

LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL¹

Javier Tajadura Tejada

Sumario: I.Introducción. II. El marco constitucional. III. La doctrina del Tribunal Constitucional. IV. La Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. V. Los derechos y libertades de los extranjeros en la LO 8/2000. 1.El derecho a la documentación (art. 4).2.El derecho a la libre circulación y residencia (art. 5).3.El derecho a la participación política y a intervenir en asuntos públicos (art. 6).4.Los derechos de reunión, manifestación y asociación (art. 7 y 8).5.El derecho a crear partidos políticos (STC 48/2003).6.El derecho a la educación (art. 9).7.El derecho a la libertad sindical y de huelga (art.11).8.El derecho a la asistencia sanitaria (art. 12).9.El derecho a solicitar ayudas en materia de vivienda (art. 13). VI.Garantías constitucionales de los derechos de los extranjeros en España.1.El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 20.1).2.El derecho a los recursos (art. 21.1).3. Derecho a la asistencia jurídica gratuita y de intérprete (art. 22). VII.Problemas de constitucionalidad de la LOEX. 1.¿Resultan constitucionalmente admisibles las limitaciones de los derechos y libertades de los extranjeros que establece la LOEX?.2.¿Tiene sentido la distinción realizada por la ley entre titularidad y ejercicio de los derechos?.3.¿Puede considerarse la residencia legal en España un criterio constitucionalmente admisible para establecer diferencias en la regulación del ejercicio de determinados derechos y libertades?.4.¿Debería garantizarse también el derecho de huelga a quienes ejercen actividad laboral al margen de los requisitos legales?.5.¿Son constitucionalmente admisibles las limitaciones impuestas al derecho de asistencia jurídica gratuita?. La STC 95/2003. VIII. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN.

En toda teoría o sistema de derechos fundamentales, la problemática referida a la titularidad de los mismos presenta dos manifestaciones de indudable interés para el jurista. Una de ellas es la relativa a la titularidad de derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas, cuestión esta que dista mucho de haber encontrado una respuesta definitiva. La otra es la que constituye el objeto de la Ponencia que se me ha

¹ Este trabajo tiene su origen en la Ponencia presentada por el autor en un curso de formación del Centro de Estudios de la Administración de Justicia, celebrado en el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, los días 25 y 26 de marzo de 2004. El curso se organizó bajo la dirección del fiscal Luis Lafont Nicuesa. Quisiera dejar constancia, en esta nota introductoria, de mi agradecimiento al director del curso por las observaciones realizadas. Agradecimiento que hago extensivo al profesor Javier Ruipérez Alamillo, quien también ha contribuido a mejorar el presente trabajo, y me ha brindado la posibilidad de que viera la luz en este Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña, con cuyo Area de Derecho Constitucional me honro en colaborar.

encomendado, la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros².

En los últimos tiempos, el estatuto jurídico de los extranjeros ha provocado en España una intensa polémica política. Controversia que se ha traducido jurídicamente en la interposición de nueve recursos de inconstitucionalidad contra la vigente Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración Social (en adelante LOEX). En este sentido, y como advertencia previa, me gustaría señalar que mi exposición y análisis del tema pretenden huir tanto de un positivismo legalista que no tiene encaje en una Democracia Constitucional entendida como orden material de valores, como de lo que me atrevo a calificar de “fundamentalismo de los derechos” que por muy loables intenciones que persiga, tampoco tiene encaje en el marco normativo constitucional.

El estatuto jurídico del extranjero debe situarse en un marco configurado básicamente por la Constitución española (artículos 13 y 10), los Tratados Internacionales sobre la materia, la legislación específica de extranjería, esto es la LO 4/2000 modificada por la LO 8/2000, y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (especialmente STC 107/84, 99/85, 115/87, 112/91, 94/93, 196/93 y 95/2003). Esta última adquiere una importancia fundamental. Y es que, efectivamente, existen dos ámbitos en los que la labor no sólo hermeneútica, sino también, me atrevo a decir, auténticamente conformadora, del Tribunal Constitucional, ha resultado crucial. Dichos ámbitos son los referidos a la organización territorial del Estado y los derechos fundamentales. Por ello, el análisis de la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional de España ocupará un lugar central en esta exposición. Exposición que voy a dividir en dos partes: la primera la dedicaré a exponer el marco constitucional del régimen jurídico de los extranjeros tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional; y, en la segunda, abordaré la regulación de los derechos y libertades de los extranjeros en la LOEX, así como las garantías jurídicas de los mismos, y la conformidad o no de dicha regulación con la jurisprudencia constitucional sobre el tema. Aunque la última palabra corresponderá siempre al Tribunal Constitucional, asumiré el riesgo de formular mi propia opinión al respecto.

II. EL MARCO CONSTITUCIONAL.

El punto de partida imprescindible para el estudio del régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España se encuentra en la Constitución. En este sentido, la doctrina ha subrayado que nuestra Constitución de 1978 contempla con una muy notable amplitud los derechos de los extranjeros. Así por ejemplo, el profesor Alzaga, que a su condición de Catedrático une la de haber formado parte de las Cortes Constituyentes, señala que nuestro Texto Fundamental ha construido una amplia, generosa y avanzada tutela de los derechos fundamentales de los extranjeros, llegando a afirmar que en ningún país del mundo un extranjero dispone de un elenco de derechos y libertades garantizado más amplio que en España³.

2 CRUZ VILLALON, P.: “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros y las personas jurídicas” en *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, 1999. Pág. 193-204.

3 ALZAGA, O.: *Derecho Político Español según la Constitución de 1978*, 2ª edición, Madrid, 1998. Pág. 53. En el mismo sentido, FERNANDEZ SEGADO, F.: “El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España. Reflexiones en torno a la constitucionalidad de la LO 8/2000, de 22 de diciembre” en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 2001. Pág.67. Opinión esta que ha sido también expresada en sede jurisdiccional: Voto particular formulado por los Magistrados Tomás y Valiente, Rubio Llorente y García-Mon, a la STC 115/87, de 7 de julio, que luego examinaremos.

Dos son, inicialmente, los preceptos de nuestro Texto Fundamental que configuran el estatuto jurídico del extranjero. En primer lugar el artículo 13, apartado primero que dispone lo siguiente:

“Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la Ley”.

De este precepto se deduce, por un lado, que los extranjeros son titulares de los derechos y libertades reconocidos a los españoles; por otro, que las condiciones de ejercicio de dichos derechos y libertades se remiten a lo que dispongan los Tratados y la Ley. Esta disposición constitucional ha sido definida, acertadamente, como “una unidad compleja al borde de la fractura”⁴. Para evitar esta fractura, y superar la tensión interna del precepto, tendremos que considerar, como veremos después, que la remisión al legislador orgánico e internacional, no significa que quede en sus manos el entero contenido de los derechos y libertades reconocidos por el constituyente a favor de los extranjeros. Dicho con otras palabras, el problema principal que dicho precepto plantea no es otro que determinar el alcance de esa remisión, esto es, establecer con claridad, los límites que el legislador orgánico deberá, en todo caso, respetar.

Por otro lado, el apartado segundo del artículo 13 contiene la excepción a ese reconocimiento general de derechos a favor de los extranjeros:

“Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”.

El artículo 13. 2 confirma, implícitamente, el significado que hemos dado al artículo 13. 1. Excepto el artículo 23, que sólo tendrá como titulares a los españoles —exclusividad relativizada por la propia excepción contenida en el propio artículo—⁵, parece que todos los demás derechos y libertades que la Constitución proclama tienen como titulares a españoles y a extranjeros, aunque respecto a estos últimos, el ejercicio de los derechos vendrá condicionado por lo dispuesto en los Tratados y en la Ley. Y digo parece, porque como veremos después, es preciso acudir a la literalidad de cada una de las disposiciones constitucionales que recogen derechos y libertades para comprobar esta afirmación.

Junto con el artículo 13, el artículo 10, primero del Título I, “De los derechos y deberes fundamentales”, es el otro pilar constitucional sobre el que debe construirse el estatuto jurídico del extranjero. Dicho precepto, como es bien sabido, contiene el presupuesto axiológico de todo el ordenamiento⁶:

4 ALVAREZ-OSSORIO, F.: “Los derechos fundamentales de los extranjeros en España” en *El nuevo derecho de extranjería* (Andrés Rodríguez y César Hornero, coord.), Granada, 2001. pág. 31.

5 La conexión histórica existente entre el derecho de participación política y el estatuto de ciudadanía explica y justifica esta excepción. Por todos, PEREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, 1999. Pág. 262-64.

6 Para comprender los orígenes, significado y alcance de la dignidad de la persona como presupuesto axiológico del Estado Constitucional, resulta imprescindible un brillante y sugerente ensayo del profesor Peces-Barba a cuya lectura me remito: PECES-BARBA, G.: *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Madrid, 2ª edición, 2003. Sobre la dignidad humana como fundamento del orden político resulta de interés la obra del profesor HABERLE, P.: *La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional*, Lima, 2001. Y en la doctrina española, LUCAS VERDU, P.: “Persona, derechos fundamentales y pluralismo en la Constitución de 1978” en *Curso de Derecho Político, Volumen IV*, Madrid, 1984. Pág. 318-325; así como la monografía de ALEGRE MARTINEZ, M. A.: *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, León, 1996; y el estudio de FERNANDEZ SEGADO, F.: “La dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional español” en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 43. 1995, Pág. 49-80.

“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

Fácilmente se concluye que el marco constitucional resulta confuso e insuficiente, y permite interpretaciones muy variadas. Es por esta razón por lo que la jurisprudencia de quien, por imperativo constitucional, es el intérprete supremo y último de la voluntad del constituyente, adquiere una importancia decisiva.

En todo caso, y para situar el tema, conviene recordar que, desde una perspectiva teórica, la cuestión que vamos a abordar ha estado presente en los inicios de todo proceso constituyente, me refiero, claro está, a la distinción entre libertad natural y libertad civil, o, dicho con otras palabras, entre derechos humanos y derechos fundamentales. De los primeros son titulares todas las personas en cuanto personas, mientras que la titularidad y las condiciones del ejercicio de los segundos dependerá de lo que haya dispuesto el Poder Constituyente⁷. Esto es lo que explica que siga siendo válida la afirmación de Schmitt en el sentido de que, la única distinción admisible en el seno de un Estado Constitucional, es la de ciudadano y no ciudadano⁸.

III. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

En 1984, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional se pronunció, por unanimidad, sobre el significado y alcance de la previsión contenida en el artículo 13. 1 de la Constitución (STC 107/84). En el Fundamento Jurídico tercero de dicha sentencia se rechaza tajantemente que los derechos de los extranjeros hayan quedado desconstitucionalizados al mismo tiempo que se afirma, de forma un tanto contradictoria, que todos ellos son de configuración legal. Según el Alto Tribunal, la remisión que el artículo 13. 1 hace a la ley:

“No supone, sin embargo, (...) que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los Extranjeros gozarán en España de las libertades que le atribuyan los tratados y la Ley, sino de las libertades ‘que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley’ de modo que 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, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal”.

De esta declaración del Tribunal, pudiera parecer que el legislador orgánico e internacional es completamente libre para configurar como desee el contenido de todos y cada uno de los derechos contenidos en el Título Primero de la Constitución a favor

⁷ En todo proceso constituyente se dan siempre tres momentos, el de la libertad, el del pacto social y el del acto constitucional. Como nos recuerda el profesor Ruipérez para Wise (1717) la esencia del momento de la libertad es clara: de lo que se trata es, tan sólo, de determinar la ‘libertad civil’ que va a corresponder a los ciudadanos de la nueva comunidad política. Libertad civil que, para Wise, no es otra cosa que aquella parte de la libertad natural que permanece en manos de los individuos una vez que éstos han abandonado el estado de naturaleza para entrar en la sociedad civil. La materialización de esa libertad civil se concretará en un mínimo que, en todo caso, ha de corresponder ‘con la libertad de los hombres ingleses’. “Sienta, de esta suerte, Wise –escribe el profesor Ruipérez– las bases para la posterior distinción entre los derechos humanos, la libertad natural, y los derechos fundamentales, la libertad civil, que gravitará inevitablemente sobre la problemática de los derechos fundamentales desde que, con la aprobación, el 12 de junio de 1776, del Bill of Rights de Virginia, comenzó su propia Historia”. RUIPEREZ; J: Proceso Constituyente, soberanía y autodeterminación, Madrid, 2003. Pág. 263.

⁸ SCHMITT, C. Teoría de la Constitución, Madrid, 1992. Pág. 224-225.

de los extranjeros con la única limitación negativa de que no puede extender a estos el derecho de participación política del artículo 23. Ahora bien, el Tribunal en el mismo Fundamento y Sentencia citados, va a rechazar tal posibilidad, alegando el propio carácter fundamental de los derechos en juego:

“Esta configuración (legal) puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehuye esta terminología ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al artículo 10. 1 de nuestra Constitución, constituye el fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos con relación a los españoles”⁹.

Resulta claro, por tanto, que para nuestro supremo intérprete de la Constitución, la libertad de configuración del legislador no alcanza a aquellos derechos que por su propia naturaleza resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana. De modo que lo que el legislador disponga sobre estos derechos no podrá venir determinado en función de la nacionalidad de los sujetos titulares¹⁰.

Así las cosas, en este decisivo y crucial fundamento jurídico advertimos una contradicción notable¹¹. Por un lado, el Tribunal afirma que todos los derechos de los extranjeros, sin excepción, son de configuración legal, y por otro, excluye, expresamente, algunos de ellos, de esa libertad de configuración. La contradicción debe resolverse a favor de la segunda afirmación, esto es, son de configuración legal todos los derechos de los extranjeros salvo los directamente conectados con la dignidad de la persona.

Por otro lado, y establecido esto, resulta evidente que la cuestión básica a determinar en este campo, y que ni la Constitución ni el Tribunal resuelven, no es otra que, cuáles son esos derechos y libertades que por su directa vinculación con la dignidad humana escapan del poder configurador del legislador. Bástenos ahora dejar constancia de esta excepción.

Finalmente, en esta sentencia, en el Fundamento Jurídico cuarto, el Tribunal Constitucional realiza una gradación basada en la mayor o menor fundamentalidad de

9 En la STC 99/85, el Tribunal Constitucional incluye expresamente dentro de esta categoría el derecho a la tutela judicial efectiva: “Uno de estos derechos es el que ‘todas las personas tienen...a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales’, según dice el artículo 24. 1 de nuestra Constitución; ello es así no sólo por la dicción literal del citado artículo (‘todas las personas...’) sino porque a esa misma conclusión se llega interpretándolo, según exige el artículo 10. 2 de la CE, de conformidad con el artículo 10 de la DUDH” (F.J. 2). Esto permite que los extranjeros puedan recurrir en amparo ante el Tribunal con independencia de la dicción literal del artículo 53. 2 CE y del artículo 41. 2 LOTC, que se refieren expresamente a ‘los ciudadanos’. De tal modo que en la primera sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en un recurso de amparo interpuesto por un extranjero en ningún momento se ve cuestionada la legitimidad del recurrente por razón de su nacionalidad. (STC 11/1983). La libertad individual es otro de los derechos integrantes de este bloque. Así en la STC 115/87 (F. J. 1) se dice: “El derecho a la libertad del artículo 17 de la Constitución, el cual es un derecho inherente a la persona humana, de aquellos que según la STC 107/84, de 23 de noviembre, corresponden por igual a españoles y extranjeros”.

10 SSTC 107/84, 99/85, 130/95, 91/2000, 95/2000, 95/2003.

11 Sobre el carácter equívoco de la expresión “derechos de configuración legal”, BORRAJO, I.: “El status constitucional de los extranjeros” en Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Madrid, 1991. Pág. 697 y ss. PEREZ VERA, E.: “Artículo 13. Extranjería” en Comentarios a la Constitución española de 1978 dirigidos por Oscar Alzaga, Madrid, 1997. Tomo II, Pág. 197.

los derechos, que le permite formular una clasificación que hoy, veinte años después, sigue siendo básica para cualquier aproximación al estatuto jurídico de los extranjeros. Dicha clasificación tripartita se formula en los siguientes términos:

“Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución, según dispone el artículo 13. 2 y con la salvedad que contienen); existen 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”. El propio Tribunal ha enunciado como ejemplos de este último grupo, los derechos de reunión, manifestación, asociación, educación, sindicación y huelga.

Dejando a un lado los derechos integrantes del segundo bloque cuya identificación no plantea problema alguno, respecto a los del primer bloque, insisto, la cuestión es determinar qué derechos lo integran. El propio Tribunal no lo tiene claro. La sentencia incluye una relación que finaliza con un etcétera. Por ello no creo que resulte exagerado afirmar que aquí reside el principal problema hermenéutico que el estatuto jurídico-constitucional del extranjero plantea: ¿Cuáles son esos derechos mínimos o comunes, que por su directa e inmediata conexión con la dignidad humana, no permiten que se establezcan respecto a su titularidad y ejercicio diferencias de trato entre españoles y extranjeros?. El constituyente no estableció los contornos de ese grupo con la claridad necesaria, y deberá ser el Tribunal Constitucional quien lo precise.

Pero es la última frase del último párrafo la que nos suscita más dudas: “existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes”. ¿Quiere decir el Tribunal que existen una serie de derechos que sólo se integrarán en el patrimonio jurídico del extranjero, si así lo reconocen los tratados o la ley?. Dicho con otras palabras, ¿el artículo 13. 1 concede al legislador la facultad de otorgar o no otorgar a los extranjeros, los derechos que no se integran en el primer bloque de la clasificación?. Una interpretación literal de lo afirmado por el Tribunal nos llevaría a responder afirmativamente.

Sin embargo, tres años después, el Tribunal realiza un cambio significativo. En la STC 115/87, de 7 de julio, recaída en el procedimiento de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 7/85 promovido por el Defensor del Pueblo, el Tribunal abandona la tesis de la mayor o menor fundamentalidad de los derechos y la sustituye por otra jurídicamente más controlable.

En esta sentencia, el Tribunal sostiene que el legislador orgánico no puede ignorar que, por deseo expreso del constituyente, hay derechos que, aunque pueda discutirse su carácter esencial para la preservación de la dignidad humana, pertenecen también a los extranjeros habida cuenta de la titularidad genérica con la que se incorporan a la Constitución.

Combinando ambas tesis (existencia de una serie de derechos vinculados a la dignidad humana, cuya titularidad y ejercicio son compartidos por españoles y extranjeros en pie de igualdad y, existencia de otra serie de derechos cuya titularidad es también compartida pero cuyo régimen de ejercicio puede ser diferente para españoles y extranjeros) el Tribunal precisa el verdadero significado del artículo 13. 1. de la Constitución.

Así, interesa subrayar los pronunciamientos relativos a los derechos de reunión y asociación (Fundamentos Jurídicos segundo y tercero). Respecto al primero, el Tribunal, asumiendo la tesis mantenida por el Defensor del Pueblo en su recurso, afirma:

“El artículo 21. 1 de la Constitución afirma genéricamente que ‘se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas’, sin ninguna referencia a la nacionalidad del que ejerce este derecho, a diferencia de otros artículos contenidos en el Título I, donde se menciona expresamente a los ‘españoles’, y a diferencia también de otras Constituciones comparadas donde este derecho expresamente se reserva a los ciudadanos”.

Con mayor claridad y respecto al derecho de asociación, en el Fundamento Jurídico tercero se afirma:

“Debe admitirse que, de acuerdo a sus propios términos, el artículo 22 de la Constitución, en contraste con otras Constituciones comparadas, reconoce también directamente a los extranjeros el derecho de asociación”.

Y es que, efectivamente, respecto a estos y otros derechos, si bien es cierto que resulta difícil otorgarles el carácter de derechos imprescindibles para preservar la dignidad humana, no lo es admitir que la literalidad de los artículos 21 y 22 señala una titularidad genérica que incluye tanto a nacionales como a extranjeros. Se entiende, por tanto, que si el constituyente que pudo haber distinguido a la hora de atribuir tales derechos sólo a los nacionales, no quiso hacerlo, su voluntad debe ser respetada por el legislador.

Sin embargo, es preciso advertir que respecto a aquellos derechos que la Constitución reserva literalmente a los españoles o a los ciudadanos, la jurisprudencia del Tribunal no se ha visto constreñida por esa literalidad. Así, el Alto Tribunal ha entendido que, con la salvedad de lo dispuesto por el artículo 13. 2 respecto a los derechos del artículo 23, todos los restantes derechos y libertades reservados por el constituyente a los españoles, podrán pertenecer o no a los extranjeros en la medida en que así lo decida el legislador orgánico o internacional. Sólo respecto a estos derechos, el legislador orgánico ostenta una potestad constitutiva, esto es, la facultad de decidir si su titularidad se extiende a los extranjeros o no. El interrogante planteado por la STC 107/84 queda así resuelto.

Recapitulando, y resumiendo la doctrina contenida en estas dos importantes sentencias (STC 107/84 y 115/87) nos encontramos con lo siguiente:

- a) Respecto de aquellos derechos vinculados a la dignidad de las personas, los españoles y extranjeros se encuentran en una posición de igualdad respecto a su titularidad y ejercicio.
- b) Respecto de aquellos derechos que la Constitución reconoce indistinta y genéricamente a españoles y extranjeros, aunque no se encuentren vinculados a la dignidad humana, la titularidad de los mismos alcanza por igual a españoles y extranjeros, si bien el legislador puede establecer diferencias en cuanto a las condiciones del ejercicio de los derechos (“puede establecer condicionamientos adicionales” a dicho ejercicio).
- c) Respecto de aquellos derechos que la Constitución atribuye a los españoles o a los ciudadanos, el legislador orgánico es libre de extender o no la titularidad de los mismos a los extranjeros y de regular diferentes condiciones de ejercicio para españoles y extranjeros.
- d) Finalmente, los derechos contenidos en el artículo 13. 2 pertenecen, por expreso mandato constitucional, exclusivamente a los españoles por lo que su eventual extensión a los extranjeros requeriría, necesaria e inexcusablemente, la previa reforma constitucional.

Con lo expuesto queda resuelta la cuestión relativa a la titularidad de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros¹². Cuestión distinta, pero no menos fun-

damental, es la de determinar la intensidad con la que el legislador puede regular el contenido y las condiciones de ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución a los extranjeros y que no están vinculados, de forma directa e inmediata, a la dignidad humana. Es decir, ¿qué significado y alcance tiene la remisión a los términos que establezcan los tratados y la ley?. ¿Es el legislador absolutamente libre a la hora de configurar el contenido de estos derechos?. La existencia y determinación de cuáles sean los límites del legislador en este campo distan mucho de ser cuestiones pacíficas. La sentencia que nos ocupa (STC 115/87) es una buena muestra de ella. Las respuestas del fallo mayoritario y del Voto particular suscrito por tres magistrados son expresión de esta controversia.

Para la mayoría del Tribunal, el legislador orgánico a la hora de regular el contenido y las condiciones de ejercicio de los derechos de los extranjeros, se encuentra limitado por el contenido esencial de los derechos constitucionalmente garantizados¹³. Para los magistrados discrepantes ese límite viene configurado por los Tratados Internacionales sobre la materia.

Como vamos a ver, la opinión mayoritaria podría vaciar de contenido –lo advierten así expresamente los firmantes del Voto particular– el artículo 13. 1.

El problema se suscita en torno al derecho de asociación¹⁴:

“El problema así planteado es el de si el artículo 13. 1 de la Constitución habilita o no al legislador a establecer una excepción para los extranjeros de la regla contenida en el artículo 22. 4 CE. *El artículo 13. 1 de la Constitución reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros*, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros, a los que es de aplicación también el mandato contenido en el artículo 22. 4 CE. Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra cosa es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales”.

Este pronunciamiento resulta de capital importancia, como veremos después, para analizar la constitucionalidad de la vigente LOEX. El Alto Tribunal admite expresamente la posibilidad de que el legislador establezca *condicionamientos adicionales al*

12 Relativamente resuelta porque, como advierte Díez-Picazo: “¿Hasta qué punto puede decirse ‘que pertenecen a la persona en cuanto tal’ la libertad de expresión, los derechos de reunión y manifestación, la libertad de asociación, los derechos de sindicación y huelga, por no hablar de educación, propiedad privada o libertad de empresa?. Aquí la respuesta sólo puede ir construyéndose a base de sucesivas distinciones jurisprudenciales, sin que parezca posible hallar a priori un criterio de alcance general”. DIEZ-PICAZO, L. M.: *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, 2003. Pág. 123. En este sentido, los que impugnan la regulación de los derechos de los extranjeros contenida en la vigente LOEX, fundamentan su recurso en el rechazo de esa distinción. Así, por ejemplo, el profesor De Lucas afirma: “Hoy no se puede separar entre unos y otros derechos por lo que se refiere a su vinculación con la dignidad humana”. DE LUCAS MARTIN, J.: “La difícil igualdad” en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Valladolid, núm. 3, 2003. Pág. 214. Frente a esta tesis, que como opción ideológica comparto plenamente, debo reconocer, sin embargo, que tanto una interpretación sistemática de la Constitución de 1978 como la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, obligan a admitir una gradación de los derechos.

13 Sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales, ALEXI, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993. MARTIN RETORTILLO; L.: *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988.

14 La L. O. 7/1985 establecía la posibilidad de que el Consejo de Ministros suspendiera o disolviera asociaciones de extranjeros. Previsión esta que fue impugnada por el Defensor del Pueblo en la medida que no respetaba el contenido esencial del derecho de asociación (22. 4 CE) que incluye la reserva al juez de esas facultades de suspensión y disolución.

*ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros*¹⁵. Ahora bien, a la hora de regular el contenido de los derechos, se encuentra limitado por su contenido esencial. Es, por tanto, la propia jurisprudencia constitucional la que nos obliga a distinguir entre titularidad, ejercicio y contenido de los derechos. Los límites impuestos por la Constitución al legislador respecto a cada una de estas categorías varían.

Esta forma de razonar no es compartida por los tres magistrados que firman el voto particular. Y ello, fundamentalmente, porque el artículo 13. 1 de la Constitución, interpretado como lo hace la mayoría

“queda totalmente vaciado de contenido, pues es claro que si su significación se redujese, como se pretende, a la habilitación al legislador para modular o regular de manera distinta los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en relación con los de los españoles, pero sin traspasar en ningún momento los límites implícitos o explícitos que el contenido constitucionalmente garantizado de estos derechos ha de tener, el precepto en cuestión resultaría perfectamente superfluo, pues la posibilidad de esa regulación diferenciada se deduce ya ‘a contrario’ del artículo 14 de la CE que refiere sólo a los españoles el principio de igualdad ante la ley”.

Según el voto particular, el límite que el legislador orgánico debe respetar a la hora de regular el contenido de los derechos de los extranjeros (los no vinculados directamente a la dignidad humana) se encuentra en lo dispuesto para tales derechos en los Convenios o Tratados de Derechos Humanos ratificados por España, y no en el contenido esencial de los derechos.

“No cabe decir, ciertamente, que el legislador español no se vea de alguna manera limitado al regular las libertades públicas de los extranjeros, pero *esos límites no derivan de los enunciados constitucionales que consagran las libertades públicas de los españoles, sino de los Tratados internacionales*, bien porque éstos imponen un trato especial para los nacionales de Estados determinados, bien porque obligan al Estado español en relación con todos los extranjeros, sea cual fuere su origen”.

Según esta tesis, que me parece la más correcta, la interpretación del artículo 13. 1 CE debe partir de su dicción literal. Este precepto no habla de derechos fundamentales sino de libertades públicas. De ello resultaría que los derechos inherentes a la persona quedan fuera. El precepto se refiere por tanto a los derechos que podemos denominar de ejercicio colectivo entre los que se encuentran los de reunión y asociación. El contenido esencial del derecho sólo debería operar como límite al legislador en relación con los derechos vinculados a la dignidad humana. Para el resto, esto es para las libertades públicas o derechos de ejercicio colectivo, el legislador no tiene más límite que lo dispuesto en los Tratados internacionales¹⁶.

15 Y conviene recordar que entre los condicionamientos adicionales que se tienen por constitucionalmente admisibles figura el de hallarse legalmente en España para poder ejercer numerosas libertades públicas.

16 Tesis ésta defendida también por la profesora Pérez Vera, Catedrática de Derecho Internacional, experta en esta problemática, y, en la actualidad, Magistrada del Tribunal Constitucional: “En nuestra opinión –escribe en su imprescindible comentario al art. 13 CE- el voto particular a la STC 115/1987 citada realiza una interpretación no sólo más acorde con el texto constitucional, sino que además resuelve esta problemática. Pues la distinción entre los derechos fundamentales (excluidos del art. 13. 1 CE) y las libertades públicas (supuesto de esa misma norma) permiten determinar los derechos que gozan de un contenido esencial inalterable por el legislador frente a las libertades públicas que no tienen más contenido que el dispuesto por los tratados y la ley”. PEREZ VERA, E.: “Artículo 13. Extranjería” en Comentarios...ob. cit. Pág. 201. Dicho esto, hay que reconocer que, en todo caso, esa distinción no es del todo pacífica, ya que la sección primera del capítulo II del Título I CE incluye en su rúbrica a ambos. El profesor Fernández Segado comparte también esta interpretación del artículo 13. FERNANDEZ SEGADO, F.: “El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España...ob.cit. Pág.68.

Una vez más, aquel voto particular revistió, en cierta medida, el carácter de pionero o precursor de interpretaciones mayoritarias en el futuro¹⁷. Y ello porque, en la actualidad, el Tribunal Constitucional sostiene que en aquellos casos en que el legislador orgánico goza de una auténtica facultad constitutiva, esto es, de la posibilidad de atribuir o no la titularidad de determinados derechos a los extranjeros (los no imprescindibles para preservar la dignidad humana, y atribuidos por la Constitución a los españoles), no está limitado por el contenido constitucionalmente garantizado del derecho en cuestión, sino por la regulación propia de los Tratados Internacionales. Así en la STC 94/93, la Sala Segunda del Alto Tribunal no duda en establecer como límite al legislador, no el contenido esencial del derecho, sino el reconocimiento y garantía que ese mismo derecho (en concreto, la libertad de circulación y residencia) tiene en un concreto Tratado ratificado por España:

“La libertad del legislador al configurar los derechos de los nacionales de los distintos Estados, en cuanto a su entrada y permanencia en España, es sin duda alguna amplia. Pero no es en modo alguno absoluta, como da por supuesto la Sentencia impugnada en este recurso de amparo. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 que –a diferencia del Cuarto Protocolo del CEDH– se encuentra ratificado por España, no puede ser ignorado a la hora de interpretar los artículos 18 y 13 de la Constitución, por imperativo de su artículo 10. 2. Las leyes y Tratados que regulan la circulación de extranjeros en España deben respetar el grado limitado, pero cierto, de libertad que reconocen los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional a todas las personas que se hallen legalmente en el territorio del Estado” (F.J. 3).

Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la Constitución integran así el bloque de constitucionalidad del régimen jurídico público de los derechos fundamentales de los extranjeros en España¹⁸. Lo dispuesto en dichos tratados es el límite que el legislador orgánico habrá de respetar cuando pretenda regular, de modo distinto a como lo hace para los nacionales, el ejercicio de derechos y libertades por parte de los extranjeros. Dicho con otras palabras, los mencionados Tratados se configuran, en cierta medida, como parámetro de constitucionalidad de la ley que teniendo por objeto la regulación de los derechos de los extranjeros en España, pretenda limitarlos¹⁹.

Resumiendo lo hasta ahora expuesto podemos afirmar lo siguiente:

- a) Respecto aquellos derechos conectados directamente con la dignidad de la persona, o que la Constitución al reconocerlos no hace distinción en cuanto a su titularidad por nacionales o extranjeros, el límite que el legislador orgánico

17 Sobre el valor del voto particular, CAMARA VILLAR, G.: Votos particulares y Derechos Fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español (1981-1991). Madrid, 1992, págs. 17 y 18. También se han ocupado de este tema, CASCAJO CASTRO, J. L.: “La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española” en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 17, 1986. RIDAURA MARTINEZ, M. J.: La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español a través del voto particular, Valencia, 1988. EZQUIAGA GANUZAS, F.J.: El voto particular, Madrid, 1990.

18 ALVAREZ-OSSORIO, F.: “Los derechos fundamentales...ob. cit. Pág. 41. FREIXES, T.: “Los derechos de los extranjeros en la Constitución española y en la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos” en Revista de Derecho Político, núm. 44, 1998. Pág. 103-141.

19 El alcance de esta afirmación debe ser precisado. El artículo 13. 1 tiene que ser interpretado conforme a las exigencias del 10. 2. Ahora bien, ello no autoriza a convertir a los tratados y acuerdos, aisladamente considerados, en parámetro de la constitucionalidad de las leyes, cuestión que habrá de resolverse examinando los preceptos constitucionales a cuya interpretación concurren. El Tribunal Constitucional lo ha señalado reiteradamente. Por todas, véase su STC 292/2000, de 30 de noviembre, en la que afirma que tanto los tratados y acuerdos internacionales a que se remite el art. 10. 2 CE como el derecho comunitario derivado “no poseen rango constitucional y, por tanto, no constituyen canon de la constitucionalidad de las normas con rango de ley” (FJ 3), por más que se erigen en criterios válidos para interpretar el significado y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce. SSTC 28/91, 36/91, 259/93, 42/94, 91/2000.

ha de respetar es el configurado por el contenido esencial del derecho constitucionalmente garantizado. Respecto a los primeros la Constitución exige la equiparación total; respecto a los segundos, la Constitución admite sólo diferencias de trato en cuanto al ejercicio.

- b) Respecto a los derechos que no guardan conexión inmediata con la dignidad humana, y a los que la constitución atribuye a los españoles, dicho límite vendrá determinado por lo dispuesto en los Tratados Internacionales ratificados por España ²⁰.

Con las anteriores premisas, estamos ya en condiciones de interpretar y valorar la regulación de los derechos y las garantías de los extranjeros contenida en la vigente LO 8/2000, de 22 de diciembre.

IV. LA LEY ORGÁNICA 8/2000, DE 22 DE DICIEMBRE.

La LOEX de 1985 estuvo en vigor hasta que fue sustituida por la LO 4/2000. Ley que amplió notablemente los derechos y libertades de los extranjeros al eximirles para el ejercicio de los derechos y libertades, en la mayor parte de los casos, del requisito de la estancia o residencia legal. Dicha ley supuso una derrota parlamentaria del Gobierno, en la medida en que fue aprobada contra su criterio, por todos los grupos de la oposición. Ello condujo al Partido Popular a incluir en el programa electoral con el que concurrió a las elecciones generales de marzo de 2000, la reforma de la Ley. Tras su victoria por mayoría absoluta, y con ese respaldo, el Partido Popular se apresuró a reformar la ley, en diciembre del mismo año, mediante la LO 8/2000. Posteriormente, la Ley ha sido nuevamente modificada mediante las LO 11/2003, de 29 de setiembre y 14/2003, de 20 de noviembre.

Por lo que a nuestro tema interesa, la LO 8/2000 en cuanto a la regulación de los derechos y libertades de los extranjeros, reintroduce el criterio de la residencia legal, como condicionamiento adicional para el ejercicio de determinados derechos, requisito éste, insisto una vez más, que ha estado vigente siempre, y de forma no discutida, en nuestro ordenamiento constitucional con la sola excepción del año 2000 en que rigió la LO 4/2000. El debate sobre la vigente LOEX se ha desarrollado en términos muy radicales ²¹,

20 Las libertades públicas, en todo caso, y como señaló el voto particular analizado deberían incluirse en este segundo bloque. Aunque obligado es reconocer el carácter controvertido de esta afirmación, tanto porque como hemos visto no está claramente definida la categoría de libertades públicas (derechos de la "persona en cuanto ser social"), como porque la propia Constitución las formula sin distinción en cuanto a su titularidad ("se reconoce...").

21 No creo que sea exagerado afirmar que la LO 8/2000 es junto a la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, la que ha provocado un mayor y más intenso debate doctrinal que se ha traducido en una abundante producción bibliográfica sobre dichas normas. Conviene recordar que la polémica sobre la legislación de extranjería subió de tono cuando el Defensor del Pueblo, a la luz de dictámenes emitidos por prestigiosos constitucionalistas españoles, decidió no recurrir la LO 8/2002. Es cierto que como con total claridad advirtió Triepel "la exigencia de que los profesores no debían ocuparse de contingentes discusiones políticas, no ha sido nunca cumplida por ellos, tanto menos cuanto que precisamente cortes y gobiernos se han servido siempre de buena gana de sus dictámenes, con la condición claro está, de que se emanen a su favor". TRIEPEL, H. Derecho Público y Política, Madrid, 1974. Pág. 42. Ahora bien, lo que en esta ocasión pudo comprobarse es lo que ha denunciado el profesor Ruipérez: "cuando son otros los que solicitan el informe técnico y lo hacen a otros Profesores distintos a los que, de una u otra forma, han venido ocupando la posición de 'juristas del régimen', estos últimos proceden, sin excepción, a la descalificación del informe emanado sobre la base de afirmar que los nuevos no proceden con criterios científico-técnicos, sino políticos y que, en consecuencia, su trabajo no es 'pro veritas' sino muy al contrario, en interés de parte". RUIPEREZ, J.: La Constitución del Estado de las Autonomías, Madrid, 2003. Pág. 119. Las críticas vertidas sobre los mencionados informes son injustas y gratuitas. Desde mi parcial discrepancia con ellos, en la medida en que detecto dos vicios de inconstitucionalidad en la LO 8/2000, es de justicia reconocer que se trata de trabajos elaborados con un gran rigor y profundidad.

en la medida en que, o bien se afirma la plena constitucionalidad de la ley en todos sus términos, rechazando la más mínima crítica a la misma, o bien, por el contrario, se descalifica a la Ley por completo, reputando manifiestamente inconstitucionales muchas de sus disposiciones. La cuestión creo que es más compleja y requiere un análisis sereno. Si bien esta materia está dotada de una fuerte carga política, ideológica y axiológica, el enjuiciamiento de la ley desde una perspectiva constitucional, exige analizar la regulación que esta hace de cada uno de los derechos y garantías, en la medida en que la respuesta relativa a su adecuación o no al texto constitucional, no será siempre la misma.

En todo caso, resulta obligado advertir que las continuas reformas que ha sufrido la LOEX, aunque no afecten a nuestro tema, son expresión de un excesivo “trasiego legislativo”, en acertada expresión de nuestra Audiencia Nacional, que se compadece mal con las exigencias de seguridad jurídica en la materia. Materia ésta que, por la relevancia de la misma, tanto por su ámbito de aplicación personal, en continuo crecimiento, como por estar en ella en juego valores esenciales del ordenamiento, debiera, indiscutiblemente, ser consensuada por las distintas fuerzas políticas y dar como fruto un estatuto jurídico del extranjero plasmado en una Ley con vocación de estabilidad y de permanencia.

Dedicaré las páginas que siguen al análisis de la regulación de los derechos y libertades de los extranjeros, y de las garantías jurídicas, llevada a cabo por la LO 8/2000²².

De la misma forma que sus antecesoras, la derogada Ley de Extranjería de 1985 y la primera del año 2000, la LO 8/2000 se abre con un artículo que prácticamente reproduce el contenido del artículo 13. 1 CE. Así, el artículo 3. 1 de la Ley dispone que los “extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos”, añadiendo, a continuación, que “como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles”.

Este precepto legal resulta plenamente respetuoso con la jurisprudencia constitucional expuesta y subsana algunas deficiencias de su anterior redacción. La redacción original contenida en la LO 4/2000, disponía que los extranjeros disfrutarían en nuestro país, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución. El significado y alcance del sintagma “en igualdad de condiciones que los españoles” no se entendía. Y no se entendía porque, si realmente se hubiese querido equiparar a españoles y extranjeros en el ejercicio de todos y cada uno de los derechos y libertades contenidos en el Título I de la Constitución –posibilidad que la CE permite salvo para los derechos de participación del art. 23-, el legislador orgánico habría tenido únicamente que declararlo así y remitir a las regulaciones generales que sobre cada concreto derecho estén vigentes en España. En la medida en que ni aquella ni esta LOEX preveían tal cosa y que el objeto de ambas era y es configurar una situación jurídica desigual para los extranjeros respecto de los nacionales en el disfrute de determinados derechos o libertades, la igualdad proclamada contradecía el objeto y contenido mismo de la ley. Cosa distinta es que la Ley proclame, como lo hace, como criterio hermeneutico general que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce la ley en condiciones de igualdad con los españoles.

²² No incluiré en este análisis el examen de dos derechos de titularidad de los no nacionales: el derecho de asilo y el derecho de reagrupamiento familiar. Sobre ambos existen sendas monografías del profesor Santolaya Machetti, a las que remito al lector. SANTOLAYA MACHETTI, P.: El derecho de asilo, Valladolid, 2001: SANTOLAYA MACHETTI, P.: El derecho de reagrupación familiar, Madrid, 2003.

La principal intención del legislador orgánico de diciembre de 2000, y esto es algo que merece ser subrayado, es remarcar su poder configurador²³. El legislador, que reconoce que los extranjeros son titulares de los derechos y libertades contenidos en el Título I, manifiesta, al mismo tiempo, que es a él a quien corresponde determinar el modo, la forma y los términos en que esos mismos derechos y libertades serán ejercidos por los extranjeros.

Por otro lado, el legislador es también consciente de que los límites de ese poder de configuración vienen determinados por la Constitución y los Tratados Internacionales, y antepone lo dispuesto en éstos al contenido de la Ley. La LOEX reconoce así, expresamente, el valor de parámetro de constitucionalidad que el Alto Tribunal otorga a los Tratados de Derechos Humanos.

Finalmente, y en estas páginas introductorias al estudio de la LO 8/2000, creo oportuno recordar también que frente a los riesgos inherentes a concepciones multiculturalistas, el legislador orgánico advierte que sobre los derechos fundamentales descansa el propio orden constitucional. Razón ésta que explica que el desconocimiento de los derechos fundamentales no podrá ser justificado en ningún caso con fundamento “en creencias religiosas o convicciones ideológicas de signo diverso” (art. 3. 2 LOEX).

Desde esta óptica de defensa del orden constitucional democrático, los derechos fundamentales se configuran también como un deber para los extranjeros que residan en España, y, en este sentido, y aunque sea de forma indirecta, les obliga a asumir como propio el orden material de valores subyacente a los derechos fundamentales.

Con las anteriores premisas, la LOEX dedica el capítulo I del Título I (artículos 3 a 15) a regular los derechos y libertades de los extranjeros, y el capítulo III (artículos 20 a 22) del mismo título a establecer las garantías jurídicas de los mismos. A continuación, analizaré brevemente su contenido y su constitucionalidad, en la medida en que como ya he anticipado y es bien sabido, ésta ha sido cuestionada mediante la interposición de 9 recursos de inconstitucionalidad.

En estas líneas introductorias a la legislación de extranjería es preciso subrayar también que el estatuto jurídico en él contenido es aplicable a los extranjeros no comunitarios. Los extranjeros comunitarios se rigen por el derecho comunitario. La LO 14/2003, de 20 de noviembre incluyó un apartado tercero en el artículo primero de la Ley, en el que se dejaba constancia expresa de esta situación: “Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables”.

V. LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN LA LO 8/2000.

1. El derecho a la documentación (art. 4).

En un primer momento puede sorprendernos que el primero de los derechos regulados por la ley sea el denominado derecho a la documentación, en la medida en que no guarda conexión con ningún derecho del Título I CE. La sorpresa aumenta cuando tras su lectura comprobamos que lo que ha hecho el legislador es otorgar apariencia de derecho a lo que en realidad se configura como un deber de los extranjeros:

23 ALVAREZ-OSSORIO, F.: “Los derechos fundamentales...ob. cit. Pág. 44.

“Los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y la obligación de conservar la documentación que acredite su identidad”²⁴.

Sin embargo, y como bien ha advertido el profesor Alvarez-Ossorio, “no podemos ignorar que, tras el llamado derecho a la documentación se esconde el derecho fundamental a la propia identidad, a un nombre y a una biografía, que si bien es cierto que no tienen reflejo directo en ninguno de los derechos fundamentales de nuestra constitución, son la base sobre la que descansa el sentido, es decir, el para qué, de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos que se predicán de personas individuales y concretas”²⁵.

Respecto a las garantías que se establecen para este derecho conviene precisar que el propio artículo distingue entre la documentación expedida por las autoridades del país de origen o procedencia, y la expedida por las autoridades españolas. A la primera le es aplicable lo previsto en el artículo 61. 1. C de la propia LOEX en el que se prevé que durante la tramitación de un expediente sancionador en que se formule propuesta de expulsión, se adopte, como medida cautelar, la retirada del pasaporte previa entrega al interesado de resguardo acreditativo de tal medida. Respecto a la documentación expedida por autoridades españolas, le es aplicable el régimen jurídico del DNI por la remisión que la LOEX hace a la LO de Seguridad Ciudadana.

2. El derecho a la libre circulación y residencia (art. 5).

El artículo 5 define los términos en que el derecho fundamental de libertad de circulación puede ser ejercido por los extranjeros que se encuentran en España. Se trata de un derecho cuya titularidad según el artículo 19 CE corresponde a los españoles. Pero ya vimos como el Tribunal Constitucional admite que el legislador orgánico o internacional extienda este derecho a los extranjeros. Y vimos también como lo establecido en los Tratados Internacionales vigentes en España que regulen tal derecho opera como un límite para el legislador. En este sentido el artículo 12 PIDCP (además del art. 13 DUDH) sería la principal norma internacional de referencia:

“1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto. 4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país”.

De conformidad con el citado artículo 12 del PIDCP, el legislador otorga el derecho a la libertad de circulación a los que “se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de esta Ley”. Como consecuencia de esta remisión sólo serán titulares del derecho a la libre circulación los extranjeros que se encuentren en alguna de estas situaciones: estancia, residencia temporal y residencia permanente, o dicho con otras palabras, en situación de legalidad.

²⁴ La LO 14/2003, de 20 de noviembre incluyó un nuevo apartado en este artículo 4: “Todos los extranjeros a los que se haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un periodo superior a seis meses, obtendrán la tarjeta de identidad de extranjero, que deberán solicitar personalmente en el plazo de un mes desde su entrada en España o desde que se conceda la autorización respectivamente”.

²⁵ ALVAREZ-OSSORIO, F.: “Los derechos fundamentales...ob. cit. Pág. 47.”

Por lo que se refiere al contenido del derecho hay que subrayar que se produce una equiparación en grado absoluto con lo establecido por el artículo 19 CE para los españoles. El legislador ha renunciado a la posibilidad, constitucionalmente admisible²⁶, de configurar un régimen jurídico diferenciado. Únicamente de los límites del derecho cabe deducir algún elemento diferenciador entre el régimen jurídico establecido por la CE para los españoles y el determinado por los Tratados y la ley para los extranjeros. Por ejemplo, el art. 29.6 LOEX obliga al extranjero con permiso de residencia temporal a poner en conocimiento del Ministerio de Interior los cambios de domicilio. O, el artículo 24 de la LO 4/81, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio a la que se remite la presente ley, que permite entre otras cosas, obligar a los extranjeros a realizar comparecencias y cumplir determinadas formalidades. O, finalmente, las medidas limitativas de esta libertad que pueden ser adoptadas por el Ministro del Interior, de forma individualizada y por razones de seguridad pública, tal y como dispone el apartado segundo del artículo 5.

Este derecho a la libre circulación dentro del territorio nacional comprende necesariamente el derecho a residir en España y se traduce, desde una perspectiva negativa, en el derecho a no ser expulsado del país sino por causas legalmente establecidas y mediante un procedimiento con todas las garantías jurídicas

3. El derecho a la participación política y a intervenir en asuntos públicos (art. 6).

Como ya vimos, por mandato expreso del constituyente (art. 13. 2 CE), la titularidad de los derechos de participación política recogidos en el artículo 23 de la Constitución, queda reservada en exclusiva a los españoles. El poder de configuración del legislador es, por ello, en este ámbito muy reducido. Respecto de los demás derechos y libertades, ya hemos dicho que aunque, la Constitución, en principio, atribuya su titularidad a los españoles o a los ciudadanos, la doctrina del Tribunal Constitucional faculta al legislador a extender esa titularidad a los extranjeros (potestad auténticamente constitutiva). No ocurre así con los derechos de participación política. La extensión de la titularidad de los mismos a los extranjeros requeriría una previa reforma constitucional.

Así ocurrió cuando se quiso extender a los extranjeros comunitarios el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales previsto en el artículo 8 del Tratado de la Unión Europea. Conviene recordar aquí lo afirmado por el Tribunal Constitucional en su Decisión de 1 de julio de 1992 sobre el derecho de sufragio. Decisión que provocó la reforma del artículo 13. 2 de la Constitución:

“Es del todo claro, sin embargo, que esta limitada extensión del derecho de sufragio, activo y pasivo, a quienes sin ser nacionales españoles son ciudadanos de la Unión encuentra un acomodo sólo parcial en las previsiones del artículo 13 CE, cuyo apartado 2 afirma que únicamente los españoles ostentan la titularidad de los derechos reconocidos en el artículo 23 de la misma Norma fundamental ‘salvo lo que atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por Tratado o Ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales’, limitación constitucional que ya ha sido puesta de relieve por este Tribunal en su STC 112/1991, en la que literalmente se afirmó que ‘ese posible ejercicio del derecho se limita al sufragio activo, no al derecho de sufragio pasivo’. Por lo tanto, sin perjuicio de la citada salvedad contenida en el artículo 13. 2 en orden al sufragio activo en las elecciones municipales, y en virtud de estas reglas cons-

26 STC 94/1993, de 22 de marzo, (F. J. 3)

titudinales *no cabe, pues, ni por Tratado ni por Ley, atribuir el derecho de sufragio pasivo a los no nacionales* en cualquiera de los procedimientos electorales para la integración de órganos de los poderes públicos españoles”.

Tras la reforma del artículo 13. 2 CE de agosto de 1992, (inclusión de ‘y pasivo’) los extranjeros podrán ser electores y elegibles en las elecciones municipales cuando un Tratado o Ley, que deberá preservar el principio de reciprocidad, lo disponga para nacionales de terceros Estados²⁷.

En este marco constitucional tan claramente delimitado, evidente resulta que lo único que cabe al legislador es reconocer la situación descrita. Tal es el sentido del párrafo primero del artículo 6 de la LOEX.

“Los extranjeros residentes en España podrán ser titulares del derecho de sufragio en las elecciones municipales, atendiendo a criterios de reciprocidad, en los términos que por Ley o Tratado sean establecidos para los españoles residentes en los países de origen de aquellos”.

Ello quiere decir que respecto del derecho de sufragio habrá dos categorías de extranjeros: a) Aquellos que serán titulares del derecho de sufragio activo y pasivo en virtud de un Tratado. b) Aquellos que por no existir ni ley ni tratado que lo reconozca no lo serán en ningún caso.

En el segundo apartado del artículo 6, el legislador opta por remitir la cuestión de la participación de los extranjeros en los asuntos públicos municipales que pudieran afectarles a lo que con carácter general disponga la legislación de bases de régimen local, de forma que, los no nacionales “podrán ser oídos en los asuntos que les afecten de acuerdo con lo que dispongan los reglamentos de aplicación”²⁸.

4. Los derechos de reunión, manifestación y asociación (art. 7 y 8).

A diferencia de la regulación de estos derechos por parte de la LOEX de 1985, que como ya expusimos fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional²⁹, el legislador de enero de 2000 dispuso que los extranjeros que se encontraran en España disfrutarían de los citados derechos con el contenido constitucionalmente garantizado a ellos por los artículos 21 y 22 de nuestra Constitución. La única limitación contenida en la LO 4/2000 es la reserva expresa que se hace respecto a los promotores del derecho de asociación, que sólo podrán ser los extranjeros residentes.

27 No deja de ser significativo de la importancia que reviste en la actualidad el Derecho de extranjería, el hecho de que en veinticinco años de vigencia de la CE de 1978, la única reforma operada en la misma haya venido exigida, precisamente, por la necesidad de ampliar la titularidad de los derechos de los extranjeros.

28 Se impide así cualquier posibilidad de influir en la política municipal de forma organizada mediante la elección previa de representantes. Posibilidad esta contemplada por la anterior redacción del artículo que en su versión originaria de enero de 2000 preveía que los extranjeros residentes y empadronados que no podían participar en las elecciones municipales tenían derecho a elegir de forma democrática entre ellos a sus propios representantes con la finalidad de tomar parte en los debates y decisiones municipales que les concerniesen y según determinara la Legislación Básica de Régimen Local. La interpretación de este precepto, para no incurrir en inconstitucionalidad, exigía entender que el derecho de participación política no se había extendido a aquellos extranjeros que por no existir Tratado o Ley al respecto no eran titulares del mismo, y que, por tanto, se trataba únicamente de abrir un cauce de participación que nunca podría ir más allá del establecimiento para las Corporaciones Locales de la obligación de dar audiencia a los representantes de los extranjeros residentes.

29 Por no respetar el contenido esencial de dichos derechos. Con el voto particular de tres magistrados, también comentado, que consideraba constitucionalmente admisible las limitaciones establecidas a esos derechos ya que en cuanto se trata de libertades públicas de los extranjeros, el único límite del legislador orgánico es el Derecho Internacional.

La LO 8/2000 no altera el contenido material de los derechos, pero sí las condiciones o requisitos para el ejercicio de los mismos, en el sentido de que para el disfrute de los derechos de asociación, manifestación y reunión se exige tener autorización de estancia o residencia en España. Requisito este, importa subrayarlo, ya exigido por la Ley del 85 y cuya constitucionalidad no fue discutida por el Defensor del Pueblo en su recurso contra la citada norma.

En el momento presente, sin embargo, la constitucionalidad de este precepto ha sido puesta en cuestión. Y aunque la última palabra corresponde al Tribunal Constitucional, por las razones que luego expondré, creo que la redacción de los artículos 7 y 8 de la LOEX es conforme con la Constitución.

5. El derecho a crear partidos políticos (STC 48/2003).

Como es bien sabido el derecho de crear partidos políticos es una manifestación concreta del derecho de asociación. Las funciones atribuidas por la Constitución a los partidos determinan que estos tengan un estatuto jurídico particular, que en la actualidad viene configurado por la LO 6/2002 de Partidos Políticos³⁰. Por lo que a nuestro tema interesa, es preciso recordar que entre los motivos en que el Gobierno Vasco basó su impugnación de la citada ley ante el Tribunal Constitucional, figuraba el de que el artículo 1 de la LOPP sería inconstitucional por limitar a los españoles el derecho de crear partidos políticos.

Para responder a esta alegación, el Tribunal Constitucional, en su STC 48/2003, tuvo que determinar si la Constitución permite o no limitar a los españoles el derecho de crear partidos políticos. Efectivamente, el artículo 2. 2 LODA extiende a todas las personas el derecho de crear asociaciones y el recurrente considera inconstitucional que la LOPP establezca una regulación más restrictiva. La posición del Gobierno Vasco resultaba coherente con sus premisas de rechazar el fundamento constitucional de una legislación específica de partidos políticos. Ahora bien, una vez que el Tribunal admite la posibilidad de dictar una LOPP como norma especial respecto a la LODA, lo que se trata es de ver si la primera puede limitar la titularidad del derecho de asociación en su dimensión concreta, de asociación política, a los nacionales. En este sentido, el Tribunal considera conforme a la Constitución la mencionada restricción. Opción esta que podrá ser criticada desde una perspectiva ideológica o política, pero que en los estrictos términos de un juicio de constitucionalidad, que es el único que el Tribunal Constitucional legítimamente puede formular, resulta plenamente asumible:

“Las razones que abonan esa generalización del derecho cuando de asociaciones comunes se trata –afirma el Alto Tribunal- no concurren, sin embargo, en el caso de los partidos políticos, precisamente en razón de cuanto hace de éstos unas asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones. En efecto, los partidos políticos son instrumento privilegiado de participación política, 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)”.(F. J. 18).

El Tribunal recuerda, en este sentido, que la participación en los asuntos públicos atañe, únicamente, a los nacionales españoles, por cuanto con esa actividad se provee a la integración de órganos representativos que “ostentan potestades atribuidas directamente por la Constitución y los Estatutos de Autonomía y ligadas a la titularidad

30 Para un estudio más detallado de esta problemática, TAJADURA TEJADA, J.: Partidos Políticos y Constitución. Un estudio de la LO 6/2002, de 27 de junio y de la STC 48/2003, de 12 de marzo. Madrid, 2004.

por el pueblo español de la soberanía” (Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992, FJ 3.c).

El Tribunal concluye, por tanto, que no puede merecer reproche que el legislador orgánico haya reservado a los españoles el derecho de crear partidos políticos. Ahora bien, el Tribunal recuerda también, acertadamente, que dicha restricción no puede afectar al derecho de los extranjeros a afiliarse a los partidos políticos ya constituidos, ni traducirse en ninguna limitación de los derechos derivados de la afiliación.

6. El derecho a la educación (art. 9).

El artículo 27 de la Constitución reconoce a todos el derecho a la educación y precisa, en su apartado cuarto, que la enseñanza básica será obligatoria y gratuita, sin atribución expresa de titularidad. Del mismo tenor son los Tratados Internacionales ratificados por España sobre la materia. Así, el artículo 13. 1 del PIDESC de 1966 dispone que “Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación” y añade en su apartado segundo que para lograr el pleno ejercicio de ese derecho “La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente”³¹.

Este es el marco que se impone como límite al legislador orgánico a la hora de regular el derecho a la educación de los no nacionales. Importa subrayar que por lo que se refiere a la educación básica, por mandato expreso de la Constitución y por lo dispuesto en las normas internacionales, los extranjeros son titulares de ese derecho por lo que el margen de actuación del legislador es muy limitado. Además hay que recordar también que, con anterioridad a esta LOEX, la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, reconocía taxativamente que “los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación”

En este contexto, el artículo 9. 1 de la LO 8/2000 se limita a reconocer lo que ya estaba recogido en la Constitución, los Tratados y otras leyes españolas, esto es, que los extranjeros menores de dieciocho años son titulares del derecho a la educación en las mismas condiciones que los españoles. Derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria y la obtención de la titulación correspondiente así como el acceso al sistema público de becas y ayudas³². La educación básica se configura pues como un derecho de todos los extranjeros menores de edad, independientemente de la legalidad de su estancia en España. Incluso se impone como un deber.

Ahora bien, respecto a la enseñanza no obligatoria, la LO 4/2000 también igualaba a nacionales y no nacionales en el derecho de acceso a la enseñanza secundaria y universitaria, y al sistema público de becas y ayudas en relación con ellas, con independencia de la legalidad de su estancia. La LO 8/2000, por el contrario, reserva únicamente a los extranjeros residentes el derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. Se resuelve así una antinomia provocada por la ley anterior que quizás no sea ocioso comentar. Y es que tanto la LO 4/2000 como la LO 8/2000 (antes artículo 40, ahora artículo 33) contemplan un régimen de entrada y permanencia de los estudiantes extranjeros como un régimen singular que requiere de la previa admisión en el centro educativo correspondiente para que se le autorice la estancia en España por el tiempo que dure la realización de los estudios.

³¹ En similares términos, el artículo 1 del Protocolo adicional al CEDH y el artículo 28 de la Convención sobre los derechos del niño de 1989.

³² Esto último supone una reforma de gran calado social y presupuestario. IÑIGUEZ HERNANDEZ, I.: “Derecho a la educación” en *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Valladolid, 2000, págs. 75-81.

Requisito de previa admisión en el centro educativo que sólo conlleva la autorización de entrada y permanencia en España cuando ésta es solicitada desde un tercer país y no desde dentro de nuestras fronteras. Por tanto sólo podían acogerse al artículo 40 los que antes de entrar en España ya habían sido admitidos en un centro educativo. Y a sensu contrario, un extranjero en situación irregular podría estar disfrutando de un derecho para el cual la propia ley que lo configura exige la previa concesión de la autorización de entrada³³.

Finalmente, el apartado quinto del artículo 9, reconoce a los extranjeros residentes el derecho a desempeñar actividades de carácter docente o de investigación científica de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente, así como el derecho a crear y dirigir centros docentes o de investigación en los mismos términos³⁴.

7. El derecho a la libertad sindical y de huelga (art.11).

El artículo 11, apartados 1 y 2, reconoce a los trabajadores extranjeros el derecho a la libertad sindical y a la huelga en las mismas condiciones que a los trabajadores españoles:

“Los extranjeros tendrán derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”.

El contenido del derecho es el mismo para españoles y extranjeros. También aquí, por tanto, se establece la plena equiparación. Ahora bien, preciso es destacar que para que el trabajador extranjero pueda ejercitar el derecho se le exige el requisito de la estancia o residencia legal.

Respecto al derecho de huelga, el artículo 11. 2 LOEX descarta cualquier tratamiento diferenciado y se reconoce a los extranjeros en los mismos términos que a los españoles. En cuanto al contenido del derecho la equiparación es plena. Ahora bien, para el disfrute de este derecho se exige al extranjero tener “autorización para trabajar”.

Estos requisitos establecidos por el artículo 11 para el ejercicio de los mencionados derechos (estancia o residencia legal para el derecho a la sindicación, y autorización para trabajar para el derecho de huelga) han sido también impugnados ante el Tribunal Constitucional. Después nos ocuparemos del examen de esa problemática.

8. El derecho a la asistencia sanitaria (art. 12).

El artículo 12 contiene una serie de reglas tendentes a garantizar la asistencia sanitaria de los extranjeros. Existen diferencias entre ellas en dos aspectos: el ámbito personal del derecho y el contenido material de la protección³⁵. Combinando ambas variables nos encontramos con lo siguiente:

33 GARCIA CANO, S.: “Algunas reflexiones sobre el derecho a la educación de los extranjeros en España”, Anuario de la UNED, Barbastro, 1995-2000. Vol. XII-XIII. Pág. 51-83.

34 Con anterioridad el derecho a crear centros docentes estaba reservado exclusivamente a los españoles (art. 21. 1. LODE).

35 RODRIGUEZ-SAÑUDO, F.: “Los derechos de los extranjeros en España como trabajadores por cuenta ajena” en El nuevo Derecho de Extranjería. Ob. cit. Pág. 93-94.

- a) Por un lado, tanto los extranjeros que se encuentren inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, como todos los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España, tienen derecho a la asistencia sanitaria “en las mismas condiciones que los españoles”.
- b) Por otro, el resto de los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a “la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica”.
- c) En tercer lugar, “las extranjeras embarazadas que se encuentren en España” tienen derecho a la “asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y puerperio”.

Evidente resulta que el contenido material más amplio del derecho es el del primer grupo, al reconocerse aquel en las mismas condiciones que a los españoles. En los dos últimos supuestos en los que no concurre la legalidad de la estancia, la protección material dispensada es menor.

9. El derecho a solicitar ayudas en materia de vivienda (art. 13).

Los extranjeros con residencia regularizada tendrán derecho a acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles. La nueva redacción del artículo 13 suprime la equiparación con los nacionales de aquellos extranjeros que sin residencia legal en España estuviesen empadronados en un municipio.

VI. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA.

Fue ya Hans Kelsen quien, con meridiana claridad y acierto pleno, advirtió que de nada sirve atribuir a los individuos determinados derechos, si aquella atribución no se encuentra debidamente protegida³⁶. Dicho con toda rotundidad y contundencia, los derechos sin garantías no son nada.

Si como hemos visto hasta ahora, por lo que se refiere a la titularidad y al ejercicio de los derechos y libertades, existen algunas diferencias por razón de la nacionalidad del sujeto, no ocurre así en materia de garantías constitucionales. Estas son las mismas para los españoles que para los extranjeros. A los extranjeros debe serles aplicable el régimen de garantías previsto constitucionalmente para los derechos, sin que sea lícito establecer diferencias en el grado de protección que tengan tales derechos derivada de quien sea su titular. Los extranjeros gozan, por tanto, del mismo régimen de garantías constitucionales que los españoles. Estas garantías son un elemento determinante de los derechos y las libertades que no varía por razón de la nacionalidad de su titular³⁷.

En la actualidad dichas garantías vienen reguladas en el capítulo III del Título I de la LOEX, relativo este último, como hemos tenido ocasión de examinar anterior-

³⁶ KELSEN, H.: *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*, Milán, 1978. 5ª edición, 2ª reimpresión, págs. 280-290.

³⁷ En el mismo sentido, la quinta tesis del profesor Cano Bueso. CANO BUESO, J.: “Los derechos de los extranjeros en España: una perspectiva constitucional” en *Revista de Derecho Político*, núm. 57, 2003. Pág. 29.

mente, a los “Derechos y libertades de los extranjeros”. Se modifica así la ubicación de las garantías jurídicas en el texto de la Ley con relación a la antigua LOEX de 1985. Y esa modificación debe ser francamente criticada. La LOEX de 1985 regulaba las garantías jurídicas en el Título VII. De esa forma, las garantías adquirirían un mayor protagonismo al rubricar todo un Título y no un mero capítulo, pero sobre todo, quedaba reflejado formalmente en esa sistemática del texto legal, que las garantías jurídicas en cuestión no venían referidas únicamente a los derechos y libertades de los extranjeros en España, sino también a los procedimientos administrativos en materia de extranjería, así como a los procedimientos sancionadores que se sustancien por la comisión de ilícitos administrativos por los extranjeros.

Por ello creo oportuno señalar que la ubicación de las “Garantías Jurídicas” en el capítulo III del Título I relativo a los derechos y libertades de los extranjeros, dificulta la adecuada comprensión del verdadero significado y alcance de dichas garantías.

Pero si la ubicación de la materia es discutible más lo es su concreta regulación, cuestión esta a la que vamos a dedicar las páginas que siguen. En este sentido, dos son las cuestiones controvertidas. La primera la reducción del ámbito subjetivo del derecho a los recursos, y la segunda de mucha mayor trascendencia puesto que afecta a su constitucionalidad, las restricciones establecidas al derecho a la asistencia jurídica gratuita.

1. El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 20.1).

La principal garantía constitucional de los derechos, ocioso es recordarlo, es la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24 de la Constitución.

En este sentido, resulta capital el pronunciamiento del Tribunal Constitucional contenido en su sentencia 99/1985, de 30 de setiembre: la condición o no de extranjero “es irrelevante en relación con el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva”. Y ello porque, según el Alto Tribunal, dicho derecho resulta “imprescindible para la garantía de la dignidad humana”.

En la ya citada STC 115/87, el Tribunal hace uso del derecho a la tutela judicial efectiva para declarar nulo el inciso segundo del artículo 34 de la LOEX de 1985 que disponía que “en ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas (en relación con los extranjeros) de conformidad con lo establecido en la presente Ley”. El Tribunal argumenta así:

“Es cierto que no puede defenderse la absoluta necesidad de la suspensión de los actos administrativos impugnados para la salvaguardia de los derechos fundamentales” (...) sin embargo, “ello no quiere decir que cuando la legislación ha establecido esa posibilidad para la protección de los derechos fundamentales, esta decisión legislativa no incide también sobre la configuración de la tutela judicial efectiva, como ocurre en el presente caso, de forma que la supresión de esta posibilidad de suspensión para ciertos casos o grupos de personas no afecte a este derecho a la tutela judicial efectiva, al margen de que también pueda afectar al derecho a la igualdad del artículo 14 CE”.

La LOEX de 1985 reconocía ya implícitamente este derecho a la tutela judicial efectiva en su artículo 4. 1. Sin embargo, la nueva LO 4/2000 lo afirma de forma expresa y categórica en su artículo 20. 1: “Los extranjeros tienen derecho a la tutela judicial efectiva”. Este derecho viene referido a cualesquiera situaciones administrativas en que se encuentren los extranjeros en relación con los derechos o intereses legítimos concretos que de forma directa o indirecta les reconoce la vigente LOEX. El artículo 20. 1 lleva implícito, además, el conjunto de garantías jurídicas enumeradas en el Capítulo III del Título I de la Ley, en concreto, el derecho a los recursos contra los actos adminis-

trativos (art. 21. 1) y el derecho a la asistencia jurídica gratuita, con intérprete en su caso. (art. 22. 1 y 2).

Innecesario es recordar que en la tutela judicial efectiva encuentra el extranjero la más importante garantía jurídica para la defensa de sus derechos e intereses legítimos. En virtud de ella se halla legitimado para acceder a la correspondiente jurisdicción por razón de la materia de que se trate en defensa de sus derechos o intereses lesionados. Cuando el objeto de la lesión afecte al propio derecho a la tutela judicial, en tanto este presenta la doble dimensión de garantía constitucional y de derecho fundamental, el ordenamiento habilita al extranjero para utilizar el procedimiento judicial de carácter preferente y sumario regulado en los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/98. Igualmente, el extranjero que ha agotado todas las instancias judiciales previas puede acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional en el plazo de veinte días a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial con carácter firme. Finalmente, y como es bien sabido, dentro del plazo de seis meses a partir de la fecha de resolución definitiva del recurso de amparo por el Tribunal Constitucional, el extranjero puede recurrir ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2. El derecho a los recursos (art. 21.1).

Este derecho forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva. El artículo 21. 1 de la nueva LOEX establece que: “Los actos y resoluciones administrativas adoptadas en relación con los extranjeros serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las Leyes”.

Este texto, aunque mejora la redacción de la LOEX de 1985 que aludía sólo a las resoluciones administrativas, como ha advertido López González, dista de ser una regulación satisfactoria del derecho a los recursos por parte de los extranjeros³⁸. La razón es fácilmente comprensible. El precepto resulta insuficiente como instrumento de garantía de determinadas actuaciones de la administración: así por ejemplo, inactividad, vía de hecho, o silencio administrativo. Por ello, cabe afirmar que la limitada alusión del precepto que comentamos a actos y resoluciones administrativas implica sustraer a los extranjeros las más amplias garantías jurídicas que consagra hoy nuestro ordenamiento (arts. 1 y 25 de la Ley 29/98).

No deja de sorprender que el legislador orgánico se exprese “en términos de tan patente descordinación con las Leyes 4/99 de 13 de enero, de reforma de la ley 30/92 (silencio administrativo, en lugar de acto presunto) y la ya citada Ley 29/98 de 13 de julio que somete al ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, la inactividad de la Administración y las actuaciones materiales de esta que constituyan vías de hecho”³⁹.

En este sentido, debemos denunciar que el derecho a la tutela judicial proclamado en el artículo 20 se frustra a la hora de regular el derecho a los recursos. Y ello por la simple y evidente razón de que en esta regulación el legislador ha olvidado incluir los remedios que el ordenamiento ofrece a todas las personas para la defensa de sus derechos e intereses. La LOEX resulta, por tanto, insatisfactoria desde el punto de vista de la regulación de las garantías jurídicas de los extranjeros. Sus insuficiencias deberán ser subsanadas por el intérprete y aplicador jurídico que deberá colmarlas mediante una interpretación integradora de las mismas en el contexto de nuestro ordenamiento constitucional.

38 LOPEZ GONZALEZ, J.I.: “Garantías jurídicas de los extranjeros en España” en *El nuevo Derecho de Extranjería...* ob. cit. Pág. 159.

39 *Ibidem*.

Por otro lado, y por lo que se refiere al ámbito subjetivo del derecho a los recursos, debemos dejar constancia de una importante limitación introducida por la LO 8/2000. La LO 4/2000 reconocía legitimación para intervenir en los procedimientos en materia de extranjería, no sólo a los afectados sino también “a las Organizaciones representativas constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes”. Es decir, el ámbito subjetivo del derecho a los recursos abarcaba a estas organizaciones en su condición de parte legitimada para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos⁴⁰. La LO 8/2000 en su artículo 20. 3 introduce una modificación de contenido claramente restrictivo, ya que se exige para la legitimación de estas organizaciones que “sean expresamente designadas por éstos”, es decir, por los inmigrantes afectados por los correspondientes procedimientos. Esta exigencia legal de previa designación expresa condiciona y limita la legitimación de estas organizaciones.

Similar restricción se opera en el apartado 4 del mismo precepto con referencia a los procesos contencioso-administrativos en materia de extranjería. La legitimación de estas organizaciones se limita a las “Entidades que resulten afectadas”, es decir a las que hayan sido parte en el procedimiento administrativo previo o sencillamente estén legitimadas a título individual. Queda así notablemente limitado, y de forma injustificada en nuestra modesta opinión, el régimen de tutela y protección de derechos e intereses legítimos colectivos por parte de estas organizaciones representativas y constituidas para la defensa de los derechos de los inmigrantes. Y ello en contra de lo previsto en el art. 19. 1 b de la Ley 29/98. Dicha restricción del derecho a los recursos afecta, negativamente, al derecho a la tutela judicial efectiva.

3. Derecho a la asistencia jurídica gratuita y de intérprete (art. 22).

La Ley 1/96 de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, al delimitar el ámbito subjetivo de aplicación, en su artículo 2 proclama que tendrán derecho a dicha asistencia jurídica gratuita: “a)...los extranjeros *que residan legalmente en España*”⁴¹, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar” y, “f) En el orden contencioso-administrativo así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, aun cuando no residan legalmente en territorio español, tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en todos aquellos procesos relativos a la solicitud de asilo”.

La LO 4/2000 extendió, notablemente, el ámbito de aplicación de la asistencia jurídica gratuita, reconociéndola a favor de todos los extranjeros, en general, en los procedimientos administrativos o contenciosos que pudieran conducir a la denegación de su entrada o a su expulsión del territorio nacional, así como en todos los procedimientos de asilo. Simultáneamente, reconocía el derecho de asistencia jurídica gratuita, en iguales condiciones que a los españoles, no sólo a los extranjeros residentes sino también a los “extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente”.

Con la reforma operada por la LO 8/2000 se establece una regulación más acorde con el sistema de la Ley 1/96 (hoy declarado ya inconstitucional por la STC 95/2003 que más tarde analizaremos). Así, en primer lugar, a todos los extranjeros que se hallen

⁴⁰ Precepto congruente con el artículo 19. 1 b de la Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa, que reconoce legitimación a este tipo de asociaciones, grupos o entidades para la defensa de derechos e intereses legítimos colectivos.

⁴¹ Este inciso en cursiva ha sido declarado inconstitucional por STC 95/2003, de 22 de mayo.

en España y carezcan de recursos suficientes, con independencia por tanto de la legalidad de su estancia, se les reconoce la asistencia jurídica gratuita en aquellos procedimientos administrativos o judiciales que puedan conducir a la denegación de su entrada o a su expulsión del territorio nacional, así como en los de asilo. En segundo lugar, y con respecto al resto de los procedimientos, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que a los españoles a los extranjeros “residentes”, esto es a aquellos cuya estancia en España sea legal.

Fácilmente se comprueba que el régimen vigente resulta más favorable y garantista que el previsto por la ley 1/96 que exigía como regla general (con la única excepción de los procedimientos de asilo) para poder disfrutar del derecho a la asistencia jurídica gratuita, ostentar la condición de “extranjero residente”. Ahora bien, ¿respetada dicha regulación el marco constitucional que antes hemos expuesto?. Debemos señalar, con toda rotundidad, que no. Y la razón es fácilmente comprensible. En todo caso, y si alguna duda quedaba, el Tribunal Constitucional en su importante y decisiva STC 95/2003 la ha disipado por completo. Sobre ello volveremos después.

Con referencia al derecho a la asistencia de intérprete, si el extranjero no comprende nuestra lengua, y previsto en el art. 22 de la LOEX, baste recordar que el Tribunal Constitucional ya declaró en su STC 71/88, de 19 de abril, que el derecho de los recurrentes a ser asistidos de intérprete en sus comunicaciones con el abogado de oficio “puede entenderse comprendido en los derechos fundamentales de defensa y asistencia letrada”.

Finalmente, y para completar este epígrafe relativo a las garantías constitucionales de los derechos de los extranjeros, debemos subrayar que en los procedimientos administrativos en materia de extranjería, rige el principio de aplicación preferente de las garantías de la legislación general sobre procedimiento administrativo. Así lo ha establecido el legislador orgánico en el apartado segundo del artículo 20:

“Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, salvo lo dispuesto en el artículo 27 de esta Ley”.

La excepción del inciso final se refiere al apartado quinto del artículo 27, para aquellos casos de denegación de visado a aquellos extranjeros que aparecen incluidos en la lista de personas no admisibles prevista en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

VII. PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LO 8/2000.

Como es bien sabido y hemos anticipado en esta exposición, la regulación del estatuto jurídico del extranjero llevada a cabo por la LO 8/2000, ha sido impugnada ante el Tribunal Constitucional⁴². A él corresponde, como supremo y último intérprete de nuestro Texto Fundamental, determinar si los preceptos impugnados son o no conformes con la Constitución.

42 También se ha interpuesto otro recurso de inconstitucionalidad contra algunos preceptos incluidos en la, hasta ahora, última modificación de la ley, la efectuada por la LO 14/2003. En concreto, el Parlamento Vasco ha impugnado los apartados 3 y 5 del artículo 17 y las modificaciones de los artículos 31, 32, 34, 35, 38, 39 y 40. En la medida en que estos preceptos desbordan el objeto de nuestra Ponencia, no los incluiremos en este examen.

La doctrina constitucional española se encuentra dividida en torno a esta problemática. Así, cualificados catedráticos como los profesores Cano Bueso o Asensi Sabater, han sostenido públicamente la inconstitucionalidad de la Ley. Otros, por el contrario, y con independencia del juicio político que la ley les merezca, pero pronunciándose en estrictos términos de constitucionalidad, han defendido en líneas generales la constitucionalidad de la ley. Entre estos últimos cabe citar las tesis de los profesores Pérez Calvo o Fernández Segado⁴³.

El análisis de la constitucionalidad de la LO 8/2000 (limitado exclusivamente a los preceptos analizados y que constituyen el objeto de esta ponencia, esto es, las normas reguladoras de derechos y garantías de los extranjeros) nos exige, básicamente, responder a estas cinco cuestiones⁴⁴:

- a) ¿Resultan constitucionalmente admisibles las limitaciones de los derechos y libertades de los extranjeros que establece la LOEX y que ya hemos expuesto?
- b) La ley reconoce a los extranjeros la titularidad de ciertos derechos y libertades (reunión, manifestación y asociación y sindicación), pero reserva su ejercicio a los residentes. ¿Qué sentido tiene esa distinción entre titularidad y ejercicio?
- c) ¿Desde una perspectiva constitucional, puede considerarse la residencia legal en España un criterio idóneo y razonable para establecer diferencias en la regulación del ejercicio de determinados derechos y libertades?
- d) La Ley exige a los extranjeros gozar del permiso de trabajo para poder ejercer el derecho de huelga. ¿Debería garantizarse también el derecho de huelga a quienes ejercen actividad laboral al margen de los requisitos legales?
- e) Finalmente, ¿son constitucionalmente admisibles las limitaciones impuestas al derecho de asistencia jurídica gratuita?

Intentaré responder de la manera más breve y precisa posible a cada una de ellas, basándome en el marco constitucional tal y cómo ha sido interpretado hasta la fecha por nuestro Tribunal Constitucional.

La respuesta que demos a la primera cuestión condicionará las demás.

1. ¿Resultan constitucionalmente admisibles las limitaciones de los derechos y libertades de los extranjeros que establece la LOEX y que ya hemos expuesto?.

Si partimos de que la Constitución reserva a los nacionales la titularidad de los derechos políticos, pero que todos los demás derechos y libertades tienen que ser ejercidos en pie de igualdad por nacionales y extranjeros, evidente resulta que la respuesta debiera ser negativa. Sin embargo, y como ya ha quedado expuesto en este trabajo, tal

⁴³ La tesis del profesor Cano Bueso se encuentra brillantemente defendida en CANO BUESO, J.: "Los derechos de los extranjeros en España: una perspectiva constitucional" en *Revista de Derecho Político*, núm. 57, 2003. Las opiniones de los profesores Asensi, Pérez Calvo y Fernández Segado, se recogen en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 2001. En el mismo número pueden consultarse también las respuestas de los profesores Aragón y Carrillo y de la profesora Biglino.

⁴⁴ Las cuatro primeras están incluidas en el cuestionario que la Revista *Teoría y Realidad Constitucional* (ya citada) dirigida por el profesor Oscar Alzaga, planteó a los profesores Aragón, Asensi, Biglino, Carrillo y Pérez Calvo.

clasificación de los derechos y libertades en dos bloques no viene, en modo alguno impuesta por la Constitución, ni por la interpretación que de ella ha hecho el Tribunal Constitucional. Lo que el Alto Tribunal ha dicho es que existen unos derechos cuya mayor y más directa conexión con la dignidad de la persona (la vida, la integridad física y moral, la libertad ideológica, la libertad de creencias, la intimidad personal, la libertad personal y la tutela judicial efectiva) impiden que el legislador establezca diferencias de trato entre españoles y extranjeros. Y que, por el contrario, -y dejando aparte los derechos políticos que conformarían un tercer bloque de derechos vedados a los no nacionales-, hay otros derechos que, aunque también se conecten con la dignidad humana, por no resultar esa conexión inmediata, el legislador está habilitado para establecer diferencias de trato entre españoles y extranjeros. Diferencias que en todo caso deberán respetar el contenido del derecho.

Desde esta óptica, el enjuiciamiento de la constitucionalidad de la ley nos exige, en primer lugar, determinar si los derechos cuya limitación se discute entran, o no, en este segundo bloque; y en segundo lugar, si respetan el contenido del derecho.

En mi opinión, respecto a los derechos de reunión, manifestación, asociación y sindicación, cabe decir que su conexión con la dignidad humana no es inmediata. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en la jurisprudencia anteriormente analizada, por lo que habría que entender que el legislador puede establecer diferencias en cuanto al ejercicio de esos derechos por nacionales y no nacionales. Diferente es la respuesta respecto al derecho a la asistencia jurídica gratuita en la medida en que su carácter instrumental respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, hace de él un instrumento necesario para preservar la dignidad humana por lo que respecto a él no resultan admisibles las diferencias de trato. Y, otro tanto cabría decir del derecho de huelga, por cuanto que no siendo él mismo un derecho directa e inmediatamente conectado con la dignidad, sí se configura como un instrumento de defensa de derechos inherentes a la persona en cuanto trabajador.

Ahora bien, con esto el problema no se resuelve. Admitido el fundamento constitucional de la ley, esto es el poder de configuración del legislador, de lo que se trata es de determinar su alcance.

Así por ejemplo, los impugnadores de la ley, como el profesor Carrillo López han dicho que “la nueva regulación de los derechos de reunión, manifestación, asociación, libertad sindical y huelga que ha establecido la LO 8/2000 no supone, en realidad, una limitación sino más bien algo de mayor alcance que un régimen restrictivo; y ello no es otra cosa que la simple negación de la titularidad del derecho”⁴⁵.

Llegamos así al segundo de los interrogantes antes enunciados.

2. ¿Tiene sentido la distinción realizada por la ley entre titularidad y ejercicio?

Desde una perspectiva jurídica, la respuesta es, indudablemente, positiva. La lógica jurídica no sólo permite sino que exige diferenciar ambas categorías. Siguiendo al profesor Pérez Calvo podemos afirmar que dos son las razones que justifican la opción del legislador⁴⁶: una se basa en el derecho internacional, otra en la jurisprudencia constitucional

45 CARRILLO, M.: “Encuesta” en *Teoría y Realidad Constitucional*...ob. cit. Pág. 26.

46 PEREZ CALVO, A.: “Encuesta” en *Teoría y Realidad Constitucional*...ob. cit. Págs. 44 a 47.

- a) En primer lugar, todos los instrumentos internacionales que podrían ser de aplicación al caso coinciden en distinguir la titularidad del derecho y su ejercicio, que podrá sufrir restricciones de acuerdo con la ley. Esto es remiten a la ley nacional.
- b) En segundo lugar, el Tribunal Constitucional, ha admitido desde su decisiva STC 115/87, que el legislador orgánico esta facultado para “establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de extranjeros”. Este pasaje implica la necesidad de distinguir entre titularidad y ejercicio.

La distinción efectuada por el legislador entre titularidad del derecho y ejercicio encuentra, por tanto, sólidos fundamentos tanto en el Derecho Internacional como en la jurisprudencia constitucional. Los extranjeros, aun siendo titulares de los derechos de reunión, manifestación, asociación, y sindicación, para ejercerlos se les exigirá el requisito de residir legalmente en España. Que exigir ese requisito para el ejercicio del derecho equivale a privar a quienes no lo cumplan de la titularidad de aquél, es algo que desde el punto de vista jurídico no puede aceptarse. Una persona puede ser titular de un derecho y no poder ejercerlo por no cumplir determinados requisitos. Efectivamente, ello determina en la práctica un resultado equivalente al que se llegaría si el afectado no fuere titular del derecho, pero importa subrayar que en el momento en que cumpla el requisito (obtenga el permiso de estancia o residencia) por ser titular del derecho, podrá ejercerlo en plenitud y en igualdad de condiciones que los españoles. Mientras que si no fuera titular del derecho, ocioso es recordar que no podría ejercerlo en ningún caso. La distinción entre titularidad y ejercicio tiene, por tanto, un significado jurídico claro. Es más, toda la dogmática de los derechos fundamentales reposa sobre esa distinción.

Llegados a este punto la cuestión más controvertida, y además absolutamente novedosa puesto que nunca hasta ahora se había planteado ante el Tribunal Constitucional es determinar si, desde una perspectiva constitucional, puede considerarse la residencia legal en España un criterio idóneo y razonable para establecer diferencias en la regulación del ejercicio de determinados derechos y libertades. O, dicho con otras palabras, y de forma más precisa y concreta, si entre “los condicionamientos adicionales” que el Tribunal admite que el legislador puede exigir a los extranjeros para el ejercicio de determinados derechos y libertades, cabe incluir el de la estancia o residencia legal.

3. ¿Puede considerarse la residencia legal en España un criterio constitucionalmente admisible para establecer diferencias en la regulación del ejercicio de determinados derechos y libertades?.

La respuesta aquí, una vez más, exigirá analizar cada derecho en cuestión. Pero no está de más recordar que durante los quince años que van desde que se aprueba la primera LOEX, la 7/85, hasta que la LO 4/2000 modifica este régimen⁴⁷, tal criterio estuvo vigente. Y tampoco resulta ocioso subrayar que dicho criterio no fue impugnado en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra la Ley de 1985. Razón ésta que explica que toda la doctrina del Tribunal Constitucional respecto el ejercicio de derechos y libertades por parte de los extranjeros haya sido formulada siempre pensando en aquellos extranjeros cuya estancia en España era legal.

⁴⁷ Aunque para el ejercicio del derecho de asociación en lo que se refiere a los promotores de las asociaciones, la LO 4/2000 también exigía la estancia legal en España.

Respecto a los derechos de reunión, manifestación y asociación, y sindicación y ,siguiendo también en este punto al profesor Pérez Calvo, entiendo que el requisito de la estancia legal se apoya en importantes razones objetivas. Tradicionalmente, la doctrina ha considerado a estos derechos como manifestaciones de la persona en tanto que ser social. El contrapunto de estos derechos –con independencia de que quien los ejerza sea nacional o no- es, por ello, el orden público. Y la propia configuración constitucional y legal de los mismos ofrece siempre ese contrapunto.

Cuando el artículo 21 CE define el derecho de reunión habla de “reunión pacífica y sin armas”, precisamente para que el ejercicio de este derecho no altere el orden público. Asimismo en las reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones, el apartado segundo del mismo artículo exige comunicación previa a la autoridad⁴⁸ que sólo podrá prohibirla cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas y bienes. La LO 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, recoge similares cautelas para la defensa del orden público. Así, el artículo 4.2 de la ley afirma que del buen orden de las reuniones y manifestaciones serán responsables sus organizadores, quienes deberán adoptar las medidas para el adecuado desarrollo de las mismas. En coherencia con ello, el artículo 4.3 se refiere a la eventual responsabilidad civil de los promotores por los daños que los participantes causen a terceros cuando hayan omitido la diligencia razonable para prevenir el daño causado. Los artículos 5, 9 y 10 guardan también conexión directa con el orden público.

Por lo que se refiere al derecho de asociación, el artículo 22.2 CE declara ilegales aquellas que persigan finen o utilicen medios tipificados como delitos y el artículo 22.5 prohíbe expresamente las asociaciones secretas y las paramilitares.

En este contexto, y desde esta óptica, comparto la tesis del profesor Pérez Calvo de que “teniendo en cuenta la relevancia pública que siempre tiene el ejercicio de estos derechos y las posibles consecuencias en relación con el orden público, es necesario que el Estado sea capaz de identificar a quienes lo ejercen”⁴⁹. Y para poder hacerlo, no resulta desproporcionado exigir como condicionamiento adicional para el ejercicio de los citados derechos, el requisito de hallarse legalmente en territorio nacional.

A mayor abundamiento, deberíamos subrayar también que “la posibilidad jurídica de ejercicio de estos derechos por extranjeros que se hallen en situación ilegal en España supondría una desigualdad no sólo frente a otros extranjeros en situación legal, sino incluso, frente a los mismos españoles. Con las consecuencias respecto a las posibilidades de identificación de las personas que conlleva la estancia legal o ilegal en España”⁵⁰.

En relación con el derecho a la sindicación (art. 11), limitado al derecho a la afiliación sindical, puesto que el derecho a fundar sindicatos exige la existencia y actuación administrativa de unos promotores que, obviamente, no podrán ser extranjeros en situación de ilegalidad, y el derecho a ser elegido representante sindical está reservado

48 ¿Pueden dirigirse a ella los extranjeros en situación de ilegalidad, para, de esta forma, autodelatarse ante quien puede ordenar su expulsión del país?. Para evitar este absurdo podría haberse reservado a los residentes la promoción de las reuniones y manifestaciones, pero no la participación en ellas. En todo caso esa hubiera sido una opción tan legítima, constitucionalmente hablando, como la adoptada. Lo mismo cabe señalar respecto al derecho de asociación, derecho que nuestra jurisprudencia constitucional ha conectado con el libre desarrollo de la personalidad, pero no inmediatamente con la dignidad de la persona. Difícilmente los extranjeros en situación de ilegalidad iban a poder ser promotores de una asociación (la LO 4/2000 ya lo impedía) y respecto al derecho a formar parte de las existentes el legislador puede establecer diferencias de trato. Idénticas consideraciones pueden hacerse respecto al derecho a la sindicación.

49 PEREZ CALVO, A.: “Encuesta”...ob. cit. Pág. 46.

50 PEREZ CALVO, A.: “Encuesta”...ob. cit. Pág. 47.

a personas en pleno uso de su capacidad de obrar, cabe sostener una tesis similar a la mantenida con relación a los derechos de reunión, manifestación y asociación. No es un derecho cuya conexión con la dignidad humana sea inmediata y el legislador puede establecer como condicionamiento adicional para ejercerlo el requisito de la residencia legal en España.

El enjuiciamiento de la constitucionalidad de la vigente LOEX nos exige examinar también las limitaciones establecidas al derecho de huelga. La Ley exige a los extranjeros gozar del permiso de trabajo para poder ejercer el derecho de huelga.

4. ¿Debería garantizarse también el derecho de huelga a quienes ejercen actividad laboral al margen de los requisitos legales?.

Como ha denunciado el profesor Carrillo, la realidad socio-laboral pone de relieve “la existencia de trabajadores que careciendo del permiso de residencia trabajan, no obstante, por cuenta ajena en condiciones laborales profundamente desiguales respecto de las que gozan los nacionales”⁵¹.

Ese es el contexto social en el que hay que situar el problema que nos ocupa. Por ello, respecto a esta cuestión, comparto la preocupación del profesor Aragón que ha dicho lo siguiente: “El extranjero en situación de irregularidad, que se encuentre trabajando, aunque su contrato sea más de facto que de iure, en cuanto que se trataría de una contratación clandestina y prohibida por el ordenamiento, como trabajador que es ha de tener, en principio, unos derechos mínimos relativos a la jornada, al salario, etc. que se hace muy difícil negar. Y creo que si están directamente conectados con la dignidad de la persona”⁵². Personalmente y dando un paso que el profesor Aragón no se atreve a dar, pero que no es más que la conclusión de su razonamiento, considero que el derecho de huelga reviste un carácter instrumental respecto a derechos inherentes a la dignidad de la persona y que por ello, y respecto al mismo no resultan constitucionalmente admisibles las limitaciones impuestas.

El derecho de huelga no es un derecho frente al Estado, sino frente a terceros, los empleadores. Impedir su ejercicio a los extranjeros que trabajan sin el correspondiente permiso o autorización, supone desequilibrar de facto y de iure la relación laboral, ya de por sí y por su propia naturaleza manifiestamente desigual, a favor del empleador, reforzando así su posición de absoluto predominio. Este resultado de predominio resulta incompatible con el orden material de valores sobre el que la Constitución del Estado Social reposa.

Conviene además tener también presente, y a sí lo ha apuntado con claridad y acierto la profesora Biglino, que el desequilibrio de la relación laboral afecta también, aunque sea de modo indirecto a los trabajadores españoles, “cuyas condiciones de trabajo pueden empeorar tanto más (y de hecho empeoran) cuanto inferior sea el trato que reciben esas personas que, por su situación de ilegalidad, no están en condiciones de exigir los derechos laborales que les corresponden”⁵³.

Es este por tanto, en mi modesta opinión, el primero de los vicios de inconstitucionalidad material que advierto en la presente LOEX. Se trata de un vicio discutible, cuya apreciación exige, inexcusablemente, conectar el derecho de huelga con la digni-

51 CARRILLO, M.: “Encuesta”...ob. cit. Pág. 53.

52 ARAGON, M.: “Encuesta”... ob. cit. Pág. 15.

53 BIGLINO, P.: “Encuesta”...ob. cit. Pág. 51.

dad de la persona, pero creo que esa conexión es posible realizarla, con el carácter de vinculación directa e inmediata que el Tribunal Constitucional exige, en función de esa dimensión instrumental que la huelga presenta respecto a los derechos inherentes a la persona en cuanto trabajador. Perspectiva esta que se ve confirmada y potenciada, aunque sobre ello no podamos extendernos aquí, en el contexto de una Constitución que instituye un Estado Social.

Por lo demás, esta argumentación basada en el carácter instrumental de un derecho para el disfrute de otro, que confiere al primero su mismo rango, no es nueva. El Tribunal la ha utilizado, al menos y respecto a esta materia, en dos ocasiones:

- a) STC 48/2003 (Partidos Políticos). El derecho a crear partidos políticos (arts. 6 y 22 CE) reviste el carácter de instrumental respecto al más amplio de participación política (art. 23 CE). En la medida en que éste último está reservado a los españoles y excluido a los extranjeros, el legislador puede también excluirla a los extranjeros, como lo ha hecho (art. 1 LOPP), del derecho a crear partidos políticos
- b) STC 95/2003 (Asistencia jurídica gratuita). El derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 119 CE), se configura como un instrumento necesario para poder disfrutar del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), derecho este último conectado directamente con la dignidad humana (imprescindible para preservar esa dignidad). Por esta razón, la asistencia jurídica gratuita debe disfrutar del mismo nivel de protección que la tutela judicial, y cabe afirmar que el primero en cuanto requisito o presupuesto para el disfrute del segundo está también conectado de forma directa e inmediata con la dignidad de la persona.

En definitiva, y como ha afirmado la profesora Biglino, el derecho de huelga pertenece a aquel grupo de derechos que “no se atribuyen a la persona en función de su nacionalidad ni de su situación administrativa, sino que el sujeto debe disfrutarlos sólo por el hecho de ser trabajador”. Los extranjeros añade, con palabras que compartimos plenamente “al margen de su situación legal, son titulares de esos derechos de autodefensa que (...) constituyeron, en su momento, el motor del Estado Social”⁵⁴.

5. ¿Son constitucionalmente admisibles las limitaciones impuestas al derecho de asistencia jurídica gratuita?. La STC 95/2003.

La quinta y última cuestión que debemos abordar en este examen de la constitucionalidad de la LO 8/2000 es el relativo a si son constitucionalmente admisibles las limitaciones impuestas al derecho de asistencia jurídica gratuita. Aquí reside, en mi opinión, el segundo y más grave vicio de inconstitucionalidad material en el que ha incurrido el legislador orgánico.

La exclusión del derecho a la justicia gratuita respecto de todos los extranjeros en situación de ilegalidad, a los que sólo se les reconoce ese derecho en cuanto a los procedimientos que pueden llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio nacional y al asilo, no resulta constitucionalmente admisible. El extranjero, aunque se encuentre en situación de ilegalidad, no puede ser privado del derecho de defensa en cualquier causa penal, laboral, administrativa o civil, en la que pudiese estar incurso. La doctrina del Tribunal Constitucional resulta, en este punto, de una claridad meridiana. Los derechos contenidos en el artículo 24 CE son “inmediatamente inherentes a la dignidad humana” y ello, como hemos visto, exige una paridad de

54 BIGLINO, P.: “Encuesta”...ob. cit. Pág. 51.

trato entre españoles y extranjeros, cualquiera que sea la situación del extranjero. Privar a cierto grupo de extranjeros (los que no sean residentes legales) del derecho a la asistencia jurídica gratuita en la medida en que ésta se configura como un instrumento necesario para recibir la tutela judicial efectiva es tanto como privarles de ésta, resultado que hemos de considerar como manifiestamente inconstitucional.

Ya vimos como la regulación de la LO 8/2000 es más garantista que la propia Ley 1/96, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Pero ocurre que el inciso de esta ley que exigía el requisito de la residencia legal en España para disfrutar de ese derecho, ha sido declarado inconstitucional por nuestro Alto Tribunal en la STC 95/2003. Sentencia que constituye un precedente de primer orden para enjuiciar el artículo 22 de la LO 8/2000⁵⁵.

En este sentido, es preciso recordar que, cuando a raíz de la modificación de la LO 4/2000 por la LO 8/2000, diversas organizaciones sociales y profesionales del Derecho se dirigieron al Defensor del Pueblo, para pedirle la interposición del recurso de inconstitucionalidad, entre los motivos de inconstitucionalidad alegados figuraba, precisamente, la negación de la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros no residentes establecida por el apartado 2 del artículo 22 de la Ley, y el hecho de que esta regulación estuviera pendiente de recurso interpuesto por la misma institución (Defensor del Pueblo) contra la Ley 1/96.

El Defensor del Pueblo rechazó que hubiera argumentos de suficiente entidad que justificasen la interposición del recurso. Modestamente considero que aunque, efectivamente, no todos los motivos alegados eran de igual consistencia, por lo que se refiere al que ahora nos ocupa, la coherencia con la institución (confirmando las dudas planteadas por su antecesor), hubiera exigido plantear el recurso aunque fuera con este único motivo. El que precisamente ha estimado el Alto Tribunal en su STC 95/2003. Y que, insisto una vez más, constituye un precedente de primer orden a la hora de enjuiciar la constitucionalidad del artículo 22. 2 de la LO 8/2000.

En la STC 95/2003, el Tribunal Constitucional, frente a una argumentación extensiva del Abogado del Estado, acota claramente el objeto del recurso en su F. J. 2:

“La impugnación del precepto tachado de inconstitucional por el Defensor del Pueblo (...) se basa exclusivamente por el recurrente en que, en virtud del mismo, los extranjeros que se encuentren ilegalmente en España y carezcan de recursos económicos no podrán interponer el recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones administrativas referentes a su estatus de extranjeros (singularmente las resoluciones que acuerden su expulsión), toda vez que para ello es preciso servirse de Abogado (y, eventualmente, de Procurador...), vulnerándose así el derecho a la tutela judicial efectiva”. Y es que, efectivamente, según el precepto impugnado, los extranjeros que no residen legalmente en España y que no cuentan con recursos, sólo pueden acogerse a la asistencia jurídica gratuita en los procesos penales y en los contencioso-administrativos concernientes al asilo.

Lo que el Tribunal va a determinar, por tanto, es si la exclusión del derecho a la asistencia jurídica gratuita (el recurso se refiere con mayor precisión a la asistencia letrada de oficio) que afecta a los extranjeros que no residen legalmente en España, es

⁵⁵ El interés de esta Sentencia es notable y, por varias razones, desborda el objeto de esta Ponencia. En primer lugar, en materia de derechos fundamentales, la sentencia precisa en qué consiste el derecho de asistencia jurídica gratuita y qué relación guarda con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; en segundo lugar, en materia de interpretación constitucional, el Tribunal discute acerca de los límites de la interpretación “extensiva” de sus resoluciones; en tercer lugar, la sentencia contiene reflexiones de interés sobre el régimen jurídico de la extranjería e inmigración.

contraria al derecho a la tutela judicial efectiva. El recurrente limita su alegación a considerar lesionado el derecho a la tutela judicial, pero como advierte el Tribunal, de su argumentación se deduce que se “introduce el contenido normativo de este precepto constitucional (del art. 119 CE) como elemento de contraste con la norma legal impugnada de inconstitucionalidad”.

La respuesta del Tribunal no puede resultar más clara y contundente. El Alto Tribunal reitera su doctrina conforme a la cual el derecho a la asistencia jurídica gratuita establecido en el artículo 119 CE “consagra un derecho instrumental respecto al derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el art. 24. 1 CE”⁵⁶. Se trata de un derecho de carácter prestacional y de configuración legal, pero que no permite traspasar el contenido constitucional indisponible de ese mismo precepto, concretado en la declaración de que tal gratitud se deberá reconocer “en todo caso respecto a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”.

Además, habida cuenta que el artículo 23 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, exige la representación de las partes por Procurador y su defensa por Letrado, resulta evidente que aquellos que no puedan obtener esos servicios de forma gratuita por carecer de recursos suficientes, resultan privados del acceso a la tutela judicial en los procedimientos contenciosos que les afecten. Es decir, de acuerdo con el precepto de la Ley 1/96 impugnado, los extranjeros que no residan legalmente en España, aunque acrediten insuficiencia de recursos para litigar, verían imposibilitado su acceso al control de la legalidad de la actuaciones administrativas que les afecten por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa. Por ejemplo y tal y como razona la sentencia, los permisos de trabajo o de residencia, las exenciones de visado, además de las expulsiones.

Por todo lo anterior, el Tribunal Constitucional reafirma la antedicha relación instrumental entre asistencia jurídica gratuita y tutela judicial efectiva y declara, en consecuencia, la nulidad del precepto impugnado.

En este sentido, y por lo dicho anteriormente, a la hora de regular el contenido y el ejercicio del derecho a la asistencia jurídica gratuita, el legislador orgánico no puede establecer diferencias de trato entre españoles y extranjeros. Para ambos debe respetar el contenido constitucionalmente garantizado de dicho de derecho en condiciones de igualdad y plena equiparación. Ese límite, como ya tuvo ocasión de recordarse en el F. J. 3 de la STC 16/94, supone que una vez que el legislador determina el concepto jurídico “insuficiencia de recursos para litigar”, toda persona que se encuentre en esa situación debe poder beneficiarse de la justicia gratuita. Insisto, toda persona, porque todos, nacionales y extranjeros, son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva. El legislador no puede establecer más discriminación en el acceso a ese instrumento necesario para recibir la tutela judicial que el de encontrarse en situación de insuficiencia de recursos. Dentro de esta categoría cualquier distinción (por razón de la nacionalidad o de la residencia legal) es contraria a la Constitución. El carácter de instrumento necesario para preservar la dignidad de la persona que este derecho reviste impide que el legislador pueda establecer condicionamientos adicionales para el ejercicio del derecho.

Y desde esta óptica, y con las anteriores premisas, si bien es cierto que el artículo 22 de la LO 8/2000 resulta más generoso que el precepto anulado en la medida en que extiende el beneficio de la justicia gratuita a los procedimientos que puedan llevar a la denegación de entrada, devolución o expulsión del territorio de los extranjeros, no lo es menos que para cualquier otro tipo de procesos el apartado segundo exige el requi-

156 SSTC 138/88, 16/94, 117/98, 183/2001.

sito de la “residencia” que hay que entender legal. Dicho requisito debe ser considerado inconstitucional.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Nuestro Texto Fundamental ha construido una amplia, generosa y avanzada tutela de los derechos fundamentales de los extranjeros. La LO 8/2000, norma que como hemos visto contiene el régimen jurídico de los derechos de los extranjeros y de sus garantías, se asienta en un régimen de absoluta paridad entre españoles y extranjeros en situación de legalidad en el ejercicio de los derechos y libertades por parte de estos últimos respecto de los primeros.

La cuestión jurídica controvertida en esta norma ha sido, básicamente, la exigencia del requisito de hallarse en situación legal en España para poder ejercer determinados derechos y libertades. En este sentido, técnicamente era más afortunada la LOEX de 1985 que atribuía la titularidad de los derechos a los extranjeros residentes legalmente en España. La vigente LO 8/2000 proclama que los extranjeros en general son titulares de numerosos derechos, y luego exige, como requisito para poder ejercerlos, la residencia legal.

En nuestra opinión, que creemos respaldada por la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, el legislador está facultado para exigir ese condicionamiento adicional para el ejercicio de derechos y libertades como los de reunión, manifestación, asociación y sindicación. No así respecto a la asistencia jurídica gratuita y la huelga, por ser estos instrumentos necesarios para la defensa de derechos vinculados de forma directa e inmediata con la dignidad humana.

Cuestión distinta, y que desborda el objeto de este trabajo, es la regulación relativa a las formas de obtención de los permisos de estancia o residencia legal, y de trabajo. En la medida en que éstos se configuran como requisitos exigidos por el legislador para el ejercicio de determinados derechos, deberían facilitarse los medios para que los extranjeros con voluntad de permanencia y de integración en nuestra comunidad nacional, pudieran obtenerlos. Sin embargo, la realidad social nos presenta un escenario en el cual miles de extranjeros residen y trabajan en nuestro país, sin los pertinentes permisos, en muchas ocasiones por las numerosas trabas y dificultades que su concesión encierra, y con la consecuencia aquí examinada, de ver su estatus jurídico limitado en lo que al ejercicio de numerosos derechos y libertades se refiere.

En este sentido, el pasado 20 de febrero, el Defensor del Pueblo, don Enrique Múgica, anunció en un comunicado oficial, que “considera necesario que se efectúe un adecuado desarrollo reglamentario de la ley que permita, cuando menos, determinar vías de regularización individual a los extranjeros que permanecen en España en situación irregular”. En el mismo comunicado informó de que “tiene previsto iniciar inmediatamente contactos con la Administración, a efectos del desarrollo reglamentario de la Ley”.

En el mismo sentido se pronuncia el informe hecho público el pasado 24 de febrero, de la relatora especial para los derechos de los inmigrantes de la Organización de las Naciones Unidas, doña Gabriela Rodríguez Pizarro. Se trata de un informe demolidor sobre la situación de los inmigrantes en España, en los que se expresa una gran preocupación “por la creciente bolsa de (extranjeros) irregulares” que atribuye a “la dificultad para frenar su llegada y para ejecutar su expulsión”. En dicho informe se afirma que los constantes cambios en la legislación sobre extranjería y el creciente aumen-

to de los expedientes han desbordado a la Administración, retrasando todos los trámites burocráticos y colocando a muchos inmigrantes en situación de irregularidad.

El Defensor del Pueblo y la Relatoría Especial de la ONU son dos instituciones muy autorizadas en el campo de los derechos humanos. Por esa razón he querido concluir esta exposición con una referencia a ellas. Creo que tanto los poderes públicos, como las distintas fuerzas políticas, deberían tener en cuenta el contenido de los citados informes y alumbrar, en consecuencia, una legislación de extranjería consensuada y estable, que garantice la integración de los extranjeros que, con voluntad de permanencia, residen y trabajan en España, y desean formar parte de nuestra comunidad nacional.

Bilbao, 12 de marzo de 2004.