

# EL EXTRANJERO Y SUS DERECHOS EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

*Angela Figueruelo Burrieza*<sup>1</sup>

*Sumario:* INTRODUCCION. I. EL PROBLEMA DE LA INMIGRACION EN NUESTRA SOCIEDAD GLOBALIZADA. II. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN LA CE. III. EL DESARROLLO POR LEY DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS. LA LEY ORGANICA 7/85 DE 1 DE JULIO. IV. LA LO 4/2000, DE 11 DE ENERO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACION SOCIAL. LA REFORMA EFECTUADA POR LA LEY 8/2000, DE 22 DE DICIEMBRE. V. LA IMPUGNACION POR POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA DE L.O. DE EXTRANJERIA ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. A MODO DE REFLEXION PROVISIONAL.

## INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación se efectúa en el marco del Proyecto de Investigación SA003/01 concedido para el período 2001-03 por la Junta de Castilla y León, para realizar una investigación colectiva sobre: "El fenómeno de la inmigración: un análisis multidisciplinar. Especial atención a la sociedad castellano-leonesa".

En ese análisis multidisciplinar se nos ha encomendado la perspectiva desde el derecho constitucional, disciplina que vocacionalmente nos ocupa.

El enfoque que necesariamente hemos de darle en este estudio ha de ser general porque la Constitución Española es la norma suprema del ordenamiento jurídico español directamente aplicable y obligatoria en todo el territorio que compone nuestro estado compuesto (artículos 9.1 y 53.1 de la Ley Fundamental). Todo ello sin perjuicio del reconocimiento del principio de unidad y del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran (art. 2 de la C.E.). De ahí que, los contenidos que a continuación exponamos sobre los derechos de los extranjeros serían predicables de los inmigrantes de cualquier Comunidad Autónoma de las diecisiete que componen el mosaico descentralizado español.

El objeto principal de estudio de las siguientes páginas va a ser la titularidad de derechos contenidos en la Constitución y desarrollados en la correspondiente Ley Orgánica por parte de los extranjeros. La ley de desarrollo es la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Ley que fue reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. La reforma efectuada fue de tal calado que más bien nos encontramos ante una ley de nuevo cuño.

El tema que vamos a analizar es de gran actualidad en la teoría constitucional y en la práctica política. En él confluyen aspectos de la parte dogmática de la Constitución (teoría de los derechos fundamentales) con problemas de práctica política (política de inmigración) en los cuales el gobierno español elabora sus líneas de actuación en el marco de la política europea y deja poco margen de actuación a la

---

<sup>1</sup> Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca, España.

dogmática de los derechos porque sus preocupaciones principales son los cupos migratorios y el control de las fronteras para tratar de conseguir algo que es prácticamente imposible: una inmigración legal.

Ante esta situación chocan intereses muy diferentes entre sí y las soluciones no aparecen nada claras en un futuro más o menos próximo. Por todo ello hemos de dejar constancia al comienzo de este trabajo de la sensación de provisionalidad con la que redactamos estas líneas –abril de 2003–. En estas fechas el Tribunal Constitucional, (supremo intérprete de la Constitución) aún no ha dictado sentencia sobre el Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto hace más de dos años contra la L.O. 8/2000 que reformaba la L.O. 4/2000 sobre los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. A pesar de ello, en un sistema de justicia constitucional concentrado como es el español, basado en el modelo europeo o kelseniano, la interposición de un recurso ante el T.C. no suspende la aplicación de la ley impugnada (art. 30 de la L.O.T.C.) que seguirá surtiendo efectos hasta que el Alto Tribunal se pronuncie sobre su inconstitucionalidad –si viene el caso– ya que en el sistema español el juez de la constitucionalidad es el Tribunal Constitucional, mientras que el juez ordinario lo es de la legalidad de las normas.

Precisamente porque el juez ordinario es el juez de la legalidad, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección: Sexta, del Tribunal Supremo, con fecha 20/03/2003 ha pronunciado Sentencia frente al recurso Contencioso-administrativo interpuesto por la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes en Andalucía "Andalucía Acoge" y de la "Red Acoge", Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes, contra el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y libertades de los Extranjeros en España y su integración social reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

En la citada sentencia el Tribunal Supremo ha anulado once artículos del reglamento impugnado porque los considera más restrictivos que la propia ley que desarrolla. El pronunciamiento del Supremo entiende que se restringían la libre circulación del inmigrante no regularizado (art. 38 de la LOE), la reagrupación familiar de la que pueden hacer uso aquellos inmigrantes que han obtenido permiso de residencia (art. 41.5 de la LOE), la expedición de salvoconductos para salir de España a todo extranjero que lo solicite (art. 57 de la LOE), la imposibilidad del Gobierno a negarse a documentar a un extranjero en situación irregular (Art. 56.8 de la LOE), la exención de visado al cónyuge de español aunque la convivencia se haya producido en otro país (49.2 de la LOE), la admisión a trámite de los permisos de trabajo (art. 84 de la LOE), la retirada del pasaporte (art. 117.2 de la LOE), la no posibilidad de internamiento a los extranjeros que lleguen en pateras (art. 127.2 de la LOE), la no obligación de los jueces de comunicar a las delegaciones del Gobierno sus resoluciones sobre extranjeros (art. 136.3 de la LOE) y la necesidad de abrir un expediente de expulsión a un extranjero irregular que se encuentre dentro del territorio español, expediente previo a cualquier intento de devolución a su país de origen (art. 138.1 de la LOE).

Ante la citada Sentencia el Ministerio del Interior no tardó en dar a conocer su opinión. Hizo saber a los medios de comunicación que acatarían la resolución del Tribunal Supremo pero que no iban a cambiar su política de inmigración y de expulsión. El Ministro del Interior, Sr. Acebes, en fecha 1 de abril de 2003 informó a los medios de comunicación que tienen intención de cambiar la actual Ley Orgánica de Extranjería para incorporarle los once preceptos del reglamento anulados por el Tri-

bunal Supremo: "Porque lo que esencialmente establece el Tribunal Supremo es que determinadas disposiciones reglamentarias tienen que tener rango de ley y, por tanto, es una cuestión de rango normativo" y, añadió el Ministro, Sr. Acebes: "para adaptar el cumplimiento de la Sentencia, dentro de la voluntad general, tienen que incorporarse a la Ley de Extranjería (los artículos del reglamento anulados) para que tengan rango de ley, y esto es lo que haremos". Y, ¡mientras se modifica por tercera vez consecutiva la Ley Orgánica de Extranjería bajo el Gobierno del Partido Popular! el Gobierno va a continuar con su política de inmigración, que según el Sr. Ministro es la misma que aplica el resto de la Unión Europea y que para nada lo impide la reciente Sentencia del Tribunal Supremo. (EL País, martes 1 de abril de 2003).

Es posible (todo es posible cuando se dispone de mayoría absoluta en el Parlamento) que sea reformada la vigente Ley de Extranjería y que nuestro Tribunal Constitucional, que no pasa por uno de sus mejores momentos, aun no se haya pronunciado sobre el Recurso de Inconstitucionalidad planteado hace más de dos años. Pero, vayamos a las palabras del Sr. Ministro: No deja de sorprendernos la interpretación que los servicios jurídicos del Ministerio han dado a la sentencia del Tribunal Supremo. De los once preceptos anulados únicamente el art. 130 del Reglamento lo ha sido porque su rango debería ser de ley. Los otros diez contradicen, a juicio del Tribunal, el espíritu de la norma superior. ¿Acaso incluyéndolos en dicha norma van a superar esa contradicción?. Lo que de verdad dice el Tribunal Supremo es que el Reglamento, norma de rango inferior a la ley, en materia de desarrollo de esos preceptos sobre derechos de los extranjeros es más restrictiva que la ley y por ello debe anularse. ¿Se desea desde el Gobierno seguir manteniendo esa línea dura, incluyendo dichos preceptos vía reforma en la ley y provocando en esta más dudas de constitucionalidad y en su día los correspondientes recursos ante el Tribunal Constitucional?. Dejamos los interrogantes a la espera de posibles respuestas.

## I. EL PROBLEMA DE LA INMIGRACION EN NUESTRA SOCIEDAD GLOBALIZADA

A principios del tercer milenio somos espectadores pasivos de un doble y contradictorio fenómeno: se ensanchan los espacios económicos y sociales donde los hombres hasta épocas recientes desarrollaban su existencia y al mismo tiempo se produce una disminución de los espacios políticos. La causa de este fenómeno es la llamada mundialización de la economía originada por los avances de la revolución tecnológica y cibernética, los flujos financieros que recorren los centros bursátiles de todo el planeta a lo que conviene añadir las autopistas de la comunicación que nos permiten disfrutar de iguales diversiones, participar de formas similares de vida, soportar los mismos acontecimientos...

De forma paralela a la gigantesca eclosión universalizadora del mercado y del consumo contemplamos la transnacionalización humana a través de los grandes flujos migratorios cuyas lacerantes consecuencias se traducen en el hecho de que frente a los 193 Estados en los que en 1993 se dividía el mapa político del planeta, los sociólogos y demógrafos calculan en más de 8000 las colectividades o grupos sin identificación étnica, lingüística, racial o religiosa con las comunidades en las que se veían obligadas a desarrollar su vida. Sin embargo, aunque se ensanchan los espacios económicos y sociales no se amplían los espacios políticos. Desechado por KANT el proyecto de un Estado Mundial por ser ingobernable no observamos en el horizonte más que organizaciones internacionales que no se corresponden políticamente con la realidad de la globalización social y económica. Por todo ello el Estado

sigue siendo el punto de referencia donde se establecen los supuestos reguladores de la vida social y donde se definen y se expresan de forma democrática los principios y valores que ordenan la convivencia. Es aquí, y en, el marco de la Constitución normativa donde podemos entender el concepto de ciudadano, como concepto nuclear del Estado Liberal que permite construir el Estado desde el principio de igualdad y desde el derecho a la igualdad frente a las opresivas instituciones del Estado estamental. Dicho concepto de ciudadano acaba siendo utilizado para oponerlo al "otro", al "no ciudadano", al extranjero, terminando por cumplir una función inversa a la original. En el pasado Siglo XX, sobre todo, después de la II Guerra Mundial, predominó una tendencia universalizadora de los derechos humanos entendidos como realidad positivada y dotados para su eficacia de mecanismos de protección. Esa tendencia jurídica a la universalización choca con la existencia de Estados Soberanos, lo cual explica que el lado de derechos reconocidos a "todos" en los documentos internacionales, al margen de la nacionalidad haya otros (soberanía territorial del Estado) reconocidos únicamente a los ciudadanos nacionales. Y, en aquellos casos como en la Unión Europea donde se ha superado la lógica del Estado Soberano empieza a consolidarse la superación de la territorialidad estatal como determinante de la titularidad de derechos (Art. 93 CE).

La Constitución Española de 1978 no es ajena al internacionalismo ni a la universalización de los derechos humanos (art. 10.2 CE que constituye un excelente mecanismo para la integración de España en un estándar universal de reconocimiento y protección de derechos humanos). Y, aunque la historia demuestra que tampoco fue un país de inmigración, sino más bien de emigración (el art. 42 de la C.E.E. reconoce como un fin del Estado velar por los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientar su política hacia su retorno) si se preocupó el constituyente de establecer un precepto, el art. 13, dedicado expresamente a regular los derechos de los extranjeros en España.

La historia del constitucionalismo español en materia de derechos de los extranjeros es prácticamente la historia de un vacío. En la Constitución de Cádiz sólo se alude a este tema en relación a los supuestos de adquisición y pérdida de la nacionalidad española.

La Constitución de 1845 dio lugar al Real Decreto de Extranjería, de 17 de noviembre de 1852 cuya vigencia se extendió hasta la promulgación de la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España, al no haber sido derogado expresamente, aunque sí sufrió modificaciones. La Constitución de 1869 es la que recoge por primera vez derechos atribuidos expresamente a los extranjeros. Por su parte la de 1876 restringe los derechos consagrados por su predecesora y se da –siempre que la entrada en España hubiera sido legal– un trato prácticamente igual a los nacionales y a los extranjeros tanto en el Código Civil de 1889 como en el Código de Comercio de 1885. Esto se debía a que la emigración no era un fenómeno que preocupase en nuestro país.

La Constitución Republicana de 1931 reconoce expresamente cuatro derechos a los extranjeros a la vez que sobre ellos recrudescen el control administrativo.

En la etapa franquista se mantienen vigentes los textos republicanos pero se refuerza la autoridad gubernativa en relación con el control y la sanción de los extranjeros. La práctica administrativa de los cuarenta años previos a la monarquía parlamentaria siguió esperando, en gran medida, en los años siguientes a la entrada en vigor de nuestro actual texto constitucional. Esta inercia vino motivada por la ambi-

güedad del art. 13.1 de la C.E. y por la inexistencia hasta julio de 1985 de una ley que regulase los derechos de los extranjeros en España.

## II. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN LA C.E.

El art. 13.1 de la C. Española dice: "Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley".

Este precepto, con carácter general, pero no exento de dificultades interpretativas, viene a decir que los extranjeros son titulares de las libertades públicas (¿quizás derechos fundamentales en terminología constitucionalista?) contenidos en el Título I de la Constitución, es decir, en principio, todos. Pero con una reserva, pues, se añade que ello será así "en los términos que establezcan los tratados y la ley". De esta forma se aprecia una tensión entre la primera y la segunda parte del precepto que puede dar lugar a diferentes interpretaciones.

En el apdo. 2º del mismo art. 13 se recoge una excepción a la regla general del apdo. 1º:

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

La claridad del precepto no merece comentario pero no resuelve el problema constitucional. Observando los preceptos constitucionales que se refieren a la titularidad de derechos vemos que en unos casos se alude a "todos", en otros a "toda persona" o a "todas las personas", o que pueden ser simplemente "los españoles" o "los ciudadanos". A veces también se usa el impersonal "se", sin otras precisiones; Todas estas formulaciones deben ser integradas a la hora de determinar la titularidad del derecho.

Además de estos datos concretos hallamos en la Constitución unos datos generales que debemos tener en cuenta por su repercusión en el tema que nos ocupa. Se trata del contenido del art. 10. Este precepto se sitúa a modo de preámbulo de la declaración española de derechos del Título I. Dice así en su apdo. 1º:

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

De esta norma se desprende la idea de la existencia de unos derechos inherentes a la persona humana en cuya titularidad no cabe distinción entre nacionales y extranjeros. La misma importancia se le debe conceder al apdo. 2º del art. 10 que dice:

"Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias suscritos por España".

A partir de este precepto la Constitución Española ha configurado un mandato imperativo que obliga al intérprete de la Constitución a incorporar las declaraciones internacionales de derechos como criterio hermenéutico obligatorio de la declaración española. Y con ello, en el sistema de fuentes reguladoras de los derechos de los extranjeros en España, después de la Constitución de 1978 se deberán tener en cuenta los Tratados Internacionales relativos a derechos humanos que aunque no

tenga por sí mismo rango constitucional, funcionalmente no habría diferencias apreciables según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 36/91, FJ, 5).

Destaca además el que la jurisprudencia de los órganos creados por esos Tratados se incorpora como criterio interpretativo, destacando la que dicte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Y para completar el bloque normativo que conforma el precitado sistema de fuentes conviene aludir a las leyes que regulan, desarrollando la Constitución, los derechos de los extranjeros en España. La primera fue la Ley Orgánica 7/85 "de los derechos y libertades de los extranjeros en España" y la vigente es la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

Finalmente, hay que contar dentro de las fuentes de este derecho, con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional "intérprete supremo de la Constitución" (art. 1 de la LOTC). De todas esas Sentencias tuvieron gran importancia (mientras esperamos que se pronuncie la que está pendiente sobre el Recurso de Inconstitucionalidad de la vigente Ley Orgánica de Extranjería) la Sentencia 10/84 recaída en un recurso de amparo, y la Sentencia 115/87 recaída en inconstitucionalidad sobre diversos preceptos de la Ley Orgánica 7/85, primera norma que desarrolló los derechos de los extranjeros en España.

Desde que se aprobó la Constitución Española de 1978 hubo varios intentos para elaborar una norma que con carácter general regulara la situación del extranjero en nuestro país. Esos intentos no fructificaron hasta julio de 1985 y no cumplieron las expectativas que se habían generado, viéndose dicha norma envuelta en una fuerte polémica desde el principio. Por todo ello y por el propio contenido de la Ley, el Defensor del Pueblo, interpuso el 3 de octubre de 1985, un recurso de inconstitucionalidad contra varios preceptos de la ley que fue resuelto por STC 115/1987, de 7 de julio.

Esta Sentencia y la Sentencia 107/84 han sido las más importantes para marcar la línea jurisprudencial del Alto Tribunal en materia de Extranjería. Entre ambas solo se pronunciaron otras dos; La STC 99/85 y la 11/85 que vienen a ahondar en la idea de que existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos. Esos derechos son aquellos que son imprescindibles para el desarrollo de la dignidad humana.

De las fuentes precitadas, pero sobre todo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional deducimos que se ha convertido en clásica la siguiente clasificación de los derechos según la participación que en los mismos tengan los extranjeros. Aunque antes de nada conviene aludir a un derecho cuya titularidad en exclusiva la tienen los no nacionales, es decir, el art. 13.4 de la C.E. "los ciudadanos de otros países y los apátridas": el derecho de asilo. Se trata de un derecho en el que la remisión a su configuración por el legislador es aún más completa que en el caso del 13.1.

A. Derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros, con la salvedad contenida en el art. 13.2 de la CE y que de momento es aplicable a las elecciones municipales (STC 107/84, FJ, 4º). Estamos ante un derecho político por excelencia vinculado a la nacionalidad como también lo está el derecho de petición (art. 29 C.E.) o el de defender a España (art. 30 C.E.); Derechos que literalmente se reconocen exclusivamente a los españoles en el texto de la norma suprema.

B. Derechos que son predicables por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación legal ha de ser igual para ambos (STC 107/84, F.J. 4º). En este grupo incluimos todos los derechos esenciales para la dignidad humana como son los derechos reconocidos en el art. 24 de la C.E., los derechos a la vida y a la integridad física reconocidos en el art. 15 de la C.E., el derecho a la libertad ideológica del art. 16 de la C.E., el derecho a la intimidad del art. 18 de la C.E., y los derechos a la libertad y a la seguridad reconocidos en el art. 17 de la C.E.

C. Otro grupo de derechos pueden corresponder por igual, "*ex constitutione*", a los españoles y a los extranjeros, pero la regulación legal podrá variar para unos y para otros siempre que se respete su contenido esencial (según la jurisprudencia del T.C.). Serían estos: (art. 21 de la C.E.) el derecho de reunión, (art. 22 de la C.E.) el derecho de asociación, (art. 19 C.E.) el derecho de libre circulación por el territorio nacional y la libertad de residencia, pero en todo caso el extranjero debe haber entrado legalmente en España y deber continuar en situación legal. (STC 115/87, F. J. 3º).

D. Derechos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los Tratados y las leyes (STC 107/84, F.J. 4º). A título de ejemplo el Alto Tribunal cita el derecho al trabajo que reconoce el art. 35 C.E. El problema se nos plantea porque el Tribunal no aporta criterio alguno que permita determinar qué derechos podrán ser regulados de forma diferente para los españoles y para los extranjeros, cuáles se pueden desarrollar sin tener en cuenta el elemento diferencial de la nacionalidad y cuáles libremente podrán extender los Tratados y las leyes a los extranjeros. Las dudas no se despejan y solo hallamos el criterio de la dignidad humana para aclarar algunos puntos del problema.

### III. EL DESARROLLO POR LEY DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS. LA LEY ORGANICA 7/85, 1 de JULIO

El legislador español no tuvo prisa en elaborar una norma con rango legal que desarrollase los contenidos constitucionales en materia de extranjería. Realizó varios intentos que no llegaron a fructificar, hasta que por fin, envuelta en una fuerte polémica, vio la luz de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España en 1985. Esta norma pretendía dar solución a la inseguridad jurídica que caracterizaba desde hacía bastante tiempo al derecho de extranjería y así lo ponía de manifiesto en su Preámbulo como también decía, de forma desafortunada, que entre sus objetivos estaba cumplir "el mandato constitucional" previsto en el art. 13.1 de la C.E. "de llevar a cabo una regulación que concrete su alcance". La utilización del término reconocer es muy significativa de las intenciones del legislador pues, teniendo en cuenta la naturaleza de los derechos que la ley regulaba (derechos fundamentales) no es competencia del legislador "reconocer", sino "concretar" su contenido. Este fue un error fundamental: es la Constitución la que diseña el régimen de los derechos fundamentales de los extranjeros y no la ley en virtud de la reserva establecida en el art. 13.1 de la CE. Por ello, resultaba complicado extraer de la simple lectura de los preceptos de la ley que comentamos cual es el conjunto de derechos fundamentales que el legislador considera que nacen de la Constitución, a favor de los extranjeros y en consecuencia, resulta arduo encontrar el criterio en virtud del cual se aprueban unos preceptos con valor de ley ordinaria y otros con valor de ley orgánica.

Así las cosas es comprensible por qué el legislador entendió que los extranjeros no gozan del derecho a entrar y salir libremente de España (art. 19 C.C.). Siendo esto así aprueba con rango de ley orgánica el art. 11.3 de la L.O. 7/85 que dice: "La entrada en el territorio nacional habrá de realizarse por los puestos habilitados para tal fin y bajo el control de los servicios policiales correspondientes que podrán rechazar a quien no reúna los requisitos señalados en el párrafo 1 del presente artículo". En cambio, el art. 11.5 de la misma LO se aprueba con rango de ley ordinaria. Este precepto establece: "Los puestos de acceso podrán ser cerrados temporal o indefinidamente por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Defensa, cuando concurren circunstancias que así lo aconsejen".

Con los ejemplos que hemos seleccionado queremos hacer hincapié en que la primera ley de extranjería se elaboró sin haber realizado previamente una imprescindible interpretación del régimen jurídico-constitucional de los extranjeros y por ello sucedió lo inevitable: el Defensor del Pueblo, en el ejercicio de la legitimación que le atribuyen la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, interpuso el 3 de octubre de 1985, un recurso de inconstitucionalidad contra varios preceptos de la Ley de Extranjería. Dicho recurso fue resuelto por la STC 115/87 de 7 de julio que declaró inconstitucionales algunos preceptos de la citada norma.

El Título Primero de la Ley de Extranjería aportó al ordenamiento jurídico pocas novedades. Destaca la necesidad de estar en situación de legalidad para que los extranjeros pudieran ejercer los derechos a circular y residir en España, a reunirse y asociarse, a sindicarse, a declararse en huelga, así como para ejercer el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Podemos entender, "sensu contrario", que los extranjeros que se encontrasen "ilegalmente" en España si podían ejercer el derecho a la libertad religiosa, a la intimidad, a la libertad de expresión o a la tutela judicial efectiva, entre otros.

Cabe deducir de lo dicho previamente que tanto para el constituyente, como para el legislador o para la doctrina debía entenderse que el art. 13.1 de la CE permitía la configuración de un régimen jurídico específico que regulase los derechos fundamentales de los extranjeros y ello implicaba que el régimen general se aplicaba en líneas generales a los extranjeros y que la ley específica de los extranjeros debería ocuparse únicamente de regular aquellos que van a tener un contenido distinto cuando afectan a los no nacionales. Serían los derecho de entrada, establecimiento y permanencia en España, así como el derecho al trabajo. Esto es, los derechos que dan sentido al art. 13.1 de la CE y le permiten desplegar sus efectos.

Conviene también poner de manifiesto que la generalidad de la ley no es tal porque muchos derechos de los extranjeros quedan fuera de ella y continúan rigiéndose por un elevado número de disposiciones contenidas en leyes especiales o en tratados bilaterales o multilaterales.

Por las propias carencias de la ley y por la Sentencia de Inconstitucionalidad del T.C. desde el principio se puso de manifiesto la necesidad de esclarecer la posición constitucional de los no nacionales partiendo de una interpretación sistemática del Título I de la C.E., en el que juega un papel importante el art. 13.1 de la norma suprema.

El T.C. en la sentencia de inconstitucionalidad 115/87 no entra en consideraciones generales sobre el alcance de los derechos fundamentales reconocidos a los extranjeros en la Constitución, pero del análisis de los artículos impugnados cabe deducir cual es su posición al respecto: los extranjeros gozan, porque así lo establece la

Constitución de una serie de derechos fundamentales –por lo menos de los que están relacionados con los preceptos impugnados– cuáles son: el derecho de reunión, el de asociación, el derecho a la tutela efectiva y a la libertad personal.

Además, señala el Alto Tribunal que el Art. 13.1 de la C.E. permite al legislador la posibilidad de establecer límites específicos al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros pero debe respetar las prescripciones constitucionales, es decir, el contenido esencial.

En síntesis, la Sentencia a la que nos referimos trae a colación los contenidos de la sentencia 107/84 y no solo no alude a un cambio jurisprudencial respecto de ella sino que le sirve de base, y viene a decir lo siguiente: El art. 7 de la L.O. de Extranjería regulaba el derecho de reunión y exigía para el ejercicio de este derecho "solicitar del órgano competente su autorización". Opina el TC que la exigencia de dicha autorización administrativa desnaturaliza el contenido del derecho que reconoce el art. 21.1 de la CE, por lo cual es declarada inconstitucional dicha exigencia. Para esta declaración el TC se basa en la interpretación literal del precepto constitucional sin acudir a los textos internacionales como si lo hacía en su recurso el Defensor del Pueblo.

Otro precepto recurrido y declarado inconstitucional es el Art. 8.2 de la L.E. 7/85 que permitía al Consejo de Ministros a propuesta del Ministerio del Interior suspender por un plazo no superior a seis meses las asociaciones de extranjeros, cuando atenten gravemente a la seguridad, a los intereses nacionales, al orden público... El TC considera que la intervención administrativa exigida es incompatible con la garantía al derecho de asociación del art. 22.4 de la CE también para los extranjeros que requiere que para que una asociación sea disuelta o suspendida se proceda mediante resolución judicial motivada.

También el art. 34 de la Ley Orgánica del Extranjería fue impugnado y declarado inconstitucional. Decía: "Las resoluciones administrativas adoptadas en relación con los extranjeros, serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes. En ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la propia ley".

El segundo inciso de este precepto se declara inconstitucional porque el derecho a la tutela judicial efectiva y las demás garantías judiciales y procesales están vinculadas al ejercicio de los derechos fundamentales, comunes a los españoles y a los extranjeros y "no es posible eliminar para todos los casos la facultad judicial de declarar la suspensión del acto si el juzgador comprueba que tal medida no se adecua a la necesidad de salvaguardar los intereses generales".

El último de los preceptos recurridos por el Defensor del Pueblo era el Art. 26.2 de la L.O. 7/85 donde se permitía que en determinados supuestos: "... se podrá proceder a la detención del extranjero con carácter preventivo o cautelar mientras se sustancie el expediente" y, luego añadía: "la autoridad gubernativa que acuerde tal detención se dirigirá al juez de Instancia del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero, en el plazo de setenta y dos horas interesando el internamiento a su disposición en centro de detención o en locales que no tengan carácter penitenciario...". En este caso el TC no declara la inconstitucionalidad del precepto pero dicta una sentencia interpretativa en la cual salva la letra de la ley pero cambia su significado. En adelante debe entenderse la expresión "interesar" como equivalente a demandar o solicitar del juez la autorización para que pueda permanecer detenido en el extranje-

*Angela Figueruelo Burrieza*

ro más allá del plazo de setenta y dos horas. Es al juez a quien le corresponde adoptar libremente esta decisión.

En conclusión: El máximo intérprete de la Constitución entiende que el legislador puede, siempre que respete el contenido esencial de los derechos constitucionalmente reconocidos, regular el ejercicio de algunos derechos fundamentales de forma distinta para españoles y para extranjeros - derechos de configuración legal -. ¿Pero, a qué grupo de derechos se refiere?. No se aportan criterios suficientes que nos permitan apreciar esas diferencias.

La STC 115/87 cuenta con un voto particular en el que se mantiene una interpretación restrictiva de la expresión libertades públicas utilizada en el Art. 13.1 de la CE. Así las cosas se comparte la opinión mayoritaria acerca de la inconstitucionalidad del derecho a la libertad y a la seguridad, art. 13.1 C.E., derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 C.E., derecho de reunión, art. 21 C.E., derecho de asociación, art. 22 C.E. Pero no consideran inconstitucional la exigencia de autorización previa de la autoridad gubernativa para la celebración de reuniones públicas en lugar cerrado o en lugares de tránsito público, así como manifestaciones, cuando éstas hayan sido promovidas por extranjeros ni por lo mismo tampoco es inconstitucional la exigencia de que el Consejo de Ministros acuerde la suspensión de las actividades de las asociaciones promovidas por extranjeros haciendo desaparecer la garantía constitucional de que sólo puede hacerlo el poder judicial.

Diez años después de entrar en vigor la L.O. de extranjería se aprobó el Real Decreto 155/96, de 2 de febrero que sustituyó al Reglamento de ejecución de la precitada ley. Esto fue debido a que las cosas habían cambiado en esos años y se hacía necesaria una política sobre inmigración que tuviera en cuenta las necesidades objetivas de mano de obra en España, a la vez que se exigían medidas legales contra la explotación de los extranjeros a través del trabajo clandestino. Se instaba al Gobierno a invertir en el desarrollo económico y social de los países que sufren la inmigración de sus ciudadanos y la reforma de la ley de 1984, reguladora del derecho de asilo para exigir un examen individualizado de las solicitudes de asilo y evitar que éste sea utilizado con fines de inmigración fraudulenta.

Se creó la Comisión Interministerial de Extranjería que decidió reformar el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica de Extranjería para lo cual creó un grupo de trabajo. Al final no se procedió a una reforma sino que se elaboró un nuevo Reglamento, en el que entre otras cosas se pretendía armonizar la normativa sobre inmigración adoptando nuestro ordenamiento a las prescripciones del Tratado de la Unión Europea y al Acuerdo de Schengen. La doctrina consideró que dicho Reglamento estuvo plagado de anomalías, porque, entre otras cosas, el reconocimiento de derechos efectuado iba más allá que la propia ley que desarrolla.

De la lectura de su contenido puede deducirse que el Real Decreto 155/96, más que ejecutar la L.O. de Extranjería pretendía rellenar las lagunas de dicha norma y desde luego esa es una función que el sistema de fuentes no permite puesto que es algo que le corresponde hacer a las Cortes Generales representantes del pueblo soberano y no a la Administración Pública.

IV. LA L.O. 4/2000, DE 11 DE ENERO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACION SOCIAL. LA REFORMA EFECTUADA POR LA LEY 8/2000, de 22 de DICIEMBRE

EL Real Decreto de 1996 no era la respuesta adecuada ni para resolver los problemas jurídicos internos ni los compromisos internacionales de España. Se hacía necesaria una respuesta legal que comenzó a tomar carta de naturaleza de manos de la oposición política. Varias proposiciones de Ley sobre el tema se presentaron en el Congreso de los Diputados que coincidían en la idea común de aprobar una norma que garantizase un mayor número de derechos a los extranjeros al margen de su situación legal y que facilitase la integración de los que se encontrasen legalmente en España. Ente esta situación se nombró una Ponencia en el seno del Congreso que elaboró un nuevo texto unificando todas las propuestas y consiguiendo un gran consenso por parte de todos los grupos parlamentarios. Sin embargo, en la votación del Pleno, el Partido Popular, por medio de su portavoz, hizo saber que votaría a favor del conjunto de la ley pero, que en el Senado introduciría las correspondientes enmiendas a un buen número de artículos. La legislatura estaba próxima a terminar y la ley se tramitaba por el procedimiento de urgencia; Superado el trámite en el Congreso, en el Senado se presentaron 112 enmiendas que vinieron a romper el consenso mantenido hasta el momento. Dichas enmiendas fueron aprobadas con los votos del PP y de CIU y el texto de la norma fue de nuevo enviado al Congreso.

Aquí el PP –que en aquella legislatura no tenía mayoría absoluta– se quedó solo en la votación y las enmiendas introducidas en el Senado fueron rechazadas, aprobándose definitivamente la ley tal y como salió en principio del Congreso.

Se trata de una ley extensa, tenía 63 preceptos entre los que se mezclaban derechos fundamentales de los extranjeros que nacen de la Constitución y que les corresponde por su naturaleza ser desarrollados por ley orgánica y otros que por ser medidas para la integración social de los inmigrantes pueden estar dotados del carácter de derechos subjetivos de origen legal y por lo tanto no de ser objeto de Ley Orgánica.

Las novedades que esta norma aporta respecto a la de 1985 son varias: destaca la posibilidad de ejercer los derechos de reunión, asociación y manifestación por parte de los extranjeros al margen de su situación legal (arts. 7 y 8). También reconoce el derecho a la educación a todos los extranjeros menores de 18 años en las mismas condiciones que los españoles (art. 9). Incluso se reconocen sin más requisitos los derechos de sindicación y huelga, aunque para trabajar en España debe contar con permiso de trabajo, condicionado a su situación de legalidad. En los arts. 12 a 14 se reconocen avanzados derechos de carácter social: asistencia sanitaria en igualdad de condiciones que los españoles, ayudas en materia de vivienda, prestaciones y servicios de la Seguridad Social.

Además, en el art. 16 se reconoce un derecho inherente a la dignidad humana, independiente de la nacionalidad, cual es la intimidad personal y familiar y en conexión con este derecho se fija el número de familiares que pueden reagruparse junto a los extranjeros residentes.

Otra novedad a destacar aparece en el art. 20, precepto que otorga derecho de asistencia jurídica gratuita no sólo a los extranjeros residentes sino también a los que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente que acrediten insuficiencia de recursos para litigar. Gozará de ese dere-

cho en iguales condiciones que los españoles, cualquiera que sea la jurisdicción ante la que litiguen.

El texto de la ley que esquemáticamente hemos comentado en sus novedades más progresistas no satisfizo al gobierno del PP que en plena campaña electoral prometió modificar la Ley de Extranjería en cuanto ganase las elecciones. Ese cambio pudo hacerlo con facilidad porque obtuvo mayoría absoluta en las elecciones de mayo de 2000. Presentó un proyecto de reforma el 11 de septiembre de ese año que fue tramitado por el procedimiento de urgencia, publicándose en el BOE el 23 de diciembre de 2000. De los 63 preceptos que contenía la LO 4/2000 se reformaron 54, se añadieron seis artículos nuevos, también una Exposición de Motivos, que no existía antes, se modificó la disposición adicional única y se crearon nuevas disposiciones adicionales.

#### V. LA IMPUGNACION POR POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA DE LA L.O. DE EXTRANJERIA ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Las Cortes Generales aprobaron con fecha 22 de diciembre de 2000 la LO 8/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, norma que fue publicada en el BOE el día 23 de diciembre. A partir de esa fecha había un plazo de tres meses para la interposición de un recurso de inconstitucionalidad mediante la presentación de una demanda ante el Tribunal Constitucional (art. 33 de la LOTC). Ese plazo vencía el 23 de marzo de 2001; Los días previos a esa fecha fueron muy agitados para los Diputados de la oposición política quiénes en número de 50 (al igual que senadores) están legitimados para interponer un recurso de esa naturaleza).

En un primer momento los Gobiernos Autonómicos de Andalucía, Baleares, Aragón, Castilla la Mancha, Extremadura y Asturias acordaron presentar sendos recursos. La decisión del Gobierno Andaluz se produjo un día después de que la dirección socialista diese su visto bueno a la demanda y una semana antes de que el grupo socialista del Parlamento andaluz se abstuviese ante una iniciativa de IU en el mismo sentido ya que, estaban pendientes del resultado de las negociaciones abiertas entre su partido y el Gobierno. Los artículos que se pretendían recurrir eran: el 7, 8, 11, 21, 22 y 63 que afectan respectivamente a los derechos constitucionales de reunión y manifestación, sindicación y huelga, derecho a recurrir los actos administrativos y asistencia jurídica gratuita.

Al llegar el día 23 de marzo sin que el Gobierno hubiera reconsiderado su posición, el Secretario General del POSE, Sr. Rodríguez Zapatero, encabezó la lista de los 50 diputados socialistas que firmaron el recurso de inconstitucionalidad contra varios artículos de la ley de extranjería. A pesar de haber planteado el recurso el líder de la oposición política reconoció que este remedio jurídico no era, en su opinión, la mejor fórmula para solventar de facto los problemas de la inmigración, pues el Tribunal Constitucional tardaría varios años en resolver el recurso (ya han transcurrido más de dos desde que se interpuso la demanda). Por ello temas como éstos precisan de soluciones rápidas que deberían pasar por el diálogo y por la reforma de la Ley de Extranjería. Se entiende que de la Ley 8/2000 que es la Ley recurrida. A ello aludía el Sr. Rodríguez Zapatero en declaraciones a la prensa en fecha (El País 23/03/2001). Actualmente, el Ministro del Interior Sr. Acebes, en abril de 2003, vuelve a hablar de reforma de la misma ley pero en sentido inverso al que dos años antes mantenía el Sr. Rodríguez Zapatero.

Finalmente el Recurso de Inconstitucionalidad se interpuso por 50 Diputados del PSOE cuestionando la inconstitucionalidad de la redacción que la LO 8/2000 ha dado a los artículos 7.1, 8, 11.1, 11.2 y 22.2 de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, puesto que se duda de que la actual redacción permita un adecuado disfrute de los derechos fundamentales amparados y reconocidos en los arts. 21, 22, 24 y 28 de la Constitución Española.

Por su parte, el Defensor del Pueblo, constitucionalmente legitimado para la interposición de recursos de inconstitucionalidad (art. 161.1ª, CE) recibió 769 peticiones para que recurriese la Ley de Extranjería (672 individuales, 6 de Ayuntamientos, 3 de partidos políticos, 7 de sindicatos, 20 de ONG y 63 de instituciones diversas). También le habían sido entregadas 1000 adhesiones a esas solicitudes firmadas por intelectuales, ayuntamientos y universidades. A pesar de todas esas peticiones el Defensor del Pueblo tomó la decisión de no recurrir la Ley de Extranjería porque llegó a la conclusión de que en su opinión la norma no contradecía la Constitución.

Al parecer, a esa conclusión llegó tras consultar la opinión de expertos constitucionalistas, y tras analizar los dictámenes del Consejo de Estado y del Consejo General del Poder Judicial. Pero consideramos que, al menos de la opinión expresada por estos órganos, no puede deducirse una conclusión tan contundente. También alegaba el Defensor del Pueblo para reafirmar su decisión que la institución que él representaba no planteaba recursos ante el Tribunal Constitucional cuando estos ya habían sido efectuados por otros órganos legitimados para ello. Existen ejemplos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ponen de manifiesto que eso no es así: en 1983, la Comunidad Autónoma de Madrid aprobó la Ley de Recargo del 3% y ante el TC recurrieron el DP, D. Joaquín Ruiz Jiménez, y 54 Diputados de la oposición de la Asamblea de Madrid, de Coalición Popular.

Pues bien, aunque nuestro Defensor del Pueblo no utilizó la legitimación de que dispone para recurrir la Ley de Extranjería si hizo algunas recomendaciones antes de la aprobación del reglamento que desarrollase esta ley. Las recomendaciones giran en torno a la posibilidad de que el inmigrante no se traslade a su país para obtener un visado atendiendo a necesidades de salud, por existir familiares a su cargo o por la existencia de riesgos para su persona que puedan darse en el país de origen. También recomendó que se tomen medidas para impedir la explotación laboral, para conseguir condiciones favorables de seguridad e higiene en el trabajo, facilitando la regularización a quienes colaboran con las autoridades en la persecución de estos hechos. Por otra parte en sus recomendaciones también se ocupó de medidas específicas para evitar la descoordinación administrativa en todos los procesos que relacionan a los extranjeros con la Administración y para que se respeten las garantías establecidas. Por ello solicitó al Gobierno que se mejoren las condiciones de internamiento de extranjeros en los procesos de rechazo o expulsión.

En el análisis de la reforma efectuada a la Ley de Extranjería apreciamos dos campos de estudio. Uno está formado por todos los preceptos que afectan al control de flujos migratorios y al establecimiento de las condiciones de entrada, estancia, salida, trabajo... así como los requisitos de carácter administrativo para regularizar su estancia en España. En este grupo, donde la decisión es de carácter político, la libertad del legislador es muy amplia y la mayoría parlamentaria será quien diga la última palabra.

El otro campo de análisis lo encontramos en aquellos artículos que se ocupan de desarrollar y garantizar los distintos derechos fundamentales que la Constitución re-

conoce a los no nacionales. En este punto es la norma suprema la que establece los derechos que pertenecen a cualquier persona al margen de su nacionalidad, los que solo pertenecen a los españoles y los que pueden pertenecer o no a los extranjeros en función de lo que dispongan los Tratados y la ley.

El problema lo hallamos en que en la actual Ley 8/2000 no siempre aparece nítida la línea divisoria entre esos dos campos y en algunos derechos que al extranjero le corresponden "*ex Constitutione*" el legislador establece límites más amplios de los que permite su contenido esencial.

Por un lado en la exposición de motivos de la Ley 8/2000 se expresa la pretensión de reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades pero no deja de ser cierto que se restringe notablemente el conjunto de derechos que reconocía la ley modificada. Nos interesan los derechos de naturaleza constitucional y en ello vamos a insistir. Nos fijamos, en primer lugar en el derecho a la igualdad. La Ley 4/2000, de 11 de enero, recogía en su art. 3.1 lo siguiente:

"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 Orgánica 8/2000 suprime la frase "en igualdad de condiciones que los españoles" e introduce algún elemento nuevo en la redacción del precepto: "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".

El criterio introducido en el último párrafo llama la atención porque la Ley de Extranjería reformada desarrolla derechos que en gran parte el extranjero va a ejercitar de forma distinta a los españoles como pasa con el derecho de asociación, de reunión, al trabajo, a entrar y a salir de España, a residir en nuestro país...

La Ley Orgánica 4/2000 reconocía los derechos de reunión y asociación sin distinción alguna para los españoles y los extranjeros. En cambio la reforma efectuada por la ley Orgánica 8/2000, sin tener en cuenta que los arts. 21 y 22 de la C.E. reconocen esos derechos a todas las personas, restringe el ejercicio de dichos derechos a los extranjeros que se encuentren legalmente en España. También coadyuvan a una interpretación progresista de estos derechos los Tratados y Acuerdos Internacionales en materia de Derechos Humanos suscritos por España (art. 10.2 C.E.). incluso el TC en la Sentencia 115/87, de 7 de julio sobre la L.O. de Extranjería 7/1985, declaró inconstitucional la exigencia de previa autorización administrativa para que los extranjeros pudieran promover reuniones públicas y manifestaciones, pues ese requisito iba en contra del contenido del art. 21.1 C.E. También en la misma Sentencia el TC declaró inconstitucional la posibilidad de que el Consejo de Ministros pudiera suspender las actividades de asociaciones promovidas por extranjeros, cuando se dieran una serie de circunstancias.

Esta posibilidad según el Alto Tribunal contradecía el Art. 22.4 de la C.E. que exige que las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en virtud de resolución judicial motivada.

En resumen, si se les niega a todo un colectivo de personas los derechos de reunión, asociación, manifestación..., se les está negando los derechos a la libertad de

expresión y a la exteriorización del pensamiento (así lo ha manifestado reiterada jurisprudencia del T.C. y del T.E.D.H.).

En el art. 20.1 de la LO 4/2000, reformada por la LO 8/2000 se recoge el derecho a la tutela judicial efectiva de todos los extranjeros en los mismos términos en que lo hace el art. 24 de la C.E. Por ello no se entiende como el art. 27.4, después de la reforma, pone de manifiesto que salvo en supuestos tasados, se puede denegar el visado sin necesidad de motivación. Llama la atención este precepto porque la Administración debe motivar todos sus actos (Art. 54.1 LRJAP y PAC) ya que todos están sometidos al control jurisdiccional (Art. 106.1 C.E.) y además está constitucionalmente reconocido el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 C.E.). También presenta dudas en relación con el derecho a la tutela efectiva la reducción sufrida por el derecho de asistencia jurídica gratuita. Se reserva a los extranjeros residentes (sin recursos para litigar) así como a 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 bien se trate de procedimientos en materia de asilo. La no asignación de asistencia jurídica gratuita a los extranjeros no residentes y sin medios económicos en supuestos de procesos penales, civiles, laborales y contencioso-administrativos puede conducir a situaciones de indefensión que contradicen el contenido del Art. 24.2 de la C.E. que dice: "todos" tienen derecho... a la defensa y a la asistencia de letrado. Tampoco está en consonancia con el Art. 119 de la C.E. que dice: "La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar".

Los derechos de sindicación y huelga se reservan tras la reforma a los extranjeros que hayan conseguido regularizar su estancia o residencia en España. Estos derechos van relacionados con el derecho al trabajo que, en principio, según el Art. 33 es un elemento que la Constitución reconoce solo a los españoles, por lo cual el legislador puede fijar los requisitos que considere necesarios para acceder a un puesto de trabajo. Sin embargo llama la atención la ausencia en la Ley reformada de la posibilidad de los trabajadores extranjeros de fundar sindicatos, derecho del que gozan como cualquier trabajador español pues esto se desprende fácilmente del contenido del Art. 28 de la C.E. Pensamos que suscita dudas de constitucionalidad el procedimiento preferente de expulsión y las medidas cautelares de internamiento sin perjuicio de que el Art. 19 de la C.E. reconoce el derecho a entrar y a residir en España exclusivamente a los españoles y es la ley la encargada de fijar los requisitos que debe cumplir el extranjero que desee entrar y fijar su residencia en nuestro país. Cumplidos esos requisitos el extranjero es titular del derecho a circular libremente por el interior del país.

#### A MODO DE REFLEXION PROVISIONAL

El problema de la extranjería o de la inmigración no tiene fácil solución, ni jurídica ni política. Los gobernantes de nuestro mundo desarrollado están muy preocupados por gestionar bien su política de cupos y por preservar sus niveles de bienestar frente al tercer mundo. De ahí que se insista en regular la emigración y en pretender dirigir las políticas públicas a conseguir una inmigración legal; esto viene a ser algo así como ponerle puertas al campo. Desde una óptica jurídica observamos que es también muy difícil reconvertir en normas jurídicas eficaces y estables problemas de este tipo que evolucionan día a día y prácticamente requieren soluciones puntuales a

los que casi nunca sirve el marco general legal vigente que se ve obligado a ser modificado continuamente. Así las cosas, en el caso español, nos encontramos con una Constitución que data de 1978, donde brevemente se alude al problema de los derechos de los extranjeros, con una Ley Orgánica de diciembre de 2002, vigente y con algunos de sus preceptos impugnados ante el T.C.

Recurso que aún está pendiente de resolución por el máximo intérprete de la C. E. Con un reglamento de desarrollo de dicha ley que fue impugnado ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S., supremo órgano del Poder Judicial que en fechas recientes ha pronunciado Sentencia declarando ilegales algunos preceptos de dicho reglamento.

Contamos además con numerosas Sentencias del T.S. y del T.C. Y es que hablando de derechos fundamentales lo que de verdad nos interesa son sus garantías y de estas destacamos sobre todo las jurisdiccionales, para lograr la vigencia efectiva de los mismos.

Analizando la jurisprudencia tanto del T.S. como del T.C. observamos que ha cambiado poco a lo largo de los años de vigencia de nuestra Constitución. Se observa cierta flexibilidad a la hora de admitir la posibilidad de la interposición de los recursos de amparo, tanto en vía previa como en vía constitucional, y se entiende que el precepto clave de nuestra Constitución es el Art. 13.1 a la hora de entender qué derechos de los que contiene el Título I de la C.E. le corresponden a los extranjeros. Este precepto habilitaría a los Tratados y a la ley para establecer límites al ejercicio de esos derechos por parte de los no nacionales. Esta jurisprudencia se mantiene incluso después de la aprobación en 1985 de la primera Ley Orgánica que se ocupó de los derechos de los inmigrantes. Se observa que no se le da la importancia debida al art. 10.2 y únicamente, en algunas sentencias, ciertos derechos se consideran que pertenecen a la esfera de la titularidad de los extranjeros por ser inherentes a la dignidad de la persona humana (art. 10.1 de la C.E.). Incluso, en base al Art. 13 C.E., el Tribunal Constitucional elaboró la clásica teoría tripartita (STC 107/84) de la titularidad de derechos según la cual:

"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) 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".

En esta clasificación es fundamental el criterio material de la dignidad de la persona como criterio básico para elaborar esta clasificación que se sigue manteniendo hasta la actualidad.

Creemos que las cosas podían cambiar de sesgo y completarse si en la Sentencia que tiene pendiente el TC introdujese nuevos criterios de interpretación. Veamos: aunque es cierto que el Art. 13 C.E. se refiere a los extranjeros no es el único que deba tenerse en cuenta a la hora de entender el régimen jurídico de la extranjería en España, puesto que es obligada una interpretación sistemática con el resto de las reglas constitucionales. En dicha interpretación entrarían en juego todos los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y cuyo tercer literal es de indudable relevancia. Entre dichos preceptos adquiere importancia capital el art.

10.1 que reconoce a "la dignidad de la persona" como fundamento del orden político y de la paz social.

Y el Art. 10.2 que convierte a los tratados internacionales referentes a Derechos Humanos ratificados por España como elementos de los cuales no se puede prescindir para determinar el contenido y alcance de los distintos derechos fundamentales. También será imprescindible el Art. 13 en sus apdos. 1 y 2 que se refieren no a los derechos que los extranjeros tienen, sino antes bien a los que no tienen.

Con estas premisas para una nueva interpretación del problema que nos ocupa desplazaríamos el eje central de la interpretación mantenido hasta el momento. El precepto base no sería el Art. 13.1 de la C.E. sino todo el texto de la Constitución, es decir de los derechos contenidos en el Capítulo Segundo del Título I de la C.E. interpretados a la luz de lo que prescribe el Art. 10.2 C.E.

El Art. 13.1 C.E. contiene una cláusula de "habilitación-expansión" que permite que mediante leyes o tratados se extienda a los extranjeros derechos que la Constitución no les reconoce (como derecho al trabajo, derecho a la libertad de entrada...) y en el 13.2 se prohíbe que se atribuyan a los extranjeros los derechos que reconoce el art. 23 (derecho al sufragio activo y pasivo...).

A partir de aquí estaríamos en disposición de conocer qué derechos le corresponden al extranjero "*ex constitutione*" y cuáles pueden ser modulados por el legislador en virtud de la variante de la nacionalidad; teniendo en cuenta que el Art. 14 de la C.E. pone de manifiesto que la extranjería puede ser una causa de discriminación entre las que, en virtud de su cláusula abierta, prohíbe dicho precepto.

Aquellos que la Constitución no reconoce pero tampoco niega a los extranjeros, la ley y los Tratados son libres de acuerdo al Art. 13.1 de la C.E. para extenderlos a la C.E. con las especificidades que crea oportunas. El recurso planteado ante el Tribunal Constitucional en el cual se impugnaban ciertos preceptos de la L.O. 8/2000 que modificaba la L.O. 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social se fundamentaba en que el legislador no siempre distingue entre aquellos derechos que nacen directamente de la Constitución y son indisponibles para el legislador y sobre los cuales ha introducido limitaciones que restringen su contenido esencial y aquellos otros que pertenecen al ámbito de la decisión del tratado o de ley y sobre los cuales el parlamento soberano puede incidir en la medida en que cambien las mayorías parlamentarias.

Esperemos la sentencia del Tribunal Constitucional para convertir en definitivas estas reflexiones provisionales.