

**UN ANÁLISIS EN CLAVE CONSTITUCIONAL DEL RÉGIMEN
JURÍDICO DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA:
ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO A LA LIBERTAD DE
CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA**

Sonia García Vázquez

*Profesora Contratada Doctora (Acreditada) de Derecho Constitucional.
Universidad de A Coruña*

Juana Goizueta Vértiz

*Profesora Doctora Asociada de Derecho Constitucional.
Universidad del País Vasco*

RESUMEN:

Este artículo pretende abordar el estudio del marco constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España, partiendo de la interpretación del artículo 13 de la Constitución española y dedicando una especial atención a aquel derecho que más claramente se ha limitado para el extranjero y que resulta clave para el ejercicio de otros muchos constitucionalmente reconocidos: el derecho a la libertad de circulación y residencia.

Palabras clave: Extranjería – derechos fundamentales – art. 13 CE – derecho de circulación – derecho de residencia – art. 19 CE.

ABSTRACT:

This article pretends to analyse the study of constitutional regime of rights and liberties for foreign nationals, starting with the interpretation of the article 13 of the Spanish Constitution, and dedicating a special attention to the most limited right for them, that is the key to the exercise others: the right to free movement and residence.

Key words: Immigration – fundamental rights – art. 13 CE – the right to free movement – right to residence – art. 19 CE.

Un análisis en clave constitucional del régimen jurídico de los extranjeros en España: especial referencia al derecho a la libertad de circulación y residencia¹

Sumario: I. Introducción. II. La desconcentración del estatuto jurídico del extranjero. III. La extranjería y el derecho a la libre circulación y residencia en España. III.1. La titularidad del derecho por parte de los extranjeros. III.2. El ejercicio del derecho por parte de los extranjeros. III.2.1. El problema de la existencia del contenido mínimo indisponible. III.2.2. La concretización del contenido mínimo indisponible.

I. INTRODUCCIÓN

El estudio de la posición jurídica del extranjero en cuanto sujeto de derechos y la delimitación del contenido, alcance y límites de los mismos no resulta tarea fácil. Tradicionalmente se ha considerado que la piedra angular de ese estatuto diferenciado venía determinada por la dicción literal del artículo 13 CE que, aunque se configura como elemento imprescindible de interpretación, no puede convertirse en marco único de este análisis.

Sin atisbo de duda, resultaría excesivamente pretencioso intentar perfilar los contornos de un acabado estatuto jurídico predicable de los extranjeros en España. Ello exigiría analizar no sólo si los extranjeros son titulares de aquellos derechos cuyo ámbito de aplicación subjetivo no viene definido por una cláusula excluyente, por ejemplo el “solamente los españoles” que utiliza el art. 13.2, sino, también, la diversidad e intensidad de la modulación que realiza el legislador cuando se trata de regular el ejercicio por parte de los extranjeros de los derechos que la Constitución reconoce. Por ello y, una vez, analizado el art. 13 CE como punto de partida en el análisis del marco constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España nos centraremos en aquel derecho que más claramente se ha limitado para el extranjero y el que podría calificarse de “llave” para el ejercicio de otros muchos de los constitucionalmente reconocidos: el derecho que consagra el art. 19 CE.

II. LA DESCONCENTRACIÓN DEL ESTATUTO JURÍDICO DEL EXTRANJERO

Es indiscutible que la extranjería no es, en nuestro ordenamiento jurídico, un bloque regulador uniforme y homogéneo al que se sujetan todos aquellos que no disfrutan de la nacionalidad española, sino más bien un colorido puzzle o mosaico resultante de distintos regímenes con heterogéneos matices.

En primera instancia, debemos recordar que los derechos del extranjero se han caracterizado por una evolución positiva y una constitucionalización progresiva en la que el no nacional, como titular de derechos, ha tendido a equipararse con el nacional,

¹ El presente artículo se enmarca dentro del proyecto de investigación SEJ2005- 0538 sobre el Estatuto Jurídico y los Derechos de los Inmigrantes, dirigido por el Prof. Dr. Eliseo Aja Fernández, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona y Director del Institut de Dret Públic.

mediando, eso sí, ciertas modulaciones. Sin atisbo de duda, los derechos que más claramente se han limitado para el extranjero son los de libertad de circulación y residencia, porque, en estos supuestos específicos, no resulta difícil vincular las salvedades existentes con finalidades referidas al control de entrada de flujos, residencia y trabajo del extranjero, lo cual justifica, en la mayor parte de las ocasiones, las restricciones impuestas con un alto margen de maniobra, si no resultasen notoriamente desproporcionadas.

Fue la Ley Orgánica 4/2000 la que planteó, en el marco de un debate político e ideológico controvertido, un verdadero reconocimiento de los derechos de los extranjeros en España. Al hilo de las desafortunadas modificaciones introducidas por la LO 8/2000, que dejaron sumidos a muchos sectores doctrinales en un gran desconcierto, permaneciendo incólumes en la LO 14/2003, resulta necesario recordar, con el Prof. J. CANO BUESO² que la Constitución española cuando regula los derechos de los extranjeros jamás menciona la “razón de Estado”, ni subordina el ejercicio de esos derechos a razones de índole laboral derivadas de la evolución del ciclo económico. Resulta meridiano, por tanto, que los derechos de los no nacionales no pueden contemplarse desde las únicas referencias de la oportunidad, en orden de las conveniencias coyunturales de las políticas migratorias, e incontrovertible que el Título I de la Constitución afirma que los extranjeros también tienen derechos fundamentales, y que nuestra Norma suprema no vislumbra sus derechos bajo el manto del fantasma de la “inmigración cero”, razones de seguridad, o políticas de entrada restrictivas.

A través de una mirada histórica, puede comprobarse que el Anteproyecto de la Constitución de 1978 se refería a la posición jurídica del extranjero en el artículo 12. Su primer párrafo hacía depender de la ley, de los tratados y del principio de reciprocidad la condición jurídica del extranjero; mientras que el segundo parecía querer extender a los residentes las libertades públicas recogidas a lo largo del Título I, como si dicha titularidad no formara parte ya de la condición jurídica del extranjero.

No es ningún secreto el hecho de que tradicionalmente se ha considerado que el estatuto constitucional o marco constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España venía determinado en su totalidad por la dicción literal del artículo 13 CE. Sin embargo, aun cuando este precepto del articulado constituye un elemento ineludible de interpretación, no consideramos que sea el único marco que debemos tener en consideración para iniciar esta travesía.

Todo lo contrario, este artículo se revela como paraje de partida, pero a nuestro juicio, no debe ser nunca punto llegada, puesto que consideramos que una interpretación restrictiva de la construcción del régimen jurídico-constitucional de los extranjeros centralizada en el artículo 13 CE no resultaría coherente con una interpretación sistemática y teleológica de nuestra Constitución. Incluso, si observamos el horizonte desde un catalejo garantista, podría llegar a afirmarse que el artículo 13.1 CE vendría a constituir una suerte de habilitación del Estado para extender a los extranjeros derechos que la Constitución no les reconoce expresamente, pero que tampoco les niega³.

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que una paráfrasis integradora, combinada con otras reglas exegéticas, nos llevará a la conclusión, como sostiene ALZAGA VILLAAMIL⁴, de que nuestra Constitución ha construido una amplia, generosa y avan-

2 Cfr., por todos, CANO BUESO, J., “Los derechos de los extranjeros en España: Una perspectiva constitucional”, *Revista de Derecho Político*, núm. 57, Madrid, 2003, pp. 21 y ss.

3 En este sentido, VIDAL FUEYO, C., *Constitución y extranjería*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 71.

4 ALZAGA, O., *Derecho Político español según la Constitución de 1978. Derechos Fundamentales y órganos del Estado*, Vol. II, CERA, Madrid, 1998, p. 53.

zada defensa de los derechos de los inmigrantes que les permite disfrutar de una serie de libertades no comparables a las que poseen en prácticamente ningún país del mundo. No cabe duda, por tanto, de que existe un estatuto constitucional del extranjero y que dicho estatuto es flexible y abierto a una factible ampliación del catálogo de derechos.

Nuestra Norma fundamental dispone en su artículo 13.1 que “*los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título (Primero) en los términos que establezcan los tratados y la ley*”. Este precepto siempre ha alimentado la controversia, introduciendo más confusión que luz y siendo el causante de no pocas discrepancias entre los miembros del Tribunal Constitucional. Sin duda, abordar con rigor qué puedan ser las “*libertades públicas*”⁶ de las que habla, y concretar qué alcance tiene la confusa remisión genérica a las leyes y a los tratados, que incita a la tentación inaceptable de interpretar una desconstitucionalización de los derechos fundamentales de los extranjeros, se revela como una tarea ardua.

Pues bien, en principio y de conformidad con las sabias afirmaciones de la Prof.^a VIDAL FUEYO, consideramos que debe sustraerse el monopolio de este estatuto jurídico del artículo 13 CE para remitirlo a todos y cada uno de los preceptos constitucionales reconocedores de derechos, así como a la esfera hermenéutica del Derecho internacional a partir de la válvula de apertura y actualización marcada por el art. 10.2 CE⁷, cláusula de desoxidación del ordenamiento jurídico. En suma, el estatuto jurídico de los extranjeros puede mostrarse gráficamente, si se nos permite, como una suerte de “*Big Bang*”, que opera su descentralización desde el artículo 13 CE, punto de partida ineludible, extendiéndose hasta los demás preceptos reguladores de derechos a lo largo y ancho de nuestro entramado constitucional.

Como ya hemos puesto de relieve, frente a lo que pudiera derivarse de una primera lectura del artículo 13.1. CE, el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros no es una materia desconstitucionalizada en la que el legislador cuente con un margen de actuación ilimitado; lo cual comportaría no sólo que tendría plena libertad para reconocerles, o no, la titularidad de tal o cual derecho, sino que, además, podría regularlos sin hallar tope alguno en el respeto a un contenido mínimo intangible.

Ésta es la línea defendida por el Tribunal Constitucional que interpreta que la ley y los tratados cumplen la finalidad de configurar el contenido de los derechos en cuanto se ejerzan por extranjeros. Manifiesta el máximo intérprete constitucional que “*el párrafo 1º del artículo 13 de la Constitución no significa que los extranjeros gozarán sólo de aquellos derechos y libertades que establezcan los tratados y las Leyes (...). Significa, sin embargo, que el disfrute por los extranjeros podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los tratados internacionales y la Ley interna española*”⁸. En

5 Son muchos los que con SERRANO ALBERCA, J. M., opinan que las libertades públicas a que se refiere el art. 13 CE no son únicamente las comprendidas en la Sección Primera del Capítulo segundo, aunque éstas sean las más importantes, y ello no sólo porque así se deduce del propio debate constitucional, sino porque algunos derechos y deberes reconocidos en la Sección segunda no pueden estar limitados a los extranjeros (en *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001).

6 El término “*libertades públicas*”, en palabras del Prof. RUBIO LLORENTE, es un sintagma de dudosa corrección y utilidad. RUBIO, F., *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 90. Desde su perspectiva habría que abandonar, finalmente, la terminología francesa y hablar de derechos fundamentales; o bien, catalogar como tales todos aquellos derechos fundamentales con contenido de libertad que reclamen una no injerencia del Estado para su pleno ejercicio.

7 GÓMEZ MONTORO considera que nuestra Constitución ha optado, por el contrario, por dedicar un precepto específico a precisar el status de los extranjeros en España. Véase en GÓMEZ MONTORO, A. J., “La titularidad de los derechos fundamentales”, en Manuel Aragón Reyes (Coord.), *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Tomo III, Civitas, 2001, p. 119.

8 STC 99/1985, de 30 de septiembre.

otras palabras, la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de los derechos que les 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*”. Por si ello no fuese suficientemente diáfano, la Constitución no sólo no otorga una habilitación a ciegas dirigida al legislador para estipular el contenido de los derechos, sino que además se preocupa de limitarle materialmente; derivándose, por consiguiente, directamente de ella misma la determinación de quiénes pueden ser, o no, titulares de cada derecho, como se explicita en la STC 115/1987⁹.

Por fortuna, la visión que se adapta a la literalidad del artículo 13 CE, defendida por nuestro Alto Tribunal en la STC 107/1984¹⁰, fue abandonada en etapas posteriores, si bien su jurisprudencia se ha mantenido inamovible a lo largo de estos años en la sempiterna distinción tripartita de derechos iniciada por esa conocida Sentencia, tal y como demuestran una retahíla de pronunciamientos tangenciales en los que se insiste tenazmente en esa primigenia idea.

Por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y a su evolución durante los últimos años, puede aseverarse que su actividad en materia de extranjería se circunscribe a no mucho más de cuarenta sentencias y algunos autos, pero lo que más desconcierta, como acertadamente señala el Prof. AJA FERNÁNDEZ, es la absoluta ausencia de cuestiones de inconstitucionalidad que, probablemente, deberían de haberse planteado con mayor frecuencia¹¹.

Estamos en disposición de constatar, siquiera escuetamente, la existencia de, al menos, cuatro etapas en el desarrollo jurisprudencial que realiza el Alto Tribunal sobre esta materia. La primera de ellas, de signo restrictivo, se inicia con el advenimiento de la STC 107/1984, que ha permanecido en el imaginario jurisprudencial durante muchos años; la segunda fase, puede vincularse al Caso Venzón, en la que el custodio constitucional reconoce, sin ambages, que los extranjeros son titulares de todos los derechos fundamentales contenidos en el Título I de la Constitución, salvo el artículo 23 CE. Un tercer ciclo, viene marcado por la impronta que deja la STC 115/1987, que supuso un considerable avance, porque, como recuerda F. FLORES¹², detuvo lo que hasta ese momento era una ilimitada libertad de configuración legal de los derechos del extranjero; y, finalmente, es de justicia señalar la doctrina más garantista que se ha plasmado en sentencias posteriores, como las SSTC 144/1990¹³; la 94/1993, de 22 de marzo de 1993, que ha fijado importantes criterios sobre la libre circulación de los extranjeros en España¹⁴;

9 STC 115/1987, de 7 de julio.

10 STC 107/1984, de 23 de noviembre.

11 Vid. AJA, E., “Veinte años de doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos de los inmigrantes”, en *La Democracia Constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados-Tribunal Constitucional-Universidad Complutense de Madrid-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Fundación Ortega y Gasset, Madrid, 2002, pp. 439-455.

12 FLORES, F., “Igualdad y discriminación en los mecanismos de protección de los derechos fundamentales de los extranjeros”, en María Josefa Ridaura y Mariano Aznar (Coord.), *Discriminación vs. diferenciación*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

13 STC 144/1990, de 26 de septiembre.

14 Por su parte, la STC 94/1993, de 22 de marzo examina una expulsión claramente arbitraria, porque la recurrente, ciudadana extranjera, tenía los permisos recién expirados y la policía no tuvo en consideración que ya había solicitado la renovación, que efectivamente se le concedió días después. El TC considera que la expulsión ilegal vulnera el derecho del artículo 19 CE, que también correspondería a los extranjeros. Después de la STC 116/1993, de 29 de marzo, que anula la expulsión de una trabajadora extranjera porque se fundamentó en el Decreto de 1974 contrario al artículo 25 CE; habría que considerar la STC 242/1994, de 27 de julio, que examina la expulsión de un extranjero sin audiencia del juez ni derecho a la defensa efectiva. Esta Sentencia viene a proclamar, nuevamente, que todos los derechos fundamentales, salvo los reconocidos en el artículo 23 CE corresponden también a los extranjeros.

la 174/1999¹⁵ sobre la garantía constitucional que supone el derecho al proceso del habeas corpus, etc...

Como puede inferirse de los anteriores argumentos, en España el marco jurídico legal de los derechos de los extranjeros se encuentra en período de consolidación, si bien sus perfiles están ya delimitados. En los últimos años, una de las preocupaciones constantes del legislador ha sido regular y concentrar en unas pocas disposiciones, que, o bien no existían, o se encontraban dispersas, los derechos básicos de los extranjeros. La STC 107/1984, que afronta el tema de los derechos de los extranjeros en el mercado de empleo en relación con los nacionales y, en todo caso, determina los criterios básicos para interpretar su situación jurídica en el ordenamiento español, divide, como sabemos, estos derechos en una famosa tríada compuesta por:

a) Derechos compartidos por nacionales y extranjeros en España. Dentro de éstos se encuentran los derechos inviolables que son inherentes a la dignidad de la persona y que se integran en el estándar mínimo internacional marcado por los tratados y convenios internacionales. Se trata de derechos subjetivos de la persona y que constituyen el fundamento del orden político y de la paz social en España.

b) Derechos exclusivos de los españoles, que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros: los derechos políticos reconocidos por el artículo 23 de la Constitución, de acuerdo con lo establecido por el artículo 13.1 del propio texto constitucional. Esa exclusión se justifica en la STC 107/1984 por la naturaleza estrictamente política de los derechos señalados, que inciden sobre las actividades soberanas del Estado. No obstante, el art. 13.2 ha dejado abierta la posibilidad de que se reconozca, en determinadas condiciones, el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales a los extranjeros residentes.

c) El tercer grupo estaría conformado por los derechos fundamentales de los que también son titulares los extranjeros en España¹⁶, pero cuyo contenido puede ser objeto de regulación por ley o tratado internacional, si bien la modulación nunca podrá llegar hasta hacer desaparecer el derecho o desfigurarlo haciéndolo irreconocible, estableciendo así diferencias injustificables con los españoles.

Contemplamos, de este modo, un primer paisaje del estatuto constitucional del extranjero que, formalmente, pervivirá en la jurisprudencia del Alto Tribunal y en la doctrina hasta la actualidad, aunque con numerosas cuestiones abiertas que suscitan múltiples dudas; entre ellas se encontraría el criterio de distinción entre estas tres categorías, y los derechos incardinados en cada una de ellas. La comprensión inicial del artículo 13 CE, ilustrada en las alegaciones del Abogado del Estado en la STC 107/1984, se resumía en una remisión de todo el estatuto de los extranjeros a la Ley, defendiendo que sus derechos “*son todos ellos, sin excepción en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal*”¹⁷.

El colmo del despropósito llega con la exclusión absoluta del régimen de extranjería del ámbito de aplicación del principio de igualdad, matizando la sentencia que “*la desigualdad resultante en relación a los españoles no es, en consecuencia, inconstitucional, y no porque se encuentre justificada en razones atendibles sino, más sencilla-*

15 STC 174/1999, de 27 de septiembre.

16 Aunque la titularidad de algunos de ellos parezca estar reservada sólo a los españoles: p. ej. en los artículos 14 (igualdad ante la Ley), 19 (libertad de circulación y residencia), 29 (derecho de petición), 35 (derecho al trabajo), 41 (derecho a la Seguridad Social), 47 (derecho a la vivienda) o 50 (derecho a la suficiencia económica durante la tercera edad).

17 El ATC 130/1985, de 27 de febrero, insiste en ello afirmando que todos los derechos de los extranjeros son de configuración legal y que el control de legalidad corresponde a los jueces ordinarios.

mente, porque en esta materia nada exige que deba existir la igualdad de trato”; cuando sabemos perfectamente, que el principio de igualdad entre españoles y extranjeros se ampara, como mínimo, en el respeto a un contenido mínimo esencial del derecho. En cualquier caso, nuestro Tribunal Constitucional, a pesar de estas alarmantes afirmaciones, defiende desde esta primera Sentencia, para salvar la lacerante paradoja reinante, la existencia de un mínimo constitucional aplicable a los extranjeros, que se identifica con “*aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano*”¹⁸.

En suma, la mencionada Sentencia transforma una comprensión original del artículo 13 CE como mera habilitación legal, y lo convierte en norma que pone de manifiesto la existencia de un estatuto constitucional mínimo del extranjero protegido frente al legislador, dando inicio, así, a un proceso de identificación progresiva de un Derecho Constitucional material de extranjería vinculado, a través de la cláusula del art. 10.2 CE, con el progresivo desarrollo de instrumentos internacionales de protección de los derechos del extranjero que se imponen también al legislador español.

La anterior afirmación no ha de resultar, a nuestro juicio, muy difícil de comprender, puesto que aunque las remisiones al legislador son inevitables en un ordenamiento cuyas normas se encuentran formuladas en términos de abstracción y generalidad, los derechos y libertades definidos en el Título I de la Constitución están garantizados a los extranjeros, y los contenidos del Capítulo II del citado Título tienen la protección del art. 53.1 de la Constitución, que al establecer una reserva legal para su desarrollo obliga al legislador ordinario a respetar su contenido esencial, no siendo unívoca la vinculación del legislador a los derechos fundamentales, sino que se proyectará en una doble vertiente: en primer término, una vinculación negativa, por cuanto supone la prohibición de que éste autorice cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté constitucionalmente fundamentada; y en segundo lugar, una vinculación positiva, que se traduce en el mandato de lograr que los derechos desplieguen plenamente su eficacia¹⁹.

La miscelánea de jurisprudencia constitucional sobre extranjería²⁰, contaminada, en más ocasiones de lo que sería deseable, de cierto inmovilismo invita a hacer un sucinto diagnóstico, porque como manifestamos anteriormente, pocos son sus pronunciamientos a lo largo de estos años. Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/1985, el TC dicta sólo dos sentencias en materia de extranjería.

La primera de ellas, la STC 11/1983, de 21 de febrero²¹, con ocasión de un recurso de amparo interpuesto por un ciudadano norteamericano no residente en España, que reviste una gran trascendencia, como consecuencia de que el Tribunal opta por una interpretación extensiva del art. 53.2 CE, no vislumbrando conflicto alguno en relación a la legitimación activa del recurrente, a pesar de que este artículo utiliza el término “*ciudadano*” para referirse a los sujetos que podrán recabar la tutela de determinados derechos fundamentales.

18 Incluso en los casos de prestaciones sociales, en la regulación de las cuales existe siempre la posibilidad de prever tratamientos diferenciados justificados en razón de la escasez de los recursos a distribuir, la Ley parece haber optado por criterios ajenos a la nacionalidad y referidos, en cambio, a la estabilidad y duración de la residencia o a la existencia de causas que justifiquen, en especial, el derecho a la prestación, puesto que los extranjeros en situación administrativa regular pueden acceder también en igualdad de condiciones a las prestaciones no contributivas.

19 MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 4 y ss.

20 Cfr., por todos, el esclarecedor estudio del Prof. AJA FERNÁNDEZ, “Veinte años ...”, cit., pp. 439-455. Véase también GONZÁLEZ RIVAS, J. J., *La Constitución Española de 1978: Estudio Sistemático y Jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 2003.

21 STC 11/1983, de 21 de febrero.

En una fase no tan embrionaria, la STC 107/1984 construirá, como hemos tenido oportunidad de ver, una teoría sobre los derechos de los extranjeros estableciendo esa célebre división tripartita. Posteriormente, en 1985, en un pronunciamiento extraordinariamente valioso para la comprensión dinámica o progresiva del estatuto jurídico de los extranjeros en España, el Alto Tribunal reconoce en la STC 99/1985 que la tutela judicial efectiva corresponde a los extranjeros porque es un derecho de todos y, de ningún modo, el legislador puede operar sobre el mismo modulaciones que les impidan disfrutar de su ejercicio en condiciones de igualdad con los españoles.

Pocas dudas pueden albergarse ya sobre el hecho de que la STC 115/1987, marca un hito fundamental en el desarrollo jurisprudencial constitucional; porque, si bien la doctrina inicial del Alto Tribunal, brevemente expuesta, se ha mantenido formalmente a lo largo de los años anclada en la triple y clásica distinción; lo cierto es que, sin embargo, sus concretas decisiones y las recientes reformas legislativas han avanzado en líneas difícilmente compatibles con esa concepción. En este significativo pronunciamiento, el Tribunal señaló las evidentes limitaciones del legislador en la labor de regulación de los derechos constitucionales de los extranjeros, aplicando plenamente la garantía de un contenido básico, incluso en los casos en que pudiera creerse que éste estaría legitimado para configurar un régimen distinto para los extranjeros frente a los nacionales.

La STC 115/1987, dictada como respuesta a un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo contra diversos preceptos de la Ley Orgánica de Extranjería 7/1985, evoca con traslúcida precisión y exactitud una pléyade de cuestiones que no son tautologías fútiles, sino clave de bóveda en la “construcción” progresiva del estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España.

En primera instancia, se cuestionó la constitucionalidad de la detención gubernativa preventiva de extranjeros sujetos a un procedimiento de expulsión y su internamiento temporal sin llegar a declararse, finalmente, la inconstitucionalidad del precepto. En segundo lugar, se confrontó el sometimiento de las reuniones o manifestaciones, promovidas por un extranjero, a la necesidad de autorización administrativa previa, con el derecho fundamental reconocido en el artículo 21 de la Constitución, llegándose a la declaración de nulidad de un inciso en la Ley y suprimiéndose por su inconstitucionalidad manifiesta la frase “y solicitar del órgano competente su autorización” del artículo 7 de la Ley de Extranjería 7/1985. En tercer lugar, se examinó la facultad gubernativa de suspensión temporal inicial de asociaciones de extranjeros, que el Tribunal Constitucional entendió incompatible con el contenido del derecho fundamental de asociación, tal y como está regulado en el artículo 22 de la Constitución. Por último, el Defensor del Pueblo impugnó, como una discriminación contraria a la tutela judicial efectiva, la prohibición legal de que los Tribunales suspendiesen la ejecución inmediata de las resoluciones administrativas en materia de extranjería, y en este punto el Tribunal optó por anular, esgrimiendo su sólida justificación en el Fundamento Jurídico Cuarto, la frase final del artículo 34 de la pretérita Ley de Extranjería del año 1985.

Sin separarse de la doctrina anterior, en la que se distinguen diversas categorías de derechos, el Tribunal reconoce ya un sustrato común para todo derecho constitucional, con la excepción tan sólo de los contemplados en el artículo 23 CE. En este sentido la STC 115/1987 es, como sostiene E. ROIG²², un jalón de gran relevancia en la conversión del Derecho de Extranjería a la normalidad constitucional.

22 ROIG, E., “Los derechos de los extranjeros: titularidad y limitación”, en M. Revenga Sánchez (Coord.), *Problemas Constitucionales de la Inmigración: Una Visión desde Italia y España*. II Jornadas Italo-Españolas de Justicia Constitucional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

A la luz de todas las aseveraciones anteriores, cabría colegir que la posición de la amplia mayoría del Tribunal Constitucional, en esta Sentencia, resulta adecuada. Sin embargo, de ella discrepa un voto particular, gran embate al criterio mayoritario, suscrito por tres Magistrados; entre ellos F. Rubio Llorente y F. Tomás y Valiente, quienes defendieron un diverso entendimiento del sistema de derechos fundamentales, sosteniendo que no se había interpretado el artículo 13.1 CE en sus justos términos.

El diagnóstico de la posición minoritaria, anquilosado y desconectado de la realidad, aunque impecablemente motivado, opera una peligrosa desconstitucionalización del contenido de los derechos de los extranjeros. En otras palabras, nos encontramos ante una posición constitucionalmente inadecuada para los fines de integración de los inmigrantes en el Estado, y que de adoptarse conduciría a incontables dislates jurídicos.

En resumen, ni la Ley ni el propio Tribunal operan con una tripartición teórica que resulta poco eficaz por cuanto no obedece a la razón real de las diferencias existentes en la práctica legislativa y administrativa (pensemos en las distancias entre el régimen del extranjero en situación administrativa regular o irregular). Sólo en el ámbito del desarrollo legislativo del contenido mínimo intangible del derecho, que, en todo caso, está garantizado al extranjero, sigue el Tribunal proyectando la tripartición, pero sin que en ningún supuesto, hasta el momento presente, se haya planteado si la regulación legal resulta o no constitucional.

Como se puede concluir, después de una visión global y escueta de su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional no parte de una construcción acabada del régimen de derechos fundamentales de los extranjeros, pues, como sostiene la Prof.^a VIDAL FUEYO, siempre ha renunciado a hacer una interpretación sistemática del Título I de la Constitución. En consecuencia, prosigue, cuando la extensión de un determinado derecho a favor de los extranjeros no plantea ningún problema, ni dogmático, ni práctico, extiende su titularidad a los no nacionales. Sin embargo, cuando la extensión de un determinado derecho en favor de los extranjeros lleva aparejados problemas de interpretación, como ocurre con el derecho a la igualdad o el derecho al trabajo, entonces trae a colación su teoría tripartita y justifica, apoyándose en un criterio ético, como el de la mayor o menor vinculación con la dignidad humana, una diferente intervención del legislador²³.

Sin embargo, no se trataría de distinguir artículos constitucionales y crear listas de derechos de unos y otros, sino más bien de examinar cada una de las limitaciones impuestas desde la comprensión general de todo derecho como derecho del que los extranjeros son titulares y cuyo ejercicio les corresponde, en principio. Tampoco se trataría de moldear el régimen jurídico-constitucional de la extranjería al margen de la práctica legislativa y jurisprudencial, sino de adecuar su marco teórico a la realidad de las sentencias constitucionales y de la actividad del legislador, flexibilizando, al máximo, las posibilidades de dar respuesta a las cuestiones que se plantean en la actualidad.

En conclusión, pues, los derechos del extranjero no pueden derivarse de una apriorística justificación abstracta de las limitaciones basadas en las finalidades legítimas propias del Derecho de Extranjería, como el control de flujos y la regularidad de entrada y estancia, cuando recaen sobre derechos fundamentales imbricados con la dignidad humana. Es necesaria, como sostiene gran parte de la doctrina, una ponderación, en cada supuesto concreto, entre la finalidad perseguida por cada tratamiento limitador de los derechos del extranjero y los objetivos propios del derecho limitado, así como un control de la adecuación y proporcionalidad de la restricción propuesta.

23 VIDAL FUEYO, C., *Constitución y ...*, cit., pp. 158 y ss.

III. LA EXTRANJERÍA Y EL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA EN ESPAÑA

El ejercicio de los derechos por parte de los extranjeros en España está sometido a ciertas modulaciones, y tal y como hemos avanzado, los que más claramente se han restringido son los de libertad de circulación y residencia. Siendo esto cierto, y antes de aproximarnos al análisis del ejercicio del derecho por parte de los extranjeros en territorio español, creemos necesario abordar una cuestión con carácter preliminar: la de la titularidad del derecho.

El principal problema que plantea el derecho a la libre circulación y residencia en territorio español es el de su aplicación a los extranjeros. Así, será necesario dilucidar si se ha producido la efectiva atribución constitucional a los mismos del derecho del artículo 19 CE.

El reconocimiento de la titularidad a los extranjeros, en general, de los derechos contemplados en la Constitución y, en particular, del derecho a la libre circulación y residencia es una cuestión, no exenta de discusión, en torno a la cual se ha generado un amplio debate tanto en el ámbito jurisprudencial como doctrinal. Una polémica que tiene su origen, principalmente, en las dificultades que genera la interpretación del artículo 13.1 CE caracterizado por su indeterminación, imprecisión o ambigüedad²⁴.

III.1. La titularidad del derecho por parte de los extranjeros

Si en la primera parte del trabajo hemos intentado desgranar cómo ha interpretado el alto Tribunal la literalidad del artículo 13.1 CE, es esencial, por lo menos en lo que a este trabajo respecta, tomar en consideración su posición sobre la eventual titularidad por parte de los extranjeros del derecho a la libre circulación y residencia. Y no son pocas las ocasiones en las que este Tribunal ha tenido que pronunciarse.

En un primer momento, el Tribunal Constitucional, en concreto, en la sentencia de 30 de septiembre de 1985, se muestra tajante al afirmar que en ningún caso corresponden a los extranjeros los derechos reconocidos en el artículo 19 CE. Justifica su postura haciendo una interpretación estrictamente literal del enunciado constitucional en el que se consagra el derecho a la libre circulación y residencia. De tal forma que, en este caso, estima que entre los derechos que no se reconocen a los extranjeros están, además de los previstos en el artículo 23 de la Norma fundamental, los reconocidos en el artículo 19, que textualmente reserva a los españoles el derecho a la libre circulación y residencia²⁵.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional abre el camino, siquiera tímidamente, para un eventual reconocimiento del derecho por parte de los extranjeros en España. La decisión adoptada en la sentencia de 18 de julio de 1991, así lo corrobora. En ella se mantiene que "(...) resulta claro que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su art. 19"²⁶.

24 Apunta, en este sentido, VIDAL FUEYO, C., que "en suma, desentrañar el régimen jurídico-constitucional de los extranjeros en España no es una misión sencilla, y la mayor parte de los problemas que surgen a la hora de abordar dicha tarea tienen su origen en las dificultades que plantea la interpretación del artículo 13.1 CE, único precepto constitucional que se refiere íntegramente a los extranjeros y que, dada su ubicación sistemática (dentro del Capítulo primero del Título primero), parece estar regulando todo el régimen de derechos fundamentales de los no nacionales" ("La nueva Ley de Extranjería a la luz del texto constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, núm. 62, mayo-agosto, 2001, p. 186).

25 STC 99/1985, de 30 de septiembre.

26 STC 160/1991, de 18 de julio.

Y no sólo eso sino que, además, se añade que resulta lícito que “(...) las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella”²⁷. Esta orientación jurisprudencial del Tribunal Constitucional es seguida en la sentencia 94/1993 y se consolida en posterior jurisprudencia como, por ejemplo, la 116/1993, la 242/1994 y la 169/2001.

Así, en la STC 94/1993, además de mantener la posibilidad de que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de este derecho en función de la nacionalidad, estableciéndose tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que concierne a entrar y salir de España, y a residir en ella²⁸ se reconoce abiertamente que la libertad consagrada en el artículo 19 CE constituye, también, un derecho constitucional de los extranjeros²⁹. Con ello el Tribunal se aparta de la interpretación puramente literal que había defendido en la sentencia 99/1985.

A partir de aquí, el Tribunal Constitucional ha sido rotundo en relación con la atribución de los derechos reconocidos en el artículo 19 CE a los extranjeros: sostiene que salvo los derechos reconocidos en el artículo 23 CE, reservados solamente a los españoles, todos los demás, y entre ellos, el de libertad de circulación y residencia del artículo 19 corresponden también a los extranjeros³⁰. Así, argumenta que “(...) la referencia «los españoles» que abre el art. 19 C.E. no puede ser entendida como equivalente a una norma de exclusión de los extranjeros del ámbito subjetivo de dicho derecho fundamental”³¹. De ahí que los extranjeros son titulares de los derechos establecidos en el artículo 19 CE, si bien en los términos de su reconocimiento en los tratados y la ley³².

De la jurisprudencia constitucional expuesta sobre la eventual titularidad del derecho a la libre circulación y residencia de los extranjeros en España nos interesa destacar las siguientes consideraciones:

1) Ha mantenido una actitud vacilante imputable, probablemente, a la ausencia de una adecuada teoría de los derechos de los extranjeros. No cabe, en consecuencia, extrañarse de que autores como J. GARCÍA ROCA haya afirmado que ello impide “decantar” criterios doctrinales sólidos en este ámbito³³.

2) Ha evolucionado en el sentido de separarse de una interpretación estrictamente literal de la Constitución. Pues, tal y como se ha visto, para el Tribunal la literalidad de los preceptos constitucionales reconocedores de derechos no constituye un dato determinante para delimitar la titularidad del derecho. Se debe optar, por tanto, por una interpretación sistemática de la Norma Fundamental. Es decir, como afirmara el Tribunal Constitucional, el hecho de que el artículo 19 CE se refiera a “los españoles” no es dato suficiente para excluir a los extranjeros del ámbito de aplicación subjetivo del derecho consagrado en él.

3) La jurisprudencia constitucional acaba reconociendo la titularidad del derecho a la libre circulación y residencia por parte de los extranjeros en territorio español. Así pues, se sostiene, finalmente, que los extranjeros son titulares de todos los derechos cons-

27 *Ibidem*.

28 STC 94/1993, de 22 de marzo.

29 *Ibidem*.

30 STC 116/1993, de 29 de marzo, F. J. 2; y, STC 242/1994, de 20 de julio.

31 STC 242/1994, de 20 de julio, F. J. 4; y, STC 169/2001, de 16 de julio.

32 STC 116/1993, de 29 de marzo, F. J. 2; y, STC 169/2001, de 16 de julio.

33 GARCÍA ROCA, J., “La titularidad constitucional ...”, cit., p. 72.

titucionales, a excepción de los derechos políticos consagrados en el artículo 23 CE³⁴. Por lo tanto, también de aquellos que literalmente se reservan a los españoles, como ocurre con el derecho a la libre circulación y residencia previsto en el artículo 19 CE.

4) Dicho esto, se debe de añadir que es lícito que los tratados y las leyes modulen en este caso su ejercicio. Así pues, es el legislador constituido el que decide vía tratado o ley el alcance o las condiciones de ejercicio del mencionado derecho para los extranjeros.

En síntesis, la consecuencia que puede extraerse de esta jurisprudencia es que la lectura conjunta del artículo 13.1 y 19 CE nos permite aseverar que los extranjeros pueden ser titulares del derecho a la libre circulación y residencia que prevé el artículo 19 CE. Por tanto, hemos de considerar la extranjería una condición que afecta al *ejercicio* del derecho y no a su *titularidad*.

Así, M. CARRILLO sostiene que el artículo 13.1 CE no significa “(...) que el legislador pueda decidir sobre si los extranjeros pueden ejercer los derechos del Título I, pues ello no está a su libre disposición por mandato constitucional, sino que sobre lo que pueden decidir —y no de cualquier manera— es sobre el alcance del disfrute de estos derechos”³⁵. El autor sustenta esta postura sobre la base de que no puede entenderse la remisión que el artículo 13.1 CE hace a los tratados y a la ley como una suerte de desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros. Es por ello que, como señala J. GARCÍA ROCA, no debe de haber problemas cuando se trata de precisar si la titularidad de un determinado derecho corresponde o no a los extranjeros, pues, como sigue el autor, la extranjería—como la minoría de edad— es una condición de pleno ejercicio de los derechos subjetivos con rango fundamental³⁶. De forma que, como recuerda P. CRUZ VILLALÓN, “(...) los extranjeros son titulares de los derechos fundamentales contenidos en el Título I de la Constitución, es decir, en principio, todos”³⁷. Debe recordarse además que los extranjeros gozan de todos los derechos y libertades del Título I CE, con la salvedad de los contenidos en el artículo 23 de la misma, por imperativo constitucional³⁸.

Una postura que otros autores, como G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, no comparten, considerando que la extranjería afecta a la propia titularidad del derecho objeto de estudio.

Este autor, haciendo a nuestro entender, alarde de un excesivo positivismo al interpretar el artículo 19 CE, afirma que el derecho a la libre circulación y residencia

34 Si bien es cierto que el artículo 13.2 CE reconoce exclusivamente a los españoles los derechos previstos en el artículo 23 no hay que olvidar que, atendiendo a criterios de reciprocidad, por tratado o ley puede reconocerse a los extranjeros el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

35 CARRILLO, M., “Encuesta en torno a la constitucionalidad de la Ley de Extranjería”, *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 7, 1º semestre 2001, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, p. 168.

36 GARCÍA ROCA, J., “La titularidad constitucional e internacional...”, cit., p. 99.

37 CRUZ VILLALÓN, P., “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, 1992, p. 64. En sentido concordante puede consultarse asimismo, por ejemplo, APRELL LASAGABASTER, M^a C., *Régimen administrativo de los extranjeros en España. Ciudadanos comunitarios y nacionales de terceros Estados*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 21; FERNÁNDEZ-MIRANDA ALONSO, F., “Artículo 19. Libertad de circulación y residencia”, en O. ALZAGA VILLAAMIL (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, T. II, Edersa, Madrid, 1997, p. 486; MASSO GARROTE, M. F., *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado nacional. Los derechos de participación política y el derecho de acceso a funciones públicas*, Colex, Madrid, 1997, p. 48; SANTOLAYA MACHETTI, P., “Artículo 3. Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas”, en P. SANTOLAYA MACHETTI (Coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 47.

38 ASENSI SABATER, J., “Encuesta en torno a la constitucionalidad ...”, cit., p. 32.

está reservado exclusivamente a los españoles y niega, por tanto, su titularidad a los extranjeros³⁹.

Brevemente, a manera de recapitulación de lo expuesto hasta ahora —siendo conscientes que estamos ante una cuestión controvertida— recogemos algunas de las consideraciones que son más significativas:

Primero, el criterio de la literalidad no es un argumento suficiente para entender resuelto el problema de la titularidad del derecho. La ausencia de un reconocimiento expreso de los extranjeros como titulares del derecho en el artículo 19 CE no es argumento bastante para considerar resuelto el problema. Así pues, junto al artículo 19 CE, es necesario tener presente el artículo 13.1 de la misma.

Segundo, el artículo 13.1 CE es un precepto en el que se detectan ciertas dificultades de interpretación. Lo expuesto hasta el momento nos lleva a afirmar la existencia de argumentos tanto jurisprudenciales como doctrinales que permiten fundamentar, en la dicción de este precepto, el reconocimiento de la atribución de la titularidad del derecho a la libre circulación y residencia a los extranjeros. En efecto, es posible una lectura del mismo en la siguiente clave: el artículo 13.1 CE extiende a los extranjeros en territorio español aquellos derechos previstos, en principio, para los españoles; y por tanto, también del que aquí nos ocupamos. Derechos que habrán de ejercerse con el contenido que se les otorgue en los tratados y en la ley interna española.

Y tercero, no puede obviarse el artículo 10.2 CE a la hora de interpretar el artículo 13.1 en relación con el 19 CE. Y ello porque los extranjeros gozan de la protección que les otorgan aquellos tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos a los que se refiere el artículo 10.2 CE. Si atendemos a lo dispuesto en estos tratados y acuerdos internacionales pueden realizarse las siguientes afirmaciones:

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece el derecho de toda persona a circular libremente por un Estado y a elegir libremente su residencia siempre que se halle en él legalmente. Por su parte, el Protocolo 4 del Convenio Europeo Europeo de Derechos Humanos afirma que “toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a escoger libremente su residencia”. Ambos instrumentos internacionales reconocen este derecho a toda persona sin hacer distinción alguna en función de la nacionalidad. Así, se deduce que, como afirmara L. DANIELE, esta libertad puede ser invocada frente a un determinado Estado tanto por sus propios nacionales como por un extranjero⁴⁰. Por tanto éste es titular del derecho, si bien su ejercicio en España queda condicionado al cumplimiento de los requisitos administrativos que determinan su situación de legalidad⁴¹.

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 12.2 y el Protocolo 4 del Convenio Europeo, en su artículo 2.2, atribuyen a toda persona el derecho a salir de cualquier país, de tal forma que, atendiendo a la literalidad de los textos mencionados, puede sostenerse que los extranjeros tienen derecho a salir o abandonar el territorio español. Este derecho se reconoce, pues, con independencia de la naciona-

39 PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Los derechos humanos del extranjero: ponencia”, en A. MARZAL (Ed.), *Derechos humanos del incapaz, del extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 120.

40 DANIELE, L., “Libertà di circolazione”, en AAVV, *Comentario alla Convenzione europea per la tutela de dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Italia, 2001, p. 880.

41 GARCÍA COSO, E., “Artículo 3. Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas”, en J. M. CAMPO CABAL (Coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la ley Orgánica 8/2000)*, Civitas, Madrid, 2001, p. 57.

lidad del individuo, esto es, a toda o cualquier persona y, además, sin distinción de su situación de legalidad o no en el territorio del Estado que pretende abandonarse⁴².

• Y, finalmente, tanto el artículo 12.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el artículo 3.2 del Protocolo 4 del Convenio Europeo reconocen el derecho de entrada en el territorio del Estado del que uno es nacional. En otras palabras, el derecho a entrar en un país sólo se reconoce a los nacionales de ese país. Así pues cabe afirmar que no existe, de forma absoluta e incondicionada, un derecho de entrada en cualquier Estado para quienes no son sus nacionales⁴³. Será, principalmente, la legislación interna española, y en concreto, la Ley de Extranjería, la que prevea las condiciones que ha de cumplir el extranjero para entrar al territorio español⁴⁴.

III.2. El ejercicio del derecho por parte de los extranjeros

Abordar esta tarea exige orientar nuestros esfuerzos en aras a precisar qué límites actúan en y sobre el conjunto de posibilidades de ejercicio que entran en el supuesto de hecho de la norma que atribuye el derecho porque de esta operación analítica se obtiene como resultado su ámbito de ejercicio para estos titulares. Y no podemos obviar que la dimensión o intensidad de las restricciones depende directamente del límite constitucional o contenido mínimo indisponible que tendrá que respetar el legislador al concretar estas opciones limitantes. Por ello, es necesario en este momento formular y responder a una doble cuestión. ¿Existe algún límite a la actividad limitadora del legislador cuando el titular del derecho es el extranjero?, y si existe ¿cuál es?

En todo caso, y con carácter previo, consideramos conveniente apuntar una serie de ideas que nos ayudarán a responder a los interrogantes planteados.

Como ya hemos adelantado, el ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia por parte de los extranjeros en España está sometido a ciertas modulaciones. Y es la propia Constitución la que permite, aunque no impone, la diferenciación cuando se trata de regular el ejercicio del derecho para unos u otros titulares: nacionales o extranjeros.

En efecto, no existe obstáculo constitucional alguno para pensar que todas las personas (españoles o no) puedan tener reconocido el derecho a la libre circulación y residencia en territorio español con el mismo contenido. Según el artículo 13.1 “los extranjeros gozarán en España [de la libertad de circulación y residencia] en los términos que establezcan los tratados y la ley”, y no existe nada en la Constitución que impida que “los tratados y la ley” regulen esta libertad en los mismos términos que lo hace el legislador orgánico cuando desarrolla (para los españoles) el artículo 19 CE. Ahora bien, es evidente que esta “equiparación de contenidos” entre los diferentes titulares (españoles y extranjeros) es o aparece únicamente como una simple posibilidad, y, por lo tanto, como algo que puede o no concretarse en la realidad en función de la voluntad del poder normativo competente. De hecho, es obvio que la vigente normativa de extranjería dispensa un diferente tratamiento al ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia del extranjero.

No obstante, la Constitución permite, a su vez, que el ámbito de ejercicio del derecho pueda no ser el mismo, ya que el artículo 53.1 impone (al legislador) la exigencia de

42 LASAGABASTER HERRARTE, I. e LAZCANO BROTONS, I., “Artículo 2. Libertad de circulación”, en I. LASAGABASTER HERRARTE (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Thomson-Cívitas, Madrid, 2004, p. 673.

43 GARCÍA ROCA, J., “La titularidad constitucional e internacional...”, cit., p. 79.

44 STC 72/2005, de 4 de abril.

respetar el “contenido esencial” del derecho a la libre circulación y residencia solamente cuando desarrolla este derecho para los españoles (artículo 19) y no, en cambio, cuando lo hace para los extranjeros (artículo 13)⁴⁵. En otras palabras, el texto constitucional está posibilitando que el ejercicio de este derecho en España sea distinto según quien sea su titular. Así pues, mientras a los españoles este derecho se les reconoce con un concreto contenido indisponible: el “contenido esencial” del artículo 53.1 CE, los extranjeros carecen de esa garantía normativa y, como consecuencia, el legislador podrá limitar en este caso el derecho de una forma mucho más amplia que en el de los españoles.

III.2.1. El problema de la existencia del contenido mínimo indisponible

Es necesario formularnos la siguiente pregunta: ¿existe un contenido mínimo indisponible para el legislador encargado de desarrollar este derecho para los extranjeros?. O al contrario, ¿podría afirmarse que, para los extranjeros, el derecho a la libre circulación y residencia vale lo que el legislador decide que vale? Si atendemos a la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional sobre este particular la respuesta a esta última cuestión ha de ser rotundamente negativa. Como veremos, dicho legislador deberá respetar también, cuando se trata de la regulación del contenido del derecho para los extranjeros, un contenido mínimo (derivado de la conexión entre el artículo 13.1 con el 19 y el 10.2 CE).

En efecto, en un primer momento los magistrados RUBIO LLORENTE, TOMÁS Y VALIENTE y GARCÍA MON en el voto particular que formulan a la STC 115/1987 refiriéndose, en general, a las libertades públicas del Título I CE constatan que la libertad del legislador a la hora de concretar el alcance de tales libertades para los extranjeros no es en modo alguno ilimitada⁴⁶.

Sin embargo, esta postura minoritaria será ratificada por la decisión mayoritaria en sucesivas resoluciones emitidas con posterioridad. Veamos algunos ejemplos:

En la STC 160/1991, el Tribunal, tras reconocer la amplitud de la libertad del legislador al configurar los derechos de los nacionales de los distintos Estados, en cuanto a su entrada y permanencia en España, deja sentado que tal libertad “*no es en modo alguno absoluta*”⁴⁷.

45 Téngase en cuenta que, aunque en este caso (el del derecho a la libre circulación y residencia) los extranjeros no están protegidos por la garantía normativa del “contenido esencial”, existen derechos en los que sí lo estarán. Para saber cuándo los extranjeros están protegidos por dicho límite infranqueable es necesario partir de una interpretación sistemática de la CE leyendo el artículo 53.1 en relación con cada uno de los preceptos constitucionales en los que se reconoce un concreto derecho. Así, cuando el constituyente reconoce, en principio, la titularidad de un derecho bajo la fórmula de “todos los españoles” (artículo 29) o “los españoles” (artículo 19) ello significa que el artículo 53.1, esto es, la indisponibilidad del “contenido esencial”, sólo vincula al legislador cuando desarrolla tal concreto derecho para estos titulares y no, por tanto, cuando desarrolla el mismo derecho para los extranjeros. Sin embargo, cuando el constituyente reconoce la titularidad de un derecho utilizando fórmulas omnicomprendivas tales como, “todos” (artículo 15), “los individuos” (artículo 16), “toda persona” (artículo 17), “todas las personas” (artículo 24), etc., la garantía normativa del “contenido esencial” prevista en el artículo 53.1 vincula al legislador cuando desarrolla tales derechos para “todos”, para “los individuos”, para “toda persona” o para “todas las personas”, esto es, tanto para los españoles como para los extranjeros. Véase a título ilustrativo la STC 99/1985, de 30 de septiembre, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva de una querellante de nacionalidad extranjera. Sobre este particular, SAGARRA TRIAS, E. entiende que “donde la Constitución no distingue, no podemos ni debemos hacer distinciones” (*La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura. Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Publicacions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2002, p. 84). Y, en buena lógica, cuando sí lo hace, no cabe pasar por alto las mismas.

46 Voto particular a la STC 115/1987, de 7 de julio.

47 STC 160/1991, de 18 de julio.

Esta interpretación se ve corroborada, asimismo, en la STC 94/1993. En esta ocasión el Tribunal defiende que las leyes y los tratados pueden modular el ejercicio del derecho, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella. A lo que añade, nuevamente, que: “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”⁴⁸.

Y con la misma rotundidad se pronuncia el Tribunal en la STC 242/1994⁴⁹ en la que, tras admitir “(...) que el art. 13 C.E. autoriza al legislador a establecer restricciones y limitaciones a los derechos fundamentales que puedan disfrutar los extranjeros en España” recuerda de forma expresa que tal posibilidad no es incondicionada.

Lo que se observa al hilo de la jurisprudencia analizada es que el legislador no es absolutamente libre a la hora de concretar el alcance del derecho a la libre circulación y residencia para los extranjeros; deberá respetar un contenido mínimo. Y es que, la remisión que el artículo 13.1 CE hace a la ley no es una remisión incondicionada⁵⁰.

Esta postura ha sido, también, doctrinalmente defendida. Constituye un buen exponente de ello la opinión de P. SANTOLAYA MACHETTI. Como bien señala el autor, el artículo 13.1 CE autoriza al Estado a restringir los derechos reconocidos a los extranjeros si bien no le otorga, en este sentido, una libertad ilimitada “pues una cosa es autorizar diferencias entre españoles y extranjeros y otra entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales”⁵¹; por lo que el poder del legislador constituido para concretar los límites al ejercicio de la libre circulación y residencia de los extranjeros no es absoluto o ilimitado, o mejor, no puede serlo a riesgo de contradecir el mandato constitucional del artículo 13.1 CE. Esto es, no se puede modular el ejercicio del citado derecho para los extranjeros hasta hacerlo desaparecer, hacerlo irreconocible⁵² o negar su ejercicio⁵³.

Así pues, lo afirmado hasta el momento constituye suficiente argumento para sostener que según esta interpretación del artículo 13.1 CE los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza su Título I no *cuando* así lo dispongan

48 STC 94/1993, de 22 de marzo.

49 STC 242/1994, de 20 de julio.

50 GARCÍA RUÍZ, J. L., “La condición de extranjero y el derecho constitucional español”, en M. REVENGA SÁNCHEZ (Coord.), *Problemas constitucionales de la inmigración...*, cit., p. 502.

51 SANTOLAYA MACHETTI, P., “Artículo 3. Derechos de los...”, cit., 47. En el mismo sentido, muestra su parecer, entre otros: ALONSO PÉREZ, F., *Régimen jurídico del extranjero en España. Comentarios, jurisprudencia, legislación y formularios*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 128; CANO BUESO, J., “Los derechos de los extranjeros en España: una perspectiva constitucional”, *Revista de Derecho Político*, UNED, Madrid, núm. 57, 2003, p. 19.

52 En opinión de PÉREZ TREMPES, P. existe un grupo de derechos en el que se incluyen aquellos en los que la ley y los tratados han de configurar su contenido cuando se ejercitan por extranjeros. Pues bien, como recuerda el autor, en estos casos el dato de la nacionalidad resulta relevante para modular el ejercicio de los mismos “no obstante, en tanto en cuanto los derechos fundamentales son del individuo, la modulación que se pueda introducir al ejercicio por extranjeros nunca podrá llegar hasta hacer desaparecer el derecho o hasta desfigurarlos haciéndolos irreconocibles” (AA.VV., *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 169).

Téngase en cuenta que en el mencionado grupo de derechos han de entenderse incluidos, entre otros, el derecho a la libre circulación y residencia, tal y como declara SANTOLAYA MACHETTI, P., en “Artículo 3. Derechos de los...”, cit., p. 48.

53 Así lo afirma CARRILLO, M., “Encuestas en torno a la...”, cit., p. 26.

los tratados y la ley sino *como* lo dispongan los tratados y la ley⁵⁴. P. CRUZ VILLALÓN lo dice bien claramente: los extranjeros son titulares de los derechos del Título I CE, pero con una fundamental reserva; pues ello será así “en los términos que establezcan los tratados y la Ley”⁵⁵.

Por lo tanto, los extranjeros gozarán en territorio español del derecho a la libre circulación y residencia con el contenido que el legislador constituido le otorgue en los tratados y en la ley, si bien, el derecho ha de ser identificable. De modo que existe un contenido mínimo o intangible que ha de ser respetado. En suma, cualquier eventual limitación del derecho del artículo 19 CE cuando es ejercido, también, por los extranjeros además de estar legalmente prevista ha de resultar compatible con el contenido mínimo del derecho de que es titular el extranjero, tal y como señala E. ROIG⁵⁶.

III.2.2. La concretización del contenido mínimo indisponible

Afirmada, por lo tanto, la existencia de un contenido mínimo intangible para el legislador, a continuación nos centraremos en precisar cuál es o, al menos, cómo se identifica. Dicho de otro modo, trataremos de determinar hasta donde llega la libertad del legislador para modular el ejercicio del derecho, constitucionalmente reconocido en el artículo 19, por parte de los extranjeros.

En este sentido, conviene insistir en la tripartita clasificación que puede realizarse de los derechos de los extranjeros. En primer lugar, existe un grupo de cuya titularidad quedan excluidos los extranjeros. En segundo lugar, hay otros que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación es igual para ambos. Y finalmente, existe un tercer grupo que siendo predicables tanto de españoles como de extranjeros, la ley y los tratados pueden modular su ejercicio para estos últimos⁵⁷.

Dejando ahora de lado aquel grupo de derechos cuyo contenido político limita su titularidad a los nacionales españoles, esto es, aquellos que, en palabras del Tribunal Constitucional, no pertenecen en modo alguno a los extranjeros es posible diferenciar los dos siguientes grupos. Por un lado, los que pertenecen a todas las personas con inde-

54 Esta otra forma de entender el artículo 13.1 CE en base a la cual los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I CE aunque sólo *cuando* así lo dispongan los tratados y la Ley, implica aceptar que el contenido del mencionado derecho es absolutamente disponible frente al legislador llamado a desarrollarlo para los extranjeros. En otras palabras, significa aceptar que en el caso de los extranjeros no existe cláusula de intangibilidad alguna que actúe a modo de límite de la actividad limitante del legislador.

55 CRUZ VILLALÓN, P., “Dos cuestiones de titularidad de...”, cit., p. 64. En el mismo sentido, entre otros: P. SANTOLAYA MACHETTI, “Artículo 3. Derechos de los extranjeros...”, cit., p. 47; y, VIDAL FUEYO, C., para quien “(...) el primer y más importante error del legislador [consiste en] considerar que la Constitución no diseña el régimen de derechos fundamentales de los extranjeros y entender, correlativamente, que la reserva de ley prevista por el art. 13.1 CE le otorga la misión de determinar los requisitos para que puedan reconocerse existentes, por obra suya, dichos derechos a favor de los no nacionales” (“La nueva Ley de Extranjería ...”, cit., 180).

56 ROIG MOLÉS, E., “Los derechos de los extranjeros: titularidad y limitación”, en M. REVENGA SÁNCHEZ (Coord.), *Problemas constitucionales de la inmigración...*, cit., p. 596.

57 En este sentido ha de ser interpretado, en nuestra opinión, el parecer del Tribunal Constitucional emitido en la, ya citada, sentencia de 23 de noviembre de 1984. En dicha sentencia puede leerse que “el problema de la titularidad y ejercicio de los derechos, que es el tema aquí planteado, depende, pues, del derecho afectado. 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 art. 23 CE, según dispone el art. 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” (STC 107/1984, de 23 de noviembre).

pendencia de su nacionalidad y respecto a los que no cabe introducir un tratamiento desigual según se prediquen de unos u otros titulares. Y por otro lado, los que se predicen, asimismo, de todas las personas pero en los que la condición de la nacionalidad permite justificar un tratamiento diferenciado para españoles y extranjeros.

En ambos casos la libertad del legislador para regular el ejercicio del derecho por parte de los extranjeros en territorio español está, a su vez, limitada. La cuestión es que los límites varían en función del tipo de derecho: esto es, según se trate de un derecho reconocido en igualdad de condiciones que a los españoles, o si cabe un diferente tratamiento para unos y otros.

Cuando se trata de derechos que corresponden a los extranjeros, y en los que no resulta posible un tratamiento desigual de los mismos con respecto a los españoles, el límite a la actividad limitante del legislador se corresponderá con el “contenido esencial” del mismo. Aquí pueden ser encuadrables aquellos derechos que el constituyente reconoce bien bajo fórmulas omnicompresivas como la de “todos” o “todas las personas” o bien bajo la fórmula impersonal de “se reconoce”⁵⁸.

Pero existen, también, derechos de los extranjeros en los que sí es admisible la diferencia de trato respecto a los españoles. Este es el caso del derecho a la libre circulación y residencia⁵⁹. Y si es posible ese tratamiento diferenciado es porque en estos casos la actividad del legislador tiene distintos límites. Cuando se trata de regular el ejercicio de este derecho para los extranjeros, el contenido mínimo indisponible que está obligado a respetar no resulta identificable con su “contenido esencial”. En este sentido, como afirma M^a C. PÉREZ VILLALOBOS “lo que está claro es que el constituyente español podía haber optado por extender este derecho [el de libre circulación y residencia] a los extranjeros de forma amplia y convertirlo en derecho fundamental si el artículo 19 de la Constitución dijera “todos” o “todas las personas”, en éste caso el derecho de los extranjeros se habría protegido de modo más amplio porque gozaría del blindaje que le proporciona el artículo 53 de la Constitución”⁶⁰.

Pero ¿cuál es ese mínimo infranqueable que —siendo diferente al “contenido esencial”— el legislador no puede, en ningún caso, transgredir cuando concreta los límites oponibles al ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia de los extranjeros en territorio español?

58 Así puede deducirse del Recurso de inconstitucionalidad número 1668/2001, promovido por el Grupo Parlamentario del PSOE en el Congreso, en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 131, 1 de junio de 2001). En el mencionado recurso el Grupo Parlamentario Socialista considera vulnerados, en concreto, los derechos de reunión, manifestación, asociación, sindicación y tutela judicial efectiva de los extranjeros por no haberse respetado su “contenido esencial” en la regulación que de los mismos lleva a cabo el legislador en la Ley de Extranjería. Recordemos que se trata de derechos que el constituyente ha reconocido bajo las siguientes fórmulas: el derecho de reunión, manifestación y asociación bajo la fórmula impersonal de “se reconoce”; el derecho de libre sindicación bajo la fórmula omnicompresiva de “todos”; y, el derecho a la tutela judicial efectiva se atribuye, por su parte, a “todas las personas”.

59 Así lo afirma, entre otros, PÉREZ VILLALOBOS, M^a C., “Libertad de circulación y residencia”, en M. MOYA ESCUDERO (Coord.), *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)*, Comares, Granada, 2001, pp. 536-537. Asimismo, P. SANTOLAYA MACHETTI, “Artículo 5. Derecho a la libertad de circulación”, en P. SANTOLAYA MACHETTI (Coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, cit., p. 56.

60 PÉREZ VILLALOBOS, M^a C., “Libertad de circulación y residencia”, cit., pp. 533-534. En la misma línea, TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., afirma que “(...) existen derechos cuyo contenido esencial no se respeta a la hora de atribuirlos a los extranjeros, como el derecho de residencia” (*Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 38).

Siguiendo la jurisprudencia constitucional y la doctrina, puede afirmarse que ese límite se corresponde con el contenido mínimo convencional (derivado del Derecho convencional) al que nos remite el artículo 10.2 CE. Esto es, como afirman los magistrados RUBIO LLORENTE, TOMÁS Y VALIENTE y GARCÍA MON, en el voto particular emitido a la STC 115/1987, “no cabe decir, ciertamente, que el legislador español no se vea de alguna manera limitado al regular las libertades públicas de los extranjeros, pero estos 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. (...) límites que nacen del texto de los arts. 13.1 y 10.2 de la Constitución” (cursiva añadida)⁶¹.

Así pues, el contenido mínimo cuando se trata de derechos reconocidos a los extranjeros de forma diferente que a los españoles, —que es el caso del derecho cuyo estudio nos ocupa—, vendrá convencionalmente fijado en los Acuerdos y Tratados internacionales ratificados por España sobre derechos fundamentales. En otras palabras, es un “contenido convencional”; como señala A. SAIZ ARNAIZ, un contenido mínimo determinado sobre la base de un “test de convencionalidad”⁶².

Así, cuando el legislador debe regular, para los españoles, el ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia en territorio español el contenido mínimo intangible que éste debe respetar es el “contenido esencial” del mismo. Por su parte, cuando el derecho es ejercido por los extranjeros en territorio español el contenido mínimo que no puede traspasar el legislador es lo que hemos denominado “contenido convencional” del derecho.

Y tanto para determinar uno u otro contenido sea el “esencial” o el “convencional” hay que tener en cuenta el artículo 10.2 CE. Ahora bien, en el primer supuesto lo relevante es la regulación que el Derecho internacional realiza del ejercicio del derecho respecto a un nacional en su país de origen, mientras que en el segundo lo que hemos de tener presente es la regulación que el Derecho internacional lleva a cabo cuando el derecho es ejercido por una persona en el territorio de un Estado diferente al de su propia nacionalidad. De forma que cabe afirmar que el Derecho internacional dispensa un tratamiento diferenciado del derecho a la libre circulación y residencia en función de si quien lo ejerce está o no en su país de origen.

61 Véase el Voto particular emitido a la STC 115/1987, de 7 de julio. Por lo que a la jurisprudencia respecta son de interés, asimismo y entre otras, las siguientes sentencias: STC 160/1991, de 18 de julio de 1991, en cuyo fundamento jurídico tercero puede leerse que “el Pacto Internacional de Derechos Cíviles y Políticos de 1966 que —a diferencia del Cuarto Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos— se encuentra ratificado por España, no puede ser ignorado a la hora de interpretar los arts. 19 y 13 CE, por imperativo de su art. 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 arts. 12 y 13 del Pacto Internacional a todas las personas que se hallan legalmente en el territorio del Estado”; STC 94/1993, de 22 de marzo, en particular, y STC 242/1994, de 20 de julio.

Consideran que el nivel mínimo de derechos que el Estado viene obligado a respetar respecto de los extranjeros coincide con el denominado estándar mínimo internacional, por ejemplo: PÉREZ VERA, E. y ABARCA JUNCO, P., “Artículo 13”, cit., p. 186; SAGARRA I TRIAS, E., “Artículo 13”, PONS RAFOLS, X. (Compilador), *La Declaración Universal de Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, Icaria, Barcelona, 1998, p. 240; PÉREZ VILLALOBOS, M^a C., “Libertad de circulación y residencia”, cit., p. 530; y SANTOLAYA MACHETTI, P., “Artículo 5. Derecho a la libertad de...”, cfr., p. 56.

62 Véase el trabajo de SAIZ ARNAIZ, A., “La disolución de partidos políticos y el derecho de asociación: el test de convencionalidad (art. 11 CEDH)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XII, núm. 533, 22 de mayo de 2002, pp. 1-7.

Hay que concluir constatando que la complejidad estriba en precisar cuáles son los contornos precisos de ese contenido mínimo “convencional” ya que éste no está en su mayoría expresamente precisado en las normas de Derecho internacional. Los Tratados Internacionales, a los que nos reenvía el artículo 10.2 CE, enuncian sólo ciertos contenidos expresos del derecho a la libre circulación y residencia que forman parte de ese mínimo “convencional” y que son, por tanto, intangibles para el legislador. En este sentido el artículo 4 del Cuarto Protocolo del Convenio Europeo prohíbe, expresamente, las expulsiones colectivas de extranjeros del territorio de un Estado que no sea el de su nacionalidad.