

# LA NUEVA LEY DE EXTRANJERÍA A LA LUZ DEL TEXTO CONSTITUCIONAL

CAMINO VIDAL FUEYO

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. EL RÉGIMEN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA.—III. LA DUDOSA CONSTITUCIONALIDAD DE ALGUNOS PRECEPTOS DE LA LO 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.

## I. INTRODUCCIÓN

Desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978 fueron varios los intentos legislativos tendentes a elaborar una norma que, con pretensión de generalidad, regulara la entrada y la situación jurídica del extranjero en nuestro país. Sin embargo, hubo que esperar al 1 de julio de 1985 para que la primera Ley de extranjería viese la luz (1). Dicho alumbramiento no cumplió las expectativas creadas y se vio envuelto, a pesar del consenso parlamentario, en una fuerte polémica desde el primer momento (2).

---

(1) Nos referimos a la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (*BOE* núm. 158, de 3 de julio).

(2) Su antecedente más inmediato lo encontramos en el fallido Proyecto de Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, presentado en 1981 por el Gobierno de Unión de Centro Democrático (*BOC* de 11 de mayo de 1981, Serie A, núm. 194-I), cuya tramitación parlamentaria no pudo completarse por disolución de las Cámaras en julio de 1982. Aunque existe una gran similitud entre este primer Proyecto con la que sería la redacción final de la Ley 7/1985, se puede decir que el Proyecto de 1981 resultaba menos conflictivo y más conforme con la Constitución en cuestiones tan importantes como el internamiento de extranjeros sujetos a un procedimiento de expulsión, o la suspensión, en caso de interposición de recurso, de la ejecución de resoluciones de expulsión.

No olvidemos que el Derecho de extranjería español se caracterizaba, desde hacía ya muchos años, por un importante grado de inseguridad jurídica, no sólo por la dispersión normativa y por la descoordinación entre las diferentes normas, sino también por el elevado número de Circulares e Instrucciones del Gobierno que, por no publicarse en los diarios oficiales, resultaban en muchos casos desconocidas. Por esos motivos, el propio Preámbulo de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, se refería a la necesidad de elaborar una norma que «recoja, formule y sintetice los principios que deban informar la situación de extranjería evitando la proliferación de disposiciones de distinto rango». Junto a este objetivo, esta primera Ley de extranjería nace, también en palabras de su Preámbulo, con el propósito de cumplir el «mandato constitucional» previsto en el art. 13.1 CE, pues «se hace necesaria una regulación que concrete su alcance». Más adelante destaca la preocupación por «reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades».

Traemos a colación estas notas relativas a una ley ya derogada, porque la utilización del término *reconocer* es muy significativa en orden a la comprensión de la intención última del legislador, pues dada la naturaleza del conjunto de derechos que la Ley regulaba —derechos fundamentales, según su propio título—, al legislador no le correspondía *reconocer*, sino *concretar* el contenido de los mismos (3). Aquí radica, en mi opinión, el primer y más importante error del legislador: 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 en favor de los no nacionales.

---

En 1985, como se ha apuntado, transcurridos cerca de tres años de gobierno socialista, se presenta el Proyecto de Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España (BOC de 28 de enero de 1985, Serie A, núm. 132-1), que fue objeto de una rápida tramitación con un resultado final de 260 votos a favor y sólo 3 en contra.

(3) Según MEDINA GUERRERO el concepto de *concretización* puede utilizarse con un doble alcance. En su sentido más genuino equivaldría a «decantarse por una de las diversas posibilidades que ofrece el texto constitucional; lo que supone partir de una determinada comprensión de la Constitución, en concreto la que concibe a ésta como una ordenación marco». Desde este punto de vista, concretizar sería lo mismo que dotar de sentido a una norma cuyo contenido no está enteramente prefijado por la Constitución. Pero, de otra parte, el término también es utilizado para «descifrar el (único válido) contenido preexistente de la norma constitucional; de tal modo que el legislador, ceñido —como está— a limitarse a declarar el sentido de algo precedente, pierde en libertad de decisión lo que el juez constitucional gana en intensidad de control de su producción normativa», en: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, 1996, págs. 24-25.

Tras cerca de quince años de vigencia, la reforma de la LO 7/1985 era, sin lugar a dudas, necesaria (4), pues como era de esperar, el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero (5), por el que se aprueba el último Reglamento de ejecución de dicha Ley, no resultó ser la respuesta jurídica idónea, ni para adaptarla a las exigencias de los nuevos compromisos internacionales asumidos por España, ni para corregir sus deficiencias técnicas.

Pero además, la reforma debía favorecer la integración social de los inmigrantes, establecer medidas de control contra la explotación de los extranjeros a través del trabajo clandestino y contra las redes organizadas de tráfico ilícito de mano de obra, así como la adopción de mecanismos para impulsar el proceso de regularización de los colectivos de extranjeros en situación irregular. Cuestiones, todas éstas, que justifican que la extranjería ocupase el primer plano, tanto en los debates políticos, como en la opinión pública, a partir de la primavera de 1997.

Así, y tras una llamativa tramitación parlamentaria (6), nace la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que supuso, sin duda, un avance en el reconocimiento de determinados derechos a los no nacionales —sobre todo de un conjunto de derechos a los extranjeros en situación irregular (7)— y, como su propio título in-

---

(4) Como bien es sabido, la LO 7/1985 ha sido derogada por la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (*BOE* núm. 10, de 12 de enero), Ley que, a su vez, ha sido reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre (*BOE* núm. 307, de 23 de diciembre).

(5) *BOE* núm. 47, de 2 de febrero.

(6) La Ley tiene como origen una proposición de ley que tras una discusión parlamentaria inicialmente muy lenta —entre marzo de 1998 y noviembre de 1999—, se tramita finalmente por el procedimiento de urgencia ante el inminente fin de la legislatura. Aunque en un primer momento existía un consenso unánime entre las diferentes fuerzas políticas —en su primer paso por el Congreso fue aprobada, el 25 de noviembre de 1999, por 324 votos a favor y una abstención— a su paso por el Senado el Grupo Parlamentario Popular presentó 112 enmiendas, lo que provocó la indignación del resto de los grupos parlamentarios —salvo *Convergència i Unió*, que presentó 36 enmiendas transaccionales, que suponía la retirada de otras tantas por el Partido Popular— por romper tan radicalmente el consenso conseguido tras muchos meses de negociación. En el Pleno del Senado se aprobaron las enmiendas introducidas por el PP y CiU por 129 votos a favor y 94 en contra (Partido Socialista, Grupo Mixto y Partido Nacionalista Vasco), y dos abstenciones por parte de Coalición Canaria. Enmiendas que, sin embargo, son posteriormente rechazadas en bloque en el Congreso, el último día de la legislatura, el 22 de diciembre, aprobándose finalmente la Ley con la oposición del grupo parlamentario en el Gobierno, y con la aprobación de todos los demás grupos, incluidos CIU y Coalición Canaria.

(7) Sin ánimo exhaustivo, y sin olvidar que muchos de los derechos reconocidos por la LO 4/2000, que exponemos a continuación, han sido posteriormente modificados por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, pasamos a detallar algunas de sus más importantes innovaciones, respecto de

dica, va a establecer una serie de medidas que pretenden facilitar su integración social en nuestro país (8).

Ahora bien, aunque a la mayor parte de su amplio articulado —63 preceptos, frente a los 36 de la LO 7/1985—, se les otorgó valor de Ley Orgánica (9), lo cierto es que el legislador, por un lado, regula derechos fundamentales —derechos, por tanto, que nacen del texto Constitucional, y cuyo desarrollo, tal y como exige el art. 81 CE, ha de ser mediante Ley Orgánica (10)— y, por otro, establece medidas que pretenden facilitar la integración de los extranjeros, concediéndoles determinados derechos de carácter social que no son derechos

---

la legislación anterior. Así, va a reconocer a *todos los extranjeros que se encuentren en España*, independientemente de su situación legal, los derechos de reunión y manifestación (art. 7) y asociación (art. 8). Reconoce a todos los extranjeros menores de dieciocho años, independientemente de su situación legal, el derecho a la educación básica, gratuita y obligatoria, en las mismas condiciones que los españoles (art. 9.1), y el derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles (art. 9.2). Los extranjeros que se encuentren en España, cualquiera que sea su situación legal, van a tener derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia (art. 12.2), y los que estén inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, así como todos los menores de dieciocho años, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles (arts. 12.1 y 12.2). También se recoge que las extranjeras embarazadas que se encuentren en España, tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto (art. 12.4).

En esta misma línea de reconocimiento de derechos de carácter social, el artículo 13 recoge el derecho de los extranjeros residentes, y de los inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, a acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles. Se amplía el elenco de familiares reagrupables de los extranjeros residentes (art. 17), así como el ámbito personal de aplicación de la LO 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (art. 20). Se reduce a cinco años el tiempo necesario de residencia temporal para adquirir la residencia permanente (art. 30), y se establece la posibilidad de acceder a la situación de residencia temporal a aquellos extranjeros que acrediten una estancia ininterrumpida de dos años en territorio español —se entiende, lógicamente, que estamos hablando de estancia «irregular» desde el punto de vista legal—, figuren empadronados en un municipio en el momento en que formule la petición, y cuenten con medios económicos para atender a su subsistencia.

(8) Como la creación del Consejo Superior de Política de Inmigración, con representantes del Estado, de las Comunidades Autónomas y de los municipios, y que tiene como fin establecer las bases y criterios «sobre los que se asentará una política global en materia de integración social y laboral de los inmigrantes» (art. 61).

(9) La Disposición final cuarta establece que de los 63 artículos de la Ley sólo los preceptos contenidos en los artículos 10, 12, 13 y 14 no tienen carácter orgánico.

(10) El Tribunal Constitucional ha dejado claro que la expresión derechos fundamentales recogida en el art. 81.1 CE, se refiere sólo a los derechos y libertades recogidos en la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero de la Constitución —SSTC 76/1983, FJ. 2.º, y 160/1987, FJ. 3.º, entre otras—. Un interesante comentario al respecto en P. CRUZ VILLALÓN: «Formación y evolución de los Derechos Fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, págs. 36 y sigs.

fundamentales, sino derechos subjetivos de origen legal que el legislador es libre de extender o no a los extranjeros y que, por tanto, no han de ser aprobados con valor de Ley Orgánica (11).

Esta diferencia es, en mi opinión, un punto de partida básico para abordar cualquier comentario en torno a la Ley de extranjería, pues no siempre se distingue entre aquellos derechos cuya extensión a favor de los no nacionales pertenece al ámbito de la decisión del legislador, pudiendo cambiar las mayorías parlamentarias y, con ellas, los derechos, y aquellos otros que nacen directamente de la Constitución en favor de los extranjeros y que son, por definición, indisponibles para el legislador. Diferencia que no tuvo en cuenta el legislador en la LO 7/1985 (12), ni en la LO 4/2000, como se ha apuntado, ni en la Ley 8/2000, de reforma de la LO 4/2000, como se verá más adelante.

Es precisamente un cambio de mayoría parlamentaria el que provoca y hace posible la reforma de la LO 4/2000 antes de que cumplierse su primer año de vigencia. En efecto, el Partido Popular, con mayoría absoluta en el Congreso tras las elecciones de mayo de 2000, presentó un proyecto de reforma el 11 de septiembre de ese mismo año, que tras ser tramitado por el procedimiento de urgencia fue rápidamente aprobado, publicándose en el *BOE* el 22 de diciembre de 2000.

La Ley de reforma es lo suficientemente importante como para que podamos hablar —aunque no técnicamente— de una nueva Ley de extranjería (13). En su contenido podemos distinguir dos grandes campos de estudio. El primero estaría formado por todos aquellos preceptos relativos al control de los flujos migratorios, esto es, al establecimiento de las condiciones de entrada, estancia, salida y trabajo de los ciudadanos extranjeros, así como aquellos que fijan los requisitos que permiten la regularización de los extranjeros que ya se encuentran en el interior del país pero que, en virtud de distintas circunstancias, se encuentran en una situación «irregular» desde el punto de vista administrativo; dentro de este grupo también se incluirían las medidas legislativas

---

(11) Por ejemplo, el derecho de los extranjeros a conservar la documentación, recogido en el art. 4 de la Ley, con ser un derecho importante no alcanza el rango de fundamental y, por tanto, no es lógico que este precepto tenga el valor de Ley Orgánica; o el art. 41, entre otros muchos, que regula el régimen especial de los trabajadores extranjeros de temporada, materia sobre la que el legislador ordinario tiene total libertad de configuración, por lo que tampoco procede su aprobación como precepto con carácter orgánico.

(12) La STC 115/1987, de 7 de julio, declaró la inconstitucionalidad de varios preceptos de la Ley por este motivo.

(13) De los 63 preceptos que contenía la LO 4/2000, son reformados 54, se añaden seis nuevos artículos, además de una exposición de motivos —de la que carecía la Ley antes de la reforma—; se modifica la disposición adicional única y se crean nuevas disposiciones adicionales.

dirigidas a facilitar la integración social de los extranjeros, así como el conjunto de derechos de carácter social —no fundamentales— que la Ley extiende a los extranjeros, o a un determinado grupo de extranjeros. El segundo campo de estudio lo constituirían todos aquellos preceptos que garantizan y desarrollan los distintos derechos fundamentales que la Constitución reconoce a los no nacionales.

Respecto de las materias referidas en el primero de los ámbitos señalados, la libertad del legislador es muy amplia, la decisión, en último término, va a ser de carácter político, y es en relación con ellas cuando, en ausencia de consenso, la mayoría parlamentaria orientará libremente la Ley hacia posiciones más o menos garantistas. Pero la cosa cambia cuando se trata del segundo de los campos señalados, pues es el Texto constitucional y no la decisión política, quien establece qué derechos fundamentales pertenecen a todas las personas, independientemente de su nacionalidad, qué derechos fundamentales están exclusivamente reservados para los españoles, y qué derechos pueden ser extendidos a los extranjeros si la ley y los tratados así lo disponen —respecto de estos últimos, el legislador volverá a gozar de libertad de configuración—.

El objeto principal de estas líneas es poner de relieve que el legislador no siempre distingue entre los dos campos señalados, o lo que es lo mismo, que la actual Ley de extranjería es sospechosa de inconstitucionalidad en alguno de sus puntos, precisamente porque el legislador limita a los extranjeros, más allá de su contenido esencial, el ejercicio de determinados derechos fundamentales que la Constitución extiende a todas las personas.

Pero antes, y para fundamentar nuestras críticas, es necesario hacer un breve análisis de la posición jurídica del extranjero en la Constitución española de 1978.

## II. EL RÉGIMEN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA (14)

En el nacimiento y desarrollo de los derechos humanos como derechos constitucionales fundamentales —lo que requiere no la mera formulación axiológica, sino la positivación jurídica, y el establecimiento de una serie de garantías que los hagan efectivos—, encontramos dos rasgos, en cierto mo-

---

(14) Un desarrollo extenso de toda esta materia he pretendido abordarlo en el trabajo que con el título *Régimen jurídico-constitucional de los extranjeros en España* constituyó mi tesis doctoral, dirigida por el Profesor Dr. ALFONSO FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, y que en estos momentos se encuentra en fase de publicación.

do contradictorios, que los definen. El primero, es una clara vocación de universalidad, como no podía ser menos desde los presupuestos epistemológicos del pensamiento liberal, que opera con un concepto ideal y abstracto y, por tanto, universal e intemporal, de la dignidad de la persona, lo que no podía conducir a otra cosa que al postulado de la validez universal de estos derechos.

Pero tampoco se puede olvidar, y aquí entra el segundo de los rasgos señalados, que junto a esta lógica universalista hay otra lógica espacial, no ideal, sino histórica, que es la que se deriva del sistema internacional de Estados soberanos nacidos de la Paz de Wetsfalia, desde la que se defiende la territorialización del reconocimiento de los derechos, para restringir su disfrute a favor de los ciudadanos nacionales, a los miembros de la propia comunidad política y, en consecuencia, para negárselos a los extranjeros.

El proceso abierto tras la Primera Guerra Mundial, con la creación de un orden internacional de Derecho, que se refuerza a partir de la Segunda Guerra Mundial, hace que el conflicto se decante progresivamente a favor de la universalización, en detrimento de la territorialidad soberana. No obstante, la persistencia del Estado soberano explica que junto a los derechos reconocidos en los documentos internacionales a *todos*, con independencia de su nacionalidad, existan otros cuya titularidad se atribuye exclusivamente a los ciudadanos nacionales, se trata de aquellos derechos vinculados directamente al principio de soberanía territorial del Estado. Así, no encontramos ningún texto internacional que sustraiga de la competencia del Estado el establecimiento de requisitos para que un extranjero pueda entrar y permanecer en el mismo, para que pueda establecerse laboral y profesionalmente, o pueda ejercer determinados derechos políticos (15).

En este orden de ideas, la Constitución española de 1978 ha sido coherente con la situación internacional y con su estructura compleja, y va a reconocer determinados derechos fundamentales a todas las personas, independientemente de su nacionalidad (16); va a excluir expresamente a los extranjeros de la titularidad de algunos derechos (17), pero no deja claro qué ocurre con otro

---

(15) Hay que aclarar, desde este primer momento, que cuando hablamos de «extranjero» nos referimos siempre al ciudadano extracomunitario, pues el comunitario goza de un estatuto prácticamente idéntico al del nacional, salvo lo previsto en el art. 13.2 CE.

(16) No cabe duda que los ciudadanos extranjeros, sea cual sea su situación administrativa, son titulares de derechos fundamentales como el derecho a la vida (art. 15 CE), la libertad ideológica y religiosa (art. 16 CE), el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 18 CE), entre otros.

(17) El art. 13.2 CE afirma: «solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el art. 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales».

conjunto de derechos fundamentales, cuyo ámbito subjetivo no aparece nítidamente delimitado en el texto constitucional (18).

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. Dice el art. 13.1 CE:

«Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley».

¿Cuál es, exactamente, el objeto de la reserva de ley con la que finaliza el primer apartado del art. 13 CE?, ¿qué añade esta reserva a la establecida, con carácter general, en el art. 53.1 CE? (19). ¿Estamos ante una remisión para determinar el modo y condiciones con que los extranjeros han de ejercitar los derechos fundamentales que el Título I les reconoce o, por el contrario, gozarán solamente de la titularidad de los derechos fundamentales del Título I que la ley y los tratados determinen?, en cuyo caso: ¿podríamos seguir hablando de derechos fundamentales? (20).

Como se puede comprobar, la interpretación del art. 13.1 CE nos reconduce a puntos neurálgicos de la dogmática de los derechos fundamentales, pues desvelar el sentido de la presencia expresa del legislador en este precepto, añade un problema más a la ya de por sí difícil cuestión de conjugar la reserva de

---

(18) ¿Son todos los extranjeros, también los que se encuentran «irregularmente» en España, titulares *ex constitutione* de los derechos de reunión, de asociación, de educación, de sindicación, entre otros?

(19) Que reza: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.1.a)».

(20) Entendiendo los derechos fundamentales como una categoría dogmática del Derecho constitucional, esto es, como derechos subjetivos reconocidos en el Texto constitucional, que cuentan con unas garantías de protección reforzadas, y que vinculan a todos los poderes públicos, singularmente al legislador. Sobre el concepto de derecho fundamental: F. RUBIO LLORENTE: «Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España», *Revista Claves de la razón práctica*, núm. 75, septiembre de 1997; P. CRUZ VILLALÓN: «Formación y evolución de los Derechos Fundamentales», *op. cit.*; J. JIMÉNEZ CAMPO: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, ed. Trotta, 1999; E. W. BÖCKENFÖRDE: *Escritos sobre derechos fundamentales* (traducción de J. L. Requejo Pagés e I. Villaverde Menéndez), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, entre otros.



ley «general» del art. 53. 1 CE, con la existencia de diversas remisiones específicas al legislador a lo largo del Título primero y, ahondando más en el tema, nos encontramos con un conflicto previo: el que se plantea al intentar explicar la existencia de múltiples reservas de ley en una Constitución que, como la nuestra, consagra también el principio de legalidad (21).

No son éstos los únicos interrogantes que plantea el precepto, la expresión *libertades públicas* utilizada en este artículo ¿es un término sinónimo al de *derechos fundamentales* o, por el contrario, el constituyente lo introduce con la intención de indicar algo distinto? En este último caso, ¿qué son y cuáles son en nuestro ordenamiento jurídico las *libertades públicas*? No es necesario subrayar que el régimen de derechos del que gozarán, *ex constitutione*, los extranjeros, variará sustancialmente según se opte por una u otra alternativa.

El Tribunal Constitucional, con anterioridad a la entrada en vigor de la primera de las leyes de extranjería (la LO 7/1985, de 1 de julio), sólo dicta dos sentencias en relación con esta materia. En la primera, la STC 11/1983, a pesar de que se trata del primer recurso de amparo constitucional interpuesto por un extranjero, el Tribunal no hace ningún comentario general en relación con el régimen jurídico-constitucional de los no nacionales. Tampoco se refiere en ningún momento al art. 13.1 CE, ni a los posibles tratados internacionales que pudieran tener relación con la cuestión objeto del recurso, sino que se limita a resolver el fondo del asunto partiendo de la consideración de que los derechos recogidos en el art. 24 CE se atribuyen a «todos» (22). En conclusión, la condición de extranjero del recurrente resulta irrelevante en este primer fallo, tanto a los efectos de legitimación activa, como en relación con la titularidad de los derechos recogidos en el art. 24 CE, pues el Tribunal Constitucional deja claro que el primer apartado de este precepto, relativo a la tutela judicial efectiva, así como el segundo, que contiene una serie de derechos fundamentales de carácter procesal, se extienden, *ex art. 24 CE*, tanto a los ciudadanos españoles como a los extranjeros.

---

(21) Véase, en este sentido: F. RUBIO LLORENTE: «El principio de legalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39.

(22) El recurso de amparo constitucional se interpone contra un auto dictado por la Audiencia Nacional, de 23 de septiembre de 1982, que accede a la extradición del recurrente, quien considera que se vulneran los artículos 24 y 25 CE, al basarse en una sentencia y en unos delitos que no son admisibles en Derecho español. Del fundamento segundo de esta sentencia se desprende que la concesión de una extradición para que un extranjero sea sometido al cumplimiento de una sentencia condenatoria pronunciada en otro país, en un proceso en el que no se hubiera respetado alguno de los derechos contenidos en el art. 24 CE, sería nula por contraria a nuestra Constitución, pero el Tribunal no considera que se den tales circunstancias en el supuesto objeto de recurso, por lo que finalmente desestima el amparo solicitado.

En el segundo de sus pronunciamientos en materia de extranjería, la STC 107/1984, de 23 de noviembre, el Tribunal no se limita a solucionar el objeto de la controversia —consistente en determinar si desde el punto de vista constitucional los ciudadanos extranjeros deben ser tratados igual que los españoles en relación con la contratación laboral—, sino que hace una serie de consideraciones generales en torno al estatuto constitucional de los extranjeros, que van a constituir, durante años, el punto de referencia de doctrina y jurisprudencia. Si en la STC 11/1983, el art. 13.1 CE resultaba irrelevante a la hora del reconocimiento, en favor de los extranjeros, de los derechos recogidos en el art. 24 CE, en este pronunciamiento dicho precepto va a convertirse en la piedra angular del régimen constitucional de los derechos fundamentales de los extranjeros.

El Tribunal parte de una lectura amplia de la expresión *libertades públicas* contenida en el art. 13.1 CE, de manera que los extranjeros disfrutarán «no sólo de las libertades sino también de los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución», y la cuestión se centra en determinar cuándo, de qué modo y con qué límites podrán gozar de tales derechos y libertades. A juicio de nuestro Tribunal, dicho disfrute:

«Se efectuará en la medida en que lo determinen 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 derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del tratado o la ley» (FJ. 3.º).

De esta rotunda afirmación parece desprenderse una absoluta libertad de los tratados y la ley, tanto para determinar el conjunto de derechos y libertades de los que gozarán los extranjeros —se hace referencia expresa a la titularidad—, como para establecer el contenido y las condiciones de ejercicio de los mismos, esto es, los derechos de los extranjeros *nacerían* de los tratados y la ley. La primera cuestión que se nos plantea es si podríamos, en puridad, seguir hablando de derechos fundamentales para referirnos a unos derechos que tienen su origen en un acto del legislador. El propio Tribunal sale al paso de esta cuestión, pues en el mismo fundamento jurídico añade:

«No supone, sin embargo, tal previsión que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas (...), 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» (STC 107/1984, FJ. 3.º).

Esta última afirmación del Tribunal no deja de ser sorprendente: *son todos ellos, sin excepción en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal*. ¿Lo son porque sus titulares son extranjeros?, es decir, ¿añade la condición de extranjero un *plus* de libertad de configuración al legislador?, ¿se está diciendo que el derecho a la libertad de pensamiento de los extranjeros es un derecho de configuración legal; o que el derecho a la libertad de expresión, o el derecho a no declarar contra uno mismo son derechos de configuración legal cuando se predicen de los extranjeros? Es difícil entender lo que nos quiere decir exactamente el Tribunal Constitucional, pues si los extranjeros gozan de derechos fundamentales —lo que no parece cuestionable, entre otras cosas porque, caso contrario, la admisión a trámite del recurso de amparo cuya resolución dio lugar a esta doctrina no hubiera sido posible—, existe un contenido esencial, mínimo, derivado del propio texto constitucional, que el legislador ha de respetar y, por tanto, esta supuesta libertad de configuración legal encontraría el límite previsto en el art. 53.1 de la CE, con lo que en este punto no existiría ninguna diferencia con el régimen general de los derechos fundamentales (23).

Por otro lado, aun cuando hay derechos fundamentales que, por su propia naturaleza y contenido, reclaman la intervención del legislador para hacer posible su ejercicio, la mayoría son, por definición, derechos subjetivos directamente ejercitables e invocables ante los tribunales sin necesidad de *interpositio legislatoris* (24) por lo que también en este aspecto resulta difícil entender lo que se quiere decir con la expresión derechos de configuración legal, pues la pregunta obligada sería: ¿puede un extranjero ejercitar *ex constitutione* sus derechos fundamentales, o debe esperar necesariamente a que una ley *configure* dichos derechos? (25).

---

(23) Tiene especial interés la distinción que REQUEJO PAGÉS establece entre los «derechos de libertad» cuyo contenido sólo podría concretarse por el Tribunal Constitucional y cuya regulación legal, además de ser respetuosa con el contenido esencial, «ha de verificarse en términos de mera ordenación instrumental, agotándose en el establecimiento de los requisitos mismos necesarios para el disfrute», frente a los derechos de «configuración legal», con respecto a los cuales la propia Constitución encomienda al legislador no sólo la función de arbitrar los medios precisos para la ordenación de la conducta en que el derecho consiste, sino que «alcanza a la tarea de definir el contenido del derecho». En: «Derechos de configuración legal» (voz), *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Civitas, Madrid, 1995, pág. 2385.

(24) Sin olvidar, como señala el profesor ARAGÓN REYES que: «la ley juega un papel necesario, una función «positiva», en los derechos fundamentales, ya que éstos, aunque gocen de eficacia directa «*ex-constitutione*», sólo adquieren su plenitud aplicativa cuando legalmente se desarrollan las condiciones de su ejercicio», en: *Estudios de derecho Constitucional*, Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pág. 158.

(25) En cualquier caso, los tribunales ordinarios llevaban años aplicando directamente en favor de los extranjeros algunos de los preceptos constitucionales que recogen derechos funda-

El Tribunal Constitucional intenta encontrar respuesta a estas preguntas introduciendo un criterio material, la mayor o menor vinculación de los derechos fundamentales con «la dignidad de la persona», como punto de apoyo para hacer una clasificación de los derechos fundamentales de los extranjeros y, correlativamente, para justificar una mayor o menor intervención del legislador en la regulación de los mismos. Así, elabora la ya clásica teoría tripartita, que se sintetiza en la siguiente fórmula:

«Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos —formarían parte de este grupo todos los directamente vinculados con la dignidad de la persona—;

existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, con la salvedad que contiene el art. 13.2 CE).

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, FJ. 4.º).

Por supuesto, no es nuestra intención poner en duda el indiscutible fundamento axiológico, material por tanto, de los derechos fundamentales que nuestra Constitución consagra, ni negar que dicha fundamentalidad descansa, en última instancia, en una concepción sustantiva de «la dignidad de la persona», pero elaborar una clasificación de los derechos fundamentales de los extranjeros basándose exclusivamente en su mayor o menor vinculación con dicha dignidad nos parece extremadamente difícil, no sólo por la propia labilidad del concepto dignidad de la persona, sino porque todos los derechos fundamentales están vinculados, de una u otra forma, a dicha dignidad (26). Además, y al

---

mentales. Véanse, entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1981 (Ar. 3744), de 21 de diciembre de 1981 (Ar. 5445), de 22 de enero de 1982 (Ar. 202), y 21 de enero de 1983 (Ar. 829), y de la Audiencia Nacional (SAN) de 31 de enero de 1980; SAN de 2 de octubre de 1980; SAN de 12 de febrero de 1981; SAN de 13 de marzo de 1981 y SAN de 21 de mayo de 1981.

(26) Como señala el profesor SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, «desde un punto de vista individual, podemos decir que los derechos fundamentales están ligados a la *dignidad* de la persona, son la proyección positiva, inmediata y vital de la misma. Constituyen asimismo la condición de su libertad y autodeterminación. Su desconocimiento o conculcación vulnera la dignidad e impide el desarrollo del individuo como persona (...)», cfr.: «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71, 1991, pág. 88. Véase también, de este autor y en relación con este mismo tema: «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, mayo-agosto 1991, págs. 77 y sigs.

margen de la dificultad que plantea el clasificar los derechos fundamentales en virtud de su grado de vinculación con la dignidad humana, aún no sabemos si en los casos en los que, de acuerdo con la doctrina constitucional, estaría justificado que el legislador introdujese la nacionalidad como factor diferencial, el límite del contenido esencial seguiría vinculando al legislador o si, por el contrario, su margen de maniobra sería absoluto.

El problema surge porque el Tribunal no aporta el criterio para, desde el art. 13.1 CE, determinar qué derechos podrán ser regulados de forma diferente para los españoles y para los extranjeros, qué derechos deberán regularse sin introducir la nacionalidad como elemento diferencial, y qué derechos podrán ser extendidos, libremente, por la ley y los tratados en favor de los extranjeros. El Tribunal no despeja estas incógnitas —sólo aporta, como ya hemos comentado, el criterio de la inherencia a la dignidad humana para distinguir los derechos de uno de los grupos—, y de la jurisprudencia constitucional en materia de extranjería solamente podemos deducir lo siguiente:

a) No pertenecen en modo alguno a los extranjeros los derechos recogidos en el art. 23 CE, con la salvedad que contiene el art. 13.2 CE (STC 107/1984, FJ. 4.º).

b) Corresponden por igual a españoles y extranjeros los derechos recogidos en el art. 24 CE (SSTC 11/1983, 107/1984, 144/1990, 116/1993 y 242/1994), los derechos a la vida y a la integridad física recogidos en el art. 15 CE (STC 107/1984, FJ. 3.º); el derecho a la libertad ideológica, art. 16 CE, y a la intimidad, art. 18 CE, (STC 107/1984, FJ. 3.º); los derechos a la libertad y a la seguridad reconocidos en el art. 17 CE (STC 144/1990); el derecho de reunión (STC 115/1987); el derecho de asociación (STC 115/1987), y los derechos a la libre circulación por el territorio español y a la libertad de residencia recogidos en el art. 19 CE, siempre que el extranjero haya entrado legalmente en España y continúe en situación legal, (SSTC 94/1993 y 242/1994).

c) En cuanto a los derechos cuya titularidad se podría extender a los extranjeros si libremente lo disponen los tratados o las leyes, el Tribunal sólo indica, en la STC 107/1984, que el derecho al trabajo (art. 35 CE), podría ser uno de ellos.

Desde estas líneas, coincidimos con el Tribunal Constitucional en que los extranjeros no gozan, *ex constitutione*, de los derechos fundamentales a entrar o a trabajar en España, por ejemplo, pero no porque se trate de derechos que no están vinculados a la dignidad de la persona, sino porque son derechos que, ya desde el nacimiento del Estado Constitucional, a lo que están vinculados realmente es a la soberanía territorial del Estado, y es precisamente el Estado el que libremente, a través de la ley o del tratado, decide su extensión a los extranjeros, o a un determinado grupo de extranjeros, y decide, también, las con-

diciones que han de cumplir dichas personas para poder ejercerlos. Si se me permite, un inmigrante africano, sin medios económicos y «sin papeles», que arriesga su vida atravesando el estrecho de Gibraltar en una patera, seguramente considera que atenta más a su dignidad, el que se le prohíba entrar y buscar trabajo en España, que el que se le prohíba expresarse libremente, o reunirse.

Una tercera interpretación, que no es decisión de la mayoría del Tribunal Constitucional, sino de un importante voto particular a la STC 115/1987, podría formularse de la siguiente manera: el régimen jurídico de los extranjeros en materia de derechos fundamentales viene definido en el art. 13 CE, pero es necesario interpretar de forma restrictiva la expresión «libertades públicas» utilizada en su primer apartado. Así, los extranjeros gozarán, *ex constitutione*, de los derechos fundamentales recogidos a lo largo del Título primero —con las salvedades previstas en el art.13.2 CE—, pero no de las *libertades públicas*, que para los extranjeros «no tienen otro contenido que aquel que establezcan los tratados y la ley». Sin embargo, esta interpretación plantea algunas dificultades.

La primera es la propia equivocidad del concepto de *libertades públicas*, carente de tradición en nuestro derecho y en todos los ordenamientos europeos, salvo en el francés, y creo que no se puede asumir en España el concepto tradicional francés —que equivaldría a la plena disponibilidad para el legislador de las libertades públicas—, pues ello entra en abierta contradicción con lo dispuesto en el art. 53.1 CE. En segundo lugar, es difícil extraer de la Constitución un concepto riguroso e inequívoco de *libertades públicas* sino que, muy al contrario, se utiliza de modo impreciso, como circunstancial sinónimo de *derechos fundamentales* (27). En tercer lugar, y sobre todo, porque aun cuando aceptásemos un concepto científicamente asumible de libertades públicas, es decir, derechos fundamentales de libertad que más allá de la tutela de meros intereses individuales se proyectan en el ámbito de lo público, y contribuyen a la formación de un proceso político libre, el resultado sería que derechos como la libertad de expresión, las libertades informativas, las libertades de reunión y asociación, les serían negadas, *ex constitutione*, a los extranjeros, que sólo podrían acceder a ellas cuando así lo dispusieran el legislador o los tratados. Tal vaciamiento de los derechos fundamentales de los extranjeros creo que es inconciliable con una interpretación sistemática de la Constitución.

De lo que no cabe duda, es que nuestro texto constitucional no es precisamente un modelo de rigor dogmático en la utilización del lenguaje jurídico, so-

---

(27) De hecho, en los debates constituyentes se decidió encabezar con el único título de *Las libertades públicas*, el Capítulo segundo del Proyecto de Constitución, del que formaban parte todos los derechos fundamentales que actualmente están recogidos en los arts. 14 a 30 de la Constitución.

bre todo en materia de derechos fundamentales. Expresiones como «derechos fundamentales», «libertades públicas», «derechos y deberes de los ciudadanos»; o términos como «españoles» o «ciudadanos», se utilizan de forma confusa, seguramente sin criterio dogmático y sin intencionalidad definida.

Superar esta confusa utilización de vocablos nos obliga a situarnos en lo que, a mi juicio, constituye una adecuada teoría de la interpretación. Esto es, que el tenor literal de los preceptos es un buen punto de partida en el proceso hermenéutico, entre otras, por razones de seguridad jurídica, pero sin perder de vista que hay que situar siempre la interpretación literal en el contexto de la interpretación sistemática y teleológica, lo que impide aceptar la literalidad cuando vaya en contra de valores o principios esenciales del ordenamiento. En cualquier caso, la interpretación que intentamos abordar, según creo, no puede hacerse desde fuera, desde el prejuicio, o la precomprensión dogmática, sino que es en nuestra Norma Suprema donde debemos encontrar todos los elementos para llegar a una respuesta jurídicamente fundada.

En este sentido, el art. 13 CE está situado dentro del Título primero relativo a «los derechos y deberes fundamentales» y en el seno de un Capítulo que precede a la declaración de derechos fundamentales propiamente dicha, pero en el que se fijan algunas de las condiciones para la titularidad y el ejercicio de los mismos. Esta privilegiada ubicación sistemática parece dotar de significado al precepto que examinamos, pero para conocer su sentido último resulta imprescindible analizar cada uno de los preceptos del Título primero dedicados al reconocimiento de derechos fundamentales —a los que el propio art. 13.1 CE se remite expresamente—, muchos de los cuales equiparan, al menos en su tenor literal, a los españoles y a los extranjeros en el disfrute de los mismos.

Así, y sin ánimo exhaustivo, dos derechos de máxima importancia se extienden a *todas las personas*: el derecho a la libertad y seguridad recogido en el art. 17 CE y el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado por el art. 24 CE. Se reconoce el derecho a la vida y a la integridad física y moral de *todos* en el art. 15 CE, y *todos* tendrán derecho a la educación (art. 27.1 CE), y a sindicarse libremente (art. 28.1 CE). De forma inversa, se establece que *nadie* podrá ser privado de un determinado derecho, como ocurre con lo preceptuado en los artículos 16.2 CE: «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencia», y 25.1 CE: «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa» (28).

---

(28) En el mismo sentido, el art. 17.1 CE, en su segunda frase, dispone que «nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley».

También se utilizan fórmulas impersonales como las recogidas en los artículos 16.1 y 18 CE, entre otros, que vienen a poner de manifiesto el amplio abanico de titulares a los que la Constitución parece reconocer estos derechos. Así, el art. 16.1 CE reza: «se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades...»; el art. 18 CE establece que «se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen». Lo mismo podemos decir de los derechos a la libertad de expresión e información recogidos en el art. 20 CE y de los derechos de reunión: «se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas» (art. 21.1 CE), y asociación: «se reconoce el derecho de asociación» (art. 22.1 CE). Idéntica fórmula se utiliza para consagrar la libertad de enseñanza (art. 27.1, frase 2.ª, y 27.6), el derecho a la propiedad privada y a la herencia (art. 33.1), el derecho de fundación (art. 34.1) y la libertad de empresa (art. 38).

En otras ocasiones la Constitución designa como titulares de derechos a «los ciudadanos», como ocurre con la limitación del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos (art. 18.4 CE), con el derecho a participar en los asuntos públicos, y a acceder a los cargos y funciones públicas (arts. 23.1 y 23.2 CE), o con el derecho a la Seguridad Social (art. 41 CE). Es discutible, sin embargo, que en todos los casos el término *ciudadano* tenga un sentido restrictivo, pues también el art. 53.2 CE utiliza este vocablo para referirse a los sujetos que podrán recabar la tutela de determinados derechos fundamentales a través de los recursos de amparo ordinario y amparo constitucional, y hoy nadie discute que los extranjeros pueden interponer, sin ningún problema, ambos recursos (29).

Por último, nuestra norma Fundamental refiere exclusivamente a «los españoles» algunos derechos. Tal es el caso del derecho a la igualdad (art. 14 CE), la libertad de circulación —interna y externa— y de residencia (art. 19 CE), el derecho de petición (art. 29.1 CE), el derecho y el deber de defender a España (art. 30.1 CE), o el derecho y el deber de trabajar (art. 35.1).

---

(29) El término ciudadano puede ser utilizado de forma no rigurosa, ni técnica, como sinónimo de individuo o de persona, es el caso del art. 53.2 CE. Hay una segunda acepción, en la que se identificaría al ciudadano con el nacional, excluyendo al extranjero. Y una tercera acepción, mucho más estricta y rigurosa, en la que ciudadano es el miembro activo de la comunidad política, lo que requiere: ser nacional; ser mayor de edad; y no haber sido privado —por sentencia firme— del pleno disfrute de los derechos civiles y políticos. Este último es el sentido con el que se utiliza el término en el art. 23 CE, pero no deducimos tal significado del tenor literal del precepto, sino que se desprende de una interpretación sistemática y teleológica de la Constitución. En relación con el concepto de ciudadano cfr.: A. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR: «Causas de inelegibilidad e incompatibilidad y control judicial de las actas electorales», *Comentarios a las Leyes Políticas*, obra colectiva dirigida por O. ALZAGA, Edersa, 1989, págs. 241 y sigs.



Ahora bien, ni siquiera en el caso de los últimos preceptos mencionados la extensión de la titularidad en favor de los extranjeros queda totalmente descartada, ya que el art. 13.2 CE deslegitima todo intento de interpretar literalmente los artículos que atribuyen solamente a los españoles la titularidad de algunos derechos, pues si así fuera, no hubiera sido necesario incluir expresamente la prohibición de extender a los extranjeros la titularidad de los derechos políticos recogidos en el art. 23 CE.

Junto a los preceptos apuntados, no es posible un análisis sistemático del Título primero de la Constitución sin tener en cuenta el art. 10.2 CE, que hace de los textos internacionales ratificados por España «instrumentos valiosos para configurar el sentido y alcance de los derechos» (STC 38/1981, FJ. 4.º). En efecto, el texto constitucional va a ordenar que toda interpretación de los derechos y libertades que consagra sea conforme con la Declaración Universal de Derechos Humanos, y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, lo que va a tener una gran relevancia para los extranjeros, pues la normativa internacional de derechos humanos ha superado, ya hace décadas, la clásica distinción nacional-extranjero, proclamando la existencia de un conjunto de derechos cuya titularidad se predica de todo ser humano, creando lo que se ha venido a calificar como *standard* mínimo internacional de derechos (30).

Mucho queda por matizar en relación con el valor exegético que el art. 10.2 CE otorga a los tratados internacionales, pero de todo lo dicho se puede concluir que no basta la formulación terminológica de la Constitución, es decir, que ésta hable de «españoles», de «ciudadanos», de «todos», o que utilice términos impersonales como «se reconoce», para deducir de dichos términos la delimitación subjetiva del derecho, sino que tal formulación literal habrá de interpretarse atendiendo a criterios sistemáticos y teleológicos, esto es, habrá de confrontarse con los requerimientos de los valores y principios constitucionales y con los contenidos de los tratados internacionales relativos a derechos humanos. De este modo, aunque la Constitución en una regla concreta se refiera a los españoles, sólo autoriza a aceptar su literalidad en la determinación de los sujetos del derecho cuando ello no colisione frontalmente con los valores constitucionales, o no se encuentre manifiestamente contradicho por las declaraciones de derechos contenidas en los tratados internacionales suscritos por España, que son una fuente de interpretación de

---

(30) El profesor RUBIO LLORENTE llega aún más lejos y considera que «son los tratados y no el texto constitucional los que definen el contenido mínimo de los derechos fundamentales de los extranjeros». Cfr. el excelente trabajo: «Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España», *op. cit.*, núm. 75, septiembre de 1997, pág. 8.

primera magnitud, frente a la que no cabe oponer el simple argumento de la literalidad.

Con todo lo expuesto, creo que tenemos suficientes datos como para intentar delimitar el conjunto de derechos fundamentales que la Constitución reconoce a favor de los extranjeros, a partir de una interpretación sistemática que tenga en cuenta los siguientes elementos:

En primer lugar, todos y cada uno de los preceptos constitucionales reconocedores de derechos fundamentales.

En segundo término, el contenido del art. 10.1 CE, que sitúa a la «persona», no al «español», como fundamento del orden político y de la paz social.

En tercer lugar, la importantísima cláusula interpretativa del art. 10.2 CE, que hace de los tratados internacionales relativos a derechos humanos ratificados por España, instrumentos imprescindibles para determinar el alcance y contenido de los distintos derechos fundamentales.

Y por último, el contenido del art. 13 CE, singularmente de sus apartados 1.º y 2.º —puesto que el 3.º y el 4.º afectan al régimen jurídico de los extranjeros pero no a sus derechos fundamentales—.

A partir de estas premisas, creo que se puede deducir del Título primero de la Constitución un conjunto de derechos que lo son de la persona, con independencia de su nacionalidad, pues la titularidad subjetiva de los derechos fundamentales se extrae de cada uno de los preceptos constitucionales que los consagran, debidamente interpretados atendiendo no tanto a su tenor literal, aunque éste diste de ser irrelevante, como al conjunto de los valores constitucionales y a los contenidos de los tratados internacionales relativos a los derechos humanos, tal y como exige el art. 10.2 CE.

De manera que la fuente de los derechos fundamentales está para los extranjeros, igual que para los españoles, no en el art. 13.1 CE, sino en el Capítulo II, del Título I. Así, podemos distinguir los siguientes grupos de derechos:

A) *Derechos que la Constitución reconoce a todas las personas, independientemente de su nacionalidad y de su situación legal:*

1. El derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE), reconocido también en favor de *todos* en los arts. 3 y 4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), en los arts. 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en los arts. 2 y 3 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH).

2. La libertad ideológica y religiosa (art. 16 CE). Libertades que también se extienden a *toda persona* en el art. 18 DUDH, en el art. 18 PIDCP, y en el art. 9 CEDH.

3. El derecho a la libertad y a la seguridad personal, en los términos previstos en el art. 17 CE, que son similares a los que se utilizan en los artículos 9 DUDH, 9 PIDCP, y 5 CEDH.

4. Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, así como los derechos a la inviolabilidad de domicilio y al secreto de las comunicaciones, que se garantizan en el art. 18 CE, y que son extendidos también a *todos* en los arts. 12 DUDH, 17 PIDCP, y 8 CEDH.

5. La libertad de expresión y el derecho a transmitir y recibir información veraz (art. 20 CE), que también se reconoce a *toda persona* en los arts. 19 DUDH, 19 PIDCP, y 10 CEDH.

6. Los derechos de reunión y manifestación (art. 21 CE) y el derecho de asociación (art. 22 CE), que se atribuyen a *toda persona* en el art. 20 DUDH, y en los arts. 21 y 22 PIDCP, y 11 CEDH.

7. La tutela judicial efectiva de los tribunales, así como el resto de los derechos procesales recogidos en el art. 24 CE; y en los artículos 8 DUDH, 14 PIDCP, y 6 CEDH.

8. El derecho a la educación (art. 27 CE). También en el art. 26 DUDH se atribuyen a «toda persona». Sin embargo este derecho no aparece recogido ni en el PIDCP, ni en el CEDH, seguramente por su fuerte contenido prestacional, por lo que se regula en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC), cuyo artículo 13 reza: «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación».

9. El derecho de propiedad (art. 33 CE y 17 DUDH).

*B) Derechos fundamentales que la Constitución reconoce a los españoles y a los extranjeros que se hallen legalmente en España:*

1. Los derechos a residir y a circular libremente por el territorio español (art. 19 CE) siempre que, insistimos, el extranjero haya entrado legalmente y mantenga su situación de legalidad. Así se desprende de una interpretación del precepto constitucional citado, a la luz de lo dispuesto en los artículos 12 PIDCP «Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia», y 13 DUDH. Por su parte, el Protocolo cuarto del Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativo a ciertos derechos y libertades no incluidos en el Convenio (31), recoge en su art. 2.1 que: «Toda persona que se encuentre en situación regular en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente en él y a escoger libremente su residencia».

---

(31) Firmado por España el 23 de febrero de 1978.

2. El derecho de huelga y de libertad sindical, esto es, el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección (art. 28 CE). Para ejercitar estos derechos, lógicamente, el extranjero deberá tener la condición de trabajador, por lo que no sólo deberá encontrarse legalmente en España, sino que habrá de tener una situación laboral también conforme a la ley, pero este último requisito es exigible a todos los titulares del derecho, también a los españoles, pues no estamos ante un derecho fundamental de la persona, sino del trabajador. En el mismo sentido los arts. 23.4 DUDH, y el art. 8 PIDESC.

4. El derecho a contraer matrimonio (art. 32 CE), regulado en similares términos por el art. 16 DUDH, 23 PIDCP, y 12 CEDH.

C) *Derechos fundamentales que la Constitución reconoce a los españoles y prohíbe a los extranjeros.*

1. Los extranjeros nunca podrán gozar de los derechos recogidos en el art. 23 CE, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales (art. 13.2 CE). La Constitución es taxativa en este punto y, por tanto, no podría ratificarse un tratado que extendiera tales derechos a los extranjeros salvo que se reformara previamente la Constitución. Por ello, el art. 21 DUDH reconoce a toda persona «el derecho a participar en el gobierno de su país (...)», así como el «derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país»; el art. 25 PIDCP se refiere a los «ciudadanos» como únicos titulares del derecho a participar en los asuntos públicos y en las elecciones periódicas del propio país. El CEDH no dedica ninguno de sus preceptos a estos derechos.

D) *Derechos fundamentales que la Constitución, en principio, sólo reconoce a los españoles, pero que tras la mediación de la ley o el tratado y en los términos que los mismos determinen, pueden extenderse a los extranjeros.*

El ejemplo más significativo de los derechos de este grupo lo constituye el derecho a entrar en España. Junto a él, el derecho al trabajo —en su dimensión inicial de libertad de acceso a un puesto de trabajo en nuestro país—, la libertad de empresa o la libertad de profesión y oficio, entre otros.

Precisamente en relación con este último grupo de derechos podemos encontrar un sentido al art. 13.1 CE, pues dicho precepto vendría a constituir una habilitación al Estado para, mediante el tratado y la ley, y desde una plena libertad de configuración, extender a los extranjeros derechos que la Constitución no les reconoce expresamente, pero que tampoco les niega. De suerte que un derecho fundamental inicialmente no reconocido para los extranjeros se convierte, tras la mediación de la ley o del tratado, y en los términos que ellos establezcan, en derecho de los no nacionales. Estos derechos van a contar con

la eficacia y la tutela propia de los derechos fundamentales pero, al ser disponibles para el legislador, no pueden llamarse propiamente fundamentales.

El derecho a entrar en España de los ciudadanos comunitarios es un claro ejemplo de lo que estamos exponiendo. Se trata de un derecho que cuenta con todas las garantías constitucionales pues, en nuestra opinión, nada impediría a un ciudadano comunitario recurrir en amparo una hipotética violación del mismo que, sin embargo, no nace *ex art.* 19 CE —pues tal precepto, debidamente interpretado a la luz del art. 10.2 CE, sólo reconoce el derecho de entrada a los ciudadanos españoles—, sino del Tratado de la Unión Europea, en conexión con el art. 13.1 CE. Lo mismo ocurre con el derecho al trabajo cuando un tratado internacional bilateral, por ejemplo, exime de la obligación de proveerse de permiso de trabajo a los ciudadanos de un determinado país para realizar en España cualquier actividad laboral o profesional. Estos extranjeros van a gozar, en virtud del tratado, de plena libertad para acceder a un puesto de trabajo en igualdad de condiciones que los españoles y caso de que este derecho les sea vulnerado (exigiéndoles una autorización administrativa), podrán recabar su tutela mediante un recurso de amparo ordinario y, en su caso, a través del recurso de amparo constitucional, invocando la violación del derecho a la igualdad.

A partir de aquí, creo que se cuenta con suficientes elementos de juicio como para poner en duda la constitucionalidad de algunos preceptos legales que actualmente regulan el ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros (32).

## II. LA DUDOSA CONSTITUCIONALIDAD DE ALGUNOS PRECEPTOS DE LA LO 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

No se pretende desde estas líneas hacer un análisis pormenorizado de la actual Ley de extranjería, sino cuestionar, al hilo de lo argumentado más arriba, la constitucionalidad de alguno de sus preceptos, pues aunque es razonable que la Ley de reforma procure establecer un régimen de situaciones «que incentiven a los extranjeros a entrar y residir en nuestro país dentro del marco de la regularidad, frente a la entrada y estancia irregular» (33), lo cierto es que para promover dicha «legalidad» no se puede privar a los extranjeros «ilegales» de

(32) Hemos dejado al margen de la clasificación anterior al derecho de igualdad, pues carece de autonomía y sólo cobra sentido en el ejercicio de una relación jurídica previa, esto es, en el ejercicio de otros derechos.

(33) Así lo manifiesta el punto V de la exposición de motivos.

derechos que les corresponden constitucionalmente y que no dependen de su situación administrativa, sino de su condición de persona.

Resulta contradictorio, por otra parte, que el legislador manifieste en el punto IV de dicha exposición de motivos, que con la reforma se pretende reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades, pues lo cierto es que se reduce notablemente el conjunto de derechos que reconocía la Ley modificada. Algunos, derechos de origen legal, cuyo otorgamiento o retirada va a depender de la libre decisión del legislador; otorgamiento o retirada, por tanto, que puede criticarse con argumentos de carácter político, social, humanitario o económico, pero no de naturaleza constitucional. Otros, sin embargo, son derechos que la Constitución reconoce a todas las personas y sobre este punto ya no cabe ningún tipo de argumentación, sino que estamos ante supuestos de inconstitucionalidad. Sobre unos y otros hablaremos a continuación.

Comencemos, por ejemplo, con el derecho a la igualdad. Mientras la Ley 4/2000, de 11 de enero, recogía antes de la reforma, en su art. 3.1, que «los extranjeros gozarán en España en igualdad de condiciones que los españoles de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley Orgánica», la reforma operada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, suprime la frase «en igualdad de condiciones que los españoles» e introduce algún elemento nuevo en la redacción del precepto, que queda como sigue: «Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles».

De manera que la reforma se limita a reproducir lo previsto en el art. 13.1 CE y a introducir un criterio interpretativo general en el último párrafo, que produce cierta perplejidad, pues la Ley desarrolla derechos que, en su mayoría, el extranjero va a ejercitar de forma distinta a los españoles, así ocurre con el derecho a asociarse, a reunirse, con el derecho al trabajo, a entrar, a salir, y a residir en España, entre otros.

En cualquier caso, tampoco creemos que el art. 3.1 de la Ley 4/2000 fuera muy útil antes de la reforma, pues lo cierto es que, independientemente de que la Ley así lo disponga, los extranjeros no gozan en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de todos los derechos y libertades recogidos en el Título I de la Constitución. No podemos olvidar que el derecho a la igualdad se ejerce siempre en el contexto de una relación jurídica sustantiva, es decir, en el ejercicio de derechos concretos, por lo que, como se dijo anteriormente, habrá que acudir a cada uno de los preceptos del Título primero de la Constitución

que regulan derechos fundamentales para extraer el conjunto de derechos que los extranjeros gozarán en igualdad de condiciones que los españoles, así como los que no podrán extenderse nunca a los extranjeros, y los que podrán regularse de forma distinta para españoles y extranjeros (34).

En este sentido, y bajando ya al análisis de alguno de los derechos fundamentales desarrollados por la Ley de extranjería vigente, creo que las libertades de reunión y asociación se reconocen *ex constitutione* a todas las personas y, por tanto, lo lógico es que el legislador no establezca distinciones entre españoles y extranjeros a la hora de desarrollar su ejercicio (35), tal y como hacía la Ley 4/2000 antes de la reforma, que extendía estos derechos a «los extranjeros» sin hacer ninguna referencia a la situación legal o administrativa de los mismos. Sin embargo, la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, dispone en los artículos 7 y 8, que los extranjeros sólo podrán ejercer estos derechos cuando tengan autorización de estancia o residencia en España.

Como ya se expuso más arriba, los derechos de reunión y asociación se reconocen en los artículos 21 y 22 de la Constitución, respectivamente, a favor de todas las personas, y una interpretación de estos preceptos constitucionales de acuerdo con los tratados internacionales relativos a derechos humanos, tal y como prescribe el art. 10.2 CE, no deja mucho margen de duda al respecto (36).

---

(34) En relación con el derecho a la igualdad, destaca el Capítulo cuarto de la Ley, denominado «De las medidas antidiscriminatorias», donde se describen una serie de conductas a las que se califica de actos discriminatorios cuya comisión es calificada como infracción muy grave en el art. 54. En realidad, en estos dos preceptos (los arts. 23 y 24, tras la reforma operada por la LO 8/2000), se concreta el mandato de no discriminación del segundo párrafo del art. 14 CE.

(35) Salvo que el legislador pudiera fundamentar de forma objetiva y razonable dicha diferenciación. Como es sabido, la aplicación del principio de igualdad ha llevado a todas las jurisdicciones constitucionales a acuñar fórmulas (*reasonableness*, *Angemessenheit*, *ragionevolezza*, razonabilidad) que remiten, fuera de la Constitución, a un juicio de la razón práctica, la decisión sobre la validez de las diferencias establecidas por el legislador. Cfr.: F. RUBIO LLORENTE: «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción.», *La Forma del Poder*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pág. 659. Así, «suficiente y razonable» ha de ser el cambio de criterio del órgano jurisdiccional al apartarse de sus resoluciones precedentes, y «objetiva y razonable» ha de ser la desigualdad que, en su caso, introduzca el legislador. Esto es, en definitiva, la igualdad jurídica: un criterio «racional» para poder determinar qué desigualdades son tolerables y bajo qué circunstancias. Véase también: J. M. BILBAO UBILLOS y F. REY MARTÍNEZ: «Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional», *La Constitución y la práctica del Derecho*, Aranzadi Editorial y BCH, tomo I, Madrid, 1998.

(36) Concretamente el art. 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, recoge «Toda persona tienen derecho a la libertad de reunión y asociación pacíficas». En el mismo sentido se manifiesta el art. 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, que fija en su art. 11: «toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de aso-

Es más, la STC 115/1987, de 7 de julio, citada en la exposición de motivos de la propia LO 8/2000, de 22 de diciembre, como un pronunciamiento jurisprudencial a tener en cuenta a la hora de regular los derechos fundamentales de los extranjeros, declaró inconstitucional el párrafo del art. 7 de la, ya antigua, Ley orgánica de extranjería 7/1985, de 1 de julio, en el que se exigía la necesidad de previa autorización administrativa para que los extranjeros pudieran promover la celebración de reuniones públicas en locales cerrados o en lugares de tránsito público, así como manifestaciones, pues tal requisito, en opinión del Tribunal, desnaturalizaba el contenido del art. 21.1 CE, que reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas «*sin ninguna referencia a la nacionalidad del que ejerce este derecho, a diferencia de otros artículos contenidos en el Título I, donde se menciona expresamente a los españoles, y a diferencia también de otras Constituciones comparadas donde este derecho se reserva a los ciudadanos*» (FJ. 3.º). El Tribunal no varía su argumentación cuando declara inconstitucional el segundo apartado del art. 8 de la citada LO 7/1985, que atribuía al Consejo de Ministros la posibilidad de suspender las actividades de las asociaciones promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros, cuando se dieran una serie de circunstancias. En opinión del Alto tribunal, no cabe duda que dicho apartado «*establece una intervención administrativa que resulta totalmente incompatible con la garantía al derecho de asociación reconocida en el art. 22.4 de la Constitución también para los extranjeros*» (FJ. 3.º), pues el art. 22.4 CE dispone que las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada (37).

Evidentemente, si el ejercicio de cualquiera de estos derechos por parte de un extranjero supusiera una alteración del orden público, con peligro para personas o bienes, para la seguridad nacional, etc., la propia Ley reguladora de estos derechos limitaría dicho ejercicio (38), como también lo haría si quien pusiera en peligro dichos valores fuera un español, pero: ¿por qué un científico extranjero que no resida en España no puede formar parte de una asociación científica española?, ¿por qué un trabajador extranjero al que se le ha denegado una prórroga de estancia, y que está en espera de que se resuelva un recurso contra tal

---

ciación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses»; y los artículos 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, que atribuyen «a toda persona» el derecho de reunión pacífica y el derecho a asociarse libremente.

(37) En esta sentencia se habla de «extranjeros» sin hacer ninguna referencia a la situación legal de los mismos.

(38) Nos referimos a la LO 9/1993, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión (BOE núm. 170, de 18 de julio), y a la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de asociaciones (BOE núm. 31, de 28 de diciembre).



denegación, no puede reunirse?, ¿por qué unos padres extranjeros y sin permiso de residencia pueden escolarizar a sus hijos menores de edad y, sin embargo, no pueden formar parte de la asociación de padres de dicho centro escolar?

En definitiva, creo que no puede negarse el ejercicio de los derechos fundamentales de reunión y asociación a todo un colectivo de personas en base a una situación de carácter administrativo, pues estamos ante derechos directamente relacionados con el pleno desarrollo de la personalidad que es «fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10.1 CE). Es más, negar estos derechos es, en cierto modo, equivalente a negar los derechos a la libertad de expresión, a la libre exteriorización del pensamiento, pues la doctrina del Tribunal Constitucional ha configurado el derecho de reunión como «una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria» (STC 85/1988, FJ. 2.º), y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado los derechos de reunión, manifestación y asociación a la luz del art. 10 del Convenio, donde se recoge el derecho a la libertad de expresión, que comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir y transmitir información (Caso Engels y otros vs. Países Bajo, STEDH de 8 de junio de 1976) (39).

Cosa bien distinta es que para promover y convocar reuniones el extranjero deba obtener autorización de estancia o residencia, pues el art. 4 de la LO 9/1993, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, recoge que «las reuniones sometidas a la presente Ley, sólo podrán ser promovidas o convocadas por personas que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles», exigencia que, lógicamente, se extiende tanto a españoles como a extranjeros.

Insistimos, por tanto, en que todos los extranjeros, también los que desde un punto de vista administrativo se encuentran en una situación «irregular» porque no gozan de un permiso de estancia o de residencia en nuestro país, son titulares de aquellos derechos fundamentales que la Constitución reconoce a todas las personas. Estos extranjeros «sin papeles» pueden, sin duda, ser expulsados, pues como se expondrá más adelante la estancia y libre circulación por el interior del país es un derecho cuyo ejercicio está vinculado al cumplimiento de una serie de requisitos legales, pero esto no quiere decir que mientras se encuentren en territorio español pueda privárseles de determinados derechos fundamentales (40).

---

(39) Véanse también las SSTEDH de 13 de agosto de 1971 (Caso Young, James y Webster vs. Reino Unido); de 26 de septiembre de 1995 (Caso Vogt vs. RFA), y de 30 de enero de 1998 (caso Partido Comunista Unificado de Turquía vs. Turquía).

(40) No obstante, autores de la talla intelectual del profesor Dr. M. ARAGÓN REYES, manifiestan serias y fundamentadas dudas respecto de la inconstitucionalidad de estos derechos. Cfr. el reciente e imprescindible trabajo: «¿Es constitucional la nueva Ley de extranjería?», *Claves de la razón práctica*, núm. 112, año 2001.

Por ello, cuando la LO 4/2000, de 11 de enero, reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, recoge en el art. 20.1 el derecho a la tutela judicial efectiva de todos los extranjeros, no hace más que reiterar lo que ya se desprende directamente del art. 24.1 CE (41). Otro tanto de lo mismo hay que decir en relación con el segundo apartado de dicho artículo, relativo a las garantías consustanciales al procedimiento administrativo (publicidad, contradicción, audiencia,...), y con el art. 21, relativo al régimen de recursos contra actos y resoluciones administrativas, pues como es natural, sólo cabe afirmar que los extranjeros están sometidos al mismo régimen legal que los españoles en lo que a garantías procedimentales en el orden administrativo se refiere, pues no sería lógico reconocer, por un lado, que los extranjeros gozan del derecho a la tutela judicial efectiva (*ex art. 24 CE*), y por otro, negarles derechos de menor trascendencia como son los que juegan en el ámbito administrativo.

Sin embargo, y en relación con este derecho, encontramos un punto especialmente criticable en el art. 27.4 (tras la reforma llevada a cabo por la LO 8/2000), del que se desprende que salvo supuestos tasados (42), no es necesario motivar la denegación de visado. Sorprende que siendo la regla general el deber de la Administración de motivar todos los actos de ella emanados (43), deber que conecta con el principio de sumisión de todos los actos administrativos al control jurisdiccional (art. 106.1 CE), y con el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), se la exonere de este requisito cuando se trate de resoluciones denegatorias de visado.

En primer lugar, no cabe duda que dicho precepto se encuentra en abierta contradicción con lo dispuesto en el art. 54.1 LRJAPyPAC, que exige la motivación «con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho», de «todos los actos administrativos que limiten derechos subjetivos e intereses legítimos» [art. 54.1.a)], así como «los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales» [art. 54.1.f)]. Pues si bien la mayoría de las veces el extranjero no es titular de un derecho subjetivo a la obtención de visado, no se puede negar que sí tiene un interés legítimo en que dicho visado le sea concedido, causa que tal y como se ha señalado, es suficiente para exigir *ex lege* la motivación de su dene-

---

(41) Así lo ha declarado nuestro Tribunal Constitucional en múltiples ocasiones. Véanse por todas las SSTC 107/1984, 115/1987, 99/1985, 116/1987 y 91/00.

(42) Concretamente cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena, o cuando la denegación se deba a que el solicitante está incluido en la lista de personas no admisibles prevista en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

(43) Cosa que se desprende del art. 54.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPyPAC), *BOE* núm. 285, de 27 de noviembre. Véase en este sentido: E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de derecho administrativo*, V. I., Civitas, Madrid, 1997, pág. 556.

gación. Pero si este argumento no fuera suficiente, la Ley 30/1992, exige la motivación de todo acto discrecional, calificativo que puede extenderse a la mayoría de los actos administrativos que resuelven las solicitudes de visado (44).

Pero además, aunque no sea posible afirmar la dimensión constitucional del deber de motivación en el caso que nos ocupa, pues el Tribunal Constitucional ha manifestado que dicha dimensión sólo es predicable de aquellos actos administrativos que limiten o restrinjan el ejercicio de derechos fundamentales o impongan sanciones (45), y la denegación de un visado, en principio, no viola ningún derecho fundamental, sí podríamos aducir que la falta de motivación dificulta al interesado la posibilidad de recurrir dicho acto administrativo (46). Resulta conveniente recordar la postura del Tribunal Supremo al respecto, producto ya de una consolidada jurisprudencia que viene a destacar que la motivación en el orden administrativo tendría como finalidad primordial evitar la indefensión del interesado, concepto este último que como este Tribunal subraya «*es necesario interpretarlo en el amplio sentido de limitar en lo posible la perplejidad de aquéllos (los interesados) ante decisiones administrativas cuyos fundamentos les resulten incomprensibles, por no hacerse explícitos y que por eso se vean obligados a acudir a ciegas a su impugnación*» (47); posibilitando a su vez, que los órganos jurisdiccionales conozcan «*los datos fácticos y normativos que les permitan resolver la impugnación judicial del acto, en el juicio de su facultad de revisión y control de la actividad administrativa, sancionada en el art. 106 de nuestra Constitución*» (48); siendo, además, clave «*para el logro de la seguridad jurídica que debe imperar tanto «a priori» como «a posteriori», en las relaciones entre la Administración y los administrados*» (49). Semejantes fines vienen a reforzar la crítica de tal omisión.

---

(44) Para GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, pág. 445, el ejercicio de potestades discrecionales de la Administración en contraposición a las denominadas potestades regladas comporta «la inclusión en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia Administración con la que completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular». Sobre esta cuestión puede también consultarse: M. M. FERNANDO PABLO: *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 209.

(45) Por todas STC 7/1998, de 13 de enero, FJ. 6.º

(46) Por ejemplo, si no existe motivación difícilmente los tribunales podrán constatar actuaciones administrativas discriminatorias, contrarias al art. 62 LRJAPyPAC, y al art. 23.2.e) de la LO 4/2000, reformada por la LO 8/2000, que prohíbe todo acto discriminatorio contra un ciudadano extranjero realizado por la autoridad, funcionario público o personal encargado de un servicio público en el ejercicio de sus funciones.

(47) SSTS de 27 de diciembre de 1999 (Ar. 9641), FJ. 4.º

(48) STS de 15 de diciembre de 1999 (Ar. 8994), FJ. 2.º

(49) *Ibidem*. Reproduciendo en su totalidad o parcialmente los fines citados véanse también las SSTS de 15 de julio de 1999 (Ar. 6190), FJ. 2.º; 25 de junio de 1999 (Ar. 4343), FJ. 2.º; 12 de

También en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, reviste interés la regulación que del derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros lleva a cabo la Ley de extranjería. La Ley reconoce este derecho (art. 22) a los extranjeros residentes —siempre que acrediten insuficiencia de recursos para litigar—, así como a todos los que se hallen en España cuando se trate de procedimientos administrativos o judiciales que puedan conllevar la denegación de su entrada, su devolución o expulsión del territorio español, o se trate de procedimientos en materia de asilo. En cualquier caso, todos tendrán derecho a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice. Se entiende, de acuerdo con la disposición derogatoria única de la vigente Ley de extranjería (50), que queda derogado el art. 2.e) de la LO 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, que extendía el derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuitas en el orden jurisdiccional penal, a todos los extranjeros que acreditasen insuficiencia de recursos para litigar, aun cuando no residiesen legalmente en territorio español.

Evidentemente, la no asignación de asistencia jurídica gratuita a los extranjeros no residentes y sin medios económicos, en el caso de procedimientos penales, civiles, laborales y contencioso-administrativos —salvo los casos anteriormente señalados, previstos en la Ley—, puede provocar una situación de indefensión que se contradice con lo dispuesto en el art. 24.2 CE donde se establece que «todos» tienen derecho a la defensa y a la asistencia letrada (51). Precepto que hay que poner en relación, por un lado, con el art. 119 CE que aunque en su primera parte afirma que «la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley», acota en su segunda parte la facultad de libre configuración del legislador cuando dispone que dicha gratuidad se reconocerá «en todo ca-

---

mayo de 1999 (Ar. 4220), FJ. 5.º; 11 de marzo de 1999 (Ar. 2633), FJ. 2.º; 19 de noviembre de 1998 (Ar. 9575), FJ. 4.º; y la jurisprudencia en ellas citada.

(50) En virtud de la cual se derogan todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a la Ley.

(51) Aún está pendiente de resolución el recurso de inconstitucionalidad presentado por el defensor del Pueblo en fecha 12 de abril de 1966 contra el inciso «que residan legalmente en España» del apartado a) del art. 2 de la Ley 1/96, de 10 de enero, de Asistencia jurídica Gratuita, por vulnerar el art. 24 CE al no respetar el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. El texto completo del precepto mencionado es el siguiente: «tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión europea y los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar»; como ya se ha señalado, en el apartado e) de este precepto se extendía este derecho a todos los extranjeros, pero sólo para el orden jurisdiccional penal.

so, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar»; y, por otro, con los tratados internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE, concretamente con el art. 10 de la declaración Universal de los Derechos humanos (52), con el art. 14.3.d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (53), y con el art. 6.3.c) del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (54).

En definitiva, no otorgar el derecho a la justicia gratuita a todos los extranjeros que se hallen en España y que carecen de recursos económicos, supone negarles el derecho a la defensa técnica durante el proceso (art. 24.2 CE), garantía inescindible del principio de contradicción y de igualdad procesal entre las partes, derechos cuya titularidad se extiende a todas las personas. De hecho, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 28/1981, de 23 de julio, declara que los principios de igualdad y contradicción pueden resultar vulnerados si, solicitando el nombramiento de abogado de oficio por quien carece de medios económicos, no se suspende el curso del proceso hasta que dicho nombramiento se realice; y en la STC 16/1994 considera que el derecho a la justicia gratuita tiene como finalidad inmediata «permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar» (55). Asimismo, la STC 37/1988, de 3 de marzo, recuerda que «... el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 13 de mayo de 1980 (caso Artico) declaró que el art. 6.3 del Convenio *consagra el derecho a defenderse de manera adecuada personalmente o a través de abogado, derecho reforzado por la obligación del Estado de proveer en ciertos casos de asistencia judicial gratuita (...), obligación que no se satisface por el simple nombramiento o designación de un abogado del turno de oficio (...) sino con una asistencia técni-*

---

(52) «Toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal».

(53) «Toda persona acusada de un delito tendrá derecho durante el proceso a hallarse presente en el proceso (...) y siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciera de medios suficientes para pagarlo».

(54) «Todo acusado tiene como mínimo los siguientes derechos (...) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan».

(55) El Tribunal Constitucional ha reiterado que dentro del derecho al acceso a los tribunales hay que incluir el derecho a la asistencia jurídica gratuita cuando exista insuficiencia de recursos para litigar, incluso cuando la asistencia letrada no sea obligatoria. Véase en este sentido, entre otras, las SSTC 236/1988 y 47/1987.

ca efectiva, ya que si se interpretara el texto del art. 6.3.c) de una manera restrictiva *la asistencia jurídica gratuita tendría el riesgo de revelarse como una palabra vacía en más de una ocasión*» (56). Además, poco sentido tiene que la Ley reconozca a todos los extranjeros el derecho a la asistencia de un intérprete, si no se establece paralelamente la asistencia jurídica gratuita de quienes no cuentan con medios económicos para ello.

Continuando con otros derechos fundamentales desarrollados por la actual Ley de extranjería, aunque los derechos de sindicación y huelga se reservan, tras la reforma, a los extranjeros que obtengan una autorización de estancia o residencia en España, creemos que no son trasladables las críticas que exponíamos respecto de esta misma exigencia a la hora de ejercer los derechos de asociación y reunión, pues la sindicación y la huelga son derechos propios del trabajador (57), y para que un ciudadano extranjero pueda trabajar

---

(56) Además del caso Artico (sentencia de 13 de marzo de 1980), tienen interés en este sentido las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos humanos de 9 de octubre de 1979 (caso Airei), y de 25 de abril de 1983 (caso Pakelli).

(57) Por un lado, el texto constitucional declara en su art. 28.2: «Se reconoce el derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. (...)», y los tratados internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE reconocen este derecho a todos los trabajadores, sin distinguir entre nacionales y extranjeros. De entre éstos cabe destacar el art. 8.d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que protege el derecho de huelga de todo trabajador, que se podrá ejercer de acuerdo con las leyes de cada país. Por otro lado, el Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, regula el derecho de huelga sin establecer ninguna distinción entre trabajadores españoles y extranjeros, distinción que tampoco hace en ningún momento el Tribunal Constitucional, que declara: «(...) la titularidad del derecho de huelga pertenece a los trabajadores, y a cada uno de ellos corresponde el derecho a sumarse o no a las huelgas declaradas, las facultades en que consiste el derecho de huelga, en cuanto acción colectiva y concertada, corresponde tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales», y añade más adelante: «hay que entender (...) que el derecho constitucionalmente protegido es el que se atribuye a las personas que prestan en favor de otros un trabajo retribuido ...» (STC 11/1981, de 8 de abril, FFJJ. 11 y 12), este pronunciamiento es el más extenso que sobre esta materia ha dictado el TC. También tienen interés, entre otras muchas, las SSTC 123/1992, de 28 de septiembre y 189/1993, de 14 de junio.

Por otro lado, además de lo previsto en los arts. 7 y 28 CE, la LO 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical (BOE núm. 188 y 189, de 7 y 8 de agosto), especifica en su art. 1.1: «todos los trabajadores tienen derecho a sindicarse libremente (...)», y aclara en el art. 1.2: «A los efectos de esta ley, se consideran trabajadores tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones públicas», precepto que, a su vez, se completa con lo previsto en el art.3.1: «No obstante lo dispuesto en el art. 1.2, los trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio, los trabajadores en paro y los que hayan cesado en su actividad laboral, como consecuencia de su incapacidad o jubilación, podrán afiliarse a las organizaciones sindicales constituidas con arreglo a lo expuesto en la presente Ley (...)».

en España ha de contar necesariamente con autorización de estancia o residencia.

Sin embargo, la Ley vigente omite el derecho de los trabajadores extranjeros a fundar sindicatos, derecho del que gozan, en mi opinión, como cualquier otro trabajador, pues el propio art. 28 CE especifica que la libertad sindical comprende tanto el derecho a fundar sindicatos, como el de afiliarse al de su elección (58). El Tribunal Constitucional ha declarado, en este sentido: «*El derecho de libre sindicación que consagra el art. 28 CE, que es un derecho que se concreta en la posibilidad de fundar organizaciones sindicales, es un derecho de afiliarse a los sindicatos ya creados y es, como este Tribunal ha reiterado, un derecho a llevar a cabo una libre acción sindical y, por consiguiente, el conjunto de actos que dentro de dicha expresión pueden encuadrarse*» (STC 51/1984, FJ. 3.º).

Además, la LO 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, declara en su art. 2, que la libertad sindical comprende, entre otras cosas «el derecho a fundar sindicatos sin autorización previa, así como el derecho a suspenderlos o a extinguirlos, por procedimientos democráticos», y extiende dicha libertad a todos los trabajadores (59), con excepción de los miembros de las Fuerzas Armadas, los Institutos Armados de carácter militar, y los Jueces, Magistrados y Fiscales, pero en ningún momento se excluye a los extranjeros. En cualquier caso, que la Ley de extranjería no reconozca expresamente a los trabajadores extranjeros el derecho a fundar sindicatos, no quiere decir que no gocen *ex constitutione*, de la titularidad de este derecho.

Tampoco se puede criticar, desde un punto de vista constitucional, la regulación que la Ley de extranjería hace del derecho a la educación, pues se asegura a todos los extranjeros menores de dieciocho años el derecho y el deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles (60). Y otro tanto de lo mismo podemos decir respecto de las exigencias que se establecen para que un ex-

---

(58) En este precepto se alude a determinados titulares que podrán ver limitado o exceptuado el ejercicio del derecho de sindicación —las Fuerzas o institutos armados, así como los funcionarios públicos— pero no se hace ninguna referencia a los extranjeros.

(59) A los efectos de la ley se consideran trabajadores tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral, como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones públicas (art. 1.2 LOLS).

(60) Derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas (art. 9, tras la reforma operada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre). Sin embargo, antes de la reforma, la Ley también reconocía a todos los extranjeros el derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles, tras la reforma este último derecho se reserva a los extranjeros residentes (art. 9.3).

trajero pueda ejercer el derecho al trabajo en España, pues si sólo los españoles son titulares del derecho al trabajo, en su dimensión inicial de libertad para acceder a un puesto de trabajo (61), el legislador es libre de establecer los requisitos que considere oportunos —como la necesidad de una autorización administrativa para trabajar, además del permiso de residencia o autorización de estancia— para que un extranjero pueda realizar actividades lucrativas por cuenta propia o ajena en nuestro país. Por lo mismo, el legislador puede fijar las excepciones al permiso de trabajo que considere oportunas, puede condicionar la concesión del permiso de trabajo a factores como la situación nacional de empleo, o podrá limitar el permiso de trabajo a un determinado territorio, sector o actividad (62).

(61) Que el art. 35 CE se refiera únicamente a los españoles cuando reconoce el derecho al trabajo no es determinante a la hora de fijar los titulares del derecho, pues resulta necesario, como venimos insistiendo, llevar a cabo una interpretación sistemática de todo el texto constitucional, y el art. 10.2 va a tener una relevancia especial. Así, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, no recoge en ningún momento el derecho al trabajo, como tampoco lo hacen los distintos Protocolos que amplían los derechos y libertades contenidos en el mismo. La Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, sí prevé, en su art. 23.1, el derecho de *toda persona* al trabajo y a la libre elección de su trabajo, pero del art. 22 del mismo Texto internacional se desprende que la satisfacción de los derechos sociales, y los de contenido económico, dependerá de la «organización y los recursos de cada Estado». El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, no se refiere a este derecho, algo que sí hace el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, en su art. 6, pero no olvidemos que en el art. 2.3 de este último Pacto se aclara que los distintos países «teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos».

Es de destacar también la importancia de los distintos Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), firmados y ratificados por España. Llama la atención que sólo los que se refieren a la igualdad entre los trabajadores españoles y extranjeros, una vez que el extranjero forma parte de una relación laboral, han sido firmados y ratificados por nuestro país: así, el Convenio núm. 97 de la OIT establece la igualdad de trato de los trabajadores extranjeros con respecto a una serie de materias que se enumeran en su art. 6, entre las cuales no se contempla el derecho de acceso al trabajo, y el Convenio núm. 143, relativo a las migraciones en condiciones abusivas y a la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores inmigrantes no ha sido ratificado por España, entre otras cosas, porque proclama una igualdad de trato en el acceso al trabajo con respecto a los nacionales. Todo ello no obsta para que, una vez que sean parte de una relación laboral, los extranjeros queden asimilados al trabajador nacional y gocen de todos los derechos fundamentales vinculados a la misma.

(62) Así, por ejemplo, mientras la Ley 4/2000, en su primera redacción, atribuía a todos los extranjeros el derecho a acceder como personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, tras la reforma operada por la Ley 8/2000, sólo los extranjeros residentes en España puedan acceder a tal derecho (art. 10.2).



Por las mismas razones, no encontramos argumentos de carácter jurídico para cuestionar la restricción de algunos derechos de carácter social que lleva a cabo la Ley de reforma, pues lo cierto es que no existe un derecho fundamental de los extranjeros a obtener ayudas estatales en materia de vivienda, por lo que el legislador es libre de reservar el derecho de acceso al sistema público de ayudas en materia de vivienda a los extranjeros residentes (nueva redacción del art. 13), mientras que previamente (antes de la reforma operada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre), había decidido extender este derecho a todo extranjero que se encontrase inscrito en el padrón del municipio en el que residiese habitualmente, y no olvidemos que el extranjero, para inscribirse en dicho registro no necesita encontrarse «legalmente» en España (63). Afortunadamente, la LO de reforma mantiene los derechos a la asistencia sanitaria (64), así como a la Seguridad Social de los extranjeros residentes en las mismas condiciones que los españoles.

Por último, el art. 19 CE extiende exclusivamente en favor de los espa-

---

(63) La Ley 4/1996, de 10 de enero, modificó la regulación anterior del padrón municipal (contenida en el art. 12 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen local, y en los artículos 12 y sigs. del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril). En palabras de IÑIGUEZ HERNÁNDEZ, la nueva Ley «cambió la calificación de su naturaleza jurídica, de documento público fehaciente a registro administrativo; eliminó la distinción entre vecino y domiciliado; y concretó su alcance, de manera que la inscripción tiene efecto de prueba de domicilio habitual en el municipio», (cfr.: *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, AA. VV., Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 97). En este sentido, hay que tener en cuenta el art. 18.2 de la nueva Ley del Padrón Municipal, así como la Resolución de 21 de julio de 1997, que publicó Instrucciones técnicas sobre actualización del padrón municipal, y donde se señala que el padrón refleja la separación entre las funciones que corresponden a los Ayuntamientos y las que corresponden al Ministerio del Interior en relación con la residencia en España de ciudadanos extranjeros, pues «el Ayuntamiento no interviene en la concesión de los permisos de residencia, ni es competente para controlarlos. Su obligación es reflejar en un registro, el padrón, el domicilio y las circunstancias de todas las personas que habitan en su término municipal. Y de la misma manera que no debe controlar a través del padrón la legalidad o ilegalidad de la ocupación de la vivienda, tampoco debe realizar ningún control sobre la legalidad o ilegalidad de la residencia en territorio español de ninguno de sus vecinos», de ahí que el art. 18.2 de la actual Ley del Padrón Municipal «determina que la inscripción padronal no es un acto administrativo idóneo para que de él se extraigan consecuencias jurídicas ajenas a su función», pues en el padrón lo que se pretende reflejar es el número de personas que ya viven en el municipio, independientemente de su situación legal.

(64) Los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, así como todos los menores de dieciocho años, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. Además, todos los extranjeros que se encuentren en España, independientemente de su situación legal, tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia. Las extranjeras embarazadas tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto (art. 12).

ñoles el derecho fundamental a entrar y a residir en España, y de una interpretación sistemática del texto constitucional no se deduce que los extranjeros sean titulares de este derecho (65), de manera que tanto la Constitución como los textos internacionales otorgan una gran libertad al legislador para establecer los requisitos que ha de cumplir el extranjero que quiera entrar y establecerse en España. De hecho, tras la reforma llevada a cabo por la LO 8/2000, se recrudescen, entre otros, los requisitos necesarios para que un extranjero en situación «irregular» pueda acceder a la residencia temporal, ya que en su primera redacción la LO 4/2000 sólo exigía acreditar una estancia ininterrumpida de dos años en territorio español, estar empadronado en un municipio y contar con medios económicos suficientes para atender a su subsistencia; mientras que la Ley de reforma, además de mantener el resto de los requisitos mencionados, amplía a cinco años el tiempo de estancia «irregular» necesario para poder acceder por esta vía a dicho permiso (66).

Cosa bien distinta es que el extranjero, una vez que ha atravesado legalmente las fronteras españolas, y mientras cuente con un permiso de estancia o residencia, es titular del derecho fundamental a circular libremente por el interior del país. Así se desprende de una correcta interpretación del art. 19 CE tal y como viene sosteniendo el Tribunal Supremo desde temprana jurisprudencia (67), y el tribunal Constitucional desde el año

---

(65) La Resolución de Naciones Unidas núm. 40/1444, de 13 de diciembre de 1985, sobre derechos humanos de los extranjeros, recoge en el art. 2.1 que su contenido no se podrá interpretar ni para legitimar la entrada o permanencia ilegales, ni para limitar la potestad normativa estatal en relación con la entrada, estancia o establecimiento de extranjeros. De hecho, no existe a nivel internacional ningún texto jurídico que regule el derecho de toda persona a entrar libremente en un Estado distinto al suyo.

(66) En cuanto a la reagrupación familiar, se suprimen dos supuestos previstos inicialmente en la LO 4/2000: «cualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias», aunque quizá este caso se puede reconducir a la nueva posibilidad que incorpora la LO 8/2000, de reforma, de conceder un permiso de residencia temporal cuando concurren razones humanitarias o circunstancias excepcionales (art. 31.3)—, y también desaparece el derecho de reagrupación de los familiares extranjeros de los españoles a los que no les fuera de aplicación la normativa sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión europea. Por lo demás, llama la atención el requisito previsto en el art. 18.2 (introducido por la LO 8/2000) según el cual sólo se podrá ejercer este derecho cuando el reagrupante haya residido un año en España y tenga autorización para residir al menos otro año.

(67) Tras la entrada en vigor de la Constitución, los primeros pronunciamientos de este Tribunal en relación con la posible violación de derechos fundamentales de extranjeros se centran precisamente en el art. 19 CE, y va a ser a partir de la STS de 25 de junio de 1980 (Ar. 3344), y

1993 (68). Por tanto, la Ley ha de ser muy cuidadosa a la hora de tipificar aquellas conductas que tengan aparejada como sanción la expulsión del territorio nacional, ya que en muchos casos —todos aquellos en que la causa de expulsión no sea la de encontrarse irregularmente en España—, se trata de extranjeros que han accedido a la titularidad de los derechos fundamentales a residir y circular libremente por el territorio español.

Hay que señalar, no obstante, que la LO 4/2000, tanto antes como después de la reforma operada por la LO 8/2000, no establece una diferencia nítida entre las figuras de la *expulsión* y la *devolución*. Así, tradicionalmente la expulsión se ha caracterizado por ser una medida coercitiva, que obliga al extranjero a abandonar el territorio nacional en cumplimiento de una decisión judicial o gubernativa, y que tiene aparejada una sanción adicional: la prohibición de volver a entrar en España en un plazo determinado (69). Lo que nos interesa señalar en estos momentos es que la figura de la expulsión siempre ha estado prevista para aquellos extranjeros que, habiendo entrado legalmente en España —y, por tanto, habiendo sido titulares de los derechos fundamentales a residir y a circular por el interior del territorio nacional—, pierden, por incurrir en alguno de los presupuestos de hecho legalmente tasados, la titularidad de los mismos. La *devolución*, por el contrario, tiene lugar cuando el extranjero ha entrado —o ha pretendido entrar— ilegalmente en nuestro país y no ha sido, en ningún momento, titular de los derechos recogidos en el art. 19 CE. Esta dife-

---

de la STS de 3 de julio de 1980 (Ar. 3404), cuando se perfila un criterio homogéneo tendente al reconocimiento, en favor de los extranjeros que hayan entrado legalmente en España, de los derechos fundamentales a desplazarse y a residir en nuestro país, mientras conserven su situación de «legalidad». Véase también, en relación con este derecho, P. GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ: *Libertad de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Universidad Complutense de Madrid y Civitas, 1991.

(68) Hasta la STC 94/1993, de 22 de marzo, el Tribunal Constitucional inadmitió sistemáticamente, por improcedentes, todos los recursos de amparo interpuestos por extranjeros cuyas pretensiones se centraban en la vulneración de los derechos reconocidos en el art. 19 CE. Sin embargo, la sentencia citada abre una nueva línea jurisprudencial en la que se declara que de una interpretación sistemática de la Constitución se desprende que «los extranjeros pueden ser titulares de los derechos a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su art. 19» (FJ. 2.º). Otros pronunciamientos en el mismo sentido: SSTC 116/1993, de 29 de marzo y 242/1994, de 20 de julio, así como el Auto 331/1997, de 3 de octubre.

(69) Véase, en relación con la definición de esta figura, G. THOMAS ANDREU: «La intervención del Juez Penal en el internamiento preventivo del extranjero», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, XXXVII, 1994, págs. 81 y sigs.; C. APRELL LASAGABASTER: *Régimen administrativo de los extranjeros en España*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 193; R. M.º FERRER PEÑA: *Los derechos de los extranjeros en España*, Tecnos, 1989, pág. 139.

rencia, creo que no queda demasiado clara en la actual Ley de extranjería, aunque podría deducirse de una correcta interpretación del art. 58.2 (70). Pero, además, la Ley introduce una tercera figura el *retorno* (71), que en mi opinión, no es más que otro supuesto de *devolución*.

En cualquier caso, y esto es lo importante, el extranjero que es *expulsado* va a verse privado de la titularidad de los derechos fundamentales a residir y a circular libremente por el interior del país, derechos que poseía hasta ese momento, con lo que estamos ante una fuerte medida cuyas causas han de estar perfectamente claras y tipificadas en la Ley —en un precepto con rango de Ley Orgánica— y, por supuesto, tendrán que ser respetadas todas las garantías de procedimiento que derivan del art. 24 CE (72). Excedería del propósito de estas líneas analizar todas y cada una de las causas de expulsión previstas actualmente, pues son doce las infracciones recogidas en los arts. 53 y 54 de la Ley —unas calificadas como graves, y otras como muy graves—, que *pueden* tener como sanción administrativa la expulsión (art. 57) (73), por lo que sólo voy a reparar en algunas cuestiones puntuales.

---

(70) Que recoge: «No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos: a) los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España; b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país». Lo que sí se desprende con nitidez de este precepto, es que la devolución se va a caracterizar porque no va a requerir expediente de expulsión, con lo que no se va a garantizar al extranjero la posibilidad de interponer recurso, de solicitar un intérprete, asistencia letrada, etc., y aunque el extranjero no es titular del derecho fundamental a entrar en nuestro país, y menos si pretende hacerlo conculcando los preceptos legales, sí goza del derecho a la tutela judicial efectiva y no podemos presuponer que toda devolución es siempre conforme a derecho.

(71) En el art. 60.1 se recoge que «Los extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país serán retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible. (...)».

(72) El Protocolo Séptimo, de 22 de noviembre de 1984, anexo al Convenio de Roma de 1950, reconoce en su artículo primero el derecho «de todo extranjero que resida regularmente en el territorio de un Estado parte, a no ser expulsado de dicho territorio más que en ejecución de una decisión adoptada de conformidad con la ley»; y el art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, declara: «El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que le asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas».

(73) Sí hay que resaltar la sensible mejora que experimenta la Ley en este punto respecto de su antecesora la Ley 7/1985, de 1 de julio, que recogía causas de expulsión tan desproporcionadas como la de incurrir en demora en la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior los cambios de domicilio, entre otras [art. 26.1.e)].

En primer lugar, he subrayado la palabra *pueden* porque en todos los casos previstos en la Ley, la autoridad gubernativa tiene plena libertad para decidir si aplica como sanción la expulsión o simplemente una multa (así se desprende claramente de los arts. 55.3 y 57.1 de la Ley), de manera que le va a corresponder al Subdelegado del Gobierno, o al Delegado del Gobierno en las Comunidades uniprovinciales, decidir si, ante una determinada infracción, retira al extranjero la titularidad de sus derechos a residir y circular libremente por el territorio nacional, o simplemente le sanciona con una multa. Al margen de las posibles violaciones del derecho a la igualdad entre unos extranjeros y otros, se le está otorgando a la autoridad gubernativa la facultad de graduar sanciones que afectan al ejercicio de derechos fundamentales cosa, en mi opinión, muy cuestionable.

En segundo lugar, la Ley fija en su art. 63, para la tramitación de determinados expedientes (74), un procedimiento preferente de expulsión, según el cual se dará traslado de la propuesta motivada por escrito al interesado, para que alegue lo que considere adecuado en el plazo de cuarenta y ocho horas, y «la ejecución de la orden de expulsión en estos supuestos se efectuará de forma inmediata» (art. 63.4). Se entiende, por tanto, que si las alegaciones presentadas por el extranjero en tan corto período de tiempo no se consideran suficientes por la autoridad administrativa, procede la inmediata expulsión, impidiendo que el interesado permanezca en España para interponer los recursos judiciales pertinentes y haciendo desaparecer la posibilidad de que el juez, en su caso, pueda acordar la suspensión de la ejecución de la medida de expulsión. Comprobamos cómo prevalece el supuesto derecho de la Administración a expulsar a los extranjeros *non gratos*, sobre el derecho de la persona que ha entrado legalmente en España, a que se realicen las investigaciones y la práctica de las pruebas oportunas y, sobre todo, a que su situación sea revisada por un juez con opción para suspender la medida.

En tercer lugar, la Ley de extranjería vigente prevé, como medida cautelar, la posibilidad de ingresar al extranjero en un centro de internamiento —privándole del derecho ambulatorio— mientras se sustancia el expediente de expulsión [arts. 61.1.e), y art. 62]. Esta medida ya fue duramente criticada —aunque no declarada inconstitucional por la STC 115/1987— durante la vigencia de la LO 7/1985, de 1 de julio, sin que la Ley actual haya introducido cambios sustanciales (75) pues nos encontramos con el siguiente panorama: el Juez de

---

(74) Se trata de aquellos casos en los que la expulsión tiene lugar por haber cometido alguna de las infracciones recogidas en los apartados a) y b) del art. 54.1, así como en los apartados a), d) y f) del art. 53.

(75) Se fija lo siguiente «la autoridad gubernativa podrá proponer al Juez de Instrucción competente que disponga su ingreso en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramita-

Instrucción que decide el internamiento no puede entrar a valorar la decisión de la expulsión en sí misma, sino sólo si procede la medida cautelar de *internamiento*, pues la decisión de expulsión y la ejecución de la misma dependen del órgano gubernativo y si éstas quieren ser impugnadas tendrán que ser objeto de un proceso judicial distinto e independiente, ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por otro lado, una vez que se priva al extranjero de libertad y transcurrido el plazo de 72 horas dispuesto por el art. 17.1 CE, existen, en mi opinión, sólo dos posibilidades: o puesta en libertad del extranjero y que la Administración continúe tramitando el expediente de expulsión, o puesta a total disposición judicial para que sea la autoridad judicial la que entre a conocer el fondo del asunto y valore si existen motivos suficientes que justifiquen el seguir manteniéndole privado de libertad. Sin embargo, esta última alternativa no es viable, pues el extranjero tiene abierto un expediente de expulsión administrativo que aún no está resuelto y, por tanto, el Juez de Instrucción no puede entrar, insistimos, en el fondo del asunto. De manera que estamos ante una figura, el *internamiento*, que no responde ni a las características de una detención preventiva (76), ni a las de la prisión provisional (77).

---

ción del expediente sancionador. La decisión judicial en relación con la solicitud de internamiento del extranjero pendiente de expulsión se adoptará en auto motivado, previa audiencia del interesado» (art. 62.1). «El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, sin que en ningún caso pueda exceder de cuarenta días, ni acordarse un nuevo internamiento....» (art. 62.2).

(76) Pues se sobrepasa el plazo de las 72 horas dispuesto en el art. 17.1 CE como tiempo máximo durante el que la autoridad gubernativa puede privar de libertad a una persona para realizar «las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos». Pero, además, el art. 62 de la LO 4/2000, reformada por la LO 8/2000, no se refiere tanto al esclarecimiento de los hechos, como a la sustanciación de un expediente administrativo de expulsión, y no podemos perder de vista que la expulsión es una sanción administrativa, mientras que la detención sólo procede cuando existen indicios racionales de criminalidad, pues el art. 17.2 CE sólo autoriza la detención en el contexto del proceso penal como, por otra parte, se desprende del art. 25.3 CE, donde se preceptúa que «La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad». Cfr.: J. A. BELLOCH JULBE: «Los derechos del extranjero: el internamiento preventivo y su homologación judicial», en el libro resultante de las *Jornadas sobre privaciones de libertad y derechos humanos*, organizadas por Jueces para la Democracia en Barcelona, 17 y 18 de octubre de 1986, Editorial Hacer, 1987. Sobre el concepto de privación de libertad puede consultarse, entre otras, la STC 98/1986; sobre la prisión provisional: SSTC 41/1982, 127/1984, 28/1985, 32/1987, 34/1987, 40/1987.

(77) Pues el extranjero no depende de la autoridad judicial, sino de la gubernativa, durante el período de internamiento. De hecho, el Tribunal Constitucional ha reconocido el derecho de *habeas corpus* de los extranjeros sometidos a *internamiento*, y resulta paradójico que el extranjero *internado* pueda solicitar la inmediata puesta a disposición judicial, cuando ha sido precisa-

La naturaleza jurídica de esta figura es, por tanto, compleja. Se trata de una medida cautelar dentro de un procedimiento administrativo sancionador que, entendemos, procede aplicar cuando es indispensable para evitar el riesgo de fuga del extranjero, mientras se sustancia el expediente de expulsión. Ahora bien, en nuestra opinión, para que esta figura resultara plenamente constitucional debería ser la jurisdicción contencioso-administrativa y no el juez de Instrucción —que, como ya se apuntó, no puede entrar a valorar si es conforme a derecho dicha resolución administrativa de expulsión—, el orden jurisdiccional competente para decidir sobre la necesidad de la medida de pérdida de libertad, pues es este orden el que tiene competencia para conocer sobre los posibles recursos contra dicha expulsión.

Más en concreto, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, hubiera sido una excelente oportunidad para subsanar esta anomalía —ya existente en la ley de extranjería derogada—, pues al igual que su art. 8.b.5 atribuye a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la competencia en materia de «autorizaciones para la entrada en los domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública», competencia que, hasta la entrada en vigor de esta Ley, estaba atribuida a los Juzgados de Instrucción, hubiera sido muy positivo que también hubiese incluido en dicho precepto la autorización para el internamiento cautelar del extranjero. No en vano, la exposición de motivos de dicha Ley afirma que «lo que justifica la existencia de la propia Jurisdicción Contencioso-administrativa es asegurar, en beneficio de los intereses y del interés general, el exacto sometimiento de la Administración al derecho en todas las actuaciones que realiza en su condición de poder público y en uso de las prerrogativas que como tal le corresponde».

A todo lo expuesto podemos añadir la posible vulneración del principio de *non bis in idem* por varios preceptos de la reciente Ley de extranjería, pues sobre un mismo hecho y un mismo sujeto van a recaer dos sanciones, sin que sea posible apreciar un fundamento distinto —salvo la extranjería—, que justifique la doble imposición (78). Así, los arts. 53.f) y 54.1.a) de la LO 4/2000, tras

---

mente una decisión judicial la que ha permitido dicho *internamiento*. Cfr. la STC 115/1987, que aunque se refiere al internamiento previsto en la LO 7/1985, de 1 de julio, éste es sustancialmente igual al regulado por la actual Ley de extranjería.

(78) Aunque el principio de *non bis in idem* no está expresamente recogido en el art. 25.1 CE, el Tribunal Constitucional considera que está implícitamente incluido en dicho precepto. Cfr.: SSTC 2/1981, de 30 de enero; 159/1985, de 27 de noviembre, y 94/1986, de 8 de julio, entre otras. Y ha prohibido expresamente la compatibilidad entre penas y sanciones administrativas cuando concurre identidad de hecho, sujeto, y fundamento jurídico (STC 221/1997 y 335/1991).

la reforma operada por la LO 8/2000, recogen como infracción grave y muy grave, respectivamente (79), la participación en actividades contrarias al orden público previstas como graves y muy graves en la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (LOPSC), esto es, que la comisión de una infracción de la LOPSC por un extranjero lleva aparejada una sanción adicional, cuya causa viene determinada exclusivamente por la condición de extranjero del infractor. Del mismo modo, el art. 57.2 LO 8/2000 prevé como causa de expulsión, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados. De manera que se sanciona administrativamente un comportamiento ilícito que ya ha sido sancionado penalmente.

En suma, al margen de las críticas que desde un punto de vista social y humanitario pueden hacerse a la Ley, críticas que, no por ser menos importantes, escapan del objeto de estas líneas, son muchos, quizás demasiados, los puntos en los que la Ley, cuanto menos, es sospechosa de inconstitucionalidad.

---

(79) Infracciones que de acuerdo con el art. 55 de la misma Ley pueden llevar aparejada la expulsión.



*NOTA*

