

LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES
DE LOS EXTRANJEROS EN EL NUEVO MARCO LEGAL E
INTERPRETATIVO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

*FOREIGNER'S CONSTITUTIONAL RIGHTS IN THE NEW
LEGAL AND INTERPRETATIVE FRAME OF THE SPANISH
CONSTITUTION*

Rev. boliv. de derecho n° 11, enero 2011, ISSN: 2070-8157, pp. 54-85

Marcos F.
MASSÓ
GARROTE

RESUMEN: El artículo tiene por objeto el estudio y dimensión de los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en la Constitución Española desde las últimas sentencias del Tribunal Constitucional Español declarando inconstitucionales las últimas reformas legislativas sobre la legislación de extranjería. La doctrina del Tribunal Constitucional pone de manifiesto que las Constituciones son textos normativos hecho por sus comunidades nacionales pero no solamente para ellos, sino también para todos su habitantes y toda su población que vive y reside en igualdad de condiciones que los nacionales. Hecho este que se constata en materia de derechos y libertades fundamentales al garantizarse que los extranjeros son no solamente titulares de todos los derechos fundamentales sino que su ejercicio debe de respetar los contenidos constitucionales mínimos, no pudiendo en ningún caso el legislador, restringir su ejercicio hasta hacerlo impracticable. En definitiva, se trata de un estudio sobre la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales en la teoría de la Constitución.

PALABRAS CLAVES: Inmigración, extranjería, nacionalidad, ciudadanía, derechos fundamentales, derechos políticos, discriminación, titularidad, contenido esencial, Constitución.

ABSTRACT: The purpose of this article is to study the dimension of the foreigner's constitutional rights taking as a starting point the latest Constitutional Court's decision declaring unconstitutional the last reforms to the aliens' laws. The Constitutional Court doctrine set up that although Constitutions are made by national communities, their norms are not only applicable to them, but also to all the people, national or not, who is in the community's territory. This fact is applicable to the constitutional rights, which belong to the foreigners in the same way that belong to nationals, binding the legislator with the prohibition of enacting regulation that makes it exercise impossible. To sum up, the article is an exercise about the rights' subjective dimension in the Spanish Constitution.

KEY WORDS: Immigration, alien's laws, nationality, citizenship, constitutional rights, political rights, discrimination, essential content, Constitution.

SUMARIO:I.INTRODUCCIÓN:Precisiones conceptuales.II.LA INFLUENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE EXTRANJERÍA.III.EL MARCO NORMATIVO VIGENTE Y LAS RAZONES QUE JUSTIFICAN LA MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000 DE 11 DE ENERO.IV.LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: A. Del reconocimiento del principio de igualdad a la desigualdad de legislador. La interpretación del Tribunal Constitucional Español tras la STC 236/2007 y su adecuación en la reforma legal proyectada del 2009. La clasificación de los derechos fundamentales de los extranjeros. B. La protección de la familia y el derecho a la reagrupación familiar: Las propuestas de reforma legal. 1. La reagrupación de la pareja no matrimonial. 2. La reagrupación de los ascendientes. C. Las Garantías jurídicas: las propuestas de “lege ferenda”.

INTRODUCCIÓN: Precisiones conceptuales.

Si atendemos a sus orígenes etimológicos, extranjero proviene del latín «extraneus», para hacer referencia a aquella persona cuya nacionalidad es distinta del país en que se encuentra. En un principio, se concibe al extranjero como aquel que viene de fuera, el que pertenece a una comunidad o grupo social ajeno. El extranjero abandona su comunidad para entrar en un grupo social distinto que lo recibe, en algunos casos, huérfano de derechos¹. Según la Enciclopedia Jurídica Española se define al extranjero como el «natural de una nación con respecto a los nacidos en cualquier otra». Esta definición no es, sin embargo, aceptada por RIGO VALLBONA, pues en ella sólo interviene como concepto básico el nacimiento, sin tener en cuenta que pueden ser nacionales los nacidos en cualquier otra nación². Por ello propone sustituir el concepto de nacimiento por el de «natural» de cualquier otra parte.

Para MIAJA DE LA MUELA³, el concepto de extranjero es un término puramente negativo: es extranjero en un país el individuo al que sus leyes no le confieren la cualidad de nacional, seálo en otro Estado o se encuentre en situación de apátrida. En definitiva, tal concepto presupone la carencia de vínculo nacional entre la persona y una comunidad determinada. En la práctica, sólo es posible delimitar al extranjero de una manera negativa, como aquella persona que no forma parte de la comunidad política y que por tanto, carece del estatuto de nacionalidad⁴.

¹ De igual manera, ARJONA COLOMO, A., «voz extranjero» en la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, 1965, Tomo IX, p.404.

² RIGO VALLBONA, J., *Extranjería y nacionalidades*, Barcelona, 1986, p.19.

³ MIAJA DE LA MUELA, A., *Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Madrid, 1979, p.119.

⁴ De este modo se ha entendido por nacionalidad el nexo o vínculo jurídico que une a una persona con una determinada comunidad política, que se concreta en la posesión de este estatuto nacional de una comunidad social. Vid. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Curso de Derecho Internacional Privado*, T.II, Oviedo, 1983, p.163.

• Marcos Francisco Massó Garrote.

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Albacete.

En palabras de NASCIMBENE, la noción de extranjero se caracteriza por la «estraneidad» del individuo respecto del ordenamiento nacional, cuyo origen nace de la contraposición que desde la antigüedad distinguía entre los pertenecientes a una comunidad étnica y política, la polis o la gens, de aquellos que eran por entonces extraños a la comunidad, los bárbaros o enemigos, que no gozaban de ninguno o de algunos derechos⁵.

Por consiguiente, la noción de extranjero se define en relación y contraposición con la de nacional. El nacional es el que pertenece a una nación determinada, y como hoy el Estado, casi sin excepción, se encarna en aquella, es el nacional el que forma parte de un Estado como miembro del mismo frente al que no lo es, esto es, el extranjero. La palabra nacional viene a expresar el vínculo jurídico-político que se crea entre los Estados y los individuos que a los mismos pertenecen. El extranjero carece de tal vínculo pues ya lo mantiene con otro Estado. Mientras que la nacionalidad implica la plenitud de derechos y, por lo tanto, la igualdad jurídica, la extranjería no presupone la igualdad. En consecuencia, el estatuto de los extranjeros admite una diferenciación⁶.

Es en el Código Civil, en sus artículos 17 a 26, donde se determinan las condiciones para adquirir la nacionalidad española, siendo relevante para los extranjeros la que se refiere a la concesión de la nacionalidad por residencia. Con carácter general, el plazo se establece para diez años, si bien se reduce a cinco para los que hayan obtenido asilo y refugio y a dos años cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal o de sefardíes. Cabe también que dicho plazo se reduzca a uno para determinados supuestos previstos en el artículo 22.2, como el de haber nacido en territorio español (ius soli), estar casado con un nacional o haber nacido de padre y madre originariamente español⁷.

⁵ Sin embargo esta noción para NASCIMBENE admite gradaciones diversas que varían según la categoría de los extranjeros que el ordenamiento considera relevante por efecto de disposiciones de derecho interno o de normas internacionales. NASCIMBENE, B., *Lo straniero nel diritto italiano*, Guiffré editore, 1988, pp.7 a 10.

⁶ La situación diferencial de los extranjeros en la noción de extranjería es destacado por LÁZARO GONZALEZ, quien considera que el goce de los derechos constituye el problema central de la condición de los extranjeros. La extranjería implica en sí misma la posibilidad de que la titularidad de los derechos se encuentre limitada. Vid. LÁZARO GONZÁLEZ, I., «Noción de extranjero. Diferentes situaciones de extranjería. Normativa de extranjería», en la obra colectiva, *La inmigración*, Ed. Bosch, 1995, pp.21 y 22.

⁷ Según la Instrucción de la DGRN de 20 de marzo de 1991 sobre nacionalidad, la concesión por residencia según resulta del artículo 21.2 ha de obtenerse en las condiciones que señala el artículo siguiente y entre ellas se cuenta la de que el interesado deberá justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española (art.22.4 del CC). Por consiguiente, el Ministro de Justicia podrá denegar la concesión no sólo por motivos razonados de orden público o interés nacional, sino por la ausencia de los requisitos expresados, o por falta de cualquiera de los demás que detalla el artículo 22. De aquí se deduce que ha cobrado una mayor importancia el trámite establecido en el artículo 22.1 del Reglamento del Registro Civil, es decir, la obligación del Encargado de oír personalmente al peticionario, especialmente para comprobar el grado de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles.

Conforme al artículo 22.2.d) y e), para que pueda acogerse al plazo abreviado de un año de residencia el casado con español o española se exige «que al tiempo de la solicitud llevara un año casado y no estuviera separado legalmente o de hecho», y para que pueda acogerse a ese plazo, el viudo o viuda de española o español se requiere que a la muerte del cónyuge no existiera separación legal o de hecho. Estas nuevas normas parten de

II. LA INFLUENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE EXTRANJERÍA.

Especial atención merece la influencia del marco internacional en el derecho de extranjería, como fuente directa de regulación de los derechos de los extranjeros en el Estado español y por extensión a toda la comunidad internacional. A la hora de establecer una determinada reglamentación, el legislador interno se encuentra cada vez más mediatizado por la sociedad y el Derecho internacional. En concreto, el Derecho internacional general impone todo un conjunto de pautas relevantes en los sistemas jurídicos internos con un cierto grado de integración. En cualquier caso, la soberanía del Estado en el establecimiento de un determinado régimen de extranjería sigue siendo la regla básica y fundamental.

La importancia de la regulación internacional de los derechos de los extranjeros se deriva sobre todo del fenómeno reciente de la internacionalización de los órdenes jurídicos nacionales. Nuestra época, en efecto, se está caracterizando por un proceso de internacionalización de parcelas hasta hoy reservadas exclusivamente al Derecho interno de cada país, correspondientes a una soberanía nacional que se consideraba absoluta⁸. La ordenación de la situación de los extranjeros en cada Estado era una de esas parcelas, sin perjuicio de que, por Tratados internacionales, generalmente bilaterales, se reconocieran a los ciudadanos de otro país determinados derechos. Los Estados podían, a su libre discreción, recibir, reconocer derechos o expulsar a extranjeros, sin otra limitación que la protección diplomática.

En nuestros días, sin embargo, estas facultades absolutas se han visto restringidas por una serie de circunstancias históricas que están forzando a los Estados a aceptar un control internacional. Curiosamente, este control no viene impuesto por otros Estados sino que es libremente aceptado como una contrapartida a las ventajas de pertenecer a una organización internacional y al mantenimiento de unas relaciones internacionales que cada día se hacen más convenientes o inevitables. La facilidad de las comunicaciones y la expansión económica han desencadenado una movilidad

la idea de que el matrimonio español o española, para que pueda dar lugar a un tratamiento de favor en cuanto a la adquisición de la nacionalidad española, debe corresponderse, al tiempo que la ley se refiere, con una situación normal de convivencia entre los cónyuges. Sobre el solicitante recaerá la carga de probar tal convivencia, y como se exige ésta, como un presupuesto más de la concesión, agregado al del matrimonio, no bastará para justificar la convivencia con acreditar el matrimonio y con invocar la presunción legal contenida en el artículo 69 del CC. A este y a otros efectos, cobra especial importancia el trámite previsto en el último párrafo del artículo 221 del RRC, cuando señala que el Encargado «procurará también oír al cónyuge por separado y reservadamente sobre el cambio de nacionalidad y circunstancias que en ello concurren.

⁸ Como muy bien dice FERNÁNDEZ ROZAS, aunque en materia de extranjería existe una alternancia entre instrumentos internacionales y normas de carácter interno de los propios Estados, se ha ido produciendo, paulatinamente, y de modo especial en los últimos años, una creciente importancia de la dimensión internacional en esta materia. Proceso de internacionalización que se manifiesta en un doble nivel: de una parte se asiste cada día con más frecuencia a una mayor reglamentación internacional del derecho de extranjería, originariamente reservado a la exclusiva competencia estatal; de otra parte, y como consecuencia de lo anterior, nos encontramos ante una evidente tensión entre la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas en los diferentes textos internacionales, y la primigenia exclusiva competencia estatal sobre la materia. Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Legislación básica sobre extranjeros*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, p.20.

de personas por encima de las viejas separaciones fronterizas. Los movimientos migratorios sin precedentes de las últimas décadas han producido ese nuevo fenómeno de una masiva presencia de extranjeros en los Estados de la Europa occidental.

Frente a una situación imperante en el pasado, donde los vínculos jurídicos de pertenencia a un Estado prevalecían sobre la solidaridad humana, se ha alzado en la actualidad la consideración del carácter de persona humana del extranjero y, a partir de ésta, el reconocimiento de una serie de derechos inalienables⁹. Este reconocimiento, se inscribe dentro del principio del trato mínimo internacional, una noción acuñada por el Derecho internacional que faculta al Estado de donde es nacional un individuo para reclamar ante un país extranjero, si la normativa de este último no es conforme, a un standard mínimo internacional¹⁰. Dicho principio, si bien cuenta hoy con indiscutible vigencia, resulta de difícil precisión en cuanto a su contenido. Son los Tratados Internacionales de derechos humanos donde se concretan con mayor exactitud¹¹. Como pone de manifiesto NASCIMBENE, una vez admitida la posibilidad de aplicar al extranjero los instrumentos internacionales con el objeto de buscar una definición de un estatuto internacional del extranjero, ello confirma la existencia de un mínimo de derechos que los Estados están obligados a observar¹².

Los tratados internacionales en materia de derechos humanos constituyen en la actualidad el marco jurídico de toda la ordenación de la extranjería y dentro de ella ha de situarse la legislación y la actuación administrativa de los Estados¹³. Para desarrollar el principio general del standard mínimo internacional, se han ido elaborando unos tratados relativos a los derechos humanos, que no solamente se limitan a reconocer derechos, sino también a establecer unos sistemas de control con los que asegurar la aplicación efectiva del respectivo convenio.

Uno de estos tratados internacionales es la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 2.1 establece que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados, sin distinción alguna de raza, color, sexo u origen nacional

⁹ En estos mismo términos se expresan sobre ello: BICONTINI, G., «I diritti fondamentali dello straniero», *Diritto Internazionale*, Vol. XVII, 1963, pp. 15 a 25 y LILICH, RICHARD B., *The human rights of aliens in contemporary international law*, Melland Schill Monograph in international law, 1984, pp. 40 y ss.

¹⁰ Este reconocimiento de un standard minimum, señala KISS, cobra su máxima relevancia e importancia práctica, en favor de los que no pueden reclamar la protección de ningún Estado, es decir de los apátridas, así como los que, aunque tienen una nacionalidad, no puede invocar la protección de su gobierno. KISS, A., *La condition des étrangers en droit international et les droits de l'homme*, en Mélanges WJ. Ganshofran der Meersch, T.I, Bruselas, Paris, 1972, p. 501.

¹¹ No obstante como ha indicado LAGARDE, no parece que sobre estos derechos, el Derecho internacional general condene las discriminaciones a extranjeros sobre la base de la reciprocidad. LAGARDE, P. «La reciprocité en Droit International Privé», *Recueil des Cours*, 1977, Vol. 154, pp. 125 y ss.

¹² NASCIMBENE, B. *Il Trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, Ed. Guiffré editore, 1984, pp. 185 y ss.

¹³ Para MORENILLA son los tratados internacionales en materia de derechos humanos los que fijan un verdadero status jurídico mínimo de los extranjeros. Vid. MORENILLA RODRIGUEZ, J.M., «Dimensión internacional de la ordenación Española de la Extranjería», *Actualidad Administrativa*, N°3, 1987, pp. 31 a 33.

o social, nacimiento o cualquier otra condición. Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles establece en su artículo 7 el compromiso de cada Estado a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio todos los derechos reconocidos sin distinción alguna de raza u origen nacional. Los tratados citados, de ámbito universal, establecen el principio de igualdad para toda persona o todo individuo, reconociendo para todos los seres humanos los derechos y libertades que proclaman, condenando, en su relación exhaustiva, todos los motivos de discriminación, incluido lógicamente el de origen nacional. Entre los más de 80 derechos reconocidos en la Declaración Universal y reiterados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966¹⁴, sólo se limitan al extranjero el ejercicio de los derechos políticos de participación en los asuntos públicos, el acceso a la función pública o el ejercicio de profesiones reservadas. Se establecen por el contrario, como no sujetos a restricción o limitación alguna, los derechos a la vida, la supresión de la esclavitud y servidumbre, la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y la tutela judicial. Bajo ciertas restricciones previstas por la ley, se recogen los derechos a la libertad de circulación, de asociación y reunión pacífica, el respeto a la vida familiar, el domicilio y la correspondencia, la libertad de religión, etc¹⁵.

Las normas internacionales establecen de este modo un nivel mínimo pero universal de protección de la persona y sus derechos fundamentales. Su contenido, pues, es el equivalente al de los derechos humanos, y se constituye en un régimen general mínimo, que tiene como beneficiario a todos los seres humanos y como destinatarios a todos los Estados que se obligan a la defensa y protección de todas las personas que, de manera permanente o accidental, estén bajo su jurisdicción. El conjunto de estos derechos constituye un imperativo general para todos los Estados que supera, en muchos casos, el carácter restrictivo de algunos regímenes de extranjería.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁶ (en adelante CEDH) y los protocolos que lo modifican o complementan, reconocen una serie de derechos enunciados en la Declaración Universal que los Estados se comprometen a respetar a toda persona. Sin embargo, a pesar de esta vocación universalista, el CEDH admite limitaciones en caso de situación de excepción (art.15) o por la vía de las reservas o declaraciones interpretativas hechas por los Estados al aceptar el tratado (art.64).

¹⁴ Ratificado por España el 13 de abril de 1977 (BOE, 30 de abril de 1977).

¹⁵ Sobre una análisis más somero y detenido de estos tratados internacionales ver: BARONESS ELLES, *Aliens and activities of the united nation in the field of human rights*, 1980, pp.307 a 314. MANJÓN, JOSÉ RAMÓN, «Inmigración y extranjería en los tratados internacionales», *Revista de economía y sociología del trabajo*, N°11, 1991, pp.144 a 146.

¹⁶ Convenio Europeo de Derechos del Hombre, realizado en Roma el 4 de noviembre de 1950, firmado por España el 24 de noviembre de 1977 y ratificado el 4 de octubre de 1979 (BOE, 10 de octubre de 1979).

Respecto a los extranjeros, el Convenio permite a los Estados imponer restricciones a sus actividades políticas en el ejercicio de las libertades de expresión, reunión, asociación o sindicación (art.16) o les reconoce unas facultades respecto a la entrada, permanencia o expulsión, que vienen a establecer un tratamiento distinto con relación a los nacionales.

Su gran innovación, con respecto a los tratados internacionales de ámbito universal, es que los Estados pueden limitar las actividades de los extranjeros en su territorio, negarse a recibirlos o expulsarlos, pero no con el objeto de restringir los derechos universales sino para prevenir el peligro que de los extranjeros pudiera derivarse para la seguridad nacional, la economía, la salud o el orden público, anteponiendo esos «indefinidos intereses nacionales» a la objetiva equiparación de tratamiento que reclaman los instrumentos internacionales de las Naciones Unidas. El extranjero, por el mero hecho de serlo, puede ser sometido a unas restricciones discriminatorias que sólo pueden explicarse por la desconfianza hacia el foráneo al que se contempla todavía, en una época donde rigen hondamente los principios nacionalistas, como un enemigo potencial.

Sin embargo, ello no quita para que el CEDH y los protocolos adyacentes reconozcan de modo general a los extranjeros la casi totalidad de derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos.

En todo caso, es necesario distinguir en el Convenio unos derechos absolutos que no admiten derogación alguna, como son, el derecho a la vida (art.2), la prohibición de la tortura o de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art.3), la prohibición de la esclavitud (art.4.1), la prohibición de las expulsiones colectivas de nacionales o extranjeros (Protocolo N°4, art.4). Estos derechos se ejercen sin distinción alguna entre nacionales y extranjeros, sin que exista precedente jurisprudencial alguno que justifique un trato diferente.

Existen otros derechos que pudiéramos calificar como restringibles. Son aquellos que se enuncian en términos generales pero que pueden ser objeto de restricciones por los Estados en su ejercicio, siempre que vengan determinadas por la ley, que fija su alcance y efectos, y que constituyan medidas en una sociedad democrática con un fin legítimo, entre los que se incluyen, la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y prevención del delito o la protección de los derechos y libertades de los demás (arts. 8.2, 9.2, 10.2; Protocolos N°4, art.2.3 y N°7, art.1.2). Estos derechos restringibles son los enunciados en los artículos 8 a 11 del Convenio, que son, el derecho a la vida privada y familiar, al domicilio y la correspondencia (art.8), el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art.9), el derecho a la libertad de expresión, que incluye la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas (art.10), y el derecho a la libertad de reunión pacífica, asociación y creación de sindicatos (art.11). Al enunciar cada uno

de estos derechos, sin embargo, suele ser común incluir un párrafo a continuación que permite establecer restricciones al ejercicio del derecho por los fines legítimos antes expuestos.

Otros derechos del CEDH pudiéramos calificarlos de contenido mínimo inderogable. Tal y como señala DRZEMCZWEWSKI, son un conjunto de derechos de contenido mínimo que permiten ser regulados por los Estados, pero debiendo respetar un mínimo indispensable que constituye su denominador común¹⁷. Estos son: el derecho a la libertad y seguridad, que incluye el derecho del detenido a ser informado en una lengua que comprenda y en el más corto plazo de las razones de su detención, el derecho a ser conducido ante un juez prontamente y a ser juzgado en un plazo razonable, y el derecho a recurrir ante una reparación en caso de detención ilícita (art.5). Por otro lado, el artículo 6 delimita un conjunto de garantías procesales que comprenden el derecho a un proceso justo, a la presunción de inocencia, a ser informado de la acusación, a la adecuada preparación de su defensa y, si carece de medios económicos, a una asistencia gratuita¹⁸.

De esta clasificación resulta que los derechos absolutos y los de contenido mínimo inderogable corresponden por igual, y sin distinción alguna, a los nacionales y extranjeros, mientras que los derechos restringibles admiten un tratamiento diferenciado en su regulación. El CEDH viene además a reconocer otros límites a los derechos de los extranjeros, al permitir, a los Estados partes, una amplia discrecionalidad en la ordenación de la entrada, permanencia y expulsión del extranjero¹⁹.

En la misma línea, parece manifestarse la jurisprudencia de la Comisión y del TEDH a través de la cual el Derecho internacional general confiere a los Estados el derecho de controlar la entrada y la salida de los extranjeros en la medida y dentro de los límites que han asumido por el Convenio²⁰.

¹⁷ DRZEMCZEWSKI, ANDREW, *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg, 1985, pp.13 a 21.

¹⁸ *Ibidem*, pp.21 y ss.

¹⁹ El protocolo N°4 de 20 de marzo de 1952, firmado el 16 de septiembre de 1963 y no ratificado aún por España, garantiza a este respecto en su artículo 2.1 a «toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado el derecho a circular libremente por él y escoger su residencia. Este derecho admite restricciones necesarias para la defensa de intereses nacionales o públicos que vienen a reconocer la potestad del Estado para expulsar extranjeros que no se encuentren legalmente en el territorio del mismo. El mismo protocolo 4 (art.4) prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros. Finalmente, el protocolo N°7 al Convenio Europeo de 22 noviembre de 1984 (tampoco ratificado por España) establece en su artículo 1° que un extranjero que resida regularmente en el territorio de un Estado sólo puede ser expulsado de él en ejecución de una decisión tomada con arreglo a la ley, y debe poder: a) hacer valer las razones que militan contra su expulsión; b) hacer examinar su caso, y c) hacerse representar a estos fines ante la autoridad competente o ante las personas designadas por esta autoridad. El párrafo 2 de este mismo artículo prevé que un extranjero sea expulsado antes de ejercitar esos derechos, cuando la expulsión sea necesaria en interés público del orden público o esté basado en motivos de seguridad nacional.

²⁰ Sobre ello ver de nuevo el estudio jurisprudencial llevado a cabo por DRZEMCZEWSKI de 1985, Ob. cit. pp.21 y ss.

En resumen, es cada vez más frecuente la internacionalización de los derechos de los extranjeros, ámbito éste que correspondía en exclusividad a la soberanía de los Estados. El Derecho internacional ha creado a lo largo de su existencia una serie de principios y normas que vinculan, cada vez más frecuentemente, a los Estados en sus prácticas y a la hora de interpretar las normas jurídicas que tienen relación con la política internacional y con los sujetos de Derecho Internacional. No obstante, los ámbitos de exclusión son todavía amplios. Cuando se trata de determinar cuáles son, respecto de esos principios y normas de Derecho Internacional, los derechos que un Estado debe acordar o puede rechazar a los extranjeros, se constata en seguida que el Derecho internacional razona en términos de «tratamiento mínimo», y no en términos de integración, asimilación o de igualdad de derechos con los nacionales, de manera que las discriminaciones fundadas sobre la nacionalidad nunca son ilícitas en sí mismas, excepto cuando, por la amplitud de tales discriminaciones, llegan a privar al extranjero del mínimo de protección que le es debido. La conclusión es evidente: lo que constituye el mínimo de tratamiento exigido por el Derecho internacional no es tratamiento nacional, sino el tratamiento conforme a las exigencias de la civilización. A partir de este mínimo, cuyo contenido por otro lado es difícil de precisar, cada Estado puede decidir libremente, en función de su interés nacional y de acuerdo con sus compromisos internacionales, la extensión de los derechos que considere oportuna conceder a los extranjeros.

II. EL MARCO NORMATIVO VIGENTE Y LAS RAZONES QUE JUSTIFICAN LA MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000 DE 11 DE ENERO.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que regula los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social –que vino a sustituir a la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de junio– supuso en su momento un importante cambio en la política de extranjería, al establecer un marco regulador de carácter global y coherente e incluir de forma expresa un catálogo de derechos y libertades de los extranjeros. La citada Ley ha sido reformada en tres ocasiones: La primera reforma se produjo a través de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Esta reforma fue de gran calado y afectó prácticamente a todo el articulado, si bien tuvo especial relevancia la modificación relativa a determinados derechos fundamentales, en concreto, a los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga. El cambio que se introdujo en tales derechos fundamentales consistió en distinguir entre la titularidad y el ejercicio de los mismos, limitando su ejercicio exclusivamente a aquellos extranjeros que residieran legalmente en España. Con ello, la reforma restringía la posibilidad de ejercicio de tales derechos a los extranjeros, en igualdad de condiciones con los españoles, suponiendo una quiebra del principio de igualdad entre nacionales y no nacionales, que proclama la Constitución, respecto de la titularidad y ejercicio de los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga. Por este motivo, se interpusieron varios recursos de inconstitucionalidad contra la mencionada Ley

Orgánica, que fueron resueltos por el Tribunal Constitucional en las Sentencias 236, 259, 260, 261, 262, 263, 264 y 265 del año 2007. En estas Sentencias, el Tribunal viene a declarar la inconstitucionalidad de los preceptos de la Ley Orgánica reguladores de los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga, en la medida en que se condicionaba su ejercicio a los trabajadores extranjeros que hubieran obtenido la correspondiente autorización de residencia. La segunda reforma de la Ley Orgánica 4/2000, se lleva a cabo por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre. Esta reforma se orientaba principalmente a adaptar la legislación penal y de extranjería a la nueva realidad delictiva que aparecía asociada al fenómeno de la inmigración, por lo que se introdujeron reformas en el Código Penal, orientadas a dar una respuesta penal adecuada a los extranjeros no residentes legalmente en España que cometieran delitos, así como a las nuevas formas de delincuencia relacionadas con la inmigración. Además, las reformas introducidas iban encaminadas a mejorar la regulación en materia de expulsión, con el fin de lograr una mejor adecuación entre los procedimientos penal y administrativo, cuando la expulsión fuera concurrente con la comisión de un delito.

La última reforma de la Ley Orgánica 4/2000, se efectúa por la Ley 14/2003, de 20 de noviembre, que viene a incidir básicamente en los siguientes aspectos: Simplificación de los trámites administrativos y del régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros en España, reforzamiento y mejora de los instrumentos sancionadores previstos en la Ley Orgánica 4/2000 incorporación de las últimas Directivas aprobadas por la Unión Europea, incorporación al texto de la Ley Orgánica de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, en relación con determinadas previsiones contenidas en el Reglamento de la Ley, que habían sido anuladas por problemas de legalidad.

Por último, en la actualidad se encuentra en el Parlamento la tramitación de una reforma sustancial en donde tres son los motivos que justifican los cambios en la normativa actual que se pretende introducir en la vigente Ley Orgánica 4/2000: en primer lugar, se pretende adaptar la Ley Orgánica 4/2000, -en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000-, a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional en las sentencias antes citadas, respecto de la regulación de algunos derechos fundamentales como los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga. Debe tenerse presente, que el Tribunal declara en sus Sentencias que, a pesar de la inconstitucionalidad de tales preceptos legales, no se procede a declarar la nulidad de los mismos, ya que ello produciría un vacío legal que no sería conforme a la Constitución, pues produciría la denegación de tales derechos a todos los extranjeros, con independencia de su situación. Por ello, se procede ahora, mediante el instrumento de la propia Ley Orgánica a introducir los cambios requeridos, con el fin de corregir la tacha de inconstitucionalidad declarada por el Alto Tribunal y

adaptar su regulación a la doctrina sentada en la jurisprudencia constitucional, dando nueva redacción a los preceptos reguladores de los citados derechos.

En segundo lugar, la reforma tiene por objeto la adaptación de la legislación española en materia de extranjería, a las normas aprobadas por la Unión Europea en materia de inmigración con posterioridad a la última reforma efectuada en la Ley Orgánica, procediendo para ello a la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de las Directivas europeas que se encuentran pendientes de transposición, respecto de todas las cuales, ya se han agotado prácticamente el plazo de transposición. En concreto son las siguientes: Directiva 2003/110/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea. Directiva 2203/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Directiva 2004/81/II, del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes. Directiva 2004/82/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas. Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, del Consejo, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado. Directiva 2005/71/CE, de 12 de octubre de 2005, del Consejo, relativa a un procedimiento específico de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica. Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal.

En tercer lugar, la reforma persigue introducir determinadas modificaciones en la actual Ley Orgánica, con el fin de adaptar su regulación a los nuevos requerimientos que plantea el fenómeno migratorio en España. En este sentido, las reformas introducidas se dirigen al cumplimiento de los siguientes objetivos: Perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios y reforzar la vinculación de la inmigración a la capacidad de acogida y a las necesidades reales del mercado de trabajo. Aumentar la eficacia en la lucha contra la inmigración irregular, reforzando los medios e instrumentos sancionadores, especialmente por lo que se refiere a quienes faciliten el destino o la permanencia de la inmigración ilegal en nuestro país, agravando el régimen sancionador y reforzando los procedimientos de devolución de extranjeros que han accedido ilegalmente al territorio español. Favorecer la integración de los inmigrantes, asumiendo para ello los principios del Pacto Europeo de Inmigración y Asilo, recientemente aprobado. Adaptar la normativa a las competencias de ejecución de la legislación laboral, previstas en los

nuevos Estatutos de Autonomía, que inciden en el régimen de la autorización inicial de trabajo, así como potenciar la coordinación entre las Administraciones Públicas con competencia sobre inmigración y reforzar la cooperación y desarrollo de la política migratoria, así como potenciar el diálogo y la cooperación con los países de origen y tránsito de la inmigración. Reforzar e institucionalizar el diálogo con las organizaciones sindicales y empresariales, así como con las organizaciones de inmigrantes en la definición y desarrollo de la política migratoria.

III. LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES A.

Del reconocimiento del principio de igualdad a la desigualdad de legislador. La interpretación del Tribunal Constitucional Español tras la STC 236/2007 y su adecuación en la reforma legal proyectada del 2009. La clasificación de los derechos fundamentales de los extranjeros.

La Ley Orgánica 4/2000 incorporaba una nueva filosofía en el tratamiento jurídico de los extranjeros que se ponía ya de manifiesto en su propia denominación «sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social», muy inclinada sobre todo en la regulación de la integración, atemperando los controles legales de los movimientos migratorios y, sobre todo, casi eliminando la tradicional diferencia entre el inmigrante «regular» y el inmigrante «irregular», más allá de las categorías de «residentes» en sus diversos grados e incluso «empadronados». Sin embargo, la reforma de la Ley 4/2000 por la Ley 8/2000 pretendía hacer compatible tanto el fenómeno de la extranjería como el de la inmigración, recuperando de manera nítida la distinción entre los extranjeros que se encuentren legalmente en España de los que no, poniendo de manifiesto el aspecto técnico más importante de la ley, lo que supone el reconocimiento de una desigualdad de tratamiento de los extranjeros por el legislador, más preocupado como antaño en la Ley Orgánica 7/85, en la actividad de «control» que en la acción de «integración» de los inmigrantes. Esta reforma legal reposaba sobre este principio, y en especial la reforma del artículo 3 de la LODYLE, donde se condiciona el goce y disfrute de los derechos fundamentales al presupuesto de que el extranjero resida legalmente en España. Sin embargo, esta regulación rozaba los límites de constitucionalidad que el propio Tribunal Constitucional ha puesto ya de manifiesto en su propia doctrina tras la STC 236/2007, F.J. 3º y que la nueva reforma legal en trámite en el Parlamento pretendo paliar. En resumen, se puede colegir, según el TC, que el ámbito de derechos de los extranjeros en España es coextenso al ámbito del Título I de la Constitución, cuyo disfrute podrá atemperarse, en cuanto a su contenido, a lo que determine tanto

la ley como los Tratados Internacionales, aunque ésa modulación no será posible en los derechos que correspondan por igual a españoles y extranjeros **como en resumen señala el TC en su Sentencia de 10 de abril de 2000²¹ y viene ya a consolidar en la Sentencia 236/2007 de 7 de Noviembre** Así, de esta doctrina se desprende tres grupos de derechos:

En primer lugar, los derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, cuya regulación ha de ser igual para ambos, sin posibilidad alguna de diferenciación por el legislador. Forma parte de este grupo aquellos derechos que son básicos para la realidad plena de la dignidad humana, que es, de acuerdo con el artículo 10 de la Constitución, uno de los fundamentos del orden político. Su reconocimiento es pleno. Se trata del conjunto de derechos que se reconocen a toda persona por el mero hecho de su condición de tal, plasmados por la propia dignidad de la persona. Su negación supondría infringir uno de los fundamentos clásicos del Estado de derecho. MIQUEL CALATAYUD²² los denomina derechos innatos absolutos. Son, en puridad, los derechos humanos de protección universal, emanados de la personalidad y dignidad humana, y cuyas posibilidades de diferenciación son nulas, rigiendo por imperativo constitucional, un sistema de igualdad absoluto, no sólo en cuanto a su titularidad sino además en su ejercicio, no siendo necesario invocar, en apoyo de tal postura, principios jurídicos o éticos derivados del derecho natural o imposiciones derivadas de la adhesión de España a los Tratados internacionales, sino que se imponen por pura coherencia léxica de nuestra constitución, que resultaría gravemente distorsionada si se permitiesen criterios discriminatorios. El fundamento jurídico se encuentra en el artículo 10.1 de la CE que establece:

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

El primer elemento nos lleva a averiguar aquello que constituye en toda persona su condición ineludible del tal, y cuya renuncia, lesión o desconsideración le degrada

²¹ El Tribunal Constitucional dice en su reciente Sentencia de 10 de abril del 2000 (FJ.3º) que «no es intrascendente recordar a estos efectos que la jurisprudencia de este Tribunal ha venido definiendo el alcance de la proyección del principio de igualdad y no discriminación sobre los derechos y libertades de los extranjeros, a los que se refiere el artículo 13.1 CE, al establecer que gozarán en España de las libertades públicas garantizadas en el Título I, si bien en los términos que establezcan los Tratados y la Ley. Desde nuestra STC 107/1984, hemos mantenido que ni la expresión misma de libertades públicas ha de interpretarse en sentido restrictivo, ni tal remisión supone que haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a ellas, sino que supone, únicamente, el reconocimiento de éstas con arreglo a su configuración legal. Y así, como declaramos en dicha Sentencia y hemos reiterado en las SSTC 99/1985 y 130/1995, 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 (art.23 CE, según dispone el artículo 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».

²² MIQUEL CALATAYUD, J.A., *Estudios sobre extranjería*, Ed.Boch, 1987, p.23.

a un nivel de estima incompatible con su verdadera naturaleza. Se trata, pues, de un contenido obligatorio que excluye determinadas conductas o actitudes atentatorias contra la misma. Su concepto se identifica como el mínimo invulnerable y constante, cualquiera que sea la situación en que se encuentre, consistente en el derecho de toda persona a un trato que no contradiga su condición de ser racional, igual, libre y capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno. De otro lado, el respeto a la dignidad de la persona impide tratarlo como un objeto o instrumento por parte del Estado o los demás, convirtiéndole en mera entidad sustituible²³. No estamos ante una pura definición de carácter ideológico sino un precepto con fuerza obligatoria para los ciudadanos y los poderes públicos. Pero es indudable, como destaca PECES BARBA²⁴, que las propias expresiones «dignidad de la persona», «derechos inviolables» y «libre desarrollo de la personalidad» supone una vinculación a una concepción iusnaturalista, que hace que nuestra Constitución no sea expresión rígida al pie de la letra de ninguna concepción doctrinal.

A igual conclusión llega el TC en relación con estos derechos absolutos, estableciendo su vinculación con la dignidad de la persona. En efecto²⁵:

«Esta configuración puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad de la persona humana, que, conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución, constituye el fundamento del orden político social».

De tal manifestación se deriva que, ni la dignidad de la persona, ni los derechos humanos inherentes a ella, permiten diferencias por razón de la nacionalidad y, como consecuencia de ello, su protección no es susceptible de ser personificada en ningún caso, por muy fundamentados que éstos sean. La dignidad de la persona no es la superioridad de un hombre sobre otro, sino de todo hombre sobre los seres que carecen de razón²⁶.

²³ Para SOLOZÁBAL el valor normativo del precepto se entiende considerando el desarrollo de su eficacia en el ordenamiento en un doble plano: En primer lugar cabe hablar de un efecto impeditivo como el mandato de respeto a los órganos del Estado, prohibiéndoles la producción de normas o actos que tengan un efecto degradante o enriquecedor; esto es que signifique el tratamiento del hombre como mero objeto. En segundo lugar tiene también un efecto positivo, consistente en la orientación del Estado hacia políticas favorecedoras del desarrollo de la persona, posibilitando su autodeterminación de modo que asegure la ayuda de los poderes públicos frente ataques o conductas provenientes de poderes públicos o sujetos privados, contrarios a la misma. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., «Dignidad de la persona», *Voz de la Enciclopedia Jurídica Civitas*, Madrid, 1995.

²⁴ PECES BARBA, G., «Reflexiones sobre la Constitución Española desde la filosofía del derecho», *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense*, N°61, p.106. En análogo sentido se expresa PÉREZ LUÑO quien subraya de forma taxativa que dicha inspiración iusnaturalista constituye la innegable fuente del artículo 10.1 que proclama la dignidad de la persona. Vid. PÉREZ LUÑO, E., *Los derechos fundamentales*. Ed. Tecnos, 1984, p.115.

²⁵ STC 107/84 de 23 de Noviembre. Ob.Cit. Fj.3, p.1405, STC 95/2000, Fj. 3º y STC 236/2007, Fj. 3º.

²⁶ En el mismo sentido Vid.MILLÁN PUELLES, *Persona humana y justicia social*, Madrid, 1973, p.15. Como pone de

No cabe, pues, trato diferencial en estos derechos. Según MIQUEL CALATAYUD²⁷, ello sería lícito, siempre y cuando no se hubiese constitucionalizado la materia, pero como hemos puesto de manifiesto con anterioridad, los derechos fundamentales no se hayan desconstitucionalizados y menos aún los inherentes a la persona humana, al querer el constituyente impedir cualquier diferencia.

En conclusión, el tratamiento constitucional de los derechos fundamentales de los extranjeros que calificamos de absolutos o innatos aporta lo siguiente:

- a) Solemnidad programática, derivada de la propia inserción de los mismos en la Constitución, con todo lo que ello supone de reconocimiento formal y solemne, a nivel normativo supremo de los derechos humanos, que en su calidad de personas se atribuyen a los extranjeros en España.
- b) Concreción enumerativa y conceptual de los mismos, que delimita con claridad literal, la titularidad material y formal de tales derechos.
- c) Inconstitucionalidad de sus violaciones en la misma posición que la sufren los españoles.

Estos derechos, que sólo pueden ser comprendidos a partir del artículo 10, sin ánimo de ser exhaustivos en su enumeración, se pueden concretar en los siguientes:

- a) Derecho a la vida e integridad física y moral (art.15 CE.).
- b) Derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto (art.16 CE.)²⁸
- c) Derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, inviolabilidad del domicilio y secreto a las comunicaciones (art.18.1, 18.2, 18.3 de la CE.)²⁹.
- d) Derecho a la tutela judicial efectiva³⁰.

manifiesto también LEGAZ LACAMBRA, la persona humana debe ser persona en sentido jurídico. En definitiva hay un derecho absolutamente fundamental para el hombre, base y condición de todos los demás: el derecho de ser reconocido siempre como persona humana. Concluye el autor que el orden jurídico debe atribuir al hombre, conforme a su naturaleza, ciertas libertades y ciertos derechos frente al Estado y la comunidad política; los llamados derechos humanos que protegen la libertad humana. Estas exigencias tienen el mismo fundamento: la dignidad humana, que se impone con fuerza obligatoria invencible. Vid. LEGAZ LACAMBRA, L., «La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre», *Revista de Estudios Políticos*, N°55, p.20 y 45 y ss.

²⁷ MIQUEL CALATAYUD, J.A., Ob.cit.p.24.

²⁸ Según el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa (BOE N°177, de 24 de julio) «Las creencias religiosas no constituirán motivos de desigualdad o discriminación ante la ley».

²⁹ Según pone de manifiesto el TC: «Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica, etc... corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles» STC 107/84, FJ.3, Cit. De igual manera señala el TC en su Sentencia de 7 de noviembre del 2007 sin dar una lista de los mismos pero sí mencionando algunos incuestionables como «Entre otros derechos se encontrarían el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, pero también el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita, el derecho a la libertad y a la seguridad, y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Todos ellos han sido reconocidos expresamente por este Tribunal como pertenecientes a la persona en cuanto tal, pero no constituyen una lista cerrada y exhaustiva», Cit. FJ.3°.

³⁰ En la STC 99/85 FJ.2 incluye expresamente dentro de esta categoría el derecho a la tutela judicial efectiva: «...Uno de estos derechos es el que todas personas tienen... a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y Tribunales, según dice el artículo 24.1 de nuestra Constitución; ello es así no sólo por la dicción literal del citado artículo, sino porque a esa misma conclusión se llega interpretándolo, según exige el artículo 10.2 de la CE...». De igual manera, la citada STC 236/2007, FJ. 3°.

- e) Derecho a la libertad, seguridad y habeas corpus³¹.
- f) Libertad de expresión e información³².
- g) Derecho de reunión y asociación³³.

En segundo lugar, se encuentran aquellos derechos que en modo alguno pertenecen a los extranjeros, siendo tales derechos los reconocidos en el artículo 23 de la CE, conforme a lo que dispone el artículo 13.2 de la CE, que limita estos derechos a los españoles salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por Tratado o Ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, precepto que hubo de ser modificado para adaptarlo al artículo 8.B del Tratado de la Unión Europea.

En tercer lugar, se encuentran los derechos respecto de los que el artículo 13.1 de la CE reconoce a los Tratados y a las Leyes la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio por parte de los extranjeros, siempre que se respeten las prescripciones constitucionales. El poder del legislador es sin duda, en esos derechos, amplio pero no absoluto, pues no puede configurar libremente su contenido sin respetar las prescripciones constitucionales.

A este respecto merece atención la reforma del artículo 3º de la Ley 4/2000. En el artículo 3º de nueva redacción desaparece expresamente la mención «igualdad con los españoles» recuperando aproximativamente la regulación de la Ley 7/1985. Así, mientras la Ley 4/2000 tendía a la equiparación de los derechos de los extranjeros con los españoles, con una declaración normativa que comprendía en ella no sólo los que se conocen como derechos fundamentales, sino también de los derechos socioeconómicos, ampliándose también, por no distinguirlo nítida y suficientemente, a aquellos extranjeros que se encuentren en situación irregular. Ahora, en cambio, se establece que el goce por los extranjeros de los derechos y libertades que se les reconoce, lo es en los términos establecidos en los Tratados Internacionales, en la propia Ley Orgánica y en las leyes que regulen su ejercicio. La norma reformada,

31 En la STC 115/87, FJ.1 se dice:

»El derecho a la libertad del artículo 17 de la CE el cual es un derecho inherente a la persona humana, de aquellos que según la STC 107/84, corresponden por igual a españoles y extranjeros».

32 Según el artículo 10 del Convenio de Roma de 1950 establece que:

»1-Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de las autoridades públicas y sin consideración de fronteras».

También el PIDCP, artículo 19.2, se expresa en los mismos términos. LÁZARO GONZÁLEZ, siguiendo a FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR, A., y PARADA, J.R., señala que si bien desde una dimensión individual del derecho, no están justificadas las restricciones subjetivas por razón de la nacionalidad, desde su dimensión social y política al incidir en la formación de la opinión pública, parece ser que el único peligro que la ley debe combatir es la apropiación de dependencia extranjera de los medios de comunicación de masa. En tales términos el artículo 19.4 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada (BOE, de 5 de mayo de 1988), establece que la «totalidad de las acciones de titularidad de extranjeros no podrán en ningún momento, ni directa ni indirectamente, superar el 25% de capital de una sociedad concesionaria». Vid. LÁZARO GONZÁLEZ, I., *La inmigración*, Ob.cit.p.210 y 211.

33 Para cierto sector doctrinal, los derechos de reunión y asociación son derechos condicionados a la configuración legal o derechos reconocidos de forma no plena para los extranjeros. Vid. CRUZ VILLALÓN, PEDRO, «Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; Las personas jurídicas». *Revista Española de Derecho Constitucional*, N°35, 1992, pp.69 a 71. FERRER PEÑA, R.M., *Los derechos de los extranjeros en España*, Ob.cit.pp.76 y 77.

equiparaba el goce del ejercicio de los derechos de los extranjeros a los españoles, optando por el nivel máximo de igualdad. Sin embargo, ese nivel pasa a reducirse significativamente, como veremos, remitiéndose a los términos de la Ley y los Tratados Internacionales. La opción de política legislativa, aun siendo legítima, no deja de ser restrictiva y para saber si es respetuosa con la doctrina del TC se deberán analizar los distintos preceptos que la reforma ha llevado a cabo. Es pues una opción acorde con el artículo 13 de la Constitución, pero no la mejor de las posibles para una adecuada y correcta política de integración que la Constitución permite y que el legislador ha desechado para impulsar más la acción de lo que hemos llamado antes de «control» sobre el de «integración» de los extranjeros en nuestro país. Actividad de control que sufrirán con mas intensidad aquellos que se encuentren en situación irregular:

Sin embargo, no podemos olvidarnos de la perspectiva que apunta el TC sobre el derecho de igualdad de los extranjeros en España. En la STC 107/84 *Leyes Rosano* el TC, al centrar su jurisprudencia en el alcance de la protección del artículo 14, después de afirmar como premisa previa que el artículo 14 CE se refiere en exclusividad a los españoles, declara, matizando lo anterior, que la inexistencia de declaración constitucional que proclame la igualdad de los extranjeros y españoles no es, sin embargo, argumento bastante. Y no es argumento bastante pues, como afirma el TC, el artículo 14 de la CE no es el único artículo que debe de ser contemplado, sino que, junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos sin los que no resulta posible determinar la posición jurídica de los extranjeros en España. El argumento decisivo lo ofrece una vez más el artículo 13.1 de la CE: «Los extranjeros gozan en España de los derechos y libertades del Título I» que, por supuesto, incluye el derecho de igualdad del artículo 14. De la visión del TC, si bien no se deriva una posición expresa de la titularidad del derecho de igualdad del artículo 14 de la CE con respecto a los extranjeros, sí parece que tiene una aceptación implícita por parte del TC³⁴, admitiendo la posible titularidad de los extranjeros del artículo 14 de

³⁴ Para el TC la desigualdad o igualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos dependerá por propia previsión constitucional de la libre voluntad del tratado y la ley, STC 107/84, FJ.3. El artículo 14 CE no ha incluido la nacionalidad entre las causas prohibitivas de discriminación, pues no ha impuesto la paridad de trato a los extranjeros ya que el artículo 14 CE comienza hablando de españoles, RODRIGUEZ PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. FERNÁNDEZ, *Igualdad y discriminación*, Ed. Tecnos, 1986, pp. 188 y 189. De la misma manera SANTOS, LIDIA señala que en el marco de los derechos fundamentales, el esencial derecho a la igualdad y no discriminación no es aplicable a los extranjeros como se aplica a los españoles ni tampoco a los extranjeros entre sí, SANTOS, LIDIA, Ob. Cit. p. 105. La igualdad constitucional no es, dice PÉREZ ROYO, un concepto universal aunque se base en una concepción de la igualdad humana que sí tiene carácter universal. La igualdad que se predica de la población del Estado es una igualdad política, territorialmente limitada. En consecuencia, todos los hombres son iguales por naturaleza, pero políticamente sólo lo son los ciudadanos del Estado, PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 223.

la CE, aunque si bien es cierto no de la forma explícita con que se pronuncia, por ejemplo, el Conseil Constitutionnel francés³⁵ o la Corte Costituzionale Italiana³⁶.

La prohibición de discriminaciones puede proyectarse en dos ámbitos: uno reducido, el disfrute de los demás derechos fundamentales, y otro más amplio referido a todos los posibles derechos o situaciones jurídicas protegidas por el ordenamiento español. Tanto en un ámbito como en otro, la igualdad encierra una incógnita en cuanto a sus efectos. Una vez zanjada la cuestión de la titularidad del derecho fundamental a la igualdad, en virtud de la interpretación sistemática entre el artículo 13.1 y 14 de la CE, habrá que estudiar la extensión y alcance que el derecho a la igualdad del artículo 14 CE tiene en su aplicación a los extranjeros.

Cuando la ley, en el ámbito de su aplicación subjetiva, no diferencia por razón de la nacionalidad, el derecho de los extranjeros a la igualdad implica, de manera inmediata, el pleno derecho a la igual aplicación de la ley. Éste es el razonamiento del TC en la sentencia LEYES ROSANO:

«...la ley puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o

³⁵ Una aceptación explícita del principio de igualdad se encuentra en la jurisprudencia constitucional francesa relativa a los extranjeros. El principio de igualdad había sido aplicado de manera espectacular en la Décision 269 DC du 22 janvier 1990, RJC1-392 por el Conseil Constitutionnel. En el origen del asunto se examinaba la constitucionalidad de una disposición legislativa que excluía a los extranjeros residentes regularmente del beneficio de un subsidio suplementario de solidaridad aplicable a los mismos. En dicha decisión el Conseil manifiesta: «...la exclusión de los extranjeros residentes regularmente en Francia del beneficio del subsidio suplementario desconoce el principio constitucional de igualdad». Se trata de una decisión capital pues lo que hace el Conseil es la afirmación con fuerza de que las discriminaciones fundadas sobre la nacionalidad no son constitucionales pues la nacionalidad de un individuo no puede ser criterio para eliminar o rechazar el beneficio de derechos a los extranjeros, en definitiva que elimine su titularidad. En consecuencia, el Conseil afirma con rotundidad: «El principio constitucional de igualdad no es por lo tanto un derecho del ciudadano sino un derecho del hombre y como tal los extranjeros y nacionales pueden hacerlo prevalecer». A las mismas conclusiones se llega desde el punto de vista doctrinal: FAVOREU, L., *Revue française de Droit constitutionnel*, N°2, 1990, p.331-332. MODERNE, F., «Les bénéficiaires ou titulaires de droits fondamentaux en France», *ALJC*, 7-1991, p.237, TURPIN, D., «Le statut constitutionnel des étrangers», *Les Petites Affiches*, 15 mars 1991, p.13. Pero esta posición no es una posición aislada en la jurisprudencia constitucional francesa sino continuada de forma especial en la Décision 325 DC 12-13 août 1993, RJC 1-539 sur le maitrise de l'immigration. En esta sentencia no solamente se afirman los grandes principios aplicables a los extranjeros en decisiones precedentes sino, más aún, viene a fijar con precisión los principales puntos del estatuto de extranjería. En relación con lo que nos atañe, el Conseil Constitutionnel, en su fundamento o considerando 15 afirma que «les discriminations son admises dès lors qu'elles son justifiées»; si bien se pone de manifiesto que los extranjeros y los nacionales están situados en una situación diferente que el legislador puede establecer, «les dispositions contestées ne sont pas constitutives d'une rupture du principe d'égalité». Ver los comentarios que de la misma hace FAVOREU, L. et PHILIP, LOIC, *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, Ed. Dalloz Sirey, 1993, p.840 a 850 y FAVOREU, L. en la *Revue Française de Droit constitutionnel*, N°15, 1993.

³⁶ Para la afirmación de que el principio de igualdad se aplica también a los extranjeros en el derecho italiano ver la Sentenze della Corte Costituzionale N°120 del 23 de Novembre de 1967, la N°104 del 26 giugno 1969 y la N°144 del 16 de luglio de 1970. Del mismo modo la doctrina Italiana pone de manifiesto también la existencia de este derecho con respecto a los extranjeros. Vid. PALADIN, L., *Il principio costituzionale d'egualianza*, Milano, 1965, p.205 y nota 102. ROSSANO, C., *L'egualianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966, p.395 y ss. CHIAVARI, M., «Uguaglianza tra cittadini e stranieri in materia di carcerazione preventiva per i reati dogandi», in *Gurisprudenze Costituzionale*, 1967, p.1579 y ss. CASSESE, A., «Principio de egualianza e assunzione al lavoro di stranieri», in *Gurisprudenze Costituzionale*, 1970, p.1653 y ss. CERRI, A., *L'egualianza nella giurisprudenze della Corte Costituzionale*, Milano, 1976, pp.61 y 62.

ciudadanía del titular; produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros³⁷».

La conclusión a extraer de ello es que el derecho de igualdad de los extranjeros es un derecho de configuración legal, es decir, solamente la ley podrá decir en qué casos puede existir igualdad, cuando el legislador así lo haya pretendido, pues ello ya no es una exigencia constitucional. La única exigencia que se puede derivar de ello, desde el punto de vista constitucional y partiendo del supuesto de la titularidad del derecho del artículo 14 de la CE, es la prohibición de discriminación de los extranjeros por alguna de las cláusulas tasadas en el artículo 14 de la CE: raza, sexo, religión, opinión³⁸. En consecuencia, el legislador no puede utilizar las cláusulas prohibitivas y absolutas de carácter constitucional supralegal del artículo 14 como instrumento para diferenciar a españoles y extranjeros. El concepto de discriminación es un concepto normativo en el que, partiendo de la titularidad de este derecho fundamental por los extranjeros, su protección legal se expresa en términos absolutos. Las causas taxativas prohibitivas son también de alcance internacional³⁹, y por tanto de protección constitucional. En tales términos, el principio de prohibición de discriminación racial en nuestra Constitución no sólo tiene un alcance nacional, como por ejemplo pueda ser el hecho social específico de la raza gitana, sino un alcance universal que ampara a cualquier persona con independencia de su nacionalidad⁴⁰.

³⁷ STC 107/84 Cit. Fj.3º

³⁸ La aplicación conjunta de los artículos 13.1 y 14 CE permitiría sostener como constitucionalmente razonable este tipo de medida o prácticas, RODRÍGUEZ PIÑERO, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, Ob.cit.p.189. En posición contraria a la misma FERNANDO DE LA MATA señala que la protección jurisdiccional ante una discriminación en función de la raza, que deriva fundamentalmente del recurso de amparo, solo sería en principio predicable para los españoles, aunque no obstante, nada impide que la igualdad de trato sea introducida por tratado o por ley, «Razismo y Xenofobia» en la obra colectiva *Diez años de la ley de extranjería: balance y perspectivas*, ITINERA, 1995, p.32.

³⁹ Así, a la obligación genérica derivada de los artículos 2.1, 6, 7 y 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 2 del Pacto de derechos civiles y políticos, debemos añadir la que específicamente resulta de la ratificación de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial, (BOE N°910 de 17 de mayo de 1969).

⁴⁰ A la misma conclusión llega BORRAJO INIESTA, IGNACIO, «El status constitucional de los extranjeros», en la obra colectiva: *Estudios sobre la Constitución Española*. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Tomo II: De los derechos y deberes fundamentales. Ed.Civitas, 1991, pp.760 y ss, y RODRÍGUEZ PIÑERO, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., Ob.cit.p.189. En posición contraria DE LA MATA, F., Ob.cit.p.32. De la misma manera, tal posición doctrinal ha tendido ya su aplicación pragmática en la STC 214/1991 de 11 de Noviembre al protegerse por la libertad de expresión las discriminaciones racistas y xenófobas, cuyo Fj.8 señala textualmente: «Por ello, las expresiones y aseveraciones proferidas por el demandado también desconocen la efectiva vigencia de los valores superiores del ordenamiento, en concreto la del valor de igualdad consagrado en el artículo 1.1 de la CE, en relación con el artículo 14 de la misma (...). Así pues, de la conjunción de ambos valores constitucionales, dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que, ni el ejercicio de la libertad ideológica, ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales (...). Un comentario de esta sentencia se encuentra en O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, «El honor de la raza judía», *Actualidad y Derecho*, N°3, 1992, pp.11 a 13. El desarrollo legislativo del supuesto discriminatorio parece recogerse en el nuevo proyecto de Código Penal, cuyo artículo 23.5 por el que se regulan las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal establece que «son circunstancias agravantes (...) cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por antisemitismo, racismo u otros motivos referentes al origen étnico o nacional o a la profesión religiosa de la víctima. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, 26 de septiembre de 1994, p.6.

Fuera de estas cláusulas prohibitivas de carácter constitucional supralegal, el legislador podrá establecer en qué casos se puede diferenciar entre españoles y extranjeros, y en el supuesto de que así fuera, tendría que justificar el por qué de esa diferenciación, pues ante una falta de motivación suficiente estaríamos en un supuesto de discriminación legal no autorizada.

Ésta es la interpretación que con firmeza ha aplicado el Tribunal Supremo en su jurisprudencia relativa a la colegiación de odontólogos sudamericanos⁴¹. Al serles convalidada por la administración del Estado español la titulación obtenida en sus países de origen para el ejercicio de la profesión, el Colegio profesional no podía someterlos a pruebas de aptitud u otras restricciones inaplicables a los graduados en Universidades españolas. Tal posibilidad constituye, para el Tribunal Supremo, una vulneración del artículo 14 de la CE⁴². En este caso, la fundamentación jurídica del TS se ha visto ratificada por el Tribunal Constitucional por medio de autos, viniendo a afirmar lo siguiente:

«Así so capa de unas valoraciones sobre la dificultad de los estudios en uno y otro país, consideraciones improcedentes e irrelevantes, cuando el legislador ha admitido la convalidación y la administración la ha otorgado, lo que se quiere es impedir con la denegación de la colegiación el ejercicio de la profesión de quienes, siendo iguales a los titulados españoles, tienen derecho a ser tratados como iguales a éstos, es decir tienen derecho a la colegiación»⁴³.

○ como pone de manifiesto con más pulcritud el TC en otro auto de 1985⁴⁴:

⁴¹ Ver el comentario que de ella hace MIRALLES SANGRO, P., «Homologación de títulos latinoamericanos de odontólogos: contexto normativo y jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, N°61, 1989, pp.67 a 93.

⁴² Vid. STS de 16 de enero de 1985, Rep. de Aranzadi 412, FJ.5. Esta doctrina se encuentra respaldada por otros casos posteriores con iguales supuestos de hecho, como la STS de 7 de octubre de 1986, Rep. de Aranzadi 4546, sucediéndose así una multitud de sentencias durante el año 1986 y 1987, pudiéndose encontrar sus referencias en MIRALLES SANGRO P., Ob.cit.p.82. En tal sentido y con algunos matices, en función de las características del caso, todas las sentencias emplean los siguientes fundamentos que el TS utiliza ya a modo de coletilla:

«...por lo que por aplicación del principio de igualdad, no puede negarse a los odontólogos con título argentino la posibilidad del ejercicio, con la necesaria incorporación a un Colegio, ya que según el artículo 13 de la Constitución los extranjeros gozan en España de las libertades públicas garantizadas en el Título I de la Constitución, en los términos que establezcan la ley y los tratados internacionales, lo que se complementa con el reconocimiento que para esos títulos y ese ejercicio se contiene en el Convenio Cultural ratificado...»

A modo también de referencia en otra Sentencia del TS de 7 de diciembre de 1988:

«Son cuestiones diferentes la obtención de la homologación del título profesional y la de los permisos de trabajo o residencia. La primera es una condición de validez profesional inherente a los títulos universitarios reconocidos en España, mientras que los restantes permisos son de ámbito y funciones diferentes a la colegiación. En unos la competencia corresponde a los Colegios Oficiales, limitada al examen de la correcta posesión del título...en el otro la competencia es de la Administración...Por ello deben concluirse que la advertencia de la presentación de los permisos de residencia y trabajo por el Colegio Oficial era inoperante y que la denegación de la solicitud de colegiación infringe los artículos 14 y 22 de la Constitución Española».

⁴³ Auto del Tribunal Constitucional N°53/1986, de 22 de enero BOE, Tomo XIV, jurisprudencia constitucional, p.656.

⁴⁴ Auto del TC N°420/1985 de 26 de junio BOE, Tomo XII, Jurisprudencia constitucional, pp.1164 a 1168.

«...como alega la propia parte recurrente y declarado repetidamente este tribunal, el derecho fundamental a la igualdad consiste en el derecho subjetivo a obtener un trato igual por parte de quienes se encuentran en una situación de hecho sustancialmente idéntica, de manera que, a igualdad de supuestos de hecho, no puede atribuir la norma consecuencias jurídicas distintas, si no media una justificación objetiva y razonable.»

El derecho a la igualdad de los extranjeros también conlleva el derecho de igualdad ante la ley. Pero aquí la cuestión aparece más complicada. De entrada, los razonamientos que pueden ofrecer respuesta son necesariamente diversos, según cuál sea la concepción general que se sustente acerca de los derechos fundamentales de los extranjeros. Si se parte de la premisa de que el status constitucional de los extranjeros viene configurado directamente por la Constitución, al menos en la garantía de su contenido esencial, la respuesta la encontramos en el propio artículo 14 de la CE. Del mismo se desprende, como aludíamos antes, que el legislador español no puede discriminar a los extranjeros por razón de su raza, religión, etc... También el artículo 14 asegura que no podrá prevalecer discriminación contra ellos por razón del nacimiento, o por cualquier condición o circunstancia personal o social. Siguiendo con esta línea de razonamiento, habrá que discernir las normas lícitas de las ilícitas, examinando si introducen diferencias entre extranjeros y españoles atentatorias contra la dignidad humana o, aunque no incidan en las prohibiciones específicas del artículo 14 de la CE, son incongruentes porque el dato de la nacionalidad no guarda relación con la finalidad o efectos de la norma. Dicho de otra manera, y mirando cada supuesto de hecho diferente, que las eventuales desigualdades de trato entre españoles y extranjeros establecidas por las leyes estén desprovistas o no de un fundamento objetivo y razonable.

El panorama es completamente distinto si se parte de una concepción antagónica de los derechos de los extranjeros en la Constitución, como la que parte el actual legislador con la reforma de la LO 8/2000: que todos sus derechos, sean o no fundamentales, son de configuración legal, debido a la remisión que efectúa el artículo 13.1⁴⁵. El TC, en la sentencia Leyes Rosano, llegó a esta conclusión respecto al tema que le ocupaba: la diferenciación entre españoles y extranjeros en el acceso al trabajo⁴⁶. Por ello, la única fuente de parámetros de validez de las

⁴⁵ Como pone de manifiesto BORRAJO INIESTA, la aplicación de esta doctrina da lugar a un resultado concluyente: al ser un derecho de configuración legal, corresponde a las leyes determinar qué discriminaciones pueden ser resistidas por los extranjeros, que es lo mismo que afirmar que no cabe el derecho de igualdad de los extranjeros en la ley. Vid. BORRAJO INIESTA I., «El status constitucional de los extranjeros», Ob.cit.p.761.

⁴⁶ Según el Tribunal Constitucional:

«...introducir la nacionalidad como elemento para la definición del supuesto de hecho al que ha de anudarse la consecuencia jurídica establecida y en tal caso, como es obvio, queda excluida a priori la aplicación del principio de igualdad como parámetro al que han de ajustarse en todo caso las consecuencias jurídicas anudadas a situaciones que sólo difieren en cuanto al dato de la nacionalidad, aunque tal principio haya de ser escrupulosamente respetado en la regulación referida a todos aquellos situados en identidad de relación con el dato relevante». Vid. STC 107/84 Cit.F.J.3º parr.5º.

discriminaciones legislativas son los Tratados internacionales a los que también se remite el artículo 13.1 de la CE. Si bien, no podemos olvidar, a efectos interpretativos de la normativa de estos Tratados, que tal reserva no puede entenderse como desconstitucionalizadora de la posición jurídico-constitucional del extranjero, derivándose de ello que su efectividad sólo operará respecto a la delimitación e interpretación de los contenidos mínimos constitucionales, pero no como sustituto de éstos, circunstancia ésta que impide que en el desarrollo legislativo afectante a los extranjeros puedan recibir el beneplácito de constitucionales si se adaptan sólo a lo previsto en los estándares mínimos de protección delineados por los instrumentos internacionales y no a los inmediatamente previstos por la propia CE. Como muy bien termina en enjuiciar el TC en una de sus últimas sentencias del 2007 el legislador no puede negar tales derechos a los extranjeros, aunque sí puede establecer condicionamientos adicionales respecto de su ejercicio por parte de aquéllos, si bien ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, lo que implica que la regulación habrá de respetar, en todo caso, el contenido esencial del derecho como garantía normativa del derecho fundamental en cuestión⁴⁷. Entre otros derechos de esta conformación de la doctrina del Tribunal Constitucional se encuentran los derechos individuales de proyección colectiva como el derecho de reunión, asociación, sindicación, huelga, el derecho a la educación.

Por último, en dicha clasificación de los derechos fundamentales se encuentran aquellos derechos fundamentales “que no son atribuidos directamente por la Constitución a los extranjeros, pero que el legislador puede extender a los no nacionales, aunque no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles”, se trata de derechos en los que es admisible un tratamiento diferenciado entre españoles y extranjeros, en virtud de lo que dispongan los tratados y las leyes que los regulen, siempre que en su aplicación no se vulnere el contenido esencial del derecho en cuestión, en cuanto “no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (...) es pues lícito que las leyes y tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros” (STC 94/1993, de 22 de marzo, F.J. 4º). En este grupo, el Tribunal Constitucional incluye, “derechos tales como el derecho al trabajo, el derecho a la salud, el derecho a percibir una prestación de desempleo y, también con matizaciones, el derecho de residencia y desplazamiento en España” (STC 236/2007, F.J. 4º). El Tribunal añade que las condiciones de ejercicio que el legislador establezca respecto de los derechos y libertades de los extranjeros en España “sólo serán constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE) se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida”.

⁴⁷ Igualmente MIQUEL CALATAYUD, J.A., Ob.Cit.p.59, PEREZVERA, E., «Comentario al artículo 13.1 de la CE» en *Comentarios a las Leyes Políticas*, Ob.Cit.p.234 y MASSÓ GARROTE, M.Fº., *Los derechos Políticos de los extranjeros en el Estado Nacional*, Ed.Colex, 1997, p.53 y ss. STC 236/2007 del 7 de noviembre, F.J. 4

B. La protección de la familia y el derecho a la reagrupación familiar: Las propuestas de reforma legal.

En el artículo 16, de nueva redacción por la LO 8/2000, incorporaba ciertas novedades en relación con su regulación anterior y originaria de la LO 4/2000. Sin embargo, conviene hacer ciertas precisiones. Si bien el Derecho de intimidad familiar, se puede mantener como derecho fundamental que tiene su fundamento en el artículo 18 de la Constitución no ocurre así con el derecho a la reagrupación familiar. En el primer caso nos encontramos ante un derecho fundamental con todas las consecuencias que ello supone desde el punto de vista constitucional Pero el legislador quizás no esté pensado sólo en el texto constitucional como fundamento para reconocer este derecho, sino también en el Derecho Internacional, especialmente en el artículo 8⁴⁸ del Convenio Europeo de Derechos Humanos donde se venía garantizando el derecho a una vida familiar sin injerencias de ninguna clase a toda persona. Ha sido sobre la base de este precepto, donde la Jurisprudencia del TEDH ha venido a limitar la actuación de los Estados a la hora de dictar normas sobre entrada y residencia de extranjeros⁴⁹. Partiendo de estos presupuesto, el Tribunal de Estrasburgo ha señalado qué debe entenderse por vida familiar⁵⁰. En relación con ello, en efecto, el propio Tribunal Constitucional ha afirmado que el derecho a la reagrupación familiar no forma parte del contenido del derecho consagrado en el artículo 18 de la Constitución, que regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal (STC 236/2007, f.j. 11). No obstante, reconoce que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -en contraste con la de nuestro Tribunal Constitucional-, ha deducido del artículo 8.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) un "derecho a la vida familiar", que comprendería como uno de sus elementos fundamentales el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía; sin embargo, precisa, no ha llegado a reconocer explícitamente un auténtico derecho a la reagrupación familiar derivado del artículo 8 del CEDH, que sólo sería eficaz en el supuesto de que la vida familiar no fuera posible en ningún otro lugar, por impedimento legal o fáctico. En éste ámbito conviene tener presente la normativa

⁴⁸ Recoge el artículo 8 que: 1. Toda persona tiene derecho al respecto a su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico de país, la defensa del orden y la prevención del delito, la prevención de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.

⁴⁹ También en el ámbito comunitario con la propuesta de directiva del Consejo de 1997 donde se considera la reagrupación como un medio necesario para conseguir la integración de los nacionales de terceros países que residen legalmente en los Estados miembros.

⁵⁰ En la STEDH de 28 de mayo de 1985, **Asunto Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido** señala que el artículo 8 del CEDH presupone la existencia de una familia en la que se incluye la relación matrimonial en este concepto, pero en este caso la expresión vida familiar comprende normalmente la convivencia. También en aquellos casos en que el extranjero se encuentre divorciado pues el vínculo de la vida familiar se presupone también en relación con los hijos de matrimonio según recoge la STEDH de 21 de junio de 1988, **Asunto Berrehab c Holanda** y sin que quepa hacer distinciones entre la filiación natural y la legítima, STEDH de 13 de junio de 1979, **Asunto Marckx c. Bélgica**. No se contienen en cambio las relaciones de carácter homosexual, tal y como se deriva de la decisión de la Comisión de 3 de mayo de 1983.

de la Unión Europea en la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, o de la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica.

La reagrupación familiar regulada en la Ley Orgánica, constituye pues una modalidad de protección de la familia, que viene a hacer efectivo el principio rector consagrado en el art. 39.1 de la Constitución (“Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia), por lo que no existe en esta materia una reserva de Ley Orgánica, correspondiendo a la ley establecer las condiciones y requisitos de su ejercicio por los extranjeros, y pudiendo establecer las restricciones o condicionamientos que considere adecuados a los principios y criterios generales de la política migratoria.

A continuación, se analizan algunas cuestiones relativas a la reagrupación familiar pendientes de adaptar en nuestra normativa legal como la de la pareja no matrimonial o la reagrupación de los ascendientes. La regulación que efectúa el proyecto de ley del Gobierno de reforma de la Ley de Extranjería se ajusta a lo dispuesto en la normativa europea en esta materia (Directiva 2003/86/CEE, de 22 de septiembre de 2003) y tiene por objeto principal acotar el concepto de familia, a efectos del ejercicio de este derecho, recurriendo para ello, en línea con el derecho comunitario, a la idea de “familia nuclear”, integrada por los progenitores, su ascendientes y descendientes directos, menores o incapacitados. Dicha acotación supone la introducción de restricciones en el concepto de familiares reagrupables; de ellas, la más novedosa es la que afecta a los ascendientes (art. 17.2.d) respecto de los cuales se limita la reagrupación a los mayores de 65 años, partiendo de la consideración de que son éstos los que, con carácter general, reúnen los requisitos que determinan el objetivo de la reagrupación, que no es otro que el de la dependencia respecto al reagrupante y su situación de vulnerabilidad, limitando así los efectos que sobre el mercado laboral y la ordenación de los flujos migratorios pudiera tener la reagrupación de ascendientes que se encontraran en situación de trabajar. Por lo que respecta al cónyuge y los descendientes, en el caso de segundas o posteriores nupcias (art. 17.2.a), el derecho a reagrupar alcanza al nuevo cónyuge, pero no a sus familiares, como prevé la Ley vigente.

1. Reagrupación de la pareja no matrimonial.

La prioridad que se da a la familia nuclear, acorde con la citada Directiva 2003/86/CE, se plasma en la introducción de reformas en cuanto a los potenciales beneficiarios de la reagrupación: de un lado, se regula la reagrupación de la pareja con análoga relación de afectividad a la conyugal; de otro, se modifica la regulación de la reagrupación de los ascendientes.

La pareja con análoga relación de afectividad se equipara al cónyuge a estos efectos (artículo 17.4 del de la reforma propuesta por el Parlamento), si bien se remite a la regulación reglamentaria el desarrollo de las garantías probatorias que eviten la utilización fraudulenta de esta figura y para que esa relación de afectividad análoga a la conyugal “pueda producir efectos en España” (artículo 17.5 proyectado). La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en aplicación de los principios de libre circulación de personas y de no discriminación, ha declarado que los Estados de la Unión Europea deben de reconocer efectos jurídicos a las Uniones no maritales de Ciudadanos de Estados en los que estas figuras tienen pleno reconocimiento jurídico (STJCE de 17 de abril de 1986, FJ.3)

En relación con ello se ha planteado en la tramitación del expediente la posibilidad y términos de acreditación de esa relación de afectividad y la posible utilización fraudulenta de la figura. Se trata de una cuestión que se deberá abordar con las debidas cautelas por vía reglamentaria, para lo cual pueden ser útiles algunas pautas que se recogen en la citada Directiva 2003/86/CE. Esta Directiva se refiere a la posibilidad de autorizar la reagrupación de la pareja no casada “que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada” o de la “pareja registrada” (artículo 4.3); y precisa el artículo 5.2 de la Directiva que, cuando se examine una solicitud relativa a la pareja no casada del reagrupante, los Estados miembros tendrán en cuenta, con el fin de probar la existencia de vínculos familiares, elementos tales como hijos comunes, la cohabitación previa, el registro de la pareja y “cualquier otro medio de prueba fiable”.

2. Reagrupación de los ascendientes.

Mayores dudas ha suscitado la nueva regulación proyectada relativa a la reagrupación de ascendientes, en cuanto exige, de un lado y como regla general, que los ascendientes reagrupables sean mayores de 65 años (artículo 17.1.d) y, de otro, que este concreto grupo de familiares sólo puedan ser reagrupables a partir del momento en que el solicitante (reagrupante) adquiera la residencia de larga duración (artículo 18.1). Esta nueva regulación ha sido criticada por algunos de los órganos y entidades intervinientes a lo largo del proceso de elaboración del Anteproyecto, por el retroceso que supone respecto de la regulación preexistente.

La memoria justifica el nuevo régimen por la influencia imprevista y compleja en el mercado de trabajo que tiene la entrada, por esta vía, de ascendientes que se hallan en edad y situación de trabajar. Se trata, por tanto, de adecuar la regulación a la capacidad de acogida y al mercado laboral de nuestro país. Por ello, se ciñe más la reagrupación a la llamada familia nuclear (cónyuges e hijos) si bien se permite la reagrupación de ascendientes mayores de 65 años, puesto que ello no tendrá impacto en el mercado laboral y, objetivamente, tales personas pueden encontrarse

en una situación de mayor vulnerabilidad (lo que también lleva a matizar la regla y admitir excepciones por razones de carácter humanitario).

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, las objeciones fundamentales a esta nueva regulación se han formulado a partir del contenido de la Directiva 2003/86/CE, antes mencionada, lo que exige alguna consideración al respecto.

Dicha Directiva impone que se autorice ("autorizarán") la reagrupación del cónyuge y los hijos menores a que se refiere su artículo 4.1. En cambio, en relación con los ascendientes en línea recta y primer grado no se impone, sino que se permite (podrán autorizar), aunque se matiza: "siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el capítulo IV" y cuando los ascendientes estén a cargo del reagrupante o de su cónyuge "y carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen" (artículo 4.2).

Ciertamente, la Directiva dispone que su regulación no afectará a la facultad de los Estados miembros de adoptar o conservar disposiciones más favorables (artículo 3.5). De acuerdo con ello, si no se impone la reagrupación de los ascendientes, parece que el Estado miembro puede aceptarla (como medida más favorable) e imponer las restricciones que tenga por conveniente en relación con tales familiares. No obstante, también parece razonable entender que, aunque no se les imponga (a los Estados miembros) la reagrupación de estos familiares, en caso de que se admita, se haga con unas exigencias mínimas. A partir de ello, pueden analizarse los dos requisitos nuevos incorporados en el Proyecto de reforma del Gobierno.

En relación con la exigencia de que sean mayores de 65 años no es objetable -desde la perspectiva de esta norma comunitaria- su exigencia por el derecho interno. Puesto que la Directiva no impone la reagrupación de los ascendientes, el ordenamiento español podría rechazar tal posibilidad, y consiguientemente, puede también admitirla sólo parcialmente (esto es, en relación con los mayores de 65 años). No obstante, quiere llamarse la atención sobre la pertinencia de mantener la excepción orientada a permitir la reagrupación de ascendientes menores de 65 años, cuando concurren razones de carácter humanitario, a la vista de las consideraciones que se hicieron más arriba sobre el objetivo de protección de la familia y el derecho a la vida familiar, afirmado por el TEDH (que, como se ha apuntado, comprendería, como uno de sus elementos fundamentales, el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía).

Mayores dudas suscita la exigencia de que el reagrupante haya adquirido previamente la residencia de larga duración (artículo 18.1 del Anteproyecto), lo que supone, con carácter general, una residencia previa y continuada de cinco años. Ya no se trata de una de las exigencias del familiar reagrupable, sino de los requisitos del reagrupante. Y en relación con este punto, el artículo 8 de la Directiva (inserto en el

capítulo IV, al que se remite el artículo 4.2: “siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el capítulo IV”) establece: “Los Estados miembros podrán requerir que el reagrupante haya residido legalmente en su territorio durante un periodo de tiempo, que no podrá superar dos años, antes de reagrupar a los miembros de su familia con él” (aunque se prevé una excepción que la extiende hasta tres años como máximo, en función de la legislación existente en el momento de adopción de la Directiva).

Como se ha apuntado, aunque no se imponga a los Estados miembros la reagrupación de los ascendientes, sí parece que, en caso de que se opte por aceptar tal posibilidad, deben respetarse las exigencias que la Directiva recoge en su capítulo IV y, en particular, cuando no se trata de una restricción relativa a los ascendientes reagrupables, sino de los requisitos exigibles al residente reagrupante (como es el de que la residencia legal previa exigida no supere los dos años).

También suscita dudas la falta de incorporación de la exigencia, en el artículo 17.1.d) proyectado, de que los ascendientes reagrupables lo sean “en línea recta y en primer grado” y de que “carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen” (criterio que la Directiva utiliza para delimitar los ascendientes reagrupables: artículo 4.2.a); exigencia, esta última, que sería coherente con los objetivos que, en este ámbito, se propone el Anteproyecto, aunque no se ignoran los problemas que podría plantear su acreditación. No obstante, ya se ha aludido a la facultad de los Estados miembros de adoptar o conservar disposiciones más favorables (artículo 3.5 de la Directiva).

Por último, quiere llamarse la atención sobre el requisito contemplado en el artículo 17.1.d) proyectado de que “existan razones que justifiquen su residencia en España”: si se trata de ascendientes del reagrupante, que están a su cargo y que son mayores de 65 años, parece que concurren ya razones suficientes que justifican su residencia en España. Nótese que, en la redacción actualmente vigente de la LOE hay una diferencia de matiz, no exento de virtualidad, al exigirse que “existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España” (lo que da pie para que por vía reglamentaria se concreten casos en que se considera que existe esa “necesidad” de autorizar la residencia en España: por ejemplo, en función de la carencia de un apoyo familiar adecuado en el país de origen).

C. Las Garantías Jurídicas. Las propuestas de “lege ferenda”.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ya desde la Sentencia 95/2003, ha venido afirmando reiteradamente la inconstitucionalidad de *“la exigencia del requisito de la legalidad de la residencia para que los extranjeros puedan acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación con cualquier tipo de proceso a efectos del cual gocen de la precisa legitimación”* (F.J. 8º). La doctrina constitucional afirma la conexión instrumental

entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho a la tutela judicial efectiva, que se reconoce a todos los extranjeros con independencia de su situación jurídica; esta conexión determina la existencia de un "contenido constitucional indisponible" para el legislador, que obliga a reconocer el derecho a la justicia gratuita necesariamente a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar, de modo que la privación por el legislador del derecho a la gratuidad de la justicia a un grupo de personas físicas que reúnan las condiciones económicas previstas con carácter de generalidad para acceder a tal derecho implica una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Posteriormente, esa misma jurisprudencia sería recogida en la STC 236/2007, que declaró, por ello, la inconstitucionalidad del artículo 22.2 de la LO 4/2000 y la consiguiente nulidad del inciso "residentes" que figuraba en él. Por ello, la modificación que se pretende introducir permite acomodar las previsiones del precepto a esta jurisprudencia constitucional. La principal novedad del proyecto de Ley que discute el Parlamento consiste en la introducción de un nuevo artículo que bajo la denominación "Postulación procesal" viene a establecer que, en los procesos contenciosos administrativos el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita requerirá una nueva solicitud y la constancia expresa de la voluntad del extranjero de interponer el recurso o ejercitar la acción correspondiente, que habrá de realizarse por cualquiera de los medios previstos en el artículo 24 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; en el supuesto de que el extranjero se encuentre fuera de España, la solicitud de este derecho y la manifestación de voluntad de recurrir, podrán realizarse ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente. La previsión contenida en este precepto viene a intentar resolver un problema práctico recurrente en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. En concreto, y especialmente, el que se produce cuando al extranjero se le deniega la entrada en los puestos fronterizos, y el letrado designado inicialmente, al amparo de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, viene muy a menudo a mantener la representación del ciudadano extranjero, continuando adelante en el ejercicio de las pretensiones en todas las instancias, sin que el interesado, que en la mayoría de los casos se encuentra fuera del territorio nacional, tenga conocimiento de ello ni, en consecuencia, haya manifestado su voluntad de ejercicio de las correspondientes acciones, ni pueda ejercer los derechos que la ley le reconoce como parte, dando lugar a una efectiva lesión en su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Como consecuencia de esta práctica, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), una corriente mayoritaria de la jurisprudencia contencioso-administrativa ha venido exigiendo, con ocasión de la interposición del recurso contencioso-administrativo, que la representación del recurrente ha de constar debidamente acreditada, por cualquiera de los medios previstos en el art. 24 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denegando el acceso al proceso en todos aquellos supuestos en que la voluntad del recurrente no constase debidamente acreditada o no se hubiese atribuido la representación procesal en los términos previstos en el mencionado art. 24 de la

Ley de Enjuiciamiento Civil. En esta misma posición se ha situado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, señalando que *“Este Tribunal ha afirmado que es difícilmente rebatible la tesis de que para actuar en nombre de otro en un proceso resulta imprescindible el consentimiento expreso o inequívoco del representado, consentimiento habitualmente conferido a través del instrumento del poder notarial (ATC 276/2001, de 29 de octubre) o del poder apud acta (STC 205/2001, de 15 de octubre)”* (ATC 296/2006, de 6 de septiembre, F.J. 6º). Con el fin de garantizar adecuadamente el cumplimiento del requisito de postulación, evitando que el extranjero pueda ver cerrado su acceso a la jurisdicción, la modificación introducida exige a éste la formulación de una nueva solicitud de asistencia jurídica gratuita, pero ello implica la aplicación los extranjeros de un tratamiento diferenciado, y más gravoso, que a los nacionales, en el procedimiento de reconocimiento de este derecho en la jurisdicción contencioso-administrativa.

El artículo 7 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita dispone que el reconocimiento del derecho se extiende, en el transcurso de una misma instancia, a todos los trámites e incidencias, incluida la ejecución, y se mantiene para la interposición y sucesivos trámites de recursos contra aquellas resoluciones que pongan fin al proceso en la correspondiente instancia. La Ley no exige, por tanto, una nueva solicitud ni, en consecuencia, una nueva valoración de las circunstancias económicas del beneficiario, por lo que el trámite introducido en el precepto que se examina, supone la exigencia al extranjero de requisitos no aplicables a los nacionales en la citada Ley. Si bien cabría una interpretación favorable del precepto examinado, partiendo de la consideración de que dicha exigencia opera en favor del afectado, en cuanto su finalidad no es otra que la de actuar como garantía del adecuado ejercicio por los extranjeros -especialmente en el supuesto de que carezcan de domicilio en España-, de los derechos que se integran en el ámbito de la tutela judicial efectiva, no puede ignorarse el hecho de que, en la medida en que se introduce para éstos una condición diferente o más gravosa que la exigida a los nacionales, se pone en cuestión el principio de igualdad de condiciones con los nacionales, en el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita, principio que ha sido reiteradamente señalado por la doctrina del Tribunal Constitucional (por todas, SSTC 95/2003 y 236/2007).

