

# Constitución española, derechos de los extranjeros\*

Ignacio GUTIERREZ GUTIERREZ

1. La Ley Orgánica 8/2000 es una mala Ley. Por motivos diversos. La violación de los derechos fundamentales no es, seguramente, el problema más trascendente que plantea. Mas el Parlamento, que puede aprobar leyes buenas o malas, no puede aprobar leyes inconstitucionales; la Constitución no asegura que el Parlamento haga buenas leyes, pero sí procura garantizar que esas leyes no invaliden los derechos fundamentales.

Son fundamentales los derechos que se recogen en la Constitución, y que por tanto quedan fuera del alcance del legislador. La Constitución Española dice de los extranjeros que gozarán de las libertades públicas que se garantizan en ella en los términos que establezcan los Tratados y la Ley (art. 13.1). Ello no puede significar que son titulares de los derechos fundamentales en la medida en que se los reconozca la Ley, porque supondría una contradicción lógica: no serían éstos verdaderos derechos fundamentales. Si la Ley los concediera, y no la Constitución, podría la Ley también suprimirlos. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 115/1987, estableció que en España los extranjeros sí tienen derechos fundamentales.

Pues bien, con la Ley Orgánica 8/2000 se regulan algunos de esos derechos, como veremos, en términos incompatibles con tal doctrina sentada por el Tribunal Constitucional. Al margen de los eventuales recursos de amparo y de los recursos de inconstitucionalidad planteados frente a la Ley, los propios jueces y tribunales ordinarios, a la hora de aplicar los preceptos contrarios a la Constitución, no sólo pueden, sino que, a mi juicio, están jurídicamente obligados a plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Los jueces remiten la cuestión de inconstitucionalidad cuando consideran que la Ley aplicable al caso y de cuya validez depende el fallo puede ser contraria a la Constitución. El planteamiento procederá cuando, por vía interpretativa, no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional (art. 5.3 LOPJ). Mas, al existir jurisprudencia constitucional previa, que determina la inconstitucionalidad de un precepto, el juez ya no puede ensayar tal acomodación. En efecto, el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial impone a jueces y tribunales la interpretación y aplicación de las leyes de acuerdo con los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos. Ello significa que, ante un pronunciamiento

previo del Tribunal Constitucional, no cabe al juez intentar un entendimiento alternativo de la Constitución en el que la Ley resulte legitimada. Y ello sirve igualmente cuando la Ley nueva no reitera simple y directamente un precepto declarado nulo, sino que es frontalmente contraria a las *rationes decidendi* utilizadas por el Tribunal Constitucional; no cabe aplicar la Ley en su única interpretación posible cuando ésta contraviene la doctrina del Tribunal Constitucional. En tales casos, simplemente no puede eludirse el planteamiento de la cuestión.

El ciudadano afectado por la sentencia que aplique tal precepto legal sin haber planteado la preceptiva cuestión puede recurrir con éxito en amparo constitucional, de acuerdo con la doctrina sentada en la STC 23/1988, que en este extremo exceptúa la doctrina general de acuerdo con la cual la omisión de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no vulnera el artículo 24 CE. La mencionada sentencia se refiere a un supuesto en que un juez inaplicó por sí una Ley que estimaba inconstitucional sin plantear la correspondiente cuestión; y concedió el amparo por entender que el juez había vulnerado con ello las reglas sobre el sistema de fuentes a cuya aplicación está sujeto. En este caso se vulneran del mismo modo, aunque no se trate de negar el imperio de la ley, sino de obviar el valor normativo de la Constitución en la interpretación de la misma realizada por el Tribunal Constitucional.

Esta es la especificidad con la que, de algún modo, cabe enfrentar la eventual reiteración de disposiciones legales inconstitucionales o a la aprobación de leyes que se oponen a la doctrina del Tribunal Constitucional. En principio resultarían inaplicables, sin perjuicio de que sea legítima su aprobación por parte del legislador, en la misma medida en que el propio Tribunal Constitucional podría alterar a raíz de ello su propia jurisprudencia.

Por lo demás, la Ley seguramente se opone también a los Tratados internacionales que garantizan derechos humanos, y que, de un lado, están incorporados a nuestro ordenamiento jurídico, y de otro operan como criterio de interpretación de las disposiciones constitucionales en la materia (arts. 96 y 10.2 CE). Lo primero podría llevar a su directa inaplicación por parte de los jueces ordinarios, con la consiguiente inseguridad jurídica. No obstante, ello cabría en la medida (que podría resultar discutible en algunos casos) en que del propio Tratado derivaran derechos directamente para los particulares; y asimismo en la medida en que los derechos del Tratado tuvieran un alcance protector superior al de la Ley (lo cual también podrá ser discutible, habida cuenta las amplias remisiones de los tratados a las propias leyes nacionales como medida de los derechos). En cuanto al canon del artículo 10.2 CE, cuando no puede actuar para procurar una inter-

\* Ponencia presentada en el III Seminario Internacional del Instituto Iberoamericano de Estudios Constitucionales celebrado en mayo de 2001 bajo el lema *La Constitución del más débil. Desfavorecidos en la crisis del Estado social.*

pretación constitucionalmente adecuada de la Ley, ofrecen dudas las condiciones de su aplicación en el proceso hermenéutico y su alcance en el control de la legitimidad constitucional de las limitaciones a los derechos fundamentales. Por ello es más eficaz argumentar, simplemente, que la Ley se opone a la Constitución.

2. La Ley, decimos, regula los derechos fundamentales de los extranjeros en términos inconstitucionales. Para comprenderlo es preciso apuntar, con carácter preliminar, dos consideraciones. La primera, amparada por la jurisprudencia constitucional, supone la titularidad por parte de los extranjeros de verdaderos derechos fundamentales. La segunda, que postula una concepción extensa del alcance de los derechos constitucionales, considera las restricciones a la titularidad de los mismos como verdaderas limitaciones, equiparables a las limitaciones de contenido, y sujetas por tanto al mismo control de proporcionalidad que éstas (en sentido amplio, comprensivo del triple canon de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) y al límite de la preservación del contenido esencial de los derechos.

a) En materia de derechos fundamentales, la Ley Orgánica 8/2000 diferencia entre los extranjeros residentes regularmente en España y los que permanecen en España de manera irregular. Para estos últimos se restringen los derechos con el único argumento (que ha de reconstruirse atendiendo a la voluntad subjetiva del legislador —mayoritario—, pues no es fácil inducir un fundamento objetivo del tenor de la Ley) de que, ante una Ley demasiado generosa, los extranjeros acudirán a España *porque tienen* (y no sólo *con*) la garantía de que serán tratados conforme a la irrestricta concreción constitucional de su dignidad. Se trata del célebre *efecto llamada*. Con la nueva Ley, quien llegue de manera irregular se enfrentará a una situación jurídica más difícil; ello podría frenar la entrada irregular de extranjeros, estimulando la entrada legal. Los derechos de los extranjeros se abordan, pues, desde la perspectiva que plantean las reservas generalizadas hacia el incremento de la inmigración.

El argumento es falso, como ya se ha demostrado sobradamente. De un lado, por razones internas a la propia Ley, que mantiene dificultades igualmente para la residencia legal: ¿cómo frenar la entrada irregular si no se facilita simultáneamente la regular? La Ley desmiente la lógica del argumento, que por tanto no puede ser válido para justificar la limitación de los derechos. Por lo demás, los extranjeros vienen llamados fundamentalmente por la situación económica de los países de destino, no por su situación jurídica; del mismo modo que son impulsados sobre todo por las dificultades económicas en sus países de origen: las dificultades jurídicas nos llevarían a tratar de aislados. La falsedad del argumento que justifica la limitación de los derechos tiene evidentes consecuencias sobre la legitimidad constitucional de la propia limitación.

Pero el argumento es, sobre todo, en sí mismo inconstitucional. La regulación de la entrada se puede afrontar con criterios diversos y con medidas que permitan ordenarla en función de los mismos. Mas no puede afectar a los derechos que se conceden a quienes ya están dentro: no es constitucionalmente legítimo utilizar como argumento disuasorio de la inmigración irregular la restricción de los derechos fundamentales de quienes se hallan en el ámbito territorial de aplicación del ordenamiento jurídico. Porque, si se trata precisamente de que la pérdida de derechos fundamentales sea tan onerosa como para disuadir de la presencia irregular en España, ello constituye una típica norma penal, con su efecto de prevención especial (para el concreto infractor) y general (para el conjunto de los sujetos al Derecho). Sin embargo,

1. el extranjero que ha llegado a España de modo irregular no ha cometido delito alguno, sino una simple infracción administrativa;

2. la sanción de privarle de derechos se impone sin procedimiento judicial alguno, por la simple fuerza de la Ley;

3. la finalidad de la reinserción social está excluida en la medida en que, a ese extranjero que ha sido criminalizado sin ser criminal, la privación de derechos le aísla del resto de la sociedad.

b) La Ley priva de ciertos derechos a los inmigrantes establecidos irregularmente en España mediante el artificio de reconocerles su titularidad y, sin embargo, no permitirles su ejercicio: todos son titulares del derecho, que podrán ejercer sólo los que hayan obtenido la autorización de residencia. Pero, ¿acaso es respetado el contenido esencial de los derechos de reunión, manifestación o asociación cuando se reconoce a ciertos grupos de extranjeros esa titularidad, mientras que el ejercicio les resulta negado? ¿Qué sentido tiene esta distinción entre titularidad y ejercicio de tales derechos fundamentales?

Ninguno. En realidad, se consideran con ella los derechos fundamentales desde los criterios dogmáticos de la teoría tradicional de los derechos patrimoniales, del derecho de propiedad. En él sí cabe distinguir entre titularidad y ejercicio; mas las libertades de reunión o de asociación, si no se pueden ejercer, ¿en qué consisten?, ¿cabría acaso ejercerlas mediante representación legal o voluntaria? Como ha señalado Ferrajoli, cuya doctrina inspira este Congreso desde su misma rúbrica, aplicar a los derechos de libertad las categorías del derecho de propiedad supone la degradación de las garantías inherentes a la dignidad humana.

c) Se condiciona el ejercicio de ciertos derechos fundamentales a la autorización administrativa de estancia o de residencia. Así, se hace depender el derecho fundamental no de las determinaciones legales sobre la nacionalidad, que la Constitución misma reconoce en ciertos supuestos como criterio diferenciador, sino del arbitrio de la Administración. Porque la Administración concede ese permiso de forma discrecional, con criterios difíciles de objetivar, especialmente en la medida en que tal permiso va ligado a un permiso de trabajo que puede de-

pende, por ejemplo, de la situación laboral del sector en España. Que una autorización administrativa de residencia se convierta en autorización general para el ejercicio de derechos fundamentales resulta inadmisibles. Cabría exigir autorización singular para determinados modos de ejercicio de ciertos derechos (como expresión de la habilitación constitucional para que la Ley regule el ejercicio de los derechos, artículo 53.1 CE; cfr. incluso el discutible régimen de concesión para el no menos discutible derecho fundamental a crear ciertos medios de comunicación). Mas condiciones de ejercicio y capacidad de ejercicio son nociones diferentes; la autorización general para que una persona pueda ejercer ciertos derechos fundamentales resulta incompatible con su función en el Estado constitucional.

d) Por último: La privación a los residentes irregulares de esos derechos, justamente de ellos, supone una agresión al conjunto de los demás derechos que se les reconocen.

Porque la garantía de los derechos no reside sólo en su protección judicial por parte de los tribunales, incluido el Tribunal Constitucional. Los derechos no los concede simplemente el Estado, que asimismo prevé unos mecanismos para garantizarlos; los derechos se conquistan, se imponen y se sostienen a través de fuerzas sociales concretas beneficiarias de los mismos. Por ello, la primera garantía de los derechos, su garantía sustancial, es la que se logra a través de la articulación social de sus titulares, a través de su capacidad para constituirse en grupo social con relevancia pública. El Estado constituye una garantía adicional sólo en cuanto Estado democrático y para los derechos de los ciudadanos, que participan en la adopción de las decisiones políticas. Esto es, en cuanto la fuerza social que ha logrado los derechos de libertad ha conquistado asimismo los derechos de ciudadanía, y por ello interviene como fuerza política para determinar la voluntad del Estado.

Así, los derechos de los extranjeros quedarían perfectamente garantizados en España si se les concediera derecho de voto, aunque sólo fuera en las elecciones municipales: los partidos políticos tratarían de atraerse sus votos; en lugar de limitarse a apelar a la xenofobia latente en muchos ciudadanos, tendrían que dedicarse a convencer a los inmigrantes. Entretanto, sin fuerza política en la que puedan apoyarse los extranjeros irregularmente establecidos en España, toda restricción de los derechos de reunión, manifestación, asociación, sindicación o huelga, la limitación de su capacidad para articularse socialmente, implica una simultánea privación de las garantías inherentes a los demás derechos que formalmente se les atribuyen. Frente a la acción sistemática de los poderes públicos y de la sociedad, la protección de los jueces resulta sólo ocasional.

3. El problema de los extranjeros en España, a los que se veda que se articulen como grupo social para defender por sí mismos sus derechos, es que éstos tampoco son considerados como cosa propia

por los demás. En general, la violación de los derechos de un ciudadano se contempla como una agresión potencial a los derechos de cualquier otro, que es esencialmente igual a él. Por eso todos están en disposición de luchar por los derechos, aunque ellos mismos no hayan sido perjudicados. El extranjero es visto como alguien extraño, y su desamparo no concierne a los ciudadanos porque no puede nunca afectarles.

Lo que es falso: todos son en el propio país potenciales extranjeros, incluso extranjeros irregulares, al menos mientras no se acrediten como nacionales. Finalmente, ello supone la aparición de un ámbito de represión policial al margen de las garantías jurídicas y judiciales, en el que se pierde el equilibrio entre libertad y seguridad que pretende articular el Derecho en perjuicio de los derechos fundamentales de las personas.

Pero, sobre todo, el Estado constitucional descansa sobre unos supuestos que son incompatibles con tal perspectiva. Con ella se abre un riesgo de quiebra del Estado constitucional, por cierto, en la dirección contraria a la que es habitual referirse en España. Se habla de los riesgos de admitir demasiados extranjeros, que con su cultura diferente pondrían en riesgo el Estado constitucional que hemos conseguido en España; yo lo veo exactamente al revés.

El Estado constitucional, en España y en otros lugares de Europa, se apoya sobre la forma del Estado nacional. Esto es, sobre un sustrato de valores nacionales, de identidad cultural, se apoya un edificio jurídico construido con los ladrillos de la libertad. De algún modo, los Estados constitucionales son por ello íntimamente contradictorios, lo son los propios textos de sus Constituciones. Y el mayor riesgo para su carácter constitucional viene precisamente de reforzar su identidad nacional.

La idea básica del Estado nacional son "los españoles". "La soberanía nacional reside en el pueblo español", dice el propio artículo 1.2 de la Constitución; y, tradicionalmente, la rúbrica constitucional rezaba "De los españoles", o "De los españoles y sus derechos". Al un lado están los extranjeros, que no tienen derechos ciudadanos, sino sólo derechos humanos. Y esos derechos humanos no los protege la Constitución, sino el Derecho internacional, cuya efectividad se apoya en la desigual fuerza de los Estados; en el fondo, los extranjeros tienen los derechos que su propio Estado de origen está en condiciones de imponer al Estado receptor.

Sin embargo, la idea básica del Estado constitucional es *el hombre*. Y éste, de acuerdo con la idea ilustrada en la que se apoya el Estado constitucional, no puede ser sólo *persona* y *súbdito*, sino que necesariamente ha de ser también *ciudadano*. Kant excluía sólo, por razón de incapacidad natural, a mujeres y niños; y por razón de dependencia social, a los trabajadores por cuenta ajena. Pero, al mismo tiempo, se refería a la comunidad patriótica en la que el Derecho debía regir.

El Estado constitucional actual, sin embargo, advertido por la Historia contra los riesgos de las ideologías identitarias, no debiera consentir extran-

jeros entre quienes se asientan en su territorio: todos son ciudadanos libres. Su legitimidad no tolera sujetos al Derecho que no sean, a un tiempo, sujetos activos de su producción, sujetos del Derecho. Si los extranjeros han de pagar impuestos, han de poder votar; la revolución americana proclamó: ningún impuesto sin representación. No hay Estado constitucional que no sea una "República de trabajadores de toda clase", como proclamó la Constitución de 1931. Que, sin embargo, a continuación se refería a los derechos y deberes de los españoles.

Cuanto más se refuerce la diferencia entre nacionales y extranjeros, entre ciudadanos y hombres que no lo son, mayor es el riesgo para el Estado constitucional. Por ello, quienes entran en el Estado constitucional tendrían que tener los mismos derechos, en principio, que los nacionales de ese Estado.

4. La pregunta decisiva, hasta ahora omitida, es: ¿quiénes pueden entrar?

Seguramente, el Estado constitucional no está en condiciones de admitir a un número ilimitado de personas procedentes de fuera de sus fronteras. Pero, de un lado, toda política que restrinja la inmigración sólo es legítima en la misma medida en que se complemente con la cooperación para el desarrollo económico y político de los Estados de los que proceden los inmigrantes. Lo contrario supone despreciar la universalidad potencial de los derechos humanos. En segundo lugar, las razones para restringir la inmigración han de ser bien distintas de las que usualmente se aducen.

Así, resulta completamente inaceptable restringir la entrada con criterios económicos, incluso justificarla con ellos. Los extranjeros no son una mercancía que se adquiere o no en función de las demandas del mercado de trabajo o de las necesidades de financiación de la Seguridad Social. Como personas, tienen en principio el derecho de establecerse donde deseen, como reconocieron los artículos 25 de la Constitución de 1869 ("Todo extranjero podrá establecerse libremente en territorio español, ejercer en él su industria, o dedicarse a cualquiera profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas"), reiterado en el artículo 27 de la Constitución republicana de 1873 y en el artículo 2 de la de 1876, así como el artículo 31 de nuestra Constitución republicana de 1931 ("El derecho a emigrar o inmigrar queda reconocido y no está sujeto a más limitaciones que las que la ley establezca"), recogiendo en el marco del constitucionalismo la progresiva doctrina de *ius gentium* utilizada en la colonización de América..

El Estado constitucional tiene la obligación, sin embargo, de velar por las condiciones estructurales de su subsistencia. Seguramente no puede garantizar plenamente los presupuestos sobre los que descansa, pero al menos está legitimado para esforzarse en ello. Ahora bien, esos presupuestos no son los del Estado nacional, la lengua y la cultura propias, sino unos bien diferentes.

De acuerdo con ellos, cada persona es libre de adoptar los signos de identidad cultural que prefiera, en su caso los que se correspondan con su origen. Las identidades culturales son reflejo de la libertad personal. Y su ejercicio debe ser respetado y protegido en el ámbito privado. A partir de esa libertad, el foro público, el ámbito social definido por las libertades de opinión y de expresión, de asociación y de reunión, debe ser considerado siempre provisional. Surge de un constante diálogo entre culturas, que no excluye por principio el conflicto o las tensiones. No es admisible que se pretenda frenar la inmigración procedente de ciertos países precisamente por su potencial influencia en la configuración del foro público.

Ahora bien, la plena aceptación del Estado laico, cuyas decisiones son ajenas a visiones generales del mundo, que es incompatible con todo fundamentalismo, resulta condición de la apertura de ese diálogo. El Estado no debe ser traducción de una u otra identidad cultural, y debe evitar activamente que una u otra se impongan en el ámbito social más allá de lo que resulte de su libre aceptación por parte de cada cual. Así, la garantía de los derechos en los flujos migratorios debe aprovecharse para luchar contra las agresiones a los derechos fundamentales que se producen en el seno de ciertos colectivos, en particular contra las mujeres y los niños. Los criterios de identidad colectiva deben ser siempre renunciables por cada persona. El respeto a los derechos fundamentales no opera sólo como límite frente al Estado, sino que concreta la imagen constitucionalmente adecuada del hombre que resulta imprescindible para construir sobre ella el Estado constitucional.

Sin embargo, no resulta admisible prejuzgar con criterios culturales la capacidad de cada inmigrante para adaptarse a ese canon mínimo de aceptación de los derechos. Lo único que puede hacer el Estado constitucional es valorar el nivel de garantía de los derechos en su seno y, quizá, cerrarse provisionalmente a la inmigración cuando vea en riesgo la propia identidad como sociedad abierta y Estado laico. Identidad que ahora está en riesgo en España, pero justamente por lo contrario de lo que se pretende: por la militancia social contra la apertura a los extranjeros. Y no es legítimo aducir la propia intolerancia como argumento para limitar la inmigración.