test de razonabilidad o proporcionalidad más o menos estricto¹¹—, sino la propia del test de mera racionalidad, para cuya aplicabilidad no hace falta el art. 14 CE,

⁹ F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ [«De la igualdad como legalidad a la igualdad como dignidad. Reflexiones, en clave constitucional, sobre una sociedad decente», en *Extranjería e inmigración (Actas de las IX Jornadas de la Asociación Nacional de Letrados del Tribunal Constitucional)*, pp. 102-104], al hacer de la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE un mandato de prioridad, parece que sí presupone el disfrute de la igualdad en todos sus grados por los que tengan reconocida esa prioridad.

J. A. MARÍN GÁMEZ («Una visión de los derechos y garantías constitucionales de los extranjeros en España», *RDP*, núm. 61, p. 55) considera que de los arts. 13 y 14 CE, puestos en relación con el art. 10 CE, resulta que la igualdad «queda atribuida sin paliativos a los extranjeros».

¹⁰ STC 107/1984.

¹¹ El test de proporcionalidad, hoy plenamente aceptado, fue considerado uno de los «elementos objetivadores de la diferenciación», según J. GARCÍA MORILLO («La cláusula general de igualdad», en *Derecho constitucional*, vol. I, Valencia, 1994, pp. 165-169). Sin embargo, no faltó algún autor que lo excluyó, por cuanto suponía enjuiciar la oportunidad de la medida (J. JIMÉNEZ CAMPO, «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», *REDC*, núm. 9, pp. 109-111). E. ALONSO GARCÍA («El principio de igualdad del art. 14 de la Constitución Española», *RAP*, núms. 100-102, pp. 59-62) entendió que tal control de oportunidad se evita no exigiendo que el legislador haya optado por la alternativa menos gravosa, sino que no haya optado por una que sea excesivamente gravosa. Otros autores parecen excluir cualquier discrecionalidad del legislador, cuando se trata de criterios sospechosos de distinción, comprendidos en la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE (así, M. RODRÍGUEZ PIÑERO y M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y no discriminación*, Madrid, 1986, pp. 3, 54, 62, 63, 160, 163 y 164).

sino que basta con la interdicción de la arbitrariedad y el respeto a la dignidad de la persona, como base del orden político y de la paz social¹².

Dicho en otros términos: hay una parte o un grado de la igualdad, que ya está garantizado constitucionalmente a todas las personas, por ser una exigencia del respeto a su dignidad, como es que las diferencias de trato no sean arbitrarias, que no deja de estar así garantizado para los extranjeros, por el hecho de que no estén protegidos por el art. 14 CE, ya que con este precepto no se trata de restarles la protección que se deriva para ellos de otros preceptos, como los que prohíben la arbitrariedad y exigen el respeto a la dignidad de la persona, sino de reforzar esa protección, agregándole la necesidad de superar el test de razonabilidad o de proporcionalidad, en lo cual sí habrá que estar a lo que resulte de la previsión contenida en el art. 13.1 CE para los extranjeros, en función de lo que decidan las leyes y los tratados.

Ahora bien, ciertamente, no son escasas las cláusulas de igualdad que se contienen en tratados suscritos por España, que, por mandato de la norma contenida en el art. 13.1 CE, obligan a plantearse si hemos de considerar extendido a los extranjeros el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación, al menos, en relación con los derechos reconocidos en tales tratados¹³. Así, podemos citar las cláusulas contenidas en los arts. 2 DUDH¹⁴, PIDCyP¹⁵ y PIDESyC¹⁶ y 14

Por su parte, H. D. HARASS («Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3 I GG», *NJW*, 1997, p. 2549) considera que cuando la diferencia está en la propia Constitución el escrutinio no debe ser el estricto. En la nuestra está en el propio art. 14.

¹² Es en este sentido en el que considero que debe entenderse la doctrina contenida en la STC 137/2000 (ponente, el magistrado Mendizábal Allende), aunque no integrara la *ratio decidendi* del fallo: «[...] no se puede discriminar en relación con el disfrute de este tipo de permisos penitenciarios por causa de la nacionalidad [...] del solicitante. Pues, a pesar de la literalidad de la redacción que se contiene en el art. 14 CE, a partir de la doctrina general que este Tribunal Constitucional ha elaborado en materia de extranjeros [...] se garantizan a todas las personas, y no sólo a los españoles, los derechos “imprescriptibles para la garantía de la dignidad humana” (STC 107/1984, F. 3) y no hay duda de que entre éstos debe inducirse el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Cfr. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, pp. 104-109.

¹³ Vid. BORRAJO INIESTA, *op. cit.*, pp. 759 y 760-762.

M. C. VIDAL FUEYO (*Constitución y extranjería*, Madrid, 2002, p. 161) afirma que «la remisión que el art. 10.2 CE hace a los textos internacionales disipa cualquier duda que pudiera mantenerse al respecto, pues las distintas declaraciones de derechos predicán una igualdad básica y universal para todos los seres humanos».

En mi opinión, es más bien lo que resulta de los arts. 13.1 y 96 CE, no tanto el art. 14 más el 10.2 CE.

M. ARAGÓN REYES («Encuesta en torno a la constitucionalidad de la ley de extranjería», *TyRC*, núm. 7, p. 12) considera que estos tratados, al reconocer a todas las personas ciertos derechos, no impiden diferencias de trato en el régimen jurídico del ejercicio de tales derechos, es decir, «impiden la igualdad, pero no la exacta paridad».

¹⁴ «1. 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» (art. 2.1).

¹⁵ «1. Cada uno de los Estados Parte del presente Pacto 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, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social» (art. 2.1).

¹⁶ «2. Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por razón de raza, color, sexo, idioma,

CEDH¹⁷. Es más, en los arts. 7 DUDH y, especialmente, 26 PIDCyP se contienen cláusulas de igualdad y prohibición de la discriminación tan generales, que son similares a la contenida en el art. 14 CE¹⁸, de modo que el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación habría quedado extendido con carácter general, esto es, no sólo en relación con los derechos reconocidos en este Pacto, sino como prohibición general de discriminar a los extranjeros o a algunos extranjeros por el hecho de serlo, según obligaría a entender lo establecido en los arts. 13.1 y 96 CE.

Creo que a esto obliga la regla contenida en el mismo art. 26 pr. PIDCyP —«Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley»—, aunque después no mencione la nacionalidad, sino el origen nacional¹⁹, ni cualquier condición personal, sino social, como criterios de diferenciación sospechosamente discriminatorios. Por tanto, la nacionalidad no es uno de los criterios sospechosos de distinciones discriminatorias, pero no por ello queda fuera del principio de igualdad ante la ley, ni de la prohibición general de discriminar en la protección de la ley, aunque sí permite entender que las diferencias de trato basadas en tal criterio no tienen por qué ser sometidas al test más estricto de proporcionalidad —la alternativa menos gravosa—, bastando con que superen el de razonabilidad menos estricto —una alternativa no excesivamente gravosa—.

También en el art. 1 del Protocolo núm. 12 al CEDH²⁰ se contiene una cláusula antidiscriminatoria, de ámbito general, esto es, no circunscrita a los derechos y libertades reconocidos en la Convención de Roma, a diferencia de la contenida en el art. 14 CEDH. Entre los criterios de diferenciación sospechosamente discriminatorios tampoco se encuentra la nacionalidad, aunque sí el origen nacional o la pertenencia a una minoría nacional.

religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social» (art. 2.2).

¹⁷ «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación» (art. 14).

¹⁸ «Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación» (art. 7 DUDH).

«Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social» (art. 26 PIDCyP).

¹⁹ La nacionalidad, como vínculo jurídico-político más fuerte entre una persona y un Estado, puede no coincidir con el origen nacional, relacionado más bien con la pertenencia a una nación, configurada por hechos diferenciales de tipo cultural, lingüístico, etc., no explicitados en cualquiera de los otros criterios de diferenciación sospechosos, de los mencionados en el mismo art. 26 PIDCyP. Así entendido, el origen nacional puede ser diferente, incluso, entre los nacionales de un mismo Estado y ser el mismo entre nacionales de diferentes Estados. Pues bien, establecer diferencias de trato por razón del origen nacional sí es sospechoso de trato discriminatorio, por lo que tales diferencias han de superar el test de proporcionalidad más estricto —el de la alternativa menos gravosa—, al menos, cuando afecten a la titularidad, al contenido o al ejercicio de un derecho fundamental.

²⁰ En vigor en España desde el 1 de junio de 2008.