

## LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LAS LEYES ESPAÑOLAS<sup>1</sup>

IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ\*

El *reto de ilustración* que Kant propone alienta la construcción entera del constitucionalismo, del cual los derechos fundamentales son parte integrante; y, en particular, en la concepción kantiana del hombre arraiga la única respuesta consistente para el problema jurídico de identificar los derechos fundamentales que corresponden a los extranjeros. En cualquier caso, los postulados constitucionales perfilados por Kant, y sus consecuencias en relación con los extranjeros, desde un principio se han hallado en tensión con el legado histórico de los Estados nacionales. Tal relación se resolvió en la historia constitucional de España de forma bien diferente a la que propone nuestra Constitución, vigente desde hace unos veinticinco años; y la última Ley de extranjería ha introducido en esos esquemas una alteración sustancial. Pero todo ello se comprenderá mejor remontándonos a los orígenes.

I. Para Kant, «*la Ilustración es la salida del hombre de su culpable minoría de edad*». La minoría de edad significa la incapacidad de

---

\* Profesor Titular de Derecho Constitucional, Departamento de Derecho Político, UNED.

<sup>1</sup> Se reproduce sin modificaciones en el texto, pero con las notas que allí naturalmente no se leyeron, la ponencia presentada en el Seminario Iberoamericano *Inmigración y Derecho* organizado por la Asociación de Profesionales Peruanos e Iberoamericanos, en el Ateneo de Madrid, el 25 de abril del 2003.

servirse de su propio entendimiento sin la guía de otro... *Sapere aude!* ¡Ten el valor de servirse de tu propio entendimiento!, he aquí el lema de la Ilustración... es posible que el público se ilustre a sí mismo, algo que es casi inevitable si se le deja en libertad... difundirán a su alrededor el espíritu de una estimación racional del propio valor y de la vocación de todo hombre a pensar por sí mismo... Para esta Ilustración únicamente se requiere libertad... la inclinación y vocación al pensar libre» capacita al pueblo para «*la libertad de actuar... hasta llegar a invadir los principios del gobierno*», permitiendo «tratar al hombre, que es algo más que una máquina, conforme a su dignidad»<sup>2</sup>. Pues bien, ese gobierno conforme a la dignidad del hombre «se funda en los siguientes principios *a priori*: 1. La *libertad* de cada miembro de la sociedad en cuanto *hombre*. 2. La *igualdad* de éste con cualquier otro, en cuanto *súbdito*. 3. La *independencia* de cada miembro de una *comunidad*, en cuanto *ciudadano*. Estos principios no son leyes que dicta el Estado ya constituido, sino más bien las únicas leyes con arreglo a las cuales es posible el establecimiento de un Estado en conformidad con los principios racionales»<sup>3</sup>.

Tales son los postulados sobre los que se asienta el Estado constitucional, tal es la imagen del hombre sobre la que descansa. Y en ella no hay lugar para la diferencia entre nacionales y extranjeros. Razona el propio Kant: «como el nacimiento no es una *acción* por parte del que nace, y consiguientemente no puede acarrear a éste ninguna desigualdad de estado jurídico..., resulta que no puede haber ningún privilegio innato...; y nadie puede legar a sus descendientes el privilegio de la *posición* que tiene dentro de la comunidad... Puede transmitir por herencia todo lo demás que es cosa (lo que no concierne a la personalidad, lo que como propiedad puede él adquirir y enajenar...)»<sup>4</sup>; pero, si nos atenemos a la lógica de este discurso, no podrá tenerse la nacionalidad como privilegio inalcanzable para los extranjeros.

---

<sup>2</sup> I. KANT, «Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?», en A. Maestre (ed.), *Qué es Ilustración*, Madrid: Tecnos, 1988, con textos de J. B. Erhard y otros, págs. 9 ss.

<sup>3</sup> I. KANT, «En torno al tópico: 'Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica'», en I. Kant, *Teoría y Práctica*, Madrid: Tecnos, 1986, pág. 27.

<sup>4</sup> I. KANT, *op. cit.*, pág. 31.

Dejemos a un lado, de momento, ciertos desarrollos unilaterales de estos postulados, que en parte encuentran justificación en el propio Kant, a fin de cuentas un hombre de su tiempo<sup>5</sup>. Lo cierto es que esa imagen ilustrada del hombre se enfrenta, ya desde los inicios del constitucionalismo, a una tensión que dificulta su elevación a principio ordenador del poder público.

En efecto, el poder público estatal surgido con la Edad Moderna suscitó de manera autoritaria, con el fin de estabilizar el propio dominio, el surgimiento de una Comunidad política integrada, asentada sobre sentimientos y valores comunes que no sólo trascienden los intereses específicos, sino que desactivan parcialmente su antagonismo en sociedades esencialmente conflictivas como son las de economía capitalista. Dicho con brevedad: el poder estatal creó la nación. El Estado liberal ulterior descansa sobre la ficción de que la Historia no determina el presente; por tanto, sería la libertad recién alcanzada la que produciría *ex novo*, de la nada, un orden social libre,

---

<sup>5</sup> Por ejemplo, en *op. cit.*, sobre «3. La *independencia (sibisufficientia)* de cada miembro de la comunidad en cuanto *ciudadano*, esto es, en tanto que colegislador», afirma: «En lo tocante a la legislación misma, todos los que son libres e iguales bajo leyes públicas ya existentes no han de ser considerados iguales, sin embargo, en lo que se refiere al derecho de dictar esas leyes. Quienes no están facultados para este derecho se hallan sometidos también, como miembros de la comunidad, a la obediencia de esas leyes, con lo cual participan en la protección que de ellas resulta; sólo que no como *ciudadanos*, sino como *coprotegidos*... aquel que tiene derecho a voto en esta legislación se llama *ciudadano (citoyen, esto es, ciudadano del Estado, no ciudadano de la ciudad, bourgeois)*» (págs. 33 s.). La restricción al principio general de acuerdo con el cual «una ley pública... no puede ser sino la voluntad del pueblo entero» (pág. 33) procede, «aparte de la cualidad *natural* (no ser niño ni mujer)» de «que uno sea *su propio señor (sui iuris)* y, por tanto, que tenga alguna *propiedad* (incluyendo en este concepto toda habilidad, oficio, arte o ciencia) que le mantenga» (pág. 34); se trata de una construcción contradictoria («Es algo difícil —lo confieso— determinar los requisitos que ha de satisfacer quien pretenda la posición de un hombre que sea su propio señor», pág. 34), que vincula personalidad y propiedad, dejando extramuros a los trabajadores por cuenta ajena. En cualquier caso, el principio de ciudadanía queda inmediatamente degradado a pura idea regulativa, en términos que abren la obra kantiana a la apropiación del liberalismo predemocrático: «se trata de una *mera idea* de la razón que tiene, sin embargo, su indudable realidad (práctica), a saber, la de obligar a todo legislador a que dicte sus leyes como si éstas *pusieran* haber emanado de la voluntad unida de todo un pueblo» (pág. 37).

una Sociedad civil autorregulada. Tal orden reposaba, en realidad, sobre la homogeneidad social articulada por el absolutismo, y especialmente sobre la hegemonía burguesa. Los fundamentos materiales de ese orden se han complicado hoy sobremanera<sup>6</sup>; pero el Estado constitucional, al menos en España y en los demás Estados de Europa, continúa apoyado en medida diversa sobre la forma del Estado nacional; esto es, sobre un sustrato de valores nacionales, de identidad cultural, se edifica un orden jurídico con los pilares de la libertad y de la dignidad del hombre.

De alguna manera, los Estados constitucionales son por ello íntimamente contradictorios, lo llegan a ser los propios textos de sus Constituciones, históricamente condicionados. Y la contradicción llega hasta el extremo de que, si el Estado se ocupa en adelante de garantizar los presupuestos de la subsistencia de una Comunidad política integrada, el mayor riesgo para su carácter constitucional viene precisamente de anclarla en la nacionalidad.

Así, la base del Estado nacional no son los hombres según su caracterización kantiana, sino «los españoles». «La soberanía nacional reside en el pueblo español», dice el art. 1.2 de la Constitución española de 1978. Tradicionalmente, la rúbrica constitucional dedicada a los derechos constitucionales rezaba «De los españoles», o «De los españoles y sus derechos», y comenzaba estableciendo las reglas de la nacionalidad de acuerdo con el *ius sanguinis*. A un lado quedaban los extranjeros, sin derechos ciudadanos; todo lo más protegidos por los derechos humanos, reconocidos no por la Constitución, sino por un Derecho internacional cuya efectividad se apoya en la desigual fuerza de los Estados.

Sin embargo, aun en ese contexto se formalizó un principio constitucional para el tratamiento de los extranjeros. El artículo 25 de la Constitución española de 1869 disponía que «todo extranjero podrá establecerse libremente en territorio español, ejercer en él su industria, o dedicarse a cualquiera profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas», precepto que fue reiterado en las Constituciones de 1873 y 1876; y en el artículo 31 de nuestra Constitución republicana de 1931,

---

<sup>6</sup> Cfr. A. LÓPEZ PINA, I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *Elementos de Derecho Público*, Madrid: Marcial Pons, 2002, págs. 55 ss.

«el derecho a emigrar o inmigrar queda reconocido...». Estos textos recogieron, en el marco del constitucionalismo, la progresiva doctrina sobre la *dignidad humana* desarrollada por la Escuela de Salamanca en el marco del *ius gentium*, antecedente del moderno Derecho internacional. En efecto, convendría recordar que Francisco de Vitoria utiliza esta *libertad de migrar* para calificar como *guerra justa* la colonización de América, amparándose precisamente en la resistencia de los naturales de aquellas tierras al establecimiento en ellas de los españoles<sup>7</sup>.

Pero no es ésta ocasión para polemizar sobre las doctrinas de la *guerra justa*, que han alcanzado de nuevo un muy discutible predicamento. Interesa más señalar que esos extranjeros, que podían acceder libremente a España, devenían españoles desde que hubieran «ganado vecindad en cualquier pueblo del territorio español» (art. 1 de la Constitución de 1869, que repite en este extremo el de las de 1837 y 1845, y que será sustancialmente reproducido en las Constituciones de 1873 y 1931). Por tanto, y de nuevo sobre la tradición que encarna Francisco de Vitoria<sup>8</sup>, la vecindad civil, que determina

---

<sup>7</sup> FRANCISCO DE VITORIA, *Relectio de Indis*, Madrid: CSIC, 1989, lo menciona justamente como el primero de los «títulos legítimos por los cuáles pudieron venir los indios a poder de los españoles»: «Primera tesis: los españoles tienen derecho a emigrar a aquellos territorios y a permanecer allí, a condición de que no causen daño a los indios, y éstos no pueden prohibírselo» (pág. 99). Sobre este punto, que constituye la «clave hermenéutica» que permite atribuir coherencia a la obra de Vitoria (págs. 31 y ss.), *cfr.* I. TRUJILLO PÉREZ, *Francisco de Vitoria: Il diritto alla comunicazione e i confini della socialità umana*, Torino: Giappichelli, 1997.

<sup>8</sup> Que dentro de este primer título legítimo señala, como «cuarta tesis: Es más, si allá le nacieran hijos a un español y quisieran éstos ser ciudadanos del país, no parece que se les pueda negar la ciudadanía o las ventajas de los demás ciudadanos. Me refiero a los padres domiciliados allí. Prueba: es de derecho de gentes, al parecer, que quien ha nacido en una ciudad se llame y sea ciudadano de ella. Razón confirmativa: como el hombre es animal político, aquel que ha nacido en una ciudad no es ciudadano de otra ciudad. Porque si no fuera ciudadano de la ciudad natal, no sería ciudadano de ninguna; y esta situación le dejaría privado de lo que le corresponde por derecho natural y de gentes. Es más, parece que quien quiere domiciliarse en alguna ciudad de aquellos naturales tomando, por ejemplo, esposa o por los otros medios por los que los demás extranjeros suelen adquirir la ciudadanía, no parece que pueda prohibírselo más que a otros, y por consiguiente puede gozar de los privilegios de los ciudadanos como los demás, con tal que acepte también las cargas como los demás» (págs. 102 y ss.).

la sujeción a las Leyes civiles, otorgaba la nacionalidad, esto es, el derecho a participar mediante representantes en su elaboración.

Todo ello resulta coherente con el contexto constitucional que se abre con la revolución francesa, cuya «lógica liberal, igualitaria y universal habría debido conducir, sin duda, al triunfo de la libre elección de residencia como criterio de atribución de la nacionalidad»<sup>9</sup>. Porque la idea básica del Estado constitucional es *el hombre*. Y éste, de acuerdo con la idea ilustrada en la que se apoya el Estado constitucional, de acuerdo con Kant, no puede ser sólo *persona y súbdito*, sino que necesariamente ha de ser también *ciudadano*. La legitimidad del Estado constitucional no tolera sujetos al Derecho que no sean, a un tiempo, sujetos activos de su producción, sujetos del Derecho. Desde una perspectiva ciertamente diferente, la revolución americana proclamó un principio de consecuencias similares: *ningún impuesto sin representación*.

En ese contexto, la limitación de los derechos de los extranjeros quizá pudiera ser comprendida. La Constitución es una norma que se dan los nacionales para sí mismos, los derechos constitucionales sólo a ellos les protegen... desde el supuesto de que la nacionalidad no es un privilegio hereditario, sino que resulta accesible a quien libremente desee establecerse en el territorio del Estado.

**II.** Hoy, sin embargo, la situación ha cambiado. No hace falta reseñar las restricciones a la libre entrada en territorio español, ni las dificultades que existen para el acceso a la nacionalidad española. Por eso, los derechos constitucionales, de continuar siendo comprendidos como derechos exclusivos de los españoles, se convertirían en un privilegio contrario a la dignidad misma de los extranjeros, cuya personalidad no sería reconocida<sup>10</sup>.

Sin embargo, la Constitución española no mantiene tan radical restricción. Al contrario, afirma que los extranjeros gozarán de las libertades públicas que se garantizan en ella en los términos que esta-

---

<sup>9</sup> Luis María Díez-PICAZO, *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Madrid: Civitas, 2002, pág. 52.

<sup>10</sup> Para Kant, sólo recibe la consideración de hombre «un ser que, en general, es capaz de tener derechos» («En torno al tópico: “Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica”», en I. KANT, *Teoría y Práctica*, Madrid: Tecnos, 1986, pág. 28).

blezcan los Tratados y la Ley (art. 13.1). Ello no significa, no puede significar que son titulares de los derechos fundamentales en la medida en que se los reconozca la Ley, porque supondría una contradicción lógica: unos derechos concedidos por la Ley, y que por tanto ésta puede retirar, no son derechos fundamentales en sentido propio, esto es, derechos garantizados por la norma jurídica fundamental del Estado, por la Constitución.

Pero tampoco se ha admitido que los derechos fundamentales corresponden a los extranjeros en igualdad de condiciones que a los españoles. El Tribunal Constitucional, al menos desde la STC 107/1984<sup>11</sup>, ha distinguido varios grupos de derechos «sin un fundamento constitucional más patente que el de la vaga noción de la dignidad humana... con un método abstracto de elaboración doctrinal»<sup>12</sup>:

1. los que son propios de toda persona humana, inherentes a su dignidad, que han de tener por igual los nacionales y los extranjeros;
2. aquellos derechos en los que parece posible que el legislador establezca una regulación diferente para los españoles y los extranjeros, siempre que se respete para todos el denominado contenido esencial de los derechos;
3. en tercer lugar, derechos que en principio corresponden sólo a los ciudadanos españoles, y no a los extranjeros, sin perjuicio de que el legislador pueda decidir que se los concede;
4. derechos que en ningún caso pueden tener éstos, como el de sufragio en las elecciones a órganos legislativos;
5. derechos constitucionales, en fin, que sólo corresponden a los extranjeros, por ejemplo el derecho de asilo.

---

<sup>11</sup> Sobre la evolución de esta jurisprudencia, *cfr.* M. APARICIO WILHELMI, «El reconocimiento constitucional de los derechos de las personas extranjeras: breve aproximación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en VV.AA., *Derecho de la inmigración, Derecho de la integración. Una visión múltiple: Unión Europea, Canadá, España, Quebec, Cataluña*, Jornadas en Girona, 18 y 19 de enero de 2002.

<sup>12</sup> J. ASENSI, «Encuesta sobre la Ley de extranjería y la Constitución», *TRC* n.º 7, pág. 20 (*cfr.* también pág. 33, donde añade: «sin que ello suponga menosprecio alguno de la importancia del valor de la dignidad como criterio hermenéutico»).

Pero esta clasificación no es satisfactoria, porque tergiversa el sentido del criterio que utiliza. En efecto, la ubicación de los derechos en uno u otro grupo depende, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, de su mayor o menor vinculación con la dignidad de la persona. Tal razonamiento procede quizá de Alemania, donde existe un específico derecho a la dignidad humana, que es el que se reconoce a los extranjeros, y que se extiende hasta hacerlo coincidir con ciertos *contenidos esenciales* de otros derechos constitucionales que, sin embargo, no se les atribuyen específicamente. En esa medida sirve, quizá no para identificar el *contenido esencial* de los derechos fundamentales en términos generales, pero sí, sin duda, para determinar el alcance de la protección constitucional de los extranjeros. En España, sin embargo, la dignidad de la persona no es un derecho, sino un argumento con apoyo expreso en el texto constitucional. Por eso, el Tribunal Constitucional no le atribuye el alcance de determinar los derechos que los extranjeros tienen, lo cual sería excesivo: ello debe proceder del análisis del propio derecho. Su alcance único es permitir una diferente regulación del ejercicio de derechos que los extranjeros tienen, sin que, en ningún caso, se afecte a su contenido esencial. De ese modo, se alcanzan conclusiones tan aventuradas como la que escinde dignidad humana y derechos de carácter social y político, de algún modo vinculados a la ciudadanía<sup>13</sup> y delimitados por el orden público<sup>14</sup>; como si la participación en la vida social y colectiva no fuera expresión esencial del reconocimiento social de la dignidad. E incluso se separan dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad, de modo que cabría entender que se reconoce dignidad a quien no se permite el libre desarrollo de sus cualidades personales<sup>15</sup>.

En definitiva, se atribuye a la dignidad humana —valor absoluto que no puede estar sujeto a ponderación, a límites o recortes— la paradójica función de permitir, mediante su concreción debilitada en un derecho, que éste sea restringido en su protección. Y ello es posible justamente porque la dignidad de la persona en la Constitución

<sup>13</sup> M. ARAGÓN, «Encuesta sobre la Ley de extranjería y la Constitución», *TRC* n.º 7, pág. 11.

<sup>14</sup> A. PÉREZ CALVO, «Encuesta sobre la Ley de extranjería y la Constitución», *TRC* n.º 7, págs. 46 s.

<sup>15</sup> M. ARAGÓN, *op. cit.*, págs. 14 y 15, a los efectos de entender que la libertad de asociación y la enseñanza no obligatoria se corresponden no con la dignidad, sino con el libre desarrollo de la personalidad.



española es objeto de un reconocimiento menguado, en la medida en que ella misma no es considerada como derecho fundamental. De este modo, la dignidad del sujeto queda fragmentada en múltiples derechos, sin que desde ellos quepa recomponer su esencial integridad. Al desglosarla en derechos singulares, como hace el Tribunal Constitucional, se pierde su referencia esencial a la persona que es su soporte, y que no puede ser considerada como mera adición de intereses particulares<sup>16</sup>.

Esa lógica de la dignidad menguada tiene un efecto disolvente. En adelante no estamos ante derechos del hombre libre en una sociedad libre, que se configura a través de la participación de todos; la libertad deja de ser una cualidad de la sociedad y del individuo recíprocamente referidos. La imagen del hombre parece no ser ya la de la persona física dotada de dignidad, a la que por ello se le atribuye una libertad fundamental especificada en derechos singulares; antes bien, la personalidad queda configurada por el Derecho constitucional positivo diferenciadamente, como un mero agregado de derechos subjetivos singulares. Por tanto, no es ya inconcebible que al extranjero se reconozcan sólo algunos de ellos, o que otros sean regulados en forma restrictiva: porque no está en juego una dignidad unitaria, sino sólo el ámbito de aplicación de concretas disposiciones constitucionales.

Este marco remite en buena medida a la Ley la determinación final de la protección que la Constitución ofrece a los extranjeros. Ello permite al menos que el legislador asuma, de acuerdo con los postulados constitucionales, la necesidad de una amplia garantía. No ocurre así entre nosotros. No tenemos tiempo ahora para detallar las transformaciones sociales y los avatares políticos que han conducido hasta la regulación actual. Lo cierto es que la Ley de finales del año 2000 regula tales derechos de manera tan restrictiva que, a mi juicio, es incompatible incluso con ese marco constitucional cuya inconsistencia acabo de deplorar.

En efecto, la Ley priva de ciertos derechos constitucionales a los inmigrantes que se encuentran en España en situación irregular.

---

<sup>16</sup> Cfr. Ignacio GUTIÉRREZ, «La dignidad menguada», ponencia en el V Seminario Internacional del Instituto Iberoamericano de Estudios Constitucionales, *Contra el consenso: una mirada crítica a 25 años de Constitución*, celebrado en la Universidad de Alicante los días 3 y 4 de abril de 2003.

Supongamos que son derechos que tienen una vinculación débil con la dignidad humana, y que por tanto el legislador tiene cierta libertad a la hora de introducir limitaciones a los mismos, que no está obligado a reconocerlos en los mismos términos que para los españoles. En cualquier caso, de acuerdo con la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, debería ser respetado su contenido esencial. No ocurre así, pese al artificio de reconocer la titularidad del derecho y, sin embargo, no permitir su ejercicio: pues, de acuerdo con la Ley, todos son titulares del derecho, que podrán ejercer sólo los que hayan obtenido la autorización de residencia. ¿Qué sentido tiene esta distinción entre titularidad y ejercicio de derechos fundamentales como los de reunión, manifestación o asociación? Ninguno. En realidad, se consideran con ella los derechos fundamentales desde los criterios dogmáticos de la teoría tradicional de los derechos patrimoniales, del derecho de propiedad<sup>17</sup>. En él sí cabe distinguir entre titularidad y ejercicio. Mas las libertades de reunión o de asociación, si no se pueden ejercer, ¿en qué consisten? La eliminación del ejercicio genérico en que consiste el derecho constitucionalmente reconocido equivale a suprimir su contenido esencial.

En otras ocasiones he expuesto más argumentos técnicos que explican la inconstitucionalidad de esta Ley<sup>18</sup>, pero no parece necesario detenerse ahora en sutilezas dogmáticas. Resulta prioritario señalar un problema más profundo: La privación a los residentes irregulares de esos derechos, justamente de ellos, supone una agresión al conjunto de los demás derechos que se les reconocen. Porque la garantía de los derechos no reside sólo en su protección judicial por parte de los tribunales, incluido el Tribunal Constitucional. Los derechos no los concede simplemente el Estado, que asimismo prevé unos mecanismos para garantizarlos; los derechos se conquistan, se imponen y se sostienen a través de fuerzas sociales concretas beneficiarias de los mismos. Por ello, la primera garantía de los derechos desde una perspectiva histórica, su garantía sustancial, es la que se logra a través de la articulación social de sus titulares, a través de su capacidad para constituirse en grupo social con relevancia pública. El Estado constituye una garantía adicional sólo en cuanto Estado democrático y para los derechos de los ciudadanos, que participan

---

<sup>17</sup> J. ASENSI, *op. cit.*, pág. 33.

<sup>18</sup> Ignacio GUTIÉRREZ, «Constitución española, derechos de los extranjeros», *Jueces para la Democracia*, n.º 41, 2001, págs. 19 ss.

en la adopción de las decisiones políticas. Esto es, en cuanto la fuerza social que ha logrado los derechos de libertad ha conquistado asimismo los derechos de ciudadanía, y por ello interviene como fuerza política para determinar la voluntad del Estado.

Así, los derechos de los extranjeros quedarían perfectamente garantizados en España si se les concediera derecho de sufragio, aunque sólo fuera en las elecciones municipales: los partidos políticos tratarían de atraerse sus votos; en lugar de limitarse a apelar a la xenofobia latente en muchos ciudadanos, tendrían que dedicarse a convencer a los inmigrantes. Entretanto, sin fuerza política en la que puedan apoyarse los extranjeros irregularmente establecidos en España, toda restricción de los derechos de reunión, manifestación, asociación, sindicación o huelga, la limitación de su capacidad para articularse socialmente, implica una simultánea privación de las garantías inherentes a los demás derechos que formalmente se les atribuyen. No cabe romper «la trabazón interna que todo el sistema de derechos implica... privando a los extranjeros irregulares de los medios para reivindicar y sostener su estatus»<sup>19</sup>. Frente a la acción sistemática de los poderes públicos y de la sociedad, la protección de los jueces resulta sólo ocasional.

El problema de los extranjeros, a los que se veda que se articulen como grupo social para defender por sí mismos sus derechos, es que éstos tampoco son considerados como cosa propia por los demás. En general, la violación de los derechos de un ciudadano se contempla como una agresión potencial a los derechos de cualquier otro, que es esencialmente igual a él. Por eso todos están en disposición de luchar por los derechos, aunque ellos mismos no hayan sido perjudicados. El extranjero es visto como alguien extraño, cuyo desamparo no concierne a los ciudadanos porque no puede nunca afectarles. Lo que es falso: todos son en el propio país potenciales extranjeros<sup>20</sup>, incluso extranjeros irregulares, al menos mientras no se acrediten como nacionales.

**III.** La inmigración es decisiva para el futuro político de España, de Europa y del mundo entero; e igualmente proporciona el impulso fundamental en el actual desarrollo de los principios jurí-

---

<sup>19</sup> J. ASENSI, *op. cit.*, pág. 35. Cfr. P. BIGLINO, «Encuesta sobre la Ley de extranjería y la Constitución», *TRC* n.º 7, págs. 43 y 51.

<sup>20</sup> J. ASENSI, *op. cit.*, pág. 35.

dico-constitucionales. Pero no resulta posible tratar ahora todos los aspectos relacionados con los movimientos migratorios, ni las medidas políticas o sociales que les afectan. Me he limitado a destacar de qué modo los postulados constitucionales, más allá de su concreción positiva en uno u otro texto constitucional, tienen una lógica que lleva inexorablemente a optar por la Ilustración y por el hombre, incluso a costa del romanticismo y de la nación. Nuestra Constitución es seguramente defectuosa, pero no tanto como para amparar leyes que niegan a los extranjeros su dignidad. Y ni siquiera sus defectos serán obstáculo para un movimiento social que apueste por el único orden verdaderamente legítimo, el que descansa en la igualdad de derechos y en la libre participación en la vida pública de todos los sometidos al Derecho, con independencia de su nacionalidad.

Esas ideas de igualdad y participación son inherentes a la dignidad de la persona. Entretanto no se reconozcan, la dignidad permanecerá degradada o menguada. Una dignidad degradada es indignante, causa de indignación. La fuente que abastece la reivindicación de la propia dignidad; la lucha por el Derecho con mayúscula. No la lucha por los derechos limitados y limitables, la pugna por imponer los minúsculos derechos consagrados por la ley o incluso por la Constitución, sujetos a un régimen jurídico que necesariamente los constriñe; sino la lucha por el Derecho, entendido como regla de comportamiento colectivo fundada en el reconocimiento recíproco de la dignidad de cada cual. Esa es la lucha por el derecho de la que habla Ihering, que no restringe su alcance en este caso al particular *interés protegido por la Ley*, sino que lo eleva hasta la propia Ley, que es condición necesaria de la existencia moral de cada uno<sup>21</sup>. La lucha

---

<sup>21</sup> R. IHERING, *La lucha por el derecho*, Madrid: Civitas, 1985, que recoge la traducción de Adolfo Posada e incluye el significativo «Prólogo» escrito en 1881 para aquella primera edición en castellano por Leopoldo Alas *Clarín*. Sobre cómo el nivel de los intereses es trascendido y se accede al de la personalidad, *cfr.* págs. 71 ss. (es «su personalidad, su sentimiento del derecho, y la estima que a su propio valor se debe, lo que está en litigio, pág. 75), 77 ss. («la vida material no es toda la vida del hombre, tiene que defender además su existencia moral, que tiene por condición necesaria el derecho; es, pues, condición de tal existencia que posea y defienda el derecho. El hombre sin derecho se rebaja al nivel del bruto», pág. 77); («todo individuo atacado defiende en su derecho las condiciones de su existencia moral», pág. 84). Sobre la relación entre derecho subjetivo y derecho objetivo, que transforma la lucha por el primero en defensa del segundo, págs. 97 ss. (pág. 99: «el hombre lucha, pues, por el dere-

por el Derecho, pues, incluso contra la Ley arbitraria o injusta. Una lucha de la que sólo pueden ser protagonistas las mujeres y los hombres concretos, y que el Estado constitucional está llamado a hacer posible reconociéndoles plena dignidad. En otro caso, será legítimo, incluso obligado, imponerla<sup>22</sup>.

La *Oratio de hominis dignitate*, de Pico della Mirandola, el gran humanista del Renacimiento, en realidad es el discurso de intro-

---

cho todo, defendiendo su derecho personal en el pequeño espacio en que lo ejerce», logrando que «la autoridad y la majestad de la ley sean protegidas»; pág. 101: «defendiendo el individuo su derecho defiende la ley, y en la ley el orden establecido como indispensable para el bien público»; pág. 105: «La lucha por el derecho es, pues, a un mismo tiempo una lucha por la ley»).

<sup>22</sup> Con un argumento propio del imperativo categórico kantiano, negando la legitimidad de la generalización de la regla (págs. 75, 89 s.: «si se erigen en regla de conducta, ¿qué sería del derecho?», 99), impone Ihering la lucha por el derecho como deber: «Resistir a la injusticia es un *deber* del individuo para *consigo mismo*, porque es un precepto de la existencia moral; es un *deber* para con la *sociedad*» (pág. 76; *cfr.* págs. 101 s.).

Sobre «Dignidad y respuesta: el imperativo de la no genuflexión», *cfr.* igualmente V. GÓMEZ PIN, *La dignidad. Lamento de la razón repudiada*, Barcelona/Buenos Aires/México: Paidós, 1995, págs. 71 ss. Sin embargo (págs. 81 ss.), desatiende la posibilidad de reivindicar la dignidad a través del Derecho, considerado como mera razón instrumental, sin apreciar que resulta ante todo, y especialmente a partir de Kant, condición de posibilidad de la dignidad de todos. Es cierta la inadecuación objetiva para restaurar la dignidad «de un código que no distingue entre intereses del sujeto y dignidad del sujeto» (pág. 83; sobre esto mismo precisamente Ihering, págs. 119 ss.); más por ello la primera exigencia, en su caso *si contra el Derecho*, debe ser la de sustantivar la garantía jurídica de la dignidad. La justicia no sólo mantiene una compleja relación dialéctica con la caridad (V. Gómez Pin, págs. 49, 52 ss., donde sin embargo no se aprecia con la debida claridad la estructura de esa relación), sino también con la satisfacción privada.

No cabe ahora tratar sobre el derecho de resistencia frente a la ley injusta o la revolución; en cualquier caso, resulta significativo contrastar los criterios de Kant («En torno al tópico: “Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica”», en I. KANT, *Teoría y Práctica*, Madrid: Tecnos, 1986, págs. 38 ss.), y de IHERING (que cita al personaje Miguel Kohlhaas, de Kleist: «El que me niega la protección de las leyes me destierra entre los salvajes del desierto y pone en mis manos la maza con que debo defenderme», y valora luego su conducta: «el haber mantenido la humana dignidad, sosteniendo lo justo, eleva su corazón sobre los horrores de la muerte», págs. 108 y ss. de *La lucha por el derecho*, *cit.*).

ducción de la nunca celebrada disputa sobre sus *Novecientas tesis*, y termina de este modo, que yo deseo emplear igualmente aquí para abrir ahora el debate: «que el acontecimiento sea fecundo y favorable, y, como convocados por la corneta, desatemos ya las hostilidades»<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Giovanni PICO DELLA MIRANDOLA, *Discurso sobre la dignidad del hombre* (edición y traducción de Pedro J. Quetglas), Barcelona: PPU, 1988, págs. 108 s.