

Juan Cano Bueso

PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA.
CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD DE ALMERÍA.
LETRADO DEL PARLAMENTO DE ANDALUCÍA (E. E.).

LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA: UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

SUMARIO

- I IDEAS GENERALES.
- II RASGOS ESENCIALES DEL DERECHO ESPAÑOL DE EXTRANJERÍA.
- III LA LEGISLACIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA.
- IV BREVE ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA LEY ORGÁNICA 8/2000, DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL.
1. EL PROBLEMA. 2. LOS PRESUNTOS MOTIVOS DE INCONSTITUCIONALIDAD.
- V SIETE TESIS SOBRE UN DERECHO DE EXTRANJERÍA CONSTITUCIONALMENTE ADECUADO.

I IDEAS GENERALES

La cuestión de la regulación de las políticas de extranjería es un complejo fenómeno cuya definición guarda relación con una serie de cuestiones angulares que son objeto de preocupación en el panorama político-constitucional actual. Así, la legislación de inmigración viene siendo conectada con la política interior y de seguridad, con los conflictos étnicos y tribales, con la distribución internacional de la riqueza, con la evolución del ciclo económico capitalista y, a la postre, con la demanda de mano de obra para satisfacer las necesidades del mercado. En último extremo, una regulación de extranjería, se trate de normas constitucionales o infraconstitucionales, tiene una afectación ideológica indudable y, por ende, un sesgo político evidente. De ahí que la intensidad de la regulación de los derechos de los extranjeros resulte dependiente del concepto de *dignidad de la persona* y de *los derechos que le son inherentes* que la mayoría social profese. Y al fondo, cabe plantearse una pregunta final inevitable. Y ésta no es otra que la cuestión de si en un mundo internacionalizado y globalizado sigue teniendo sentido —y si lo tiene, con qué alcance— el concepto de nacionalidad y el establecimiento de fronteras, que, al final, lo son sólo para las personas y no para las mercancías ni para los capitales.

Se ha dicho hasta la saciedad que el conjunto de diferencias que el Derecho interno establece sobre la base de que se posea o no la propia nacionalidad es el objeto de la disciplina que conocemos como Derecho de Extranjería. Más allá de lo que disponga la propia Constitución (en nuestro caso los artículos 11 y 13), su regulación se lleva a cabo a través de normas infraconstitucionales que no se presentan, necesariamente, agrupadas en un texto legal. Aun más, en aquellos sistemas que, como el español, optaron por un texto básico en el que se recogen las líneas generales sobre la materia (inicialmente por la Ley Orgánica 71/85, de 1 de julio, conocida como Ley de Extranjería y su Reglamento de ejecución RD 155/96, de 2 de febrero, sustituida por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social), la posición jurídica del extranjero debe establecerse en consideración a la normativa reguladora de todos los sectores en que el legislador, por distintas razones, ha considerado oportuno establecer diferencias de tratamiento con arreglo a la nacionalidad que se posea.

En tal sentido, el Derecho de Extranjería es poco sutil, en el sentido de que al extranjero se le ha definido usualmente de una manera negativa: es extranjero el que no es nacional de un determinado Estado, y esta condición ha supuesto siempre una situación diferencial con el nacional. Aunque no es este el lugar para efectuar una historia de las transformaciones de este sector del ordenamiento, sí conviene dejar sentado que la situación de los derechos del extranjero se ha caracterizado por una evolución positiva en la que el no nacional, como titular de derechos, ha tendido a equipararse con el nacional. Esta evolución ha sido, pues, positiva, sobre todo si se parte de la idea de que en no pocos periodos históricos los Estados se han limitado, simplemente, a la negación del reconocimiento de la personalidad de los extranjeros.

Partiendo del concepto central de «soberanía» que se venía predicando como atributo esencial del Estado, la institución de la nacionalidad se ha terminado configurando como una decisión jurídica fundamental de Derecho Constitucional y no de Derecho Internacional Privado. Así las cosas, resulta evidente que el trato otorgado a los extranjeros no es igual en todos los países, ya que el Derecho de Extranjería tiene una indudable dimensión interna y depende en gran medida del Derecho estatal (a salvo ciertas obligaciones impuestas por el Derecho Internacional Público a las que aludiremos después). Y si bien las legislaciones sobre la materia dependen en buena parte

de la situación política, económica y social que atraviesan los diferentes Estados en un momento histórico concreto, también es cierto que cada país tiene su propia tradición en la materia que puede abarcar desde la exclusión de derechos a los extranjeros, pasando por la reciprocidad diplomática o convencional, hasta situarse, en el otro extremo, en la pura equiparación con el nacional. Todos ellos constituyen diversos regímenes de base que, aunque no se dan en estado puro, pueden utilizarse para caracterizar un determinado sistema legal de extranjería.

Ahora bien, al margen de cual sea el régimen de base adoptado, hay que señalar que no todos los extranjeros reciben el mismo trato. Existen posiciones jurídicas de privilegio hacia determinados extranjeros, atribuidos unas por el Derecho Internacional y otras por el Derecho Interno. Entre las primeras hay que señalar, muy destacadamente, a los miembros de las delegaciones diplomáticas y consulares, jefes de Estado y representantes diplomáticos a los que le son aplicables los Convenios de Viena de 1961 y 1963, sobre relaciones diplomáticas y relaciones consulares, que supusieron la codificación de normas consuetudinarias preexistentes. Respecto a los privilegios atribuidos por el Derecho Interno, cabe que la legislación interna atribuya un estatus especial a los nacionales de países con los que un Estado concreto se encuentra íntimamente vinculado, siendo usual, que este régimen se establezca mediante Tratados, bien bilaterales (favoreciendo a los nacionales de otro Estado parte), bien multilaterales (en favor de determinadas personas que ostentan una determinada condición, como los refugiados o los apátridas).

II RASGOS ESENCIALES DEL DERECHO ESPAÑOL DE EXTRANJERÍA

Tal y como sucede en tantos otros países de nuestro entorno, el Derecho español de Extranjería, a pesar de su carácter interno, está sometido a obligaciones derivadas del Derecho Internacional Público. Se trata de principios incorporados en normas consuetudinarias de alcance universal. La doctrina usualmente se ha referido a los princi-

pios del «minimum standar internacional», de «igualdad de trato» o de «reciprocidad». Sin embargo, la evolución positiva de la protección internacional de los derechos humanos ha superado tales caracterizaciones por la vía de la ampliación de los derechos directamente protegidos por el ordenamiento internacional. Así, además de las normas contenidas en la Constitución, importantes situaciones jurídicas que afectan a esta materia vienen recogidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y en los Pactos Internacionales adoptados en el seno de la Organización de Naciones Unidas en 1966 y que se refieren a los derechos civiles y políticos, por un lado, y a los derechos económicos, sociales y culturales, por otro.

Por lo demás, poca discusión parece plantear cual sea la eficacia de estos instrumentos, pues en cuanto al valor jurídico que los textos internacionales tienen en nuestro ordenamiento conviene recordar que ambos documentos fueron ratificados por España en abril de 1977. Además, de acuerdo con el artículo 10.2 CE, «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España».

A su vez, en el espacio jurídico europeo la protección de los derechos humanos se encuentra especialmente garantizada por obra del Consejo de Europa, tanto desde el plano normativo cuanto a través de los mecanismos institucionales de aplicación. En este sentido resulta conveniente recordar que España es miembro del Consejo desde noviembre de 1977 y que en octubre de 1979 ratificó la Convención europea para la salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio de Roma), sin olvidar que otros tratados bilaterales también generan obligaciones internacionales en materia de extranjería.

Por su parte, la pertenencia de España a la Unión Europea modula cuanto hemos dicho sobre esta cuestión. En efecto, la participación en la UE implica la aceptación de la premisa de que España ha de poner en común, junto con los Estados miembros, los principales factores que intervienen en la formación del mercado, es decir, libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. Por ello desde la firma del Tratado de adhesión a la CEE, el Derecho de Extranjería en nuestro Estado se articula en dos regímenes parcialmente diferenciadas: el aplicable a los nacionales de países comunitarios, condicionado por las normas que dicta la propia UE; y el del resto de los

extranjeros, basado en fuentes fundamentalmente internas pero fuertemente condicionado por las obligaciones internacionales asumidas por España. Ahora bien, no cabe olvidar respecto a este segundo plano que la aceleración dinámica del proceso de integración europea (Acta Única de 1986, Tratado de Maastricht de 1992, Tratado de Ámsterdam de 1997, Acuerdo de Schengen de 1991, Acuerdos de Tampere de 1999, Constitución para Europa de 2004) conducirá a que, en un inmediato futuro, la política de extranjería de España será la que acuerde la UE para el conjunto de sus miembros, pues el Derecho Constitucional europeo sólo puede construirse sobre un poso de cultura común que se fundamente en el concepto de dignidad de la persona, en la interdicción de la discriminación y, a la postre, en los principios angulares que sustentan el constitucionalismo del Estado social y democrático de Derecho.

En tanto este momento llega, empieza a existir una incipiente legislación europea que vincula a los Estados miembros: Así:

- Directiva 2001/40 CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001 relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países.
- Directiva 2000/51 CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del art. 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, en orden a determinar las obligaciones de los transportistas que trasladan a nacionales extranjeros al territorio de los Estados miembros.
- Directiva 2001/55 CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas.
- Directiva 2002/90 CE del Consejo, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.
- Directiva 2003/9 CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros.

- Directiva 2003/86 CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho de reagrupación familiar.
- Directiva 2003/109 CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.
- Directiva 2003/110 CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea.

Algunas de ellas ya están en vigor y otras tienen un horizonte de trasposición en el año 2005. En opinión de las autoridades españolas, ese será el momento, dentro de un gran pacto de Estado, para acometer la reforma de la Ley de Extranjería, a la luz también de la futura Sentencia que el Tribunal Constitucional emita sobre el Recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la vigente Ley.

III LA LEGISLACION SOBRE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

Tras cumplirse un cuarto de siglo de vigencia de la Constitución de 1978 se han aprobado por las Cortes Generales tres importantes leyes sobre la materia. Si ya la Ley 7/1985 supuso en su momento un inmenso salto adelante sobre la dispersa normativa existente con anterioridad, va a ser la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, la que por primera vez plantee un verdadero reconocimiento de los derechos de los extranjeros en España. La importancia de esta Ley estriba en que por primera vez se abandona la habitual y constante configuración de la extranjería como puro problema de política migratoria y de control de flujos para sustituir esa concepción por otra más acorde con nuestro sistema constitucional de derechos y libertades. En ese preciso sentido estaba orientada la Ley Orgánica 4/2000.

La gestación de esta ley se caracterizó por los avatares habidos en su tramitación par-

lamentaria y por el consenso alcanzado por las fuerzas políticas de la oposición en el Senado para aprobar esta importante norma contra el criterio del Gobierno y de su mayoría parlamentaria, en el marco de un debate político e ideológico como pocas leyes habían suscitado.

Cierto es que ante el fenómeno de la emigración es posible la adopción de diversas alternativas de política legislativa. Pero, no es menos cierto que todas ellas deben respetar las disposiciones constitucionales y, en especial, los efectos que derivan de la consideración constitucional de la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, como fundamentos del orden político y de la paz social (artículo 10 CE). Además, la exigencia de interpretación de las normas relativas a los derechos constitucionales reconocidos implica que cualquier regulación referida a los derechos de los extranjeros en España tenga que ser aplicada de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados o convenios ratificados por nuestro país.

El tratamiento de la extranjería como un mero asunto de política migratoria y, a la postre, de fijación de «cupos» ha sido una constante en España y, en general, en todos los Estados de la UE. En el mismo Derecho Comunitario la categoría jurídica de extranjero proveniente de terceros países origina situaciones altamente discriminatorias que conducen con frecuencia a la vulneración de otros Tratados y obligaciones internacionales asumidas por los Estados miembros de la UE, en especial el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Derecho Humanitario.

En esta lógica, para el Tratado de la UE el extranjero no nacional de países miembros resulta un desconocido. Es el caso que el artículo 8 TUE (consolidado en el Tratado de Ámsterdam) otorga los derechos comunitarios a los nacionales de los Estados miembros, y únicamente a ellos se les considera ciudadanos de la Unión. Y en la reforma operada a través del Tratado de Ámsterdam los derechos de los extranjeros no recibieron mejor suerte.

El Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, aun no ratificado, tampoco ha ido más lejos. En tal sentido el artículo 8 establece que «Toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro posee la ciudadanía de la Unión, que se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla», para a continuación declarar que

sólo «Los ciudadanos de la Unión serán titulares de los derechos y sujetos de los deberes previstos en la Constitución». Por consiguiente, sólo a los ciudadanos de la Unión se les reconocen y garantizan los derechos directamente ligados a la ciudadanía (circulación, residencia, sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y municipales del Estado miembro en el que residan etc.), quedando inicialmente reconocidos para los extranjeros los derechos inherentes a la dignidad de la persona, por otra parte ya incorporados a través del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Es lo cierto, entonces, que las preocupaciones derivadas de la constitución de un «espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores» atraviesa a modo de columna vertebral la filosofía de la llamada «Constitución europea». Ello explica que el tratamiento que recibe actualmente el Derecho de Extranjería se suela situar lejos del constitucionalismo social y de los derechos y se ubique más en conexión con la denominada «razón de Estado», con el problema de la seguridad interior, la evolución del empleo o las diferencias culturales auspiciadas desde quienes atisban en el horizonte el «choque de civilizaciones». Como bien puede advertirse, tales cuestiones, con ser extremadamente importantes desde criterios de oportunidad política y desde un riguroso análisis estratégico de carácter macropolítico, no constituyen, sin embargo, argumentos constitucionales válidos que deban ser tomados en consideración desde una perspectiva jurídica de adecuada interpretación constitucional. Y sin embargo, éstas consideraciones se imponen originando la negación, a veces sistemática, del ejercicio de derechos constitucionales a contingentes de personas sencillamente por el hecho de carecer de la nacionalidad española.

Trataremos, entonces de enmarcar las coordenadas constitucionales en que debiera fundarse la actuación de los Poderes Públicos en relación con los extranjeros, enjuiciando tanto el tratamiento legislativo como jurisprudencial que ha venido recibiendo el ejercicio de estos derechos cuando sus titulares tienen como característica común la de no gozar de la nacionalidad española ni, eventualmente, de la comunitaria.

En efecto, el artículo 13 de la Constitución establece que «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley». Obsérvese, pues, que la referencia que la Constitución efectúa a la ley no supone en modo alguno ni una desconstitucionalización de

tales derechos ni que el legislador disponga de libertad absoluta para organizar sin límites constitucionales la disciplina que a los mentados derechos se confiera

En tal sentido la Ley 4/2000, ya mencionada, con unos objetivos mucho más amplios que la Ley 7/1985, mejoró notablemente el tratamiento de los derechos de los extranjeros. En efecto, la Ley Orgánica 7/1985 era una norma orientada, fundamentalmente, a regular los requisitos de entrada, residencia, trabajo y expulsión de los extranjeros. Por el contrario, la Ley Orgánica 4/2000 pretendía establecer las condiciones para que los extranjeros se estableciesen en nuestro país accediendo al trabajo y a la residencia y equiparando, prácticamente, a efectos constitucionales a españoles y extranjeros en materia de derechos y libertades. Sin embargo, tal como hemos referido, fue ésta una ley aprobada por consenso de la oposición parlamentaria y contra el criterio del Gobierno de la Nación, lo que llevó al Partido Popular a incluir su reforma en el programa electoral sometido a los ciudadanos en las elecciones generales del año 2000. Las conclusiones adoptadas por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la UE, celebrada en Tampere los días 16 y 17 de octubre de 1999, a fin de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, suministró los argumentos políticos para abordar la reforma de la Ley 4/2000, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

IV BREVE ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA LEY ORGÁNICA 8/2000, DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL

1 EL PROBLEMA

Hemos dicho que la derrota parlamentaria que supuso para el Gobierno de la Nación la aprobación contra su criterio de la Ley 4/2000, hizo que tras las elecciones generales del año 2000 el nuevo Gabinete del Presidente Aznar, reforzado ahora por la ma-

yoría absoluta obtenida en las urnas, se aprestase a reformar en sentido restrictivo la hasta entonces vigente Ley. Todo ello, se decía, a fin de acabar con el «efecto llamada» que producía el amplio reconocimiento de derechos a los extranjeros que tal legislación acogía. Los aspectos básicos de la reforma de la Ley 4/2000, introducidos por la Ley 8/2000, fueron en síntesis los siguientes:

- Los extranjeros en situación irregular sólo tendrán derecho a la asistencia sanitaria y a la educación obligatoria. Los demás derechos (reunión, asociación, participación, sindicación y huelga) quedan reservados a los que se encuentren en situación legal (autorización de estancia o residencia).
- Con la anterior legislación, la denegación del visado debía ser expresa, motivada y con indicación de los recursos posibles. Tras la reforma, la denegación sólo tendrá que ser motivada cuando se trate de visados para residentes por reagrupamiento familiar y para trabajadores por cuenta ajena.
- La reforma introducida eleva de dos a cinco años el tiempo de estancia en España para obtener permiso de residencia temporal.
- La nueva normativa restringe el ámbito de familiares susceptibles de alcanzar el reagrupamiento familiar.
- En lo que se refiere a las expulsiones, con la anterior normativa el extranjero que se encontraba en situación irregular o trabajando sin permiso en España era considerado incurso en infracción grave que no comportaba la expulsión sino sólo una multa. A juicio del Ministerio del Interior esta situación impedía la expulsión del 75% de los extranjeros en situación irregular. Con la modificación legal operada, encontrarse en situación irregular por carecer de permiso, tenerlo caducado por más de tres meses o trabajar sin autorización es causa suficiente de expulsión en cuarenta y ocho horas por un procedimiento preferente.
- En lo que se refiere, en fin, a la tutela judicial, en teoría todos los extranjeros siguen teniendo el derecho a su obtención, sólo que ésta se hace impracticable en un procedimiento de expulsión tan fulminante. La normativa anterior preveía asistencia letrada de oficio a los extranjeros, incluidos los que iban a ser expulsados o se les

impedía la entrada. En la nueva situación sólo tendrá acceso a la justicia de oficio y gratuita los inmigrantes que ya se encuentren en territorio español.

Pues bien, a la hora de reflexionar sobre las modificaciones introducidas por la ley 8/2000 resulta preciso reiterar la afirmación de que cuando la CE regula los derechos de los extranjeros no menciona la «razón de Estado», ni implícita ni explícitamente, ni subordina el ejercicio de los derechos a razones de índole laboral derivada de la evolución del ciclo económico. Si nos atuviésemos a una lectura literal y aislada de la CE parece que la suprema norma excluya expresamente a los extranjeros de la titularidad o del ejercicio de determinados derechos. Es el caso de la participación en los asuntos públicos y el acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad -con la excepción del sufragio activo y pasivo para las elecciones municipales que en condiciones de reciprocidad pueda establecerse por tratado o por ley-, que es un derecho que sólo se ha concedido a los extranjeros tras la reforma constitucional que debió acometerse para ratificar el Tratado de la UE (artículo 13.2 en relación con el artículo 23.2 CE) en 1992 para su adaptación al artículo 8B.1 del TUE. Por otra parte, la libertad de circulación y residencia (artículo 19 CE), la igualdad ante la ley (artículo 14 CE), el derecho de petición (artículo 29 CE), el derecho y deber de defender al Estado (artículo 30), el deber de trabajar y el derecho al trabajo (artículo 35.1 CE) y el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (artículo 47 CE) son configurados por nuestra Constitución de manera que parece excluir explícitamente que los extranjeros puedan ser titulares de estos derechos. Obsérvese que de los preceptos mencionados, unos contienen derechos fundamentales, otros derechos y deberes y los menos se encuentran ubicados dentro del Capítulo Tercero del Título I al que la Constitución denomina «Principios rectores de la política social y económica».

En todos los demás casos, tal y como dispone el artículo 13 CE, los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I en los términos que establecen los tratados y la ley. En consecuencia, los tratados y la ley podrán determinar las peculiaridades del ejercicio de los derechos cuando su titularidad recaiga sobre personas extranjeras. Pero, tal regulación solamente podrá contener el régimen de ejercicio de los derechos, no excluir titularidades ni restringir el ámbito constitucional de los mismos de forma que haga impracticable su ejercicio a quienes no sean nacionales. Hay que señalar, por lo demás, que en la CE se establece un derecho, el de

asilo, reservado, lógicamente, a los no nacionales españoles (artículo 13.4), cuya titularidad únicamente corresponde a los extranjeros y apátridas.

Así las cosas, una lectura atenta de la CE nos pone de manifiesto que, salvo determinadas y concretas exclusiones de titularidad, el artículo 13.1 prescribe que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el correspondiente Título I en los términos que establecen los tratados y la ley. Precepto que debe ponerse en conexión con el artículo 10.2 CE cuando dispone que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la CE reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España. Ello significa que, a la postre, el contenido del artículo 13.1 CE se tendrá que interpretar conforme a las exigencias del artículo 10.2 CE y en mutua interrelación.

Varias cuestiones es preciso abordar en este punto. En primer lugar, conviene tener presente que, aunque el artículo 10.2 de la Constitución remita a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos fundamentales, ello no autoriza a convertir a los tratados y acuerdos, aisladamente considerados, en parámetro de la constitucionalidad de las leyes, cuestión que ha de sustanciarse a la luz de su relación con los preceptos constitucionales a cuya interpretación concurren. Así lo ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional, entre otras, en su sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, en la que afirma que tanto los tratados y acuerdos internacionales a que se remite el artículo 10.2 de la Constitución 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 sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce.

En segundo lugar, es necesario delimitar el ámbito de aplicación del artículo 13.1 CE. Este precepto ha sido objeto de interpretación por el Tribunal Constitucional, a través de la sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, en la cual se establece que el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución se efectuará en consonancia con lo que dispongan los tratados internacionales y la Ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas, de modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales dere-

chos y libertades dependerá de la libre voluntad del tratado o la Ley. La anterior afirmación no significa *«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 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”, 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»* (FJ 3).

Ello no obstante, el supremo intérprete de la Constitución ha tenido ocasión de precisar con posterioridad que la autorización que el artículo 13.1 de la Constitución confiere al legislador para establecer restricciones y limitaciones a los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España no es ilimitada. De una parte, no puede afectar a los derechos que corresponden a la persona y que se alzan como imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al artículo 10.1 de la Constitución, constituye fundamento del orden político español (STC 99/1985, de 30 de septiembre; FJ 2). Por otra parte, el legislador no puede afectar tampoco al contenido del derecho delimitado por la Constitución o los tratados internacionales suscritos por España. (STC 115/1987, de 7 de julio (FJ 3) y 242/1994, de 20 de julio (FJ 4). Por lo demás, debe observarse que en el supuesto de colisión entre un tratado internacional suscrito por España y una norma legal de su ordenamiento interno en cuanto a la configuración de los derechos de los extranjeros, hay que dar prevalencia al tratado, en cuanto incorpora el criterio interpretativo delimitador de su contenido esencial, pues tal es la determinación de la Constitución cuando dispone en su artículo 10.2 que *«Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»*, pues, según tiene declarado el Tribunal Constitucional *«La Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales que menciona el precepto. Y, añadimos ahora, no sólo las normas contenidas en la Constitución, sino todas las*

del Ordenamiento relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la norma fundamental» (STC 78/1982, de 20 de diciembre (FJ 4), y en el mismo sentido las sentencias 38/1985, de 8 de marzo (FJ 4), 245/1991, de 16 de diciembre (FJ 3), 254/1993, de 20 de julio (FJ 6), y la ya citada 292/2000 (FJ 3), entre otras). Especial relevancia, a estos efectos, cobra el Convenio Europeo de Derechos Humanos, suscrito el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España por instrumento de 24 de noviembre de 1977, y los Convenios OIT, ratificados por España, además del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966.

2. LOS PRESUNTOS MOTIVOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Hemos relatado más arriba cómo fue imposible alcanzar un «pacto de Estado» acerca de la legislación de inmigración y la azarosa y efímera vida de la Ley 4/2000, modificada sin que hubiese llegado a desplegar sus potenciales efectos por la Ley 8/2000. Esta ausencia de consenso básico sobre tan importante materia propició que esta última Ley fuese recurrida de inconstitucionalidad por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados así como por los órganos legislativo o ejecutivo de distintas Comunidades Autónomas. En concreto, el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, previo Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía (Nº 61/2001, de 26 de abril), interpuso recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley en materia de derechos fundamentales.

Siguiendo el esquema planteado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, fue considerado susceptible de impugnación el artículo 1, apartados 5 (libertades de reunión y manifestación), 6 (libertad de asociación) y 9 (libertades de sindicación y huelga), de la Ley Orgánica 8/2000, que dieron nueva redacción a los artículos 7.1, 8 y 11 de la Ley Orgánica 4/2000, por vulnerar presuntamente los artículos 10.2, 13.1, 21, 22 y 28 de la Constitución. Estos tres preceptos garantizan a los extranjeros los mencionados derechos y libertades, si bien sólo podrán ser ejercitados por sus titulares una vez obtenido el permiso de estancia o residencia en España. Por lo que se refiere al derecho a la huelga, se exige que quienes lo ejerciten estén autorizados a trabajar.

El propio Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía parte de la falacia que supone la separación entre titularidad y ejercicio de los derechos al objeto de impedir este último en tanto no se disponga de autorización administrativa de estancia o residencia. Y ello, porque, tal como allí se razona, la facultad de ejercicio es inherente a las libertades de reunión, de manifestación, de asociación, de sindicación y de huelga, de manera que la privación de dicho ejercicio equivale a la negación de la titularidad del derecho o la libertad de que se trate. De otra manera se produciría el desconocimiento del contenido esencial del derecho fundamental, como límite insalvable para el legislador, desde el momento en que el derecho deja de ser reconocible como perteneciente al tipo descrito, o queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (SSTC 11/1981, de 8 de abril [FJ 8]; 13/1984, de 3 de febrero [FJ 3] y 196/1987, de 11 de diciembre [FJ 5]).

Obsérvese, por lo demás, que al contrario que sucede en otros supuestos, la Constitución no realiza en estos casos diferenciaciones en cuanto a los sujetos titulares de los derechos de referencia, sino que los reconoce de manera general e innominada. Véase cómo el artículo 21 CE *«reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas»*, cuyo ejercicio no precisa de autorización previa, sino tan sólo comunicación anterior a la autoridad cuando se trate de reuniones en lugares de tránsito público y de manifestaciones. Y otro tanto sucede con el artículo 22 CE cuando establece que *«Se reconoce el derecho de asociación»*, prescribiendo la inscripción de las asociaciones en un registro a los solos efectos de publicidad y quedando prohibidas las secretas, las de carácter paramilitar y las que persigan fines o utilicen medios delictivos. Y más contundente aun se muestra el tenor literal del artículo 28 cuando afirma que *«Todos tienen derecho a sindicarse libremente»* y *«Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses»*. El precepto por su parte concreta los únicos sujetos cuyo derecho se podrá limitar, exceptuar o regular su ejercicio, que no son otros que los miembros integrantes de las Fuerzas o Institutos armados, o de los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y los funcionarios públicos.

En consecuencia, una atenta labor hermeneútica lleva a sostener que, a excepción de los supuestos citados, los restantes sujetos, sean españoles o extranjeros, deben ostentar con plenitud los referidos derechos. Y la misma argumentación cabe mantener en relación con el derecho a la huelga atribuido a *«los trabajadores»*. En esa dirección

apunta la doctrina constitucional cuando, al examinar el artículo 7 de la derogada Ley Orgánica 7/1985 y refiriéndose específicamente al derecho de reunión, sostiene que *«la necesidad de una autorización administrativa previa, referida al ejercicio del derecho de reunión, no es un requisito puramente rituario o procedimental, sobre todo porque nuestra Constitución ha optado por un sistema de reconocimiento pleno del derecho de reunión, sin necesidad de autorización previa (art. 21.1). Esta libertad de reunión sin autorización se constituye así en una facultad necesaria para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito» (STC 11/1981, de 8 de abril); de manera que «al imponerse la necesidad de autorización administrativa se está desnaturalizando el derecho de reunión, consagrado en la Constitución» (STC 32/1982, de 16 de junio).*

Pero si el tenor literal de los artículos 21, 22 y 28 permite concluir que las limitaciones impuestas por la Ley Orgánica 8/2000, para los extranjeros que no hayan obtenido una autorización de estancia o residencia, no es constitucionalmente sostenible, similar afirmación es posible efectuar si se tiene en consideración lo dispuesto en los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España, de conformidad con lo establecido en los artículos 10.2 y 13.1 CE. Ello se pone de manifiesto apenas se realiza un minucioso recorrido por el articulado de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de los convenios sobre la materia de la Organización Internacional del Trabajo o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Ciertamente que a efectos dialécticos podría sostenerse que ya los artículos 7, 8 y 10 de la Ley Orgánica 7/1985 acotaban el ejercicio de los referidos derechos a los extranjeros, ya que éstos sólo eran predicables respecto de quienes se encontraran legalmente en territorio español. Pero debe advertirse que la nueva normativa es más restrictiva que la aprobada en 1985, pues los derechos no se reconocen en general a los extranjeros que se hallen legalmente en España, sino sólo a los que tengan autorización de estancia o residencia en España y, además, para el derecho de huelga, habrán de estar autorizados para trabajar.

En segundo lugar, el Consejo Consultivo de Andalucía cuestionó la constitucionalidad

de la nueva redacción conferida al artículo 22.1 de la Ley 8/2000 que reconoce a los extranjeros que se hallen en España y carezcan de recursos económicos suficientes, el derecho de asistencia jurídica gratuita en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo. La asistencia jurídica en igualdad de condiciones con los españoles, en cualquier procedimiento en que sean parte, sólo la reconoce el apartado 2 del mismo artículo 22 a los extranjeros residentes que acrediten insuficiencia de recursos económicos. Una detenida meditación sobre el precepto lleva a la conclusión de que su texto contradice lo establecido en los artículos 24.2 y 119 CE, por cuanto suprime la asistencia jurídica gratuita en uno de los supuestos de salida obligatoria del territorio español. En efecto, el artículo 28.3 regula los casos en que la salida de España será obligatoria, tanto por orden judicial como administrativa, sin que se otorgue el necesario amparo constitucional al último –y más frecuente– supuesto previsto en el artículo 28.3 de la Ley, es decir, la denegación de la solicitud para permanecer en territorio español o la carencia de autorización. Por lo demás y en directa conexión, la limitación de la asistencia jurídica gratuita plena sólo a los extranjeros residentes podría también entenderse que vulnera lo dispuesto en el artículo 24.2 CE.

Por último, también ha sido tildado de presunta inconstitucionalidad lo dispuesto en el artículo 63.4, en relación con el artículo 21.2 de la Ley. El primero de estos preceptos establece que la ejecución de la orden de expulsión en los supuestos sometidos al procedimiento preferente se efectuará de forma inmediata, señalando el segundo que *«El régimen de ejecutividad de los actos administrativos dictados en materia de extranjería será el previsto con carácter general en la legislación vigente, salvo lo dispuesto en esta Ley para la tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente»*. Sin embargo, la doctrina constitucional se ha mostrado en contra de tal proceder. Si la ejecución inmediata de un acto administrativo impide el acceso a la tutela judicial efectiva, esta situación puede derivar en el desconocimiento de los intereses cuya protección se intenta preservar, e incluso puede llegar a predeterminar de manera definitiva la solución última del procedimiento, con la posible producción de una irreparable situación de indefensión. Y ello porque, según ha declarado el Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste resuelva sobre la suspensión del acto (STC 78/1996, de 20 de mayo).

V EPÍLOGO: SIETE TESIS SOBRE UN DERECHO DE EXTRANJERÍA CONSTITUCIONALMENTE ADECUADO

Consecuentemente con todo lo dicho, y a la luz del texto constitucional y de la jurisprudencia emanada del supremo intérprete de la Constitución, es posible establecer siete tesis que enmarquen el entendimiento de un derecho de extranjería constitucionalmente adecuado en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España:

- 1^a) Las normas sobre derechos y libertades de los extranjeros, desde la propia legislación emanada del Parlamento hasta el último acto administrativo con valor normativo, se deben interpretar a la luz de la Declaración Universal y de los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España. Estos textos internacionales son fundamentales para la determinación de la configuración constitucional adecuada de los derechos puesto que los tratados o acuerdos suministran criterios válidos en orden al establecimiento del sentido y alcance de los mismos.
- 2^a) De acuerdo con este criterio interpretativo, los extranjeros serán titulares de los derechos que la CE no reserve en exclusiva a los españoles y de los derechos cuya titularidad pueda serles otorgada, a partir de la Declaración Universal y de los Tratados suscritos por España, entre los que cabe destacar el Convenio Europeo de Derechos Humanos (con valor de norma interna en nuestro ordenamiento según lo dispuesto en el artículo 96.1 CE), que obliga a los Estados signatarios a reconocer los derechos regulados por el Convenio a toda persona sometida a su jurisdicción. Por consiguiente, a los extranjeros que se encuentren bajo jurisdicción española se les debe, necesariamente, reconocer, además de los derechos que la Constitución les confiere, los derechos que les atribuye el Convenio. Y lo mismo cabría predicar del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- 3^a) Con relación a los extranjeros las leyes y los tratados determinan el grado de disfrute de los derechos y libertades, pudiendo regular su ejercicio y establecer los procedimientos que los hagan plenamente efectivos. El Tribunal Constitucional tiene sentado desde el principio una constante jurisprudencia en orden al desa-

rollo legislativo de los derechos consistente en que éstos deben ser regulados en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia y que conduzcan, con totales garantías, a que el derecho alcance su plenitud. En tal sentido cabe destacar, además, que los derechos que la CE configura como de ejercicio directo no pueden ser sometidos a autorización alguna, bien sean ejercidos por español o extranjero. Así lo dispuso el TC en su STC 115/87 sobre la Ley de Extranjería. Por ejemplo para el TC el ejercicio del derecho de reunión sin autorización constituye una condición necesaria para que el derecho sea reconocible, de tal forma que si se somete a autorización administrativa su ejercicio, el pretendido derecho muda su naturaleza y no puede ser considerado como tal. En conclusión, la CE posibilita únicamente el establecimiento de peculiaridades en el régimen de ejercicio de los derechos con relación a los extranjeros, sin que tales, singularidades puedan restarles, efectividad o eficacia.

- 4^a) El contenido constitucional declarado de los derechos debe ser íntegramente respetado en todo caso, de forma que las limitaciones a su ejercicio cuando sus titulares sean extranjeros nunca podrán desnaturalizar el derecho de que se trate, ni sujetarlo a límites tales que lo obstaculicen, perturben o este derecho devenga impracticable.
- 5^a) 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 derivadas de quien sea su titular. Los extranjeros, por consiguiente, gozan del mismo régimen de garantías que los españoles, ya que las garantías constituyen un elemento determinante de los derechos fundamentales que no varía por razón de la nacionalidad de su titular. Por tanto, no es posible jurídicamente restringir el nivel, estándar o eficacia que tiene un derecho cuando su titular es un extranjero. Por ello, en aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Comisión y el Tribunal de Estrasburgo han admitido reiteradamente denuncias contra Estados parte en el Convenio formuladas por extranjeros sometidos a la jurisdicción de los mismos.
- 6^a) De la misma manera que cuando el titular de los derechos es un español, los extranjeros pueden padecer limitaciones en el ejercicio de los derechos cuya titularidad tienen constitucionalmente otorgada, limitaciones que deberán estar pre-

vistas en una norma anterior, de rango adecuado y suficiente (una ley), siempre que tales limitaciones sean imprescindibles en una sociedad democrática para alcanzar finalidades legítimas y proporcionadas a las causas que las hubieren originado. En todo caso, la jurisprudencia constitucional llama a que estas limitaciones sean interpretadas siempre restrictivamente. En esta línea permanentemente se ha movido, también, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

- 7^a) En relación con la posible suspensión de derechos constitucionales derivada del artículo 55 CE (declaración de estado de excepción o de sitio, con afectación a la inviolabilidad del domicilio, al secreto de las comunicaciones, a la libertad de circulación por el territorio nacional etc.), la Constitución no distingue entre que la suspensión afecte a nacionales o a extranjeros, por lo que debe aplicarse el mismo régimen de suspensión, ya sea general o individualizada, con independencia de la nacionalidad. Por tanto, los extranjeros no pueden ser sometidos a suspensión de derechos no previstas para los españoles.

Todo lo anterior significa que las previsiones del artículo 13 CE no pueden ser interpretadas como habilitaciones al legislador o a la autoridad administrativa para limitar los derechos de los extranjeros por el simple hecho de no ser españoles. Más bien el contenido del mencionado precepto es un mandato dirigido al legislador para organizar, tanto por ley como por resolución administrativa, el régimen del ejercicio de los derechos para este colectivo, establecer cauces idóneos para que los extranjeros puedan ejercer sus derechos constitucionales en plenitud, pudiendo, en su caso, perfilar peculiaridades en su ejercicio, pero sin que quepa desconocerlos o dificultarlos para volverlos ineficaces en la práctica.

El ejercicio de los derechos no puede contemplarse desde las únicas referencias de la oportunidad en orden a las conveniencias coyunturales de las políticas migratorias. Y ello porque precisamente la CE, en el Título I, afirma que los extranjeros también tienen derechos fundamentales, justamente los que garantiza ese Título, y gozan de los mismos y están amparados con arreglo a la ley y a los tratados internacionales. La CE no contempla los derechos de los extranjeros atendiendo a razones de seguridad internas o derivadas de políticas internacionales específicas. La suprema norma atribuye verdaderos derechos a un concreto colectivo que son las personas físicas sin naciona-

lidad española, cuyo ejercicio concreto puede sujetarse a ciertas peculiaridades, pero no puede ser restringido ni denegado en modo alguno, salvo los supuestos en que la propia CE atribuya derechos sólo a los españoles. Cuando la CE permite que los extranjeros sean titulares de determinados derechos y al mismo tiempo les excluye de la titularidad de otros que reserva exclusivamente a los españoles, en estos últimos supuestos, y únicamente en ellos, las situaciones jurídicas de los extranjeros se representan como bienes jurídicos dignos de protección, es decir, como intereses sociales cuya regulación puede adoptar diversas manifestaciones, aunque no se configuren específicamente como derechos fundamentales.