

Libertades de reunión y de asociación de los extranjeros (Respuesta del Tribunal Constitucional a la impugnación por diversas Comunidades Autónomas de la Ley 8/2000)¹

REMEDIÓ SÁNCHEZ FERRIZ

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universitat de València

Resumen

La STC 236/07, de 7 de noviembre, es analizada desde la teoría de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Se razona ampliamente sobre una interpretación jurídica (alternativa a la mayoritaria) del art. 13, más coherente con el ordenamiento jurídico español y con el internacional, poniendo de relieve las disfunciones que una interpretación aparentemente progresista puede generar en los derechos fundamentales de aquellos a quienes se pretende proteger.

Resum

La STC 236/07, de 7 de novembre, és analitzada des de la teoria dels drets fonamentals i les llibertats públiques. S'hi raona àmpliament sobre una interpretació jurídica (alternativa a la majoritària) de l'article 13, més coherent amb l'ordenament jurídic espanyol i amb l'internacional, posant en relleu les disfuncions que una interpretació aparentment progressista pot generar en els drets fonamentals dels qui es pretén protegir.

Summary

The sentence of the Constitutional Court 236/07, of November 7th, is analyzed from the theory of the fundamental rights and the public liberties. There are a lot of reflections on a legal interpretation (alternative to the majority one) of art. 13, more coherent with the Spanish and the international legal system, highlighting the dysfunctions that an apparently progressive interpretation can generate in the fundamental rights of those to whom the law tries to protect.

¹ El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación (dirigido por la Profa. García Soriano) «Modelos de participación ciudadana en el ámbito municipal que permitan la integración de los nuevos ciudadanos», financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (Ref. SEJ200764431).

Sumario

- I. Las múltiples impugnaciones coincidentes en su argumentación
- II. Encuadramiento de la cuestión en la jurisprudencia precedente
- III. Una cuestión procesal que afecta a derechos fundamentales resuelta en términos de respeto a eventuales competencias autonómicas en el orden de la legalidad ordinaria
- IV. La cuestión de fondo: los derechos fundamentales y su vinculación con la dignidad del ser humano proclamada por el art. 10.1
 - 1. Opacidad de un planteamiento que no llega a ser desarrollado
 - 2. La oportunidad de una ocasión perdida
- V. El art. 13 CE según el TC.
 - 1. Para el TC (y la doctrina mayoritaria) el art. 13 CE solo es «constitucional» a condición que no se lea en él lo que realmente dice
 - 2. Aporía teórica y disfunciones prácticas de la doctrina aplicada
 - 3. Posibles disfunciones de la interpretación mayoritaria
 - 4. Coherencia del art. 13 CE, entendido en su literalidad, con el Derecho internacional de los derechos humanos
- VI. Identidad de doctrina aplicada a la libertad de reunión, de asociación y de sindicación
- VII. ¿Ordenamiento jurídico estatal o internacional?

I. Múltiples impugnaciones en su argumentación

La Ley 8/2000, por la que se reformaban diversos preceptos de la Ley 4/2000, de regulación de los derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, fue impugnada ante el Tribunal Constitucional por el Parlamento de Navarra² y seis órganos autonómicos³ más, así como por 64 Diputados del Grupo Parlamentario del PSOE en el Congreso.⁴

Todos los recursos coincidían, a grandes rasgos, tanto en la impugnación de algunos preceptos de la citada Ley como en la fundamentación de sus pretensiones, de tal suerte que, resueltas ya en sentencia 236/07, de 7 de noviembre, dictada en el mencionado recurso de inconstitucionalidad del Parlamento de Navarra, los siete recursos restantes se resuelven declarando que se hallan extinguidos por desaparición sobrevinida de su objeto, en lo que se refiere para cada uno de ellos a lo ya resuelto por la citada sentencia 236, y sin perjuicio de alguna concreta precisión en el propio fallo, y en la fundamentación, respecto de particulares planteamientos, aunque muy secundarios, específicos de cada recurso. Ahora bien, cabe afirmar que el grueso de todas las cuestiones planteadas se halla en la sentencia 236 que viene, así, a ser el tronco común de la que derivan las restantes sentencias también mencionadas (de la 259 a la 265 de 2007). En ella, nos detendremos en esta reflexión.

Los preceptos impugnados afectan a derechos de diversa consideración que, por ello, requerirían de distinta línea argumental y tal vez de distintas soluciones aunque la sentencia «matriz» hará que la argumentación gire en todo momento sobre la dignidad humana. Tales derechos son los afectados por la Ley impugnada que trataba de reformar la 4/2000 a través de los puntos 5, 6, 7, 9, 12, 13, 14, 16, 20, 50, 53 y 56 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000. Doce puntos, pues, del artículo 1º referidos a los siguientes derechos: el derecho de reunión, el derecho de asociación, la libertad sindical, la intimidad familiar y al reagrupamiento familiar, la asistencia jurídica gratuita y, por último, la libertad en relación con el internamiento de los extranjeros en los supuestos de retorno.

En el presente trabajo no pretendo ocuparme más que de las dos primeras libertades mencionadas, y por similitud también haré referencias a la sindical. Creo que respecto de la libertad de reunión y de asociación se introduce alguna consideración novedosa que es el objeto central de mi reflexión. Pero sobre todo, su interés se revela mayor si reparamos en que, una vez más, el Tribunal Constitucional aplica una determinada interpretación del artículo 13 de la Constitución, aun sin razonarla en profundidad, de la que vengo discrepando de tiempo atrás por las razones que expondré.

2 A la que se da respuesta en STC 236/07, de 7 de noviembre.

3 Junta de Andalucía y Parlamento Vasco (a los que se da respuesta con las SSTC 259/07 y 260/07, ambas de 19 de diciembre), Junta de Comunidades de Castilla La Mancha (STC 262/07, de 20 de diciembre), Comunidad Autó-

noma de Aragón, Junta de Extremadura y Principado de Asturias, cuyos recursos se resuelven, respectivamente, por SSTC 262 a 265, todas ellas de 20 de diciembre de 2007.

4 STC 261/07, de 20 de diciembre.

II. Encuadramiento de la cuestión en la jurisprudencia precedente

En última instancia, si hubiéramos de resumir tanto la argumentación de los recursos tal como se recoge en las sentencias y la propia respuesta del Tribunal al hacerla suya, la síntesis sería la siguiente: Los derechos, por obra de la dignidad humana que el art. 10.1 CE consagra, pertenecen a todas las personas por igual aunque la mayor o menor «fuerza» de cada derecho depende de su proximidad a dicha dignidad; advertido que ello responde, no solo al mandato constitucional sino también a los Tratados internacionales, se concluye de inmediato por parte de la sentencia que el ejercicio de las libertades de reunión, de asociación y de sindicación no puede ser negado (como la Ley impugnada pretendía) a los extranjeros «no residentes» o comúnmente conocidos como «ilegales». Sin embargo, no se declara la nulidad de las disposiciones consideradas inconstitucionales invitando al legislador a que adecue la Ley a las consideraciones de esta sentencia.

De esta síntesis se desprende que lo novedoso del planteamiento se ciñe a la aplicación de la categoría de las libertades públicas en relación con la configuración legal de sus condiciones de ejercicio puesto que la constitucionalidad de la mención a la residencia legal de los extranjeros como condición de disfrute de otros derechos presenciales (como el de asistencia sanitaria, visto en STC 95/2000), o fundamentales personales (tutela judicial efectiva, de la que se contiene un análisis en STC 95/2003), ya había sido resuelta por el TC. En el mismo sentido, cabe afirmar que la declaración de inconstitucionalidad de la exigencia de autorización para las reuniones que pretendió establecer la Ley de extranjería de 1985 (resuelta por STC 115/1987, de 7 de julio) derivó de la aplicación de la doctrina del contenido esencial, no resultando necesaria mayor argumentación sobre la aplicación del art. 13.1 de la Constitución.

Sin embargo, en el presente caso, la múltiple impugnación de preceptos que afectan a derechos y libertades de diversa consideración y naturaleza pudo suponer la ocasión apropiada para que el TC hubiera entrado de lleno en el régimen jurídico de los derechos de los extranjeros desde la perspectiva del art. 13.1 y hubiera clarificado lo que las decisiones anteriores tenían de coyuntural y/o de definitiva construcción dogmática. Pues la resolución de problemas jurídicos en relación con los derechos fundamentales y las libertades públicas trasciende a los directamente afectados en cada momento comportando, como en este caso concreto que vamos a comentar alega el propio Tribunal, la progresiva depuración del ordenamiento jurídico para poder presentarlo, cada vez más, como un coherente sistema de principios y normas. No en vano, el propio TC se expresaba en otra ocasión del siguiente modo: «la Constitución no es la suma y el agregado de una multiplicidad de mandatos inconexos, sino precisamente el orden jurídico fundamental de la comunidad política, regido y orientado a su vez por la proclamación de su art. 1, en su apartado 1, a partir de la cual debe resultar un sistema

coherente en el que todos sus contenidos encuentren el espacio y la eficacia que el constituyente quiso otorgarles» (STC 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 3).

La cuestión, sin embargo, no se reduce tan solo a los elementos dispositivos sino que alcanza toda la estructura del razonamiento jurídico que en ocasiones viene condicionado por el propio objeto o institución sobre la que se razona. En tal sentido, tras los pronunciamientos constitucionales de dos décadas en los que el TC ha ido buscando la mayor aproximación posible entre extranjeros y españoles en materia de derechos, no sorprende el resultado de las sentencias que analizamos, extraordinariamente generosas en el reconocimiento de derechos.

Pero sí debemos preguntarnos si acaso no era esta una excelente ocasión para clarificar tantas cuestiones no resueltas en punto a la ordenación de nuestra tabla de derechos, que no siempre es fácil ni posible intentar cuando lo impugnado tiene un carácter más puntual y reivindicativo de situaciones y/o personas concretas. No es este el caso presente cuya generalidad de consideraciones hubiera permitido una sistematización de derechos que tantas veces se echa de menos. Además, estas sentencias constituyen también una excelente ocasión para reflexionar sobre si el mismo tipo de razonamiento puede ser aplicado a la resolución de los casos cualquiera que sea el derecho fundamental invocado y también, como en el caso presente, cuando de lo que se está tratando es del ejercicio de libertades públicas. Ello es lo que trataré de exponer.

III. Una cuestión procesal que afecta a derechos fundamentales resuelta en términos de respeto a eventuales competencias autonómicas en el orden de la legalidad ordinaria

La primera cuestión que aborda el TC, de orden procesal, aun sin entrar en ella, pues se limita a recordar la flexibilidad con que ha ido evolucionando el criterio de legitimación de las CCAA basado en la afectación de sus competencias, a mi juicio, sin embargo, incide en la concepción de los derechos fundamentales de nuestro sistema constitucional y, por ende, a la teoría general de los mismos.

Pues, si bien aduce la recurrente que los preceptos impugnados afectarían competencias que la misma tiene en materia de vivienda, sanidad, educación, asistencia social o menores..., el Tribunal pudo muy bien inadmitir el recurso en la medida en que hubiera podido considerar que la Ley Orgánica impugnada, más que atribuir y/o distribuir competencias entre las diversas instancias estatales, está realmente explicitando el contenido de algunos derechos fundamentales, en particular de algunas libertades públicas (y en todos los casos la de circulación y residencia se ven afectadas), y, por consiguiente, desarrollando aspectos esenciales de las mismas como es la titularidad y sus condiciones de ejercicio, cuestión que sobre quedar reservada a Ley orgánica (ex art. 81 CE) no puede ser discutida por las CCAA, pero que, además, se reserva también al

Estado con carácter exclusivo en virtud del art. 149.1.1.^a CE. Por último y con mayor razón, no cabe olvidar que mediante la L.O. impugnada se desarrolla directamente el artículo 13.1 de la Constitución.

Llama la atención el hecho de que el propio TC justifique la admisión del recurso y su general flexibilidad (asentada ya, según explicita la propia sentencia, en jurisprudencia precedente) en el hecho de que el recurso no tiende tanto a la defensa de competencias propias cuanto a contribuir a la depuración del ordenamiento jurídico. Justamente esta última finalidad es la que hubiera exigido del Tribunal que no ignorara que el núcleo de las cuestiones planteadas lo constituyen los derechos fundamentales y, siendo así, devienen absolutamente accesorias por secundarias y muy indirectamente derivadas, las eventuales competencias que, sean las Comunidades Autónomas o sea el propio Estado central, puedan tener en materias y competencias prestacionales derivadas de tales derechos.

Tampoco el voto particular formulado a la sentencia cuestiona la resolución formal de la legitimación. Por nuestra parte, es decisiva la argumentación del propio Tribunal al entrar en la cuestión con la finalidad de depurar el ordenamiento jurídico pues, ciertamente, y sin perjuicio de la discutibilidad de la resolución de este aspecto procesal, la sentencia pudo ser extraordinariamente interesante (y «depuradora» del ordenamiento jurídico) en la medida en que aportara claridad y coherencia en el entendimiento de nuestro sistema de derechos y libertades. Interesa, pues, reflexionar sobre lo que la misma aporta, o pudo aportar, a la clarificación del sistema de nuestro sistema de derechos y libertades.

IV. La cuestión de fondo: los derechos fundamentales y su vinculación con la dignidad del ser humano proclamada por el art. 10.1

En lo que se refiere al fondo de la cuestión, el TC dice entrar de lleno en la consideración de lo que son los derechos fundamentales y su vinculación al desarrollo de lo que para los extranjeros dispone el art. 13.1.⁵

Para ello, toma como punto de partida la dignidad del ser humano consagrada en el art. 10 CE de la que extrae la necesaria titularidad universal de algunos derechos; lo que en absoluto es novedoso pues, aunque expuesto con mayor claridad y concisión, es constante en cuantas sentencias constitucionales se refieren al régimen jurídico de los derechos de los extranjeros.⁶ Pero ello, obviamente, le obliga a razonar por qué unos son mas «universales» que otros dependiendo de su diverso grado de conexión con la dignidad, lo que le lleva afirmar que «el grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad debe determinarse a partir de su contenido y naturaleza».

⁵ El planteamiento de la cuestión queda perfectamente expuesto en el F.J. 1: «Se plantea así por primera vez ante este Tribunal la posible inconstitucionalidad de una ley que niega el ejercicio de determinados derechos no a los extranjeros en general, sino a aquéllos que no dispongan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España.»

⁶ Cfr. VIDAL FUEYO, M.C.: *Constitución y Extranjería*. Madrid, CEPC, 2002, pp. 156 y ss.

Naturalmente; es obvio que no todos los derechos tienen igual conexión con la dignidad, por lo que conviene determinar bien los niveles de tal conexión y establecer cuales son los derechos que los conforman. Pues la simple afirmación genérica de la diversidad de conexiones no nos aporta criterios claros y predecibles para la resolución de conflictos entre los diversos derechos y/o libertades. Por ello, la consideración del TC trascrita es, como veremos, insuficiente en la medida en que no contempla el régimen jurídico completo de los diversos grupos de derechos puesto que no todo se reduce al contenido y la naturaleza, sino que también debe ir referido a sus titulares y funcionalidad concreta en el sistema general. Pero, sobre todo, acabaremos por concluir que tal consideración es, además, innecesaria por cuanto nada añade a la posibilidad de concluir con la inconstitucionalidad del precepto tal como hace la sentencia.

En todo caso, el interés que podía tener, sin duda alguna, la explicación de tal planteamiento del Tribunal, no llega a tener virtualidad al quedar falto de desarrollo. Así, la formulación de la Teoría adoptada como punto de partida se reduce a afirmar la conexión de los Derechos Fundamentales con la dignidad y la distinta gradación de tal «conexidad» en función (dice la sentencia, como se acaba de ver) del contenido y naturaleza de cada derecho. Ello, sin la necesaria «catalogación» o sistematización de los derechos a que en cada afirmación nos referimos, resulta tan impreciso como la tantas veces por mí criticada expresión de que «no hay derechos absolutos» o de que «todos los derechos son limitados». Y la imprecisión en este terreno comporta inseguridad. Pues, en efecto, desde las genéricas formulaciones no llegamos a saber si la resolución es coyuntural o es la única posible (o, al menos, la mas adecuada entre las posibles) en el marco constitucional.

La cuestión resulta más inquietante si cabe si tenemos en cuenta que sobre lo que se está discutiendo en los primeros fundamentos jurídicos de la sentencia, al hacer el tipo de consideraciones a que me estoy refiriendo, es sobre el derecho de reunión (aunque con posterioridad se extenderá el mismo argumento a los demás objeto del litigio). Así, en el caso presente, si se partía del referido planteamiento de la diversa conexidad de los derechos con la dignidad, habría sido conveniente conocer por qué el derecho de reunión y el de asociación (en torno a los cuales discurre el Tribunal de tal modo) guardan con la dignidad una especial conexidad que obliga a considerarlos reconocidos a todo ser humano, aun sin vinculación legal alguna con nuestro ordenamiento, como era el caso enjuiciado (de los extranjeros «no residentes»), salvo que por tal vinculación legal se considere el hecho físico (y absolutamente fáctico) de la presencia en territorio del Estado. Pues en sendos Fundamentos jurídicos (el 6 y el 7) la sentencia se limita a deducir la conexión de las libertades de reunión y asociación con la dignidad de la naturaleza sociable de todo ser humano lo que, sobre ser obvio, no es suficiente.

1. Insuficiencia de un planteamiento que no llega a ser desarrollado y del que no se deriva consecuencia jurídica alguna

Ha de llamarse la atención, una vez más, sobre la necesidad de partir de una configuración global, o sistematización,⁷ de nuestra declaración de derechos que no ha sido tenida en cuenta por más que la sentencia comienza diciendo que va a resolver a partir de una consideración sistemática del Título I; pues resolver así, por la vinculación del derecho de reunión y de asociación a la dignidad humana (argumento que, además se aplica también en el FJ 9 a la libertad de sindicación), puede servir, a lo sumo, para razonar en términos generales en un caso como el presente, referido a la constitucionalidad o no de una Ley. Pero, sin embargo, ello dificulta la construcción general del sistema de derechos fundamentales y libertades públicas de nuestro Título I por cuanto complica lo realmente importante en tal sistema que es la relación y/o prioridad entre los diversos grupos de derechos que en el mismo se contienen con regímenes jurídicos distintos. Dicho de otro modo, si en este caso concreto se insiste en la conexión entre las tres mencionadas libertades con la dignidad ¿qué habrá que resolver cuando el conflicto se plantee entre ellas (u otras libertades) y los derechos personalísimos como la libertad y seguridad, la integridad, la intimidad o el honor?

La cuestión no es baladí ni pretendo tan solo obstinarme en una construcción minoritaria como la que durante tantos años vengo defendiendo,⁸ pues si adopto ahora este enfoque es por ser la propia sentencia analizada la que lo adopta. Y es ello lo que justamente sorprende; pues, en primer lugar se refiere a esos derechos más personales y directamente conexos con la dignidad (e, incluso, llega a intentar una enumeración⁹ para, inmediatamente después, aplicar tal teoría de la conexidad a las libertades sometidas a juicio que, sin embargo, no han sido mencionadas por el Tribunal como tales derechos especialmente vinculados a la dignidad.¹⁰

Lo más curioso es que el TC tampoco ha extraído consecuencia jurídica alguna respecto de la vigencia de la Ley impugnada, lo que no clarifica mucho la situación para quienes han de aplicarla. En efecto, las amplias y difusas consideraciones de los fun-

7 SÁNCHEZ FERRIZ, R.: «Ordenación sistemática de los derechos y libertades de la Constitución» en L. Aguiar de Luque y otros: *Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia constitucional (Libro Homenaje al Prof. Gumerindo Trujillo)*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

8 Cfr. SÁNCHEZ FERRIZ, R.: *Estudio sobre las Libertades*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, 2.ª ed.

9 Ciertamente, en el FJ 3 se refiere a los «derechos inherentes a la dignidad de la persona humana» (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7) para seguir afirmando: «En esta situación se encontrarían el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica (STC 107/1984, FJ 3), pero también el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985, FJ 2) y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003, FJ 4), el derecho a la libertad y a la seguridad (STC 144/1990, de 26 de sep-

tiembre, FJ 5), y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1). Todos ellos han sido reconocidos expresamente por este Tribunal como pertenecientes a las personas en cuanto tal, pero no constituyen una lista cerrada y exhaustiva.»

10 Justamente los que el TC enumera como más directamente conexos a la dignidad (en el párrafo transcrito en la nota precedente) coinciden con los que en alguna ocasión (fundamentalmente en mi libro *Estudio... ya cit.*) he denominado «personalísimos» precisamente para poder distinguirlos de otros no menos fundamentales pero distintos (o algo más distantes del núcleo de dignidad) como el propio Tribunal se esforzará en demostrar en el presente caso.

damentos jurídicos sobre la inconstitucionalidad de los preceptos que limitan el ejercicio de las libertades de reunión, asociación y sindicación a los extranjeros residentes no concluyen, como cabía esperar, en la nulidad de los mismos sino en una breve y leve admonición al legislador a la que se dedica el FJ 17. Sobre ninguno de los tres preceptos afectados recae la nulidad de la concreta referencia a los «residentes» pues es el legislador el que «en un plazo de tiempo razonable» habrá de establecer las condiciones de ejercicio de tales libertades para los extranjeros que carecen de autorización de estancia o residencia.

2. La oportunidad de una ocasión perdida

Ya se ha advertido al referirme al incidente procesal que, desde el planteamiento de la demanda invocando competencias autonómicas, tal vez no fuera la mejor ocasión para entrar en la necesaria sistematización del Título I de la Constitución pues, en última instancia, se trataba de dar respuesta en términos constitucionales al problema realmente reivindicado por la recurrente respecto de sus competencias, cosa que, por aplicación del art. 81 CE, necesariamente acaba referida a aspectos accesorios, o secundarios, de la teoría de los derechos.

Así planteado, ni parece que debió admitirse (por entrar la cuestión plenamente en la reserva del art. 81.1 CE) ni, tras su admisión, creo que podía tratarse la cuestión de la diversa intensidad de la conexión de los derechos con la dignidad sin (una vez más) haber llegado a decirnos qué gradación de los derechos quiere establecer el TC en relación con el presupuesto constitucional de la dignidad. Si realmente se quiere entrar en esa teoría general, no puede seguir posponiéndose la consideración general de los derechos fundamentales y de la diversidad de los mismos en atención, no sólo a su contenido y diversidad sino también a sus titulares, funcionalidad y eventual ejercicio (necesariamente libre), así como a sus garantías y a su eventual suspensión.

La virtualidad de haber emprendido la sistematización de los derechos fundamentales habría permitido también determinar la posición dentro de tal sistema de otros elementos sustanciales del Título I que, aun sin ser derechos propiamente, desempeñan en él una importante función estructuradora de los derechos. En este sentido no hubiera pasado desapercibido un aspecto no menor puesto de relieve por el Voto Particular a la sentencia: que, junto a la dignidad (y los derechos que le son mas inherentes) que nadie parece haber negado, el art. 10.1 establece como fundamentos del orden político y de la paz social otros bienes jurídicos no menores (al menos en la forma en que el artículo 10 CE los enumera) cual es el respeto a la ley. En una cuestión como la discutida en el litigio, que justamente se refería a la distinción entre extranjeros «residentes» o no, y en la medida en que tal concepto de «residencia» se vincula a la idea de legalidad de la estancia en España, resolver la cuestión sin referencia alguna al respeto a la Ley resulta, cuanto menos, de dudosa coherencia.

Ahora bien, si desde la perspectiva del enfoque competencial de la demanda, acabamos de decir que no era tal vez la ocasión más propicia para emprender la sistematización de los derechos fundamentales, desde el enfoque de fondo, en la medida en que se refería a los derechos de los extranjeros, es de lamentar que se haya perdido tan excepcional ocasión pues ello también habría permitido un mejor entendimiento del art. 13 CE que es, en última instancia, el que se hallaba en tela de juicio en la medida en que, según el entendimiento del mismo, el legislador ha de desarrollar sus propias opciones. Obsérvese que lo que se plantea realmente no es siquiera que el legislador pueda entrar o no en la regulación de las libertades reconocidas a los extranjeros (cuya titularidad no se niega), sino que el ejercicio de las mismas se posponga al momento de la regularización o legalidad de su estancia en España. Y es ello lo que la parte recurrente denuncia concretamente: que la Ley Orgánica exija el cumplimiento de la legalidad en la permanencia en España para poder exigir el libre ejercicio de algunas libertades.

En este caso resultaba si cabe más necesario el esfuerzo de clarificación sobre los diversos contenidos del Título I de la Constitución, y de su respectiva relación con la Ley, porque es la propia Constitución la que en el artículo 13 rompe el binomio usualmente empleado a lo largo del texto constitucional y especialmente de ese Título I (*derechos fundamentales y libertades públicas*), para referirse de forma expresa sólo a las *libertades*. ¿Simple olvido como algún autor ha sostenido? Evidentemente, no, a mi juicio.¹¹ Al menos, nunca el TC ha llegado a tal conclusión expresamente manifestada. Era, pues, la mejor ocasión para clarificar el sistema puesto que, inevitablemente, debió resolverse en un asunto como el presente (ya que no se hizo tampoco hasta ahora de un modo claro) en el que, en última instancia, el parámetro de constitucionalidad venía constituido por el significado del art. 13.1 de la Constitución.

V. El artículo 13 CE según el TC¹²

Ciertamente, llama la atención lo trabajoso del razonamiento empleado justamente por negarse una vez más el Tribunal a asumir la categoría de las libertades públicas mencionadas, a mi juicio con toda propiedad, por el artículo 13 CE y cuyo contenido y sig-

11 Son muchos los elementos normativos que avalan la interpretación literal del art. 13.1 como la más ajustada a la interpretación auténtica. Baste pensar, a modo de ejemplo, en normas próximas al momento histórico en que se redacta la Constitución, siendo tal vez la más representativa la Ley 62/78 cuyo ámbito, aunque posteriormente se fue parcheando y perdiendo homogeneidad, inicialmente se centraba en las libertades públicas lo que, hasta la posterior y progresiva regulación específica de las mismas (por ejemplo, en el caso del derecho de reunión, la Ley orgánica de 1983) permitía proceder a su defensa en términos de sumariedad y preferencia como se exige en estos especiales derechos que «se ejercen» y por ello no pueden quedar en suspenso en tanto no se resolviera el supuesto pleito ordinario.

Otro ejemplo de interpretación por el propio desarrollo legislativo de la Constitución lo encontramos en la misma Ley de extranjería de 1985, extraordinariamente criticada por ser restrictiva de derechos cuando, en realidad, establecía lo que aun hoy trata de establecer el legislador del siglo XXI: las restricciones y/o modulación que para el ejercicio de las libertades públicas se podría derivar.

12 Precisamente sobre el correcto entendimiento del art. 13 se construye la discrepancia manifestada en el Voto Particular a la sentencia pero en él se parte de la radical diferenciación que el precepto adoptaría como punto de partida entre españoles y extranjeros sin hacer pesar, como vengo sosteniendo, las eventuales diferencias en el término y en la comprensión

nificación ya fue perfectamente establecido por nuestros maestros del derecho público decimonónico.¹³ Sin embargo, no es menos cierto que la interpretación que el TC, en esta y otras ocasiones, hace del art. 13.1 es la que sostiene la doctrina mayoritaria,¹⁴ salvo alguna excepción digna de mención cual es el Voto Particular a la STC 115/87, firmado por los Magistrados Rubio Llorente, Tomás y Valiente y García Mon.¹⁵ En efecto, el FJ 3 de la sentencia comentada comienza por afirmar que la «libertad que el art. 13.1 CE concede al legislador para regular el ejercicio de las libertades públicas» no es ilimitada «puesto que el legislador, aún disponiendo de un amplio margen de libertad para concretar los “términos” en los que aquellos gozarán de los derechos y libertades en España, se encuentra sometido a límites derivados del conjunto del Título I de la Constitución, y especialmente los contenidos en los apartados primero y segundo del art. 10 CE...»¹⁶

Por supuesto, el párrafo es absolutamente innecesario pues no parece que nadie este defendiendo que las facultades del legislador sean ilimitadas cuando éste sencillamente condiciona el disfrute del libre ejercicio de las libertades públicas al sometimiento de sus titulares al Derecho. Diré más, el legislador no puede hacer otra cosa que crear, o al menos presumir, que el ordenamiento jurídico se cumple; otra cosa sería un absurdo.

1. Según el TC (y la doctrina mayoritaria) el art. 13 CE solo es «constitucional» a condición que no se lea en él lo que realmente dice

Pero lo más curioso es cómo continúa el razonamiento al deducir que, por lo afirmado sobre los límites, ha de concluirse que no existe desconstitucionalización ya que la

de lo que sean las libertades públicas y su concreta necesidad de la regulación de su ejercicio en función de colectivos y/o circunstancias diversas que, sin embargo, no sería posible ni necesario distinguir en el caso de los derechos personalísimos o más íntimamente vinculados a la dignidad del ser humano. A los magistrados discrepantes les parece exagerada la construcción mayoritaria que habría reducido el contenido del art. 10.1 CE a solo la dignidad cuando, realmente son diversos los elementos que en él se contienen y entre ellos, el respeto a la ley no es menor. «En definitiva, esa condición, la estancia legal en España, no es sino expresión inmediata del respeto a la ley, que es, se reitera, junto con los demás elementos normativos del art. 10.1 CE, uno de los que constituyen el fundamento del orden político y de la paz social, respeto incompatible con una situación social generalizada y masiva de incumplimiento.» Sin perjuicio del acierto en la llamada de atención sobre la pluralidad de elementos del art. 10.1, en el voto particular se hace imprescindible la referencia fáctica a la inmigración descontrolada que, sin embargo y a mi juicio, resulta innecesaria en una estricta interpretación jurídica como la que estamos aquí intentando pues la correcta aplicación del ordenamiento es elemento determinante del mismo cualquiera que sea el número de las excepciones que a la misma se quisieran establecer.

¹³ Cfr. SÁNCHEZ FERRIZ, R.: «Significación histórica de las libertades públicas. Su configuración doctrinal en el período de la Restauración», en

Derecho, historia y universidades. Estudios dedicados a Mariano Peset. Valencia, 2007.

¹⁴ Por todos, VIDAL FUEYO, M. C.: *Constitución...*, ya cit., pp. 43 y ss. o GONZÁLEZ TREVIJANO, P. J.: *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida de España*. Madrid, Civitas, 1991, (en concreto, p. 78).

¹⁵ Este Voto constituye, a mi juicio, el mejor exponente de la aceptación de la literalidad del precepto contenido en el art. 13.1 CE al decir que «el citado art. 13.1, al emplear sólo la locución “libertades públicas”, excluyendo la de “derechos fundamentales” implica en primer lugar que también los extranjeros gozan de los derechos enunciados en términos genéricos por la propia Constitución y que son inherentes a la dignidad humana para para utilizar la expresión empleada en las SSTC 107/84 y 94/85. Significa también, sin duda, en segundo término, que el legislador español esta obligado a otorgar a los extranjeros que viven legalmente en España el uso de las libertades públicas que garantiza el Título I, pero también sin duda, que esas libertades no tienen otro contenido que aquel que establezcan los Tratados y la Ley.» La interpretación resulta tal vez restrictiva respecto de las libertades ppúblicas de los extranjeros pero confirma mi posición en lo referido a las consecuencias jurídicas de su expresión literal aunque apenas ha tenido repercusión en la jurisprudencia posterior.

¹⁶ Todo lo cual aporta bien poco a lo que se discute pues esas mismas afirmaciones son susceptibles de hacerse prácticamente de todos los derechos y/o libertades del Título I.

expresión libertades públicas utilizada por el art. 13 «no debe ser interpretada en sentido restrictivo...», queriendo con ello decir que se refiere a todos los derechos del Título I. Como si el hecho de referirse solo a un grupo de tales derechos resultara restrictivo o como si la eventual restricción normativa impuesta por el legislador derivara del entendimiento de tal expresión y de la referencia a los extranjeros. Lo llamativo es que, tratándose de una norma en sí misma eventualmente restrictiva, se considere «restrictivo» el que solo se refiera a un grupo de derechos y no a todos ellos.

Dicho de otro modo: ¿puede seriamente afirmarse que si el art. 13.1 se lee como realmente se ha escrito al referirse a las libertades públicas hay desconstitucionalización? ¿Quería referirse el TC a las normas constitucionales inconstitucionales, cosa absurda en el presente caso? Por el contrario, ¿no se produce realmente la desconstitucionalización desde el momento que, por querer entender que el art. 13.1 también se refiere a los derechos fundamentales mas vinculados o inherentes a la dignidad, se remite su regulación al legislador cuando dichos derechos se les reconocen realmente por la Constitución a todas las personas?

Desde tal punto de partida el Tribunal se ve obligado a recordar su sentencia 107 de 1984 según la cual la titularidad y ejercicio «depende del derecho afectado» para así poder establecer los que considera derechos mas inherentes a la dignidad del ser humano en los que, por tal razón, no cabe distinguir su tratamiento legislativo entre los nacionales y quienes no lo son. Nada que objetar en este punto, lógicamente, a condición que realmente se determinen cuáles son tales derechos más estrechamente vinculados a la dignidad por cuya razón siquiera de ellos se puede hablar en términos de ejercicio libre sino solo de efectiva y decidida protección, como recientemente ha recordado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Zengin contra Turquía y el propio TC español en multitud de asuntos recientes en los que ha aplicado la doctrina del Tribunal Europeo.¹⁷

Ciertamente, el TC en la citada sentencia 107/84 resolvía una impugnación declarando la inconstitucionalidad del precepto de la Ley que limitaba el derecho de reu-

17 En el asunto Zengin contra Turquía (28/10/2004) el TEDH deja clara la especial virtualidad del derecho a la vida y la *vis expansiva* del mismo que (lejos de permitir razonamientos bajo la teoría de los límites) se impone a todos los poderes públicos involucrándoles en una real y decidida defensa del derecho que, tras su violación, se convierte en deber de investigación del crimen e identificación de sus autores. Aunque envuelta en la actual problemática de las cuestiones de género, y por consiguiente con las pertinentes salvedades respecto de su significación generalizada, la reciente sentencia del TC 8/2008, de 21 de enero, también lleva a cabo una aplicación de la especial protección del derecho a la vida y a la integridad cuando, aplicando la doctrina contenida en la STC 311/2006, de 23 de octubre, llega a extender a los poderes públicos (en el caso, a la Comunidad de Cantabria, como en la sentencia de 2006 lo había hecho para la Comunidad Valenciana) el ejercicio de la tutela judicial (a modo de Atípica acción públi-

ca) en defensa de las víctimas de la violencia de género: el Gobierno de Cantabria considera «que la denegación por los órganos judiciales del ejercicio de la acción popular que le reconoce el artículo 18 de la Ley de Cantabria 1/2004, de 1 de abril, integral para la prevención de la violencia contra las mujeres y la protección a sus víctimas, se ha basado en una interpretación del art. 125 CE restrictiva y contraria al principio pro actione» (FJ 2). Ya sin referencia alguna a las cuestiones de género, la jurisprudencia constitucional ha recogido la doctrina del TEDH en diversas sentencias. Así, la 34/2008, de 25 de febrero, en la que, hallándose en tela de juicio el tratado a un detenido por las fuerzas de seguridad, recuerda que el canon con el que ha de prestarse la tutela judicial resulta mucho mas riguroso. Y la también reciente sent. TC 224/2007, de 22 de octubre, redundante en la especial configuración y garantía de los derechos fundamentales personalísimos que compromete a los poderes públicos en una especial intensidad inda-

nión hasta el punto de no respetar su contenido esencial en la medida en que la ley exigía para los extranjeros el requisito de autorización para ejercer su derecho a la reunión.

«El problema que se plantea no es el de si es posible aquí esta diferencia de trato entre los españoles y los extranjeros, sino si el legislador ha respetado el contenido preceptivo e imperativo que establece el 21.1 CE también para los extranjeros...

Esta libertad de reunión sin autorización se constituye en una facultad necesaria para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito (STC 11/1.981): al imponerse la necesidad de autorización administrativa se está desnaturalizando el derecho de reunión...»

«...El artículo 13.1 reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al “ejercicio” de los “derechos fundamentales” por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido del mismo derecho... Una cosa es autorizar diferencias de trato entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales.»

Sin embargo esta sentencia, aunque tampoco clarifica la comprensión de lo dispuesto en el art. 13.1, se limita a recordar y aplicar la doctrina del contenido esencial que la Ley no habría respetado al regular el derecho de reunión de los extranjeros. Pudo discreparse tal vez del *obiter dicta* referido a la comprensión del art. 13.1, pero aquella sentencia en absoluto generó las contradicciones jurídicas que en la ahora comentada resultan insalvables. Pues si, en última instancia, lo que se considera inconstitucional es la absoluta negación del ejercicio a los «ilegales» bien pudo acudir de nuevo al contenido esencial; sin embargo, la sentencia trata de demostrar que estaríamos ante un derecho de titularidad universal, lo que sin duda nadie pone en tela de juicio, pero sin llegar a explicar qué nexo ha de existir entre quienes han de «ejercerlo» y el concreto Estado en que se encuentran, ni qué razón asistió al constituyente para distinguir entre estas libertades públicas y los innominados derechos fundamentales que nadie duda en reconocer a todo ser humano en nuestro territorio.

La sentencia ahora comentada trata, en efecto, de acudir a las concretas apelaciones a la titularidad de cada precepto constitucional en que se reconocen derechos para concluir que hay derechos reconocidos a todos y otros no; para así poder concluir «que

gatoria de los atentados a tales derechos sobre la que se pronuncia el Tribunal pese a la imposibilidad procesal de entrar en la directa consideración del art. 15, su vis expansiva sí concede una especial relevancia al art. 24, también invocado y formalmente admitido: «El necesario juicio sobre la adecuación constitucional de la decisión de archivo y la intensidad de la actividad indagatoria realizada no puede realizarse en estos casos en abstracto sino tomando en consideración la relevancia constitucional de los bienes

que se pretendían proteger a través de del procedimiento judicial (STC 119/2007, de 21 de mayo, FJ 4). En esta ocasión se trataba, precisamente, de controlar posibles lesiones físicas causadas por funcionarios policiales a personas que permanecieron bajo su custodia por exigencias derivadas directamente de la garantía del derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes contenido en el art. 15, y habrá de ser éste el marco en el que se desarrolle nuestro razonamiento.» (FJ. 3)

el art. 13.1 CE concede al legislador una notable libertad para regular los derechos de los extranjeros en España, pudiendo establecer determinadas condiciones para su ejercicio. Sin embargo, una regulación de este tenor deberá tener en cuenta, en primer lugar, el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad humana, según los criterios expuestos; en segundo lugar, el contenido preceptivo del derecho, cuando éste venga reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución; en tercer lugar, y en todo caso, el contenido delimitado para el derecho por la Constitución y los Tratados Internacionales. Por último, las condiciones de ejercicio establecidas por la Ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida.» Pero, tal como ya se ha dicho, ello no resuelve la cuestión central de en virtud de qué nexo, compromiso internacional, etc. no cabe negar el «ejercicio» de una libertad pública cuya concreta regulación en el caso de no nacionales deja el constituyente en manos del legislador.

2. *Aporía teórica y disfunciones prácticas de la doctrina aplicada*

Realmente, todas las dudas que plantea la Ley enjuiciada y la propia sentencia comentada podían haberse resuelto de manera mucho más simple y clara por el simple procedimiento de asumir lo ya dicho por el TC en la sentencia precedente ya citada y otras a las que aún me referiré. Y justamente donde aquélla no tuvo necesidad de entrar (pues en absoluto se discutió la calidad en que había de hallarse el extranjero) es donde ahora debía haberse aportado claridad y para ello bastaba haber definido qué es exactamente un extranjero y en qué condiciones ha de hallarse en el territorio para gozar de cuantos derechos se le reconocen (siempre, claro es, que no se trate de los más personales que el ordenamiento protegería más en términos de humanitarismo que de las reglas jurídicas que lo caracterizan); pero siendo el propio TC el que decide admitir el recurso para depurar el ordenamiento, lo cierto es que no lo hace. Así, tanto la lectura de la sentencia como su comentario que ahora intentamos discurren por tan difícil camino como el escogido por el Tribunal.

Pues, en efecto, lo que se acaba de ver como argumentación del TC, a mi juicio, deja abierto el problema a expensas de cada caso y de cada situación, sin que su doctrina contribuya lo más mínimo a la comprensión ni del art. 13.1 ni a la teoría de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. Más aún, si lo que se quiere es huir de las restricciones, dando el mayor protagonismo posible a los derechos y reconociendo éstos a todas las personas, lo restrictivo no es, como ya se ha afirmado en varias ocasiones en la jurisprudencia constitucional, el que entendamos las «libertades» mencionadas por el art. 13.1 solo como tales libertades. Precisamente ello es más generoso que entender subsumidos en tal expresión a todos los derechos pues ello significaría que para todos

los derechos existe la posibilidad de regulaciones restrictivas o, cuanto menos diferenciadoras, de los extranjeros respecto de los españoles.

Mientras que, de haber partido de la dicción literal del art. 13.1 CE en el que a mi juicio se mencionan solo las libertades públicas, porque poco o nada puede (ni debe) modificar el legislador respecto de los derechos fundamentales personalísimos (de ahí que no se mencionen como posible objeto de regulación especial para los extranjeros), habría podido concluir con gran facilidad que el hecho de que las libertades se exteriorizan a través de su ejercicio libre suele imponer algunas condiciones a sus titulares, incluso si son nacionales (cual es el caso de los menores); ello, en términos generales, explica la necesaria regulación legal de las mismas, lo que ocurre no solo para los extranjeros sino también para determinados grupos sociales de españoles como es el caso de los funcionarios, jueces, fuerzas y cuerpos de seguridad, etc. Para éstos, como para aquellos, lo que se ha de tener presente es el contenido esencial de cada derecho que no debe ser invadido como con claridad sí había dejado sentado el TC en la ya citada sentencia 115/87 entre otras.

En la misma línea de pensamiento cabe añadir que, en cuanto a la referencia que la sentencia hace a las expresiones del texto constitucional atributivas de titularidad de cada derecho, tampoco llega a ser rigurosa. Obsérvese que justamente la libertad de residencia y circulación (que, en definitiva, está en la base del problema planteado, aunque en ningún momento se explicita) se atribuye solo a los españoles a diferencia de los artículos que reconocen el resto de las libertades públicas, pues estos sí lo hacen en forma impersonal («se reconoce... se garantiza...»); de tal suerte que este tipo de razonamiento podría llevarnos a contradicción con un razonamiento que no resulte ajustado a la propia dicción del art. 13 y su correcta comprensión.

3. Posibles disfunciones de la interpretación mayoritaria

Ciertamente, el artículo 13.1 de nuestra Constitución se refiere en mi opinión, tal como estoy razonando, solamente a las libertades públicas y no a todos los derechos fundamentales¹⁸ tal como con absoluta claridad vieron los Magistrados Rubio Llorente, Tomás y Valiente y García Mon, en el voto particular *supra* mencionado. Y no porque los extranjeros no los tengan reconocidos sino por que el reconocimiento de los que podemos denominar derechos fundamentales personales (o, incluso, personalísimos) deriva directamente de los mismos preceptos constitucionales que los reconocen a los españoles y demás personas sometidas o «afectadas» por nuestro ordenamiento jurídico. Justamente cuando no pueden atribuirse derechos a los extranjeros el precepto lo dice con absoluta claridad por lo que se refiere a los derechos de ciudadanía del art. 23 (pfo. 2 del art. 13) o, incluso, a la libertad que acabo de mencionar: la de circular y residir en el territorio español.

¹⁸ Ya expuse esta idea en otras ocasiones. Así en *Estudio sobre las libertades*, cit., pp. 252 y ss.

No parece, pues, muy generoso ni progresista exigir, en una forzada interpretación del precepto constitucional que también los derechos fundamentales mas personales hayan de entenderse comprendidos en un precepto que en sí mismo es restrictivo al establecer la posibilidad de regulaciones distintas según se trate de nacionales o de extranjeros; y, por ello mismo, no menciona los derechos sobre los que no cabe establecer distinciones legales y se refiere solo a las libertades públicas por que su ejercicio, que también requiere regulación en el caso de los españoles, podría tenerlo diferenciado para los extranjeros a condición, en todo caso, que por el legislador se respete el contenido esencial.

En este sentido, haber llevado a la Ley una serie de derechos ya reconocidos por la Constitución, no solo degrada el rango de tales derechos fundamentales, sino que, en la práctica, deja en manos del legislador eventuales reformas restrictivas en materia de derechos fundamentales. Ello, amén de haber tenido que incurrir en «rarezas» terminológicas como la de confundir y/o mezclar la intimidad con la reagrupación familiar como ocurre en la Ley vigente, 4 y 8/2000, reguladora de la extranjería, posibilitando no menores disfunciones jurídicas.

Volviendo sobre el precepto constitucional comentado, el primer párrafo del art. 13, objeto siempre de discusión en este orden de litigios, ni reconoce ni niega, simplemente dice que «gozarán» de las libertades públicas, como podría haber dicho con idéntico significado «podrán ejercer» las libertades públicas... Y es justamente esa posibilidad de ejercicio la que se enmarca «en los términos que establezcan los tratados y la ley» que, por ello, podrían resultar restrictivas (pues no cabe confundir esta referencia a Tratados con la del art. 10.2, cuestión que tampoco aclara la sentencia) pero que, he de insistir, en absoluto comporta discriminación de los extranjeros con los españoles por la regulación a que también estos se someten en función de su pertenencia a colectivos concretos, como ya se ha aludido; además, ello sería lo más razonable porque la regulación de tal ejercicio es necesaria en la medida en que no sólo cabe que medie la existencia de tratados con concretos Estados de los que proceden los extranjeros, sino porque los diversos grupos de éstos pueden conllevar determinadas problemáticas respecto de sus propios Estados que requieran una especial consideración diplomática en la medida en que el ejercicio de las libertades, aunque desarrollado en España, puede afectar a sus países de origen.

Aunque no se afirme expresamente tampoco parece desmentir la posición aquí defendida en punto al reforzamiento de los derechos personales «ilegislables» y de no aplicación a los mismos de las características de «legislabilidad» y «limitación inmanente» propias de las libertades públicas¹⁹ alguna manifestación precedente del propio TC. Junto al ya referido Voto Particular a la STC 115/87, en el texto de la STC 99/85 se lee:

¹⁹ En concreto para el caso de los extranjeros este enfoque permite afirmar que el artículo 13.1 CE no es el precepto dedicado a todos los derechos de los extranjeros sino solo a sus libertades públicas mientras que los derechos mas «inherentes» a su dignidad de personas humanas se hallan en los preceptos constitucionales generales.

«El párrafo 1 del artículo 13 CE no significa que los extranjeros gozarán sólo de aquellos derechos y libertades que establezcan los tratados y las Leyes... Significa, sin embargo que el «disfrute» por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución... podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los tratados internacionales y la Ley interna española. Pero ni siquiera esta modulación o atemperación es posible en relación con todos los derechos, pues existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos»...

Y en la 95 STC 95/2000 (sobre derecho a asistencia sanitaria de una extranjera casada con español) se lee (FJ 3): «Y así, como declaramos en dicha Sentencia y hemos reiterado en las STC 99/1985, de 30 de septiembre, y 130/1995, de 11 de septiembre, los extranjeros gozan en nuestro país, en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE); por contra, no es posible el acceso a otro tipo de derechos (como los reconocidos en el art. 23 CE, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contiene) y, finalmente, existe un tercer grupo integrado por aquellos derechos de los que podrán ser titulares en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y Leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto a los nacionales.»

Por último, el Magistrado Rodríguez Zapata, en v.p. a la STC 95/2003, aun sin explicitar mucho más sobre la dicción literal del art. 13.1, sí cree que contiene una norma de «contenido propio, esencial en la materia de derechos y libertades de los extranjeros en España, dotada en sí misma de un contenido protector de dichas libertades y derechos fundamentales...» Y justamente para avalar ese general entendimiento recuerda que ya la jurisdicción ordinaria extrajo de la vocación internacionalista de nuestra Constitución la convicción de que, aun sin tratados ni Ley no cabe duda que a toda persona le son reconocidos los «derechos inherentes a la condición humana», los «derechos independientes de toda condición de espacio y para cuyo ejercicio no es necesario el medio de la nacionalidad».

4. Coherencia del art. 13 CE, entendido en su literalidad, con el Derecho internacional de los derechos humanos

Sin entrar en el acierto o no del fallo, entiendo que lo relevante en esta materia es entender la especial significación y régimen jurídico de las libertades públicas que no se corresponde exactamente con el de los derechos fundamentales. Ello es muy claro en los documentos internacionales²⁰ de mayor significación. Por ello, es muy probable que si los intérpretes de este siempre discutido precepto tuvieran presente el Convenio Europeo de Derechos Humanos²¹ no verían con tan malos ojos la posibilidad de regulación específica de las libertades públicas, sin necesidad de haber involucra-

20 También el Voto Particular a la STC 115/87, ya citado, recurría a la propia normativa internacional en apoyo de su tesis discrepante a, como ya he dicho, coincide a grandes rasgos con la aquí sostenida.

21 El art. 11 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH) establece en su apartado 1: «Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos en defensa de sus intereses.» Y en el apartado 2: «El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas en la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las fuerzas armadas, la policía o de la Administración del Estado.»

do en ella los derechos fundamentales personales de los extranjeros con el ya aludido y disfuncional efecto degradador o de «desconstitucionalización» (aquí, sí) para los derechos inherentes a la dignidad de todo ser humano.

Pero no sólo es el fundamental Convenio Europeo de Derechos el que establece diferencias de reconocimiento y de regulación entre ambos tipos de derechos. Baste ahora citar, por su directa referencia al caso que comentamos, la «Declaración sobre los derechos humanos de las Personas que no poseen la nacionalidad del país en que viven», de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobado en 1985. Sin perjuicio de las precisiones realizadas en sus dos primeros artículos,²² la técnica por la que se reconocen los derechos de los no nacionales se corresponde con la utilizada por el Convenio Europeo al distinguir dos formas bien diferentes de reconocer los derechos fundamentales personales (art. 5.1, a) b) c) y d)²³ y art. 6)²⁴ y las libertades públicas (art. 5.1, e),²⁵ art. 5.2, a) b) c)²⁶ y art. 5.3).²⁷

Y, en última instancia, la técnica no es desconocida en nuestro propio ordenamiento interno e, incluso, en algunas expresiones de nuestra propia Constitución de directa aplicación a los españoles, cuya consideración evitaría la negativa prevención con que se suele encarar este art. 13.1 de la Constitución. Baste considerar en este sentido el art. 20.4 CE, este sí absolutamente restrictivo al menos en la apariencia de su literalidad, sin que nada tenga que ver con los extranjeros y sin que (como ocurre en el

22 Article premier: Aux fins de la présente Déclaration, le terme «étranger» s'applique, compte dûment tenu des précisions apportées dans les articles suivants, à tout individu qui ne possède pas la nationalité de l'Etat dans lequel il se trouve.

Article 2

1. Rien dans la présente Déclaration ne doit s'entendre comme légitimant l'entrée et la présence illégales d'un étranger dans un Etat ou comme restreignant le droit de tout Etat d'édicter des lois et règlements concernant l'entrée des étrangers ainsi que les termes et les conditions de leur séjour ou d'établir des distinctions entre ses ressortissants et les étrangers. Ces lois et règlements ne doivent toutefois pas être incompatibles avec les obligations juridiques internationales de l'Etat concerné, y compris celles relatives aux droits de l'homme.

2. La présente Déclaration ne porte pas atteinte aux droits accordés par le droit interne ni aux droits qu'un Etat est obligé d'accorder aux étrangers en vertu du droit international, même lorsque la présente Déclaration ne reconnaît pas ces droits ou les reconnaît dans une moindre mesure.

23 Article 5

1. Les étrangers jouissent, conformément au droit interne et sous réserve des obligations internationales pertinentes de l'Etat dans lequel ils se trouvent, en particulier des droits suivants :

a) Le droit à la vie, à la sûreté de leur personne; nul étranger ne peut être arbitrairement arrêté ou détenu; nul étranger ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévue par la loi;

b) Le droit à la protection contre toute ingérence arbitraire ou illégale dans leur vie privée et familiale, leur domicile ou leur correspondance.

c) Le droit d'être égaux devant les cours, les tribunaux et autres organes et autorités judiciaires, et le droit, en cas de poursuites judiciaires ou lorsque la loi le prévoit en cas d'action de toute autre nature, de se faire assister gratuitement d'un interprète s'ils en ont besoin;

d) Le droit de choisir leur époux, de se marier, de fonder une famille;...

24 Article 6

Aucun étranger ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et, notamment, aucun étranger ne sera soumis sans y avoir librement consenti à des expériences médicales ou scientifiques.

25 e) Le droit à la liberté de pensée, d'opinion, de conscience et de religion; le droit de manifester sa religion ou ses convictions, ce droit ne faisant l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui;

26 2. Sous réserve des restrictions qui sont prévues par la loi, et qui sont nécessaires, dans une société démocratique, pour protéger la sécurité nationale, la sûreté publique, l'ordre public, la santé publique ou la morale, ou les droits et libertés d'autrui, et qui sont compatibles avec les autres droits reconnus dans les instruments internationaux pertinents et ceux énoncés dans la présente Déclaration, les étrangers bénéficient des droits suivants : a) Le droit de quitter le pays; b) Le droit à la liberté d'expression; c) Le droit de réunion pacifique.

27 3. Sous réserve des dispositions prévues au paragraphe 2, les étrangers qui se trouvent légalement sur le territoire d'un Etat ont le droit de circuler librement et de choisir leur résidence à l'intérieur de cet Etat.

art. 13.1) el término libertades se utilice erróneamente, ni en forma restrictiva ni amplia sino sencillamente diciendo lo que quiere decir: «Estas libertades tienen su límite...»

Y lo más curioso es que la propia sentencia que comentamos acaba por contemplar este enfoque que propongo y que, en última instancia, le permite concluir sobre la inconstitucionalidad del precepto impugnado (por el que se da una nueva redacción al apartado 1 del art. 7 de la Ley Orgánica 4/2000, en el que se reconoce a los extranjeros el derecho de reunión pero somete su ejercicio a la circunstancia de haber obtenido autorización de estancia o residencia en España). Y ello, no porque someta a restricciones el ejercicio del derecho de reunión, que admite que lo puede hacer, sino porque lo niega a quien se halla en el territorio nacional en situación irregular.

Y al llegar a este punto, en el que la conclusión resulta inmediatamente extraída del argumento que hemos venido proponiendo, lo que resulta incongruente es el haber llevado a cabo todas las consideraciones previas que, sobre no aportar claridad ni sistematicidad al conjunto de los derechos, imponen a la sentencia una extensión excesiva por innecesaria. En definitiva, todo el intento de entrar en la naturaleza de los derechos y en su más o menos próxima conexión con la dignidad, resulta innecesario si, en última instancia al fallo se llega por la vía de silenciar el mandato del art. 19²⁸ CE y de cuantas normas lo desarrollan.

VI. Identidad de doctrina aplicada a la libertad de reunión, de asociación y de sindicación

En semejantes términos a los que el FJ 6 utiliza para exponer la estrecha vinculación del derecho de reunión a la dignidad, según acabamos de ver, lo hace el FJ 7 respecto de la libertad de asociación aunque, curiosamente, retoma de nuevo el discurso de la dignidad para hacer derivar de ella el reconocimiento de la libertad de asociación a toda persona, con apoyo en la fórmula impersonal del art. 22 CE y en su reconocimiento en documentos internacionales y especialmente en el CEDH, de tal suerte que la coherencia con que finaliza el FJ 6 parece ahora perderse por más que la solución sea la misma.

Pero, además, la construcción parece ignorar la interpretación sistemática del Título I por más que la sentencia comience invocando la necesidad de tal interpretación sistemática, pues parte de una idea absolutamente opuesta a lo que el art. 19 de la Constitución prescribe (sin perjuicio de que su interpretación práctica haya sido

28 Respecto de este artículo, ya ponía de relieve Vidal Fueyo (*op. cit.*, p. 157) los divergentes pronunciamientos del TC sin mención alguna a su cambio de postura: «Mientras la STC 99/85 declaraba que los derechos contenidos en el art. 19 CE son exclusivos de los españoles, la STC 94/93 considera que:

resulta claro que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la CE en su art. 19 CE (FJ 2).»

siempre amplia y antiformalista²⁹ y el propio TC interpretó en Autos de 1983 y en Sents. de 1993: «La libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE y STC 107/84, fundamento jurídico 3) ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano... Es pues lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de estos derechos en función de la nacionalidad de las personas...» Dicho de otro modo, una interpretación amplia de la dignidad, como la realizada en la última sentencia, tal vez podría llevar a modificar el sentido del art. 19; pero lo que no puede hacerse es tal mutación radical sin mención alguna al precepto más directamente afectado.

VII. ¿Ordenamiento jurídico estatal o internacional?

La cuestión que quedó planteada en las demandas y que el TC resuelve, obviamente, trasciende a la propia concepción y conformación del Estado que, no por el hecho de sumarse a las corrientes más humanitarias y democráticas en cuanto al respeto y defensa de los derechos humanos de toda persona, ni por la posibilidad de la más flexible interpretación de exigencias a los no nacionales, tal como nuestros operadores jurídicos la están practicando, deja de ser Estado ni abandona las normas mínimas de pervivencia. De otro modo, carecen de sentido, por superfluas, otras prescripciones constitucionales como la contenida en el art. 13.4 sobre el derecho de asilo³⁰ o la propia referencia clara y expresa del art. 14 a los titulares de la igualdad que son los españoles.

Sin perjuicio, insisto, de la más generosa aplicación posible de nuestro ordenamiento, lo que no cabe es desconocer las normas básicas de organización de un Estado e, incluso, de una Constitución. Dicho de otro modo, o nuestra Constitución de 1978 es una Constitución o es una Declaración Universal de Derechos. Si es una o es otra cosa, la interpretación ha de atenerse a la naturaleza del documento que se interpreta pues, en sí mismos considerados, como recuerda Requejo,³¹ su convivencia puede llevar a contradicciones.

En su Voto Particular a la STC 95/2003, de 22 de mayo, ya citada, el Magistrado Conde Martín de Hijas manifestaba su preocupación por la virtualidad expansiva del mecanismo argumental empleado en la decisión mayoritaria que, en cierto modo, ha hallado su máxima expresión en la que ahora comentamos de 2007. En efecto, ponía

29 Cfr. González Trevijano, P.J.: *Libertades de circulación...*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 72 y ss. que, siguiendo a la doctrina mayoritaria, sostiene la posibilidad de que, pese a la dicción de la Constitución, la Ley pueda ampliar la titularidad de estas libertades. Ya respecto de la LO de extranjería de 1985 subrayaba el autor la búsqueda de la mayor equiparación posible entre españoles y extranjeros, en p. 82.

30 Al mismo se refiere la STC 53/2002, de 27 de febrero.

31 REQUEJO PAJÉS, J.L.: «Defensa de la constitucionalización nacional y constitucionalización de Europa. Inflación de derechos y deslegalización del ordenamiento», en *Fundamentos*, 4/2006, pp. 443 y ss.

entonces de relieve el Magistrado discrepante que el TC no puede desconocer la jerarquización que la propia Constitución establece ex art. 53 para los distintos grupos de derechos ni puede tampoco derivar de los instrumentos internacionales contenidos que fueren los propios mandatos constitucionales mas allá de la caracterización y jerarquización de derechos que la propia Constitución establece.

La doctrina de la sentencia resulta, si cabe, mas novedosa respecto de las propias construcciones ya consolidadas del TC cuando leemos las vinculaciones que la misma establece entre las libertades de reunión y asociación y la libertad de expresión. No porque tales conexiones no sean reales ni ciertas, que lo son, ni porque sea la primera vez que se expresan tales relaciones de todos conocidas y, por lo demás, recordadas por el TC en sentencias tan significadas como la 136/1999, de 20 de julio (Mesa Nacional de Herri Batasuna). Sino porque, aun acudiendo a estos aspectos, tan aceptados y consolidados de las libertades, hasta ahora se había destacado que la verdadera fuerza normativa de las mismas procede de su democraticidad y, por consiguiente, de su funcionalidad dentro del sistema constitucional, mientras que en esta ocasión recuerda la conexión entre las libertades sometidas a juicio en el presente caso con la libertad «matriz» de expresión, para seguir refiriendo todo ello a la dignidad humana que supuestamente obligaría al Estado a reconocer tales libertades a todos los ciudadanos del mundo por el solo hecho de hallarse en el territorio nacional.³²

Todo lo cual, desde luego, no es reprochable desde la filosofía de los derechos humanos y hasta, apurando, desde la concepción dogmática de los derechos fundamentales como categoría depurada de aquellos compromisos que adquiere el Estado con sus ciudadanos hasta el punto de considerar la defensa y garantías de tales derechos como elementos constitutivos (institucionales) del propio Estado constitucional; conceptualmente, la cuestión se reduciría a considerar que es base y fundamento del Estado el reconocimiento y protección de todos los derechos fundamentales a todos los ciudadanos del mundo desde el mismo momento en que accedieran al territorio nacional. Pues, en definitiva, sobre no ser reprochable, estaríamos ante la utópica y deseable situación ideal que debería aspirar a difundirse a todos los Estados. Hasta aquí, sin duda alguna, nadie dudaría en bendecir semejante concepción filosófica y política.

Solo que ello, cuanto menos, obliga a determinar con claridad cuales son los derechos realmente fundamentales y cuales son las consecuencias jurídicas de la tan deseada ampliación de titulares; en segundo lugar, obliga a no desconocer las conexiones presenciales de tales derechos que no necesariamente forman parte siempre del contenido

32 Ya en la STC 95/2003 el TC respondía la inquietud manifestada por el Abogado del Estado (sobre su habríamos de considerar que la tutela judicial efectiva se reconocía a todos los ciudadanos del mundo aun sin estar en España) en los siguientes términos: «la expresión “que residen [en España]” habrá de entenderse referida a la situación puramente fáctica de los que se

hallan en territorio español, sin que quepa atribuir a la referida expresión un significado técnicamente acuñado de residencia autorizada administrativamente al que se refería el art. 13.1 b) de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España... y al que hoy alude el art. 29.3 de la Ley Orgánica 4/2000...»

esencial del derecho fundamental y las consecuencias económicas derivadas de los diversos niveles de reconocimiento que, cuanto menos, sí exige una explicación a la ciudadanía cuando para las capas sociales más desfavorecidas de la misma pueden producirse efectos de desigualdad.³³

La cuestión, sin embargo, deviene más complicada cuando lo que se pretende es, a decir del Alto Tribunal, la depuración del ordenamiento jurídico. Pues, siendo la coherencia una de sus notas definitorias, habríamos de concluir que la doctrina del TC nos sitúa ante una auténtica encrucijada: o los derechos fundamentales y las libertades públicas son, como creo deben ser, el núcleo básico y elemental de un ordenamiento democrático y por ello mismo forman parte de tal ordenamiento no pudiendo resultar éste incoherente en ninguno de sus elementos y, por tanto y mucho menos, incoherente con aquel núcleo fundamental, o los derechos fundamentales se desenvuelven ajenos al ordenamiento jurídico positivo. Dicho de otro modo, los derechos no pueden dejar de tomarse «en serio». No pueden volver al limbo de la filosofía ajena al quehacer diario y práctico de todos los operadores jurídicos.

Esta segunda conclusión permitiría desligar dos ámbitos y, por consiguiente, evitar las incoherencias que de tan generosa concepción de los derechos fundamentales y las libertades públicas se generan entre su reconocimiento y la legalidad «ordinaria» a que los extranjeros, y especialmente, los inmigrantes demandantes de trabajo y de subsistencia, están sometidos en la realidad cotidiana. Justamente la argumentación de la misma sentencia contenida en el fundamento jurídico 9, y dirigida a justificar la inconstitucionalidad de la exigencia de situación legal del extranjero para que pueda ejercer su derecho o libertad de sindicarse libremente, pone de relieve ese extraordinario contraste entre lo que se está considerando constitucionalmente exigible y lo que todo el ordenamiento jurídico dispone respecto del inmigrante o extranjero que se halla en el territorio nacional en forma irregular. A ello aún aludiré después.

Para cerrar esta consideración sobre la importancia del mantenimiento de la coherencia jurídica importa ahora subrayar que no es tan sólo ese efecto más o menos perturbador para la «pedagogía de la libertad» a que ya he aludido, en el sentido de resultar disfuncional la declaración ampulosa de derechos de escasa o ninguna utilidad práctica para sus titulares. Más preocupante me parece lo que todo ello puede acabar comportando para la teoría general de los derechos, y en particular de los fundamentales pues, como decía, la segunda alternativa de la encrucijada en que nos sitúan las doctrinas aparentemente muy generosas y/o progresistas puede conducirnos a la regresiva situación bien conocida por los constitucionalistas, al menos por los más mayores: la de una declaración de derechos generosa y solemne pero absolutamente al margen del derecho positivo, el obligatorio que, en última instancia, acabará conformando las relaciones jurídicas.

³³ Los diversos votos particulares presentados a la STC 95/2003 ponen de relieve estos aspectos tanto jurídicos como económicos que no pueden desconocerse en una política de ampliación sin cautelas ni atención a los mandatos constitucionales.

Y de ser ello así, es el propio Derecho Constitucional el que sufre una vez más la postergación del ordenamiento jurídico positivo. Cabe, desde luego, que este tipo de razonamientos aquí criticados encuentre alguna concreta forma de aplicación para lo que, obviamente, habrá que excepcionar la general aplicación del prohibitivo y/o restrictivo ordenamiento jurídico («ordinario» y ajeno a la generosa jurisprudencia constitucional, pero de aplicación cotidiana) y en tal caso habrá de cuidarse en extremo que no se trate de interpretación particular ni en modo alguno privilegiada puesto que los derechos fundamentales, o se aplican en términos de igualdad, o no son tales. Sin duda el ya citado F.j. 9 de la sentencia de referencia nos ofrece motivos de reflexión suficientes para ilustrar la preocupación expuesta. En efecto, se trata del fundamento en que el TC emprende la argumentación que le lleva a declarar inconstitucional el inciso de la Ley impugnado por reducir la posibilidad de ejercicio de la libertad sindical a solo los extranjeros «residentes» o, lo que es lo mismo, lo niega a los «sin papeles».

La paradoja no puede ser mayor si se considera que se está reprochando al legislador que deniegue el ejercicio de la libertad sindical a las mismas personas a quienes, también el legislador, y por fuerza todos los operadores jurídicos, niegan con carácter general y sin excepción la posibilidad de «ser legales» hasta transcurrido un mínimo de años de permanencia en el país. Pues no solo se niega el permiso de residencia sino también la posibilidad de trabajar legalmente, de afiliarse a la seguridad social y, por consiguiente, de contribuir a las cargas públicas y al sostenimiento de los propios servicios sanitarios, educativos, y en general sociales, de que disponen, aun en el caso de hallarse desempeñando un trabajo y contando con condiciones de arraigo de diversa naturaleza. Si para el jurista, aun resultando extraña semejante situación, resulta factible hallar algún tipo de explicación a tan descarada paradoja, para el ciudadano resulta incomprensible, ya sea español o extranjero; lo que, evidentemente, no contribuye a una mejor comprensión y/o socialización del sistema democrático.