

# REVISTA DE ESTUDIOS FRONTERIZOS DEL ESTRECHO DE GIBRALTAR

REFEG (NUEVA ÉPOCA)

ISSN: 1698-1006

GRUPO SEJ-058 PAIDI

## SECCIÓN HISTÓRICA “SELECCIÓN DE ARTÍCULOS DE LA PRIMERA ÉPOCA DE LA REFEG”

### LA CONDICIÓN DE EXTRANJERO Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

**JOSE LUIS GARCÍA RUIZ**

Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad de Cádiz  
Jluis.garciaruiz@uca.es

**REFEG 1/2004**

**ISSN: 1698-1006**

JOSÉ LUIS GARCÍA RUIZ

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad de Cádiz

Jluis.garcia Ruiz@uca.es

# LA CONDICIÓN DE EXTRANJERO Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. LA HISTORIA Y LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS. II.- EL DERECHO CONSTITUCIONAL HISTÓRICO ESPAÑOL. III. LA CONSTITUCIÓN DE 1978 Y EL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS. IV. CONCLUSIÓN FINAL.

## I. LA HISTORIA Y LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS

Es preciso hacer un esfuerzo mental y situarnos en la consideración del mundo como algo muy alejado de la realidad que hoy es. El auge de las comunicaciones no se produce hasta el siglo XX y conlleva la consecuencia de la transformación del planeta en la llamada aldea global que nos permite la instantaneidad de la información y una asombrosa facilidad en los desplazamientos, de manera que hemos pasado de la asombrosa, por lo difícil, “vuelta al mundo en ochenta días” de Julio Verne a ser capaces de situarnos en pocas horas al otro extremo del planeta. Si a ello unimos el desarrollo económico como factor facilitador y, al mismo tiempo, polo de atracción, nos damos cuenta de que los desplazamientos de población, en términos de cierta entidad, son un fenómeno relativamente reciente y, por lo tanto, hemos de asumir el hecho de comprender que el fenómeno de la extranjería y el las migraciones (que cuando las había solían ser de conquista u ocupación de un territorio, pero eso es otra historia) era un fenómeno muy pequeño, por no decir irrelevante. Por eso no debe llamar la atención que en la antigüedad el extranjero fuese considerado un extraño al orden jurídico y quedase excluido de este y, por tanto, del ejercicio de derechos públicos y privados, si bien este rigor quedaba a veces paliado por instituciones como la clientela y la hospitalidad recordadas entre nosotros por el profesor Castán Tobeñas.

Serían los romanos con su genio creador en el campo del derecho los que den el paso trascendental de erigir junto al derecho del ciudadano romano, es decir junto al derecho civil, un derecho de los no ciudadanos (claro que tampoco esclavos) al que llamarían ius

---

<sup>1</sup>Ponencia previa a la Mesa Redonda, como moderador de la misma, que bajo el título “La jurisprudencia constitucional en materia de extranjería” tuvo lugar en las II Jornadas Italo-españolas de Justicia Constitucional (El Puerto de Santa María, 2004) y en la que intervinieron los profesores Romboli, Passaglia y García Roca, entre otros.

gentium. En términos modernos podemos decir que, desde entonces, va a existir un derecho para todas las personas, independientemente de su condición o no de ciudadano.

En la Edad Media se producirá un retroceso, como consecuencia sin duda del cierre de fronteras que produjo la caída del imperio romano y la vuelta a la ruralización. La condición de los extranjeros variaba de un sitio a otro, pero, en general, el criterio dominante fue el de hostilidad y correlativa situación de incapacidad jurídica, reflejado como nos recuerda Castán, en instituciones como el derecho de aubana o albinage que privaba de la capacidad de testar o heredar, la imposibilidad de adquirir bienes inmuebles etc. Conviene no olvidar que estamos cronológicamente hablando varios siglos antes de las revoluciones liberales y que no cabe hablar de derechos de otro tipo, ya que no los tenían tampoco los individuos corrientes, súbditos y todavía no ciudadanos en el sentido moderno del término, que hubieron de ir arrancándolos a golpe de promulgación de Fueros y Cartas de Privilegios. Por ejemplo en España, el Fuero Juzgo, el Fuero Real y las Cartas Pueblas y de Privilegios de las ciudades. Sin embargo, cabe hablar de alguna distinción importante como la que representa la diferencia entre el llamado derecho territorial, esto es el que se aplica en función del territorio a quienes en él habitan y que es la base del derecho moderno y el llamado derecho personal, que acompañaba a la persona allá donde ésta fuera por ser aplicable en función del sujeto y no del territorio. Como una reminiscencia de los tiempos del imperio en los que la condición de ciudadano romano determinaba un derecho personal aplicable, en la Edad Media determinados colectivos de extranjeros llegaban a tener, a veces, un status privilegiado en algunos aspectos sobre los súbditos o en todo caso el reconocimiento de un status personal determinado. Baste recordar a estos efectos la presencia todavía en muchas ciudades españolas de la denominación calle de los “francos”.

Un ejemplo moderno de este tipo de situaciones sería la existencia, que tuvo lugar en muchos países sometidos al régimen colonial, de un status jurídico diferenciado para el originario de la metrópoli que allí se instalaba. Otras veces ocurría justamente lo contrario: a determinados extranjeros o personas a las que, en todo caso, se consideraba como tales, se les aplicaban leyes represivas especiales y se les empujaba, con mayor o menor rigor, a una ubicación concreta. Piénsese en los barrios todavía existentes en nuestras ciudades llamados “juderías”. En Europa hemos de recordar también el caso de los gitanos, que fueron objeto de innumerables disposiciones represivas de carácter personal que causan hoy un cierto horror y a lo que el derecho español no fue ajeno, con la publicación continuada de las famosas Pragmáticas sobre los gitanos: la de 1499 de Medina del Campo de los Reyes Católicos, la de 1539 de Carlos V, la de 1560 de Felipe II, la de 1619 de Felipe III, la de 1633 de Felipe IV, la de Carlos II en 1695, culminando en las de Felipe V en 1717 y 1745, esta últimas incluso negándoles el derecho de refugio en lugar sagrado.

Pero a pesar de ello, cabe decir que los precedentes históricos españoles son bastante más favorables para los extranjeros que en otros países. Según Castán, así lo demuestran las disposiciones del Fuero Real y las Partidas y el hecho de que determinadas restricciones como el derecho de aubana a que antes nos referíamos no fueran nunca aplicadas en España.

Será en la época moderna con el auge de las comunicaciones y la revolución industrial cuando los problemas de extranjería van a empezar a tener entidad real hasta llegar a nuestros días en que el tema reviste una gran importancia, desde ángulos muy diversos, desde el que representa el turismo de masas a la multitudinaria fijación de residencia de cientos de miles de súbditos de un Estado en otro distinto, pasando por el hecho de las migraciones, controladas o no, por motivos políticos o económicos y de desarrollo. Y estos hechos ocurren, justamente, cuando una parte importante del mundo ha diseñado sus ordenamientos jurídicos conforme a los principios y valores incorporados por las grandes revoluciones liberales, lo que supuso un cambio trascendental.

En todo caso, en el mundo del derecho procede hacer una distinción, que es importante, entre el ámbito propio del derecho privado, a lo que cabe sumar las llamadas garantías de legalidad penal y procesal, y el ámbito del derecho público, de manera que aunque el ámbito del derecho público de un país concreto sea un ámbito semántico, porque en la práctica no existen derechos ni siquiera para los nacionales (¿cómo va a haberlos, pues, para los extranjeros?), en el ámbito del derecho privado puede haber una situación de absoluta normalidad y correlativamente grandes avances en el reconocimiento de la condición de extranjero como sujeto también del derecho privado aplicable. Pensemos, por ejemplo, en lo que ocurría en España durante el franquismo o lo que acaece en cualquier otro régimen autoritario de nuestra época. En dicho ámbito del derecho privado existen en el derecho moderno tres sistemas a propósito de la condición jurídica de los extranjeros:

- a) El de reciprocidad diplomática, que subordina el tema a lo establecido en los Tratados en vigor con el Estado del que sea nacional el extranjero.
- b) El de reciprocidad legislativa, que funciona conforme al principio de igualdad de trato con relación al que la legislación del país del que es natural el extranjero conceda en su territorio a los no nacionales (“como tu trates a los míos en tu legislación, así trato yo a los tuyos”).
- c) El de igualdad que concede, sin condición de reciprocidad, iguales derechos que al nacional.

En España, el Código Civil, en la redacción dada por la ley de 15 de julio de 1954, estableció que “los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles (léase privados) que los españoles, salvo lo dispuesto en las leyes especiales y los tratados”, con lo que en principio podemos hablar de la existencia de un sistema de igualdad atemperado al estar condicionado por la posible existencia de leyes especiales (por ejemplo prohibición de adquirir propiedades en zonas consideradas como estratégicas) o cláusulas específicas de determinados tratados.

En el ámbito del Derecho Público la situación es, en principio distinta. Desde su cúspide, es decir desde el llamado derecho constitucional, de lo que se trata fundamentalmente en nuestra área geográfica y filosófica es “de organizar la libertad en el seno del Estado”, es decir en el seno de la forma de organización política en que se ha

organizado el mundo desde hace cinco siglos, forma todavía no superada o sustituida por otra aun cuando muy condicionada en nuestros días por el doble fenómeno de la internacionalización y la supraestatalidad. Dentro de esa forma política, el cambio propiciado por las grandes revoluciones liberales fue el que determinó la existencia de un derecho constitucional en el que reconocimiento de los derechos y libertades de los ciudadanos constituirá una piedra angular. Pero este reconocimiento estaba precisamente ligado a dicha condición de ciudadano por lo que no es sino hasta la contemporaneidad de los fenómenos de internacionalización y supraestatalidad aludidos cuando es posible abordar el tema de los derechos y libertades como extensibles, en buena medida, a quienes carecen de la condición de nacionales de un Estado concreto.

## II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL HISTÓRICO ESPAÑOL

Así ocurrió durante el siglo XIX en el derecho constitucional histórico español, en el que hasta la Constitución de 1869 no se contempla la situación particularizada del extranjero. En efecto, tanto la Constitución de Bayona como la de Cádiz de 1812 se limitan a establecer la posibilidad respectiva de que, bajo determinadas condiciones los extranjeros adquieran carta de vecindad o que hayan obtenido “carta de ciudadano”. En la primera de las citadas (Art. 125) se limita la posibilidad de la vecindad a los que hagan servicios importantes al estado o le sean útiles por sus talentos, invenciones o industrias, formen “grandes establecimientos” o sean propietarios de fincas por las que paguen una cantidad determinada<sup>2</sup>. En la segunda el requisito será el matrimonio con española, incorporar al acervo nacional alguna invención o industria destacada, adquirir propiedades que paguen contribución, ejercer el comercio con un capital apreciable o haber prestado servicios importantes a la nación<sup>3</sup>.

A partir de la Constitución de 1837 se va a producir la incorporación de una cláusula de estilo que considerará españoles tanto a los extranjeros que se hayan naturalizado como a los que, a falta de ello, hayan adquirido carta de vecindad<sup>4</sup>. Esta cláusula se incorporará sin

---

<sup>2</sup>Constitución de Bayona. Art. 125. *Los extranjeros que hagan o hayan hecho servicios importantes al estado; los que puedan serle útiles por sus talentos, sus invenciones o su industria; y los que formen grandes establecimientos o hayan adquirido una propiedad territorial por la que paguen de contribución la cantidad anual de 50.000 pesos fuertes, podrán ser admitidos a gozar del derecho de vecindad.*

<sup>3</sup> Constitución de Cádiz. Art. 19 Es también ciudadano el extranjero que gozando ya de los derechos de español, obtuviere de las Cortes carta especial de ciudadano.- Art. 20 (Para ello debe estar casado con española, haber traído alguna invención o industria apreciable, adquirido bienes raíces con una contribución directa, haberse establecido en el comercio con capital apreciable o hecho servicios señalados en bien y defensa de la nación) .

<sup>4</sup>Constitución de 1837.- Art. 1: *Son españoles:.. 3º. Los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza. 4º. Los que sin ella hayan adquirido carta de vecindad en cualquier pueblo de la Monarquía* (a continuación se recoge un catálogo de derechos de los españoles).

solución de continuidad a las Constituciones de 1845<sup>5</sup>, 1869 y 1876 en las que figurará en el artículo primero. Pero así como las dos primeras (1837 y 1845) nada nos dicen de la situación de los extranjeros no naturalizados o avecindados, la de 1869<sup>6</sup> será precursora a la hora de tenerlos en cuenta y les concede expresamente el derecho de libertad personal (artículo 2) y a la inviolabilidad del domicilio (artículo 5). Por su parte la Constitución de 1876 confirma expresamente estas dos libertades (artículos 4 y 6 respectivamente) a lo que añade en su artículo segundo la libertad de establecimiento en territorio español para ejercer industria o ejercer una profesión que no exija títulos expedidos por las autoridades españolas, si bien no podrán ejercer cargo que lleve aparejado autoridad o jurisdicción, salvo que estén naturalizados<sup>7</sup>.

Ya en el siglo XX llama la atención que la Constitución de 1931 incorpore en el n° 4 del artículo 23 prácticamente el mismo texto que estableció casi un siglo antes la de 1837<sup>8</sup>. Sin embargo en su Título III que responde a la expresiva rúbrica de “Derechos y Deberes de los Españoles” nos encontraremos ya con el reconocimiento de derechos que se hace no en función de la condición de español sino en base a la consideración de la persona humana como tal: Toda persona..., Nadie será..., Se reconoce el derecho de... etc. con lo que resulta posible concluir que de los derechos reconocidos en dicho título salvo la libertad de circulación, residencia y domicilio, el derecho de petición, las libertades de asociación y sindicación y el derecho de participación, que aparecen reservados a los españoles, todos los demás resultan aplicables a los extranjeros.

Durante el franquismo no existió, como es sabido, una constitución sino una serie de textos conocidos bajo el nombre de Leyes Fundamentales. Una de ellas fue el Fuero de los Españoles que, promulgado en 1945, incorpora una concepción fuertemente nacionalista por lo que la mayor parte de sus artículos se referían nominativamente a los españoles. No obstante su artículo 1 proclamaba como principio rector del Estado el respeto a la dignidad, integridad y libertad de la persona y el artículo 19 daba carácter universal a la garantía penal y procesal. Pero, con esta excepción, cabe decir que nos encontrábamos en

---

<sup>5</sup>Constitución de 1845.- Art. 1: Se trata del mismo texto que la anterior, y establece nominativamente los siguientes derechos de los españoles: de petición; libertad de expresión; mérito y capacidad para acceder a los empleos públicos; libertad personal; legalidad penal; derecho de propiedad y no confiscación.

<sup>6</sup> Constitución de 1869.- Art.1: Se trata del mismo texto que las precedentes, aunque al establecer los derechos de los españoles efectúa la inclusión expresa del extranjero como titular también de los derechos de libertad personal (Art. 2) e inviolabilidad de domicilio (rt. 5).

<sup>7</sup>Constitución de 1876.- Art. 2º: *Los extranjeros podrán establecerse libremente en territorio español, ejercer en él industria o dedicarse a cualquier profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas. Los que no estuvieren naturalizados no podrán ejercer cargo alguno que tenga aneja autoridad o jurisdicción.*

<sup>8</sup>Constitución de 1931. Art. 23: *Son españoles...: 4º Los extranjeros que obtengan carta de naturaleza y los que sin ella hayan ganado vecindad en cualquier pueblo de la República, en los términos y condiciones que prescriban las leyes.*

presencia de un texto de los denominados semánticos y que la esfera de la libertad quedaba circunscrita al ámbito del derecho privado, donde efectivamente los españoles podían ejercer sus derechos subjetivos y, conforme a las normas civiles también los extranjeros, a salvo determinadas restricciones por razones estratégicas o de seguridad nacional.

### III. LA CONSTITUCIÓN DE 1978 Y LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS

La Constitución de 1978 es, de todas las españolas, la que se ocupa con mayor detenimiento de la situación de los extranjeros. En efecto, la fecha de su promulgación posibilitaba el que ya no se fuese ajeno al fenómeno moderno de la relativa habituabilidad de que en el territorio de cualquier Estado se encuentre permanentemente, junto a los nacionales, una considerable cantidad de ciudadanos extranjeros. Por ello el título I “De los derechos y deberes fundamentales” se abre con un Capítulo que responde a la expresiva rúbrica “De los españoles y los extranjeros” y de los tres artículos que contiene este capítulo Primero, el tercero —que es el número 13 de la Constitución— se ocupa específicamente de los extranjeros. Dejando aparte sus números 3 y 4 que se dedican, respectivamente, a regular la extradición y el derecho de asilo que no son objeto de este comentario nos encontramos con el siguiente texto:

*Art. 13. 1.-Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la ley.*

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

El número 2 de este artículo es, por cierto, el único de la Constitución que ha sido objeto de modificación en los 25 años de vigencia de la misma al objeto de introducir las palabras “y pasivo”, como consecuencia de nuestra pertenencia a la Unión Europea, lo que permite a los nacionales de Estados miembros de la misma la posibilidad tanto de ser electores como elegidos en las elecciones municipales, posibilidad extensible a extranjeros de otros Estados si así se establece mediante tratado o ley. A mi juicio, este inciso del artículo 13 debe entenderse como la concreción de la única excepción posible a lo dispuesto en el artículo 23 que establece, a favor de los españoles, el derecho de participación política y el derecho de acceso a las funciones y cargos públicos. Se trata de un derecho situable dentro de los llamados “derechos políticos” y la concreción venía obligada como consecuencia de la equivocidad que se derivaría también respecto a estos dos derechos de la utilización, en el número 1 del artículo 13, de la expresión “libertades públicas”, expresión cuya interpretación resulta clave para entender el sentido último del texto constitucional. Debemos, pues, despejar una serie de cuestiones previas. Primera cuestión: ¿Qué entendemos por libertades públicas?

Sin entrar de lleno en el tema del catálogo de los derechos humanos, sus diferentes generaciones y sus problemas clasificatorios, si parece conveniente recordar la existencia,

de un lado, y por seguir con la terminología acuñada por la Revolución Francesa, de los llamados derechos (fundamentales) del hombre y el ciudadano y, de otro, de aquellos que se evidenciarían un siglo más tarde, es decir los llamados derechos económicos y sociales. En este sentido la Constitución Española diferencia claramente a unos y a otros mediante su ubicación en dos capítulos distintos del Título I que determinarán también un distinto alcance y contenido: El capítulo tercero se ocupa de los derechos económicos y sociales bajo la rúbrica “De los principios rectores de la política social y económica” mientras que el segundo se ocupa de los que hemos citado en primer lugar. Y con relación a éstos resulta ocioso recordar su estratificación clásica en derechos individuales en sentido estricto, derechos civiles y derechos políticos. Sin embargo la Constitución Española no utiliza esta nomenclatura sino que nos coloca en el frontispicio del capítulo segundo una rúbrica generalista al utilizar la expresión “De los derechos y libertades”; pero continua inmediatamente con una enigmática distinción al abrir la sección primera de este capítulo segundo como la “De los derechos fundamentales y libertades públicas”. Y digo distinción porque creo que el “y” es copulativo, acumulando dos conceptos distintos, ya que de tratarse del mismo concepto estaríamos ante una clara redundancia que, en todo caso, se hubiese saldado de forma gramaticalmente más correcta e inequívoca utilizando la conjunción “o”. La Constitución no dice “de los derechos fundamentales o libertades públicas” sino “de los derechos fundamentales y libertades públicas”.

Adicionalmente no resulta posible ignorar que la expresión “libertades públicas” es exactamente la misma que el artículo 13.1 utiliza al referirse a los extranjeros y que allí la expresión aparece en descarnada soledad.

Llegados a esta altura del razonamiento tal vez se impone recurrir a lo que antes denominábamos estratificación clásica recordando la posible distinción entre derechos individuales en sentido estricto, derechos civiles o en relación con los demás y derechos políticos o derechos en relación con el ejercicio del poder político estatal y su control y a los que tradicionalmente se les ha venido llamando también libertades públicas. La utilización de este criterio nos permitiría ordenar los derechos del capítulo segundo del Título I del siguiente modo, que sigue además de cerca el propio orden numérico de la Constitución:

Así, podemos considerar como Derechos Individuales a los consignados en los artículos 15, 16 y 17 (derecho a la vida e integridad física, libertad de pensamiento, libertad religiosa, derecho a no declarar sobre ideología o creencias, libertad personal, derecho de habeas corpus ) a los que cabe añadir la llamadas garantías procesal del artículo 24 y de legalidad penal del artículo 25.

Como derechos civiles (o en relación con otros) aparecen los consignados en los artículos 18 y 19 (derecho al honor, derecho a la intimidad, derecho a la propia imagen, a la inviolabilidad del domicilio, al secreto de las comunicaciones y las libertades de circulación y residencia) a los que cabría añadir el derecho a la educación del artículo 27 y los derechos

establecidos en los artículos 32, 33 y 34 (derecho al matrimonio, a la propiedad privada y derecho de fundación)<sup>9</sup>.

Los derechos individuales en sentido estricto y los derechos civiles integrarían la categoría llamada derechos fundamentales, conforme corresponde a la propia esencia que cabe extraer de cada uno de ellos y a la propia articulación histórica del catálogo de derechos.

Y, finalmente, derechos políticos serían los recogidos en los artículos 20, 21, 22, 23, 26, 28 y 29 (libertad de expresión e información, derechos de reunión y manifestación, derecho de asociación, derecho de participación política, prohibición de los Tribunales de Honor, derechos de sindicación y huelga, y derecho de petición) y cuyos contenidos reflejan con nitidez, a mi juicio, su carácter, también conforme a la articulación histórica, de libertades públicas.

Sobre todo este elenco de derechos fundamentales y libertades públicas sobrevuela la garantía general protectora del artículo 24 y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Segunda cuestión.- Una vez que conforme a la Constitución hemos acotado lo que podemos entender como libertades públicas cabe que nos preguntemos si su mención respecto a los extranjeros en el artículo 13.1 tiene un carácter excluyente en forma negativa o positiva. Es decir debemos discernir si a lo único que tienen derecho los extranjeros es a las mismas (y no al resto de los derechos) en los términos que establezcan los tratados y la ley o si, por el contrario tienen derecho ex ante del artículo 13.1 a todo derecho fundamental que no tenga la condición de libertades públicas y además a éstas en los términos que prevean los Tratados y la ley.

En todo caso existirá una discriminación según lleguemos a una u otra conclusión: grande (si solo tienen libertades públicas) o pequeña (si tienen todos los demás derechos y, matizadamente, las llamadas libertades públicas). Esta discriminación ya está recogida por la CE en algunos derechos concretos:

- El derecho de participación política y el de acceso a cargos públicos recogidos en el artículo 23, puesto que explícitamente el artículo 13.2 establece que solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en dicho artículo a salvo el derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales del que podrán ser titulares también determinados extranjeros, bajo reciprocidad y en los términos que establezcan los tratados y la ley.

---

<sup>9</sup> Estos derechos se encuentran ubicados en la sección segunda del capítulo segundo como consecuencia del nivel más bajo de protección que les da la Constitución respecto a los de la sección primera, pero ello no empece su consideración como derechos civiles de igual naturaleza que los demás.

- Lo mismo ocurre con el derecho de petición que está expresamente circunscrito a los españoles en el artículo 29 de la norma fundamental.

- Y, por razones obvias, derivadas de la consideración del territorio como un elemento esencial del Estado, en el que se ejerce la soberanía, también el artículo 19 reserva a los ciudadanos españoles el ejercicio de los derechos de libre circulación y residencia, si bien esto hay que entenderlo matizado en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución que establece que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Conforme a ello hay que recordar que el Pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 19 de Diciembre de 1966 en su artículo 12 establece que “ Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia” y en el artículo 13 dispone que “ el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado.....sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a ley.....”

De este texto vemos que se va a marcar una distinción fundamental según que la presencia del extranjero en el territorio de otro Estado sea o no una presencia legal. Pero además esta discriminación es posible porque el artículo 14 de la Constitución solo asegura el principio de no discriminación a los españoles. (“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”).

Como contrapartida equilibradora a esta situación ya hicimos referencia al comienzo de esta exposición que el punto 3 del artículo 13 establece una garantía de legalidad en los supuestos de extradición y que el punto 4 efectúa una invocación a la ley para regular el derecho de asilo y refugio, en cuyo cumplimiento existe en nuestro ordenamiento jurídico la ley orgánica 5/84 reguladora del Derecho de Asilo.

Pero si, conforme a lo que acabamos de exponer, existe una situación de discriminación en los derechos citados, no ocurre lo mismo en los restantes derechos constitucionales. Y es que tanto de la propia dicción literal de la Constitución en muchos de sus artículos declarativos de derechos (“ todos tienen derecho...”; “se garantiza...”; “nadie podrá ser obligado...”; “toda persona tiene derecho...; “se garantiza el derecho...”; “se reconocen y protegen los derechos...”; “todas las personas tienen derecho...” etc.), como la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España que son normas interpretativas de los derechos que la Constitución establece, nos llevan a la conclusión que en el derecho interno español los llamados derechos individuales se aplican a toda persona humana por el hecho de serlo y que lo mismo ocurre con los llamados derechos civiles aparte alguna excepción concreta ya citada. Si se recuerda que ambos integran los llamados derechos fundamentales estamos en condiciones de contestarnos la pregunta clave: Los extranjeros gozan en España de los derechos fundamentales, es decir los derechos individuales y de los derechos civiles, en

términos absolutos salvo los de circulación y residencia, donde el artículo 19 de la Constitución hay que referirlo a lo dispuesto en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y de los que por tanto solo gozan los extranjeros que residan legalmente en territorio español. En cambio, por lo que a las libertades públicas –o derechos políticos– se refiere, no gozan del derecho de petición del artículo 29 de la Constitución ni del de participación política del artículo 23, salvo la excepción ya señalada, y en los términos expuestos, de las excepciones municipales. Y por lo que se refiere a los restantes derechos políticos o libertades públicas gozarán de los mismos en los términos que establezcan los tratados y la ley. Por ello, derechos como el de asociación o reunión están sometidos a un reenvío a los tratados y la ley para determinar su efectiva vigencia respecto a los extranjeros. Y esto es, en mi opinión, lo que resulta de la doctrina del Tribunal Constitucional en cuantos casos han tenido ocasión de plantearse. Y esta doctrina, singularmente desde la Sentencia 115/1987 de 7 de Julio, también nos aclara algunos extremos importantes sobre cuales son las restricciones constitucionalmente legítimas que pueden imponerse a los extranjeros y cuales no. Como es sabido, la ley de extranjería de 1985, bastante más restrictiva para la condición de extranjero que la actualmente vigente, fue recurrida ante el Tribunal Constitucional por el Defensor del Pueblo, que veía motivos de inconstitucionalidad en los artículos 7, 8, 26, y 34, que a continuación comentaremos. Para calibrar la importancia y el sentido último de esta sentencia debemos tener presente en primer lugar que el recurso fue interpuesto por el Defensor del Pueblo, cuya oficina debió estudiar previamente todos los motivos de posible inconstitucionalidad y solamente recurrió los que estimó indubitados para él, con independencia del mayor o menor “ruido” hecho sobre la materia en determinados ámbitos periodísticos y políticos; y, en segundo término, que el Tribunal Constitucional cuando aprecia motivos de inconstitucionalidad puede extenderlos a preceptos conexos en el ámbito de la ley enjuiciada, aunque no hayan sido objeto directo del recurso. Lo que no hizo.

10

Por ello cabe colegir que el conjunto de restricciones impuestas por la ley, a salvo los artículos recurridos y declarados inconstitucionales, resulta ser plenamente constitucional.

De esta sentencia aparecen claramente delimitados los siguientes extremos:

a) La tutela judicial efectiva es una cláusula de cierre del sistema español de derechos y libertades que aplica, por igual a españoles y extranjeros. El artículo 34 de la ley impugnada establecía que “Las resoluciones administrativas adoptadas en relación con los extranjeros serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes. En ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la presente ley”. Solamente lo que aparece en cursiva es lo que se declaró inconstitucional por oponerse a la tutela judicial efectiva que es un derecho que cubre tanto al español como al extranjero (lo que ya se había establecido en la Sentencia 93/1985) y aunque la existencia de la tutela judicial no impone la suspensión, que es algo excepcional, de las resoluciones administrativas, si que supone la posibilidad de la misma, por lo que no es posible eliminar para todos los casos la facultad judicial de declarar la suspensión del acto si el juzgador comprueba que tal medida no se adecua a la necesidad de salvaguarda de los intereses generales.

b) Pero precisamente, la existencia de dicha cláusula de cierre permite una cierta diferencia de trato en los expedientes de expulsión. Por eso, al enjuiciar el artículo 26. 2 y la posible inconstitucionalidad de la detención del extranjero con carácter preventivo o cautelar mientras se sustancia el expediente de expulsión, el Tribunal sostendrá su no inconstitucionalidad habida cuenta que, desde la vigencia de la Constitución, la disponibilidad sobre la pérdida o no de libertad es atribución judicial al contrario que la situación anterior a la Constitución en que la disponibilidad era plenamente atribución gubernativa.

A estos efectos conviene tener presente que el artículo 5 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma 1950) establece que:...“Nadie puede ser privado de su libertad salvo en los casos siguientes: ...f) si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión...”.

c) las libertades públicas tienen un contenido esencial que no puede ser negado por la ley, por lo que la remisión a la ley del artículo 13,1 no es una remisión incondicionada. Pero al mismo tiempo la ley puede distinguir entre la situación o no de legalidad en el territorio español. El artículo 8.1 de la ley de extranjería de 1985 establecía que el derecho de asociación solo podría ser ejercido por los extranjeros que se hallasen legalmente en territorio español y el punto 2 establecía la posibilidad de suspensión gubernativa de las asociaciones de extranjeros. Es solamente esto último lo que se declara inconstitucional por estimar el Tribunal que el punto 4 del artículo 22 de la Constitución exige una resolución judicial motivada y no avala, por tanto, la existencia de simples resoluciones gubernativas. Pero esta declaración de inconstitucionalidad deja incólume la restricción del derecho de asociación exclusivamente a favor de los extranjeros que se encuentren legalmente en España.

Por lo que al derecho de reunión se refiere, el artículo 7 de la ley reconocía el mismo exclusivamente a los extranjeros que se hallen legalmente en el territorio español, pero exigía la necesidad de solicitar previamente autorización administrativa. Y es esto último lo que el Tribunal Constitucional declarará incompatible con la Constitución, no el reconocimiento hecho solamente a favor del residente legal, conforme, por otro lado, con lo que precisamente había recurrido el Defensor del Pueblo.

En mi opinión, creo que incluso se podría ir más allá de lo que la ley hizo en materia de libertades de reunión y asociación al circunscribirlas a los residentes legales por cuanto el artículo 16 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma 1950) permite explícitamente determinadas restricciones a la actividad política de los extranjeros, incluyendo a los residentes legales, al establecer que “Ninguna de las disposiciones de los artículos 10 (libertad de expresión), 11 (libertades de reunión y asociación) y 14 (prohibición de discriminación) podrá ser interpretada en el sentido que prohíbe a las Altas Partes contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros”.

#### **IV. CONCLUSIÓN FINAL**

Como resumen de lo hasta aquí expuesto podemos, pues, repetir que en el derecho constitucional español todos los extranjeros —residentes legales o no— gozan de los derechos individuales y de los derechos civiles, salvo, en este último caso, el de libre circulación y residencia que se circunscribe a los residentes legales; en lo que a las libertades públicas se refiere, los extranjeros están excluidos del derecho de petición y solo gozan del de participación política en los términos ya expuestos —que se reconducen también obviamente a la condición de residentes legales— y referidos a las elecciones municipales. Las demás libertades públicas se remiten a lo dispuesto en la ley con la garantía de que dicha la remisión a la ley hecha por el artículo 13.1 de la Constitución no puede ignorar el contenido esencial de cada libertad pública concreta. Pero al mismo tiempo resulta posible y constitucionalmente legítimo, en materia de libertades públicas o derechos políticos, que la ley establezca una diferencia de trato en atención a la situación de residencia legal o ilegal del extranjero en territorio español.