

ENCUESTA

ENCUESTA EN TORNO A LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE EXTRANJERIA

Como es bien sabido, la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su inserción social, fue aprobada, ya cerca del final de la legislatura anterior, bajo la polémica conocida. La LO 8/2000 procede de una reforma de tal profundidad que puede hablarse de una nueva regulación.

No procede que aquí abordemos en todos sus aspectos el complejo debate en torno a estos procesos normativos o incluso, más profundamente, el que versa sobre el fenómeno de la inmigración y sus nuevas características. Pero es obvio que la nueva Ley ha dado lugar a una amplia controversia pública sobre la compatibilidad con la Constitución de algunos de sus preceptos, en particular los referidos al reconocimiento de derechos fundamentales. Consideramos un deber ofrecer a la doctrina un espacio para pronunciarse con el rigor que le es característico en torno a problemas que se vuelven a someter a recurso ante nuestro Tribunal Constitucional. Un tema tan delicado y trascendente no podía quedar al margen de una revista de Teoría y Realidad Constitucional sin que se entendiese que ésta abdicaba de su vocación. Por ello hemos planteado a estudiosos destacados algunas preguntas, con la expresa mención de que no pretenden sino orientar someramente el debate y que, por tanto, en absoluto constriñen la libertad de enfoque y de desarrollo de los encuestados, cuya opinión libérrimamente expresada es la que nos permitimos recabar.

PREGUNTAS

- 1. ¿Resultan constitucionalmente admisibles las limitaciones de los derechos fundamentales de los extranjeros que establece la LO 8/2000?*
- 2. En la Ley se reconoce a los extranjeros la titularidad de ciertos derechos, como los de reunión, manifestación o asociación, mientras que su ejercicio se reserva a los residentes. ¿Que sentido tiene esa distinción entre titularidad y ejercicio de tales derechos fundamentales?*
- 3. Desde otro punto de vista, ello parece significar que se hace depender el ejercicio legítimo de estos derechos fundamentales de la autorización administrativa de estancia o residencia. ¿Estima la residencia legal en España criterio, desde*

una perspectiva constitucional, idóneo y razonable para establecer diferencias en la regulación del ejercicio de tales derechos fundamentales?

4. *Por lo demás, ciertos derechos sociales en particular los derechos al trabajo, de sindicación y de huelga, se reservan a quienes gozan del oportuno permiso de trabajo o de residencia. ¿Deberían garantizarse también tales derechos a quienes ejercen actividad laboral al margen de las condiciones legales?*

5. *El profesor Sartori ha sorprendido recientemente con la presentación de un libro, un tanto provocador, que expresa una preocupación por preguntarse cuan absurda puede ser la sociedad abierta (que ya no la entiende como lo hacía Popper) para seguir siéndolo. Sartori parece temer abiertamente porque el valor del pluralismo en Occidente pueda soportar la inmigración islámica y se opone a conceder ciudadanías en Europa a personas no dispuestas a integrarse y a aceptar las reglas de los países de nuestro entorno. ¿Comparte Vd. en alguna medida estos criterios y preocupaciones? ¿Piensa que las reflexiones de Sartori tienen algún valor legitimador de los límites anotados de la Ley de Extranjería? ¿Sería constitucional discriminar, en base a las consideraciones apuntadas, a los inmigrantes de cultura islámica no propensos a integrarse de los restantes?*

ENCUESTADOS

Manuel Aragón Reyes, *Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.*

José Asensi Sabater, *Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Alicante.*

Paloma Biglino Campos, *Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid.*

Marc Carrillo López, *Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra.*

Alberto Pérez Calvo, *Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Pública de Navarra.*

CONSTITUCIONALIDAD DE LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

¿Resultan constitucionalmente admisibles las limitaciones de los derechos fundamentales de los extranjeros que establece la LO 8/2000?

MANUEL ARAGÓN REYES

Entiendo que lo que se me pregunta no es mi opinión sobre la oportunidad de dichas limitaciones de derechos, sino estrictamente mi juicio acerca de si las mismas son o no constitucionales. Desde el punto de vista de la política legislativa mi

posición es favorable a la extensión de los derechos fundamentales. Sin embargo, el problema que se plantea es de si la regulación efectuada por la Ley 8/2000 puede considerarse contraria a la Constitución, lo que es cosa bien distinta.

La respuesta depende del punto de partida que se adopte. Cabría (adelanto que no es mi criterio) enfocar el problema, de manera simple y aporoblemática, a partir de las siguientes premisas: a) los derechos que el Tribunal Constitucional ha reconocido como inherentes a la dignidad de la persona no forman un catálogo completo de tales derechos, sino que sólo han sido aludidos por el Tribunal a título de ejemplo, con lo cual, prácticamente, todos los derechos civiles y sociales (a diferencia de los políticos, que están unidos a la ciudadanía, con la salvedad conocida de las elecciones locales) estarían ligados a la dignidad humana; b) cuando la Constitución habla de que «todos tienen derecho» o de que «se reconoce el derecho», no cabe que el legislador diferencie entre españoles y extranjeros; c) como los derechos fundamentales de nuestra Constitución han de interpretarse de conformidad con los Tratados y Convenios sobre derechos humanos ratificados por España (art. 10.2 CE), cuando esos Tratados o Convenios (y sus correspondientes órganos de interpretación) hayan declarado que un derecho es de toda persona y no de los ciudadanos, en España no puede el legislador establecer diferencias de trato basadas en la nacionalidad.

A partir de esas premisas podría sostenerse, claro está, la inconstitucionalidad de todas las restricciones de derechos que realiza la Ley 8/2000 respecto de la anterior Ley 4/2000. O en otras palabras, esos derechos no podrían reducirse sólo a los extranjeros que tienen estancia legal o residencia, sino que tendrían que reconocerse a todos los extranjeros, estén legal o ilegalmente en España.

Sin embargo, este punto de partida sería, a mi juicio, erróneo. Es decir, las anteriores premisas no creo que puedan reputarse como válidas para enjuiciar la constitucionalidad de la Ley 8/2000, porque el asunto es mucho menos simple de lo que se derivaría del razonamiento anterior y requiere, pues, de un enfoque complejo y problemático.

El primer problema que hay que destacar es que la doctrina del Tribunal Constitucional no es exactamente la de impedir la diferencia de trato entre españoles y extranjeros en todos los derechos fundamentales conectados con la dignidad de la persona, porque, en realidad, no unos pocos, sino todos los derechos fundamentales están conectados con la dignidad humana y, en consecuencia, carecería de sentido la cláusula del art. 13.1 CE y la clasificación bien conocida que a esos efectos ha realizado el Tribunal Constitucional en tres grupos de derechos. Sólo habría entonces dos grupos: los derechos políticos (art. 23) a disfrutar sólo por los españoles, con la salvedad ya aludida de las elecciones municipales, y los demás derechos fundamentales, en los que no cabrían diferencias de trato entre españoles y extranjeros. Esa no es, desde luego, la doctrina del Tribunal Constitucional.

Lo que el Tribunal Constitucional ha dicho es que hay unos derechos *más conectados inmediatamente* con la dignidad de la persona (y los ha señalado, aunque creo que sin limitar ese catálogo necesariamente), que son el derecho a la vida y a la integridad física y moral, el derecho a la libertad ideológica, que

cabe extender también a la libertad de creencias, el derecho a la intimidad, a la libertad personal del art. 17 CE y a la tutela judicial efectiva, y respecto de los cuales no cabe diferencia de trato entre nacionales y extranjeros. Y que, por el contrario, dejando aparte los derechos políticos, hay otros derechos que, aunque conectados con la dignidad de la persona (todos los derechos lo están), esa conexión no es directamente inmediata y, por ello, respecto de los mismos, el legislador puede establecer diferencias de trato, con dos condiciones: que no puede desvirtuar el contenido del derecho constitucionalmente expresado (e incluso llega más allá, que no podrá vulnerar su contenido esencial, art. 53.1 CE) y que la diferencia de trato ha de hacerse con criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En consecuencia, y siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, podría entenderse que los derechos de reunión y manifestación, de asociación, sindicación y huelga (que son los que la Ley 8/2000 restringe) son susceptibles, *respetando las dos condiciones ya aludidas*, de diferenciación de régimen entre españoles y extranjeros.

El segundo problema es que la doctrina del Tribunal Constitucional no ha dicho que cuando en la Constitución se hable de que «todos tienen derecho» o «se reconoce el derecho» al referirse a la titularidad, no quepa diferencias de trato entre españoles y extranjeros, sino, por el contrario, ha decidido que esas expresiones no impiden, de acuerdo con el art. 13.1 CE, la diferencia de trato, siempre, claro está, con las condiciones a las que ya me he referido. Por lo mismo ha dicho, y en sentido contrario, que cuando la Constitución expresa que son únicamente los españoles los titulares de un derecho, esa expresión tampoco significa que de tal derecho no puedan disfrutar también los extranjeros. Y ello es así porque si nos atuviéramos sólo a la propia dicción sobre la titularidad de los derechos que en cada precepto de ellos se contiene, sobraría el art. 13.1 CE, y, por supuesto, los extranjeros podrían tener muchos menos derechos que los que ahora se les reconocen en España y se les reconocen en los Convenios y Tratados sobre la materia ratificados por el Estado español. Así, por ejemplo, el derecho a la igualdad, el derecho a la libertad de circulación o residencia, el propio derecho de participación política, o el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio, la Constitución sólo los reconoce a los españoles, y el Tribunal Constitucional, razonablemente, interpretando sistemáticamente el texto constitucional, ha salvado ese defecto de redacción reconociendo que también los extranjeros pueden poseer tales derechos, en los términos fijados por los Tratados y la ley.

El tercer problema reside en que, a mi juicio, las fórmulas empleadas por los Tratados o Convenios internacionales ratificados por España cuando reconocen los derechos de «todas las personas» y no sólo de los nacionales de un país, aunque obligan en España, por supuesto (y no sólo en virtud del art. 96 CE, que por ello solo no quedarían dotados de rango constitucional, sino por lo dispuesto en el art. 10.2 CE), y en tal sentido limitan al legislador, no impiden, sin embargo, diferencias de trato en el régimen jurídico de ejercicio, es decir, imponen la igualdad, pero no creo que la exacta paridad.

En consecuencia, el examen de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las restricciones establecidas por la Ley 8/2000 no es algo sencillo, sino muy

complejo y, por ello, no admite soluciones simples y aproblemáticas, máxime cuando ahora se nos plantea un *problema nuevo, como es el de la distinción entre los extranjeros que se encuentren en España en situación de legalidad y los que se encuentren en situación ilegal*.

Este es el verdadero y más importante problema, pues las reformas introducidas por la Ley 8/2000 no vienen a cambiar la situación de igualdad de derechos entre españoles y extranjeros que, prácticamente, había establecido la Ley 4/2000, pero claro está, referida a los extranjeros con estancia legal en España. Respecto de ellos puede decirse, incluso, que nuestra legislación es una de las más avanzadas de Europa.

Lo que introduce una situación nueva, que no había sido objeto de la jurisprudencia constitucional, es la distinción ya aludida, y la restricción de esos derechos o incluso en ciertos casos su anulación, respecto de los extranjeros en situación de ilegalidad. Cabe presumir, leyendo atentamente las Sentencias del Tribunal Constitucional, e incluso las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que cuando se refieren a los derechos de los extranjeros en el sentido de su tendencial equiparación a los derechos de los nacionales, salvo diferencias de régimen razonables y proporcionadas, parecen dar por supuesto que se trata de extranjeros que estén «regularmente» en el territorio del Estado, y no exactamente también a los «inmigrantes clandestinos» o, más generalmente, en situación de ilegalidad. Por ello este es un problema nuevo, que requiere de un examen no derivado automáticamente de la doctrina sobre la Constitución y sobre los Tratados y Convenios que hasta ahora se ha producido. Ahora bien, que esos extranjeros en situación de ilegalidad carezcan por completo de derechos es algo que no puede admitirse, por principio, ni en la doctrina internacional ni en la doctrina constitucional, y menos en un Estado democrático de Derecho como el nuestro. Pero al mismo tiempo, tampoco puede olvidarse la paradoja de atribuir derechos a aquéllos cuya estancia en España, si el Estado la conoce, podría generar su expulsión del territorio nacional. La cuestión, entonces, podría formularse así: ¿pueden reconocerse derechos a quienes están en situación de ilegalidad?

Adelanto mi respuesta positiva, porque una cosa es que estén en situación de estancia ilegal, y otra muy distinta que estén fuera del Derecho del Estado que ejerce sobre ellos su jurisdicción. Por ello creo que sí pueden e incluso deben reconocérsele algunos derechos: los más inmediatamente conectados con la dignidad de la persona, que no deja de serlo (persona) el extranjero aunque esté en situación ilegal.

Una vez expuesto todo lo anterior, el examen de la constitucionalidad de las restricciones de derechos establecidas por la Ley 8/2000 me plantea más dudas que certidumbres. Dudas que por honradez intelectual no puedo dejar de expresar.

Respecto del derecho de reunión y manifestación no encuentro razones de peso suficiente para sostener, de manera indudable, la inconstitucionalidad de su no reconocimiento a los extranjeros en situación de ilegalidad. No creo que este derecho, que está conectado, claro está, con la dignidad de la persona, lo esté de manera *directamente inmediata* por utilizar las palabras del Tribunal Constitucional. Téngase en cuenta, además, que para el ejercicio de este derecho en lugares

de tránsito público hay que informar previamente a las autoridades administrativas. ¿Pueden dirigirse a la Administración, en ese trámite de notificación previa, los extranjeros en situación de ilegalidad, cuando ello representaría su «autodelatación» a las autoridades del Estado que pueden, por ello, poner en marcha su propia expulsión del territorio nacional?. Insisto en que la doctrina del Tribunal Constitucional, especialmente en su Sentencia 115/1987, no puede automáticamente aplicarse al caso, porque allí se partía, a mi entender, de extranjeros que se encontrasen legalmente en el territorio del Estado.

Distinto es el caso visto desde una perspectiva humanitaria, que comparto, y desde una posición proclive a la extensión de los derechos, que es la mía. Pero ello es una cuestión de política legislativa. No creo que fuese inconstitucional ni mucho menos la atribución del derecho de reunión a todos los extranjeros, sea cual sea su situación legal, siempre que se reservase sólo a los residentes la promoción y por lo mismo la necesaria notificación previa a la Administración cuando la reunión o manifestación se produjera en lugares de tránsito público. Pero tampoco creo que sea radicalmente inconstitucional la decisión del legislador de no reconocer tal derecho a los extranjeros en situación de ilegalidad. En este punto, sintiéndolo mucho, no puedo mantener una actitud de certeza, sino de dudas.

Y lo mismo cabe decir respecto del derecho de asociación en el que difícilmente podrían ser promotores los extranjeros en situación de ilegalidad (por ello el texto ya reformado de la Ley 4/2000 reservaba a los extranjeros residentes el derecho a ser promotores). Es cierto que el derecho de asociación está muy íntimamente ligado con el libre desarrollo de la personalidad, también reconocido como principio en el art. 10.1 CE, pero esa categoría no se confunde con la dignidad de la persona, también aludida en el mismo precepto constitucional. Un principio de interpretación constitucional muy claro es el de la no redundancia. Y el Tribunal Constitucional ha ligado la conexión directamente inmediata del derecho con la dignidad de la persona, no con el libre desarrollo de la personalidad. La Constitución no impide, por supuesto, que el derecho se reconozca a los extranjeros en la forma en que lo hacía el texto de la Ley 4/2000, pero creo que tampoco lo exige, por lo que no veo razones de peso suficientes para sustentar la radical inconstitucionalidad del no reconocimiento a los extranjeros en situación de ilegalidad. Otra vez recuerdo que, a mi juicio, la doctrina del Tribunal Constitucional en su Sentencia 115/87 parece presumir que partía de la base de los extranjeros con estancia legal en nuestro territorio. Nuevamente en este punto, y sintiéndolo mucho, no puedo expresar certidumbres, sino dudas. Y soy de la opinión, esta sí reiterada en mis muchos trabajos sobre la justicia constitucional, de que, «in dubio, pro legislatore».

En cuanto al derecho a la sindicación, limitado al derecho a la afiliación sindical, puesto que el derecho a fundar sindicatos exige la existencia y actuación administrativa de unos promotores que, obviamente, no podrían ser extranjeros en situación de ilegalidad, y el derecho a ser elegido representante sindical está reservado a personas en pleno uso de su capacidad de obrar, vuelvo a decir lo mismo que he dicho en los casos anteriores. A la vista de la doctrina constitucional y de

los Convenios internacionales suscritos por España sobre la materia, sería inconstitucional negar ese derecho a los extranjeros cuya estancia en España sea legal, pero no encuentro razones de suficiente peso para sostener la radical inconstitucionalidad de la privación de ese derecho a los extranjeros en situación de ilegalidad. Mis sentimientos caminan en otra dirección: la de la extensión de los derechos. Pero ello no me lleva a sostener, técnicamente, una solución sobre la que tengo bastantes dudas.

Por lo que se refiere al derecho de huelga, que la Ley 8/2000 reduce su titularidad a los extranjeros «que estén autorizados» a trabajar, lo que quiere decir, implícitamente, que no podrían disfrutarlo los extranjeros en situación de ilegalidad, aunque estén «ilegalmente» trabajando, mi opinión vuelve a ser la misma. El Tribunal Constitucional tiene reiteradamente declarado que no pueden exigirse derechos desde la ilegalidad (salvo los más inmediatamente conectados con la dignidad de la persona). Y no creo que el derecho de huelga se encuentre en esa situación de tan especial y directa conexión, aunque, como todo derecho, esté ligado a la dignidad humana. El problema, no obstante, es de una extraordinaria gravedad, porque el extranjero en situación de irregularidad, que se encuentre trabajando, aunque su contrato sea más «de facto» que «de iure», en cuanto que se trataría de una contratación clandestina y prohibida por el ordenamiento, como trabajador que es ha de tener, en principio, unos derechos mínimos relativos a la jornada, al salario, etc. que se hace muy difícil negar. Y que creo que sí están directamente conectados con la dignidad de la persona. Por ello en este caso mi duda es mayor que en los supuestos anteriores: ¿entra el derecho de huelga en ese mínimo de derechos que el trabajador en situación de estancia irregular y con contrato de trabajo también irregular, debe tener?. La respuesta es difícil, pero no creo que la doctrina del Tribunal Constitucional nos dé resuelto el problema, porque insisto en que esa doctrina está dictada bajo el presupuesto (así me lo parece) de extranjeros en situación de legalidad. Sintiéndolo mucho otra vez no puedo pronunciarme rotundamente sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la exclusión producida por la Ley 8/2000.

La exclusión del derecho a la educación no obligatoria respecto de los extranjeros no residentes, me parece que tiene el defecto de no reconocerlo a los extranjeros no residentes pero con estancia legal en el territorio. Creo que ahí podría existir, quizás, un motivo de inconstitucionalidad. En cambio, la exclusión de ese derecho para los extranjeros que se encuentren en situación de estancia ilegal no creo que resulte radicalmente inconstitucional, una vez que se les reconoce el derecho, cuando sean menores de dieciocho años, a la enseñanza básica, gratuita y obligatoria, que ella sí está inmediatamente ligada con la dignidad de la persona. La enseñanza no obligatoria, esto es, la voluntaria, estaría ligada al libre desarrollo de la personalidad, pero ya he dicho antes que ésta es una categoría distinta, no utilizada por el Tribunal Constitucional como radicalmente diferenciadora entre un tipo y otro de derechos de los extranjeros. Tampoco encuentro en los Convenios internacionales que afectan a la educación una precripción clara que obligue a los Estados a suministrar la enseñanza no obligatoria a los extranjeros que se encuentren en situación de ilegalidad. Nuevamente, «in dubio, pro legislatore».

Tampoco me parece inconstitucional que sólo a los extranjeros residentes se reduzca el derecho a acceder como personal laboral al servicio de las Administraciones públicas. Sería contradictorio que la Administración tuviese que emplear a extranjeros que se encuentran en situación de ilegalidad, cuando esa misma Administración lo que puede es proceder a su expulsión del territorio nacional.

Muy distinto a todos los casos anteriores es el de la exclusión del derecho a la justicia gratuita (a lo que antes se llamaba la defensa por pobre) respecto de todos los extranjeros en situación de ilegalidad (a los que sólo se reconoce ese derecho en cuanto a los procedimientos que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y al asilo). Me parece obvio que un extranjero, aunque se encuentre en situación de ilegalidad, no puede carecer del derecho de defensa por cualquier causa penal, laboral, administrativa o civil en la que pudiese incurrir o ser afectado. Aquí la doctrina del Tribunal Constitucional es muy clara: los derechos contenidos en el art. 24 CE (que regula la tutela judicial efectiva) son «inmediatamente inherentes a la dignidad de la persona» y por ello, en mi criterio, ha de haber una paridad de trato entre españoles y extranjeros, cualquiera que sea la situación del extranjero. Y no sólo, además de a los extranjeros residentes, también a los empadronados, como decía el texto de la Ley 4/2000. Yo creo que el derecho a la tutela judicial efectiva lo han de tener todas las personas y por ello también los extranjeros, cualquiera que sea su situación jurídica. En consecuencia, como excluir del derecho a la justicia gratuita a aquel que no disponga de medios económicos es, realmente, excluirle del derecho a la tutela judicial, me parece que esta exclusión que realiza la Ley 8/2000 puede considerarse inconstitucional. Pero sin olvidar por ello una paradoja que entonces se produciría: el juez, como funcionario público que es, estaría obligado a poner de relieve que esa persona se encuentra ilegalmente en España, con lo cual, al acudir a la tutela judicial, el extranjero en situación de irregularidad estaría poniendo en peligro su propia estancia en España

JOSÉ ASENSI SABATER

La pregunta, aunque correcta, encierra un notable eufemismo: la Ley Orgánica 8/2000 no es una ley que contemple la situación del extranjero desde categorías unitarias y generales, y menos aún una «ley sobre los derechos y libertades de los extranjeros», sino lisa y llanamente una *ley de inmigración* que bajo un mistificador *nomen legis* tiene por objeto, principalmente, una respuesta normativa, de naturaleza policial y administrativa, al fenómeno de la inmigración. Basta leer la Exposición de Motivos de la referida ley y la distinción que en el cuerpo dispositivo de la misma se establece entre inmigrantes legales e ilegales, con sus correspondientes consecuencias jurídicas, para comprobarlo.

Por tanto, para ahorrar distracciones preliminares que puedan desvirtuar lo que debe ser una respuesta clara a una pregunta de carácter general como la formulada, y para centrar tal respuesta en los términos en que la cuestión actual-

mente se debate una vez incoado recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley, he de decir que, en efecto, considero que la Ley Orgánica 8/2000 (en adelante LE) invade los límites que la Constitución impone al legislador en esta materia. Como quiera que los principales argumentos para sostener esta posición se han expuesto en el foro público, y con el propósito de no reproducirlos sin más, hago mía la mayor parte de las consideraciones que se vierten, entre otros, en los Dictámenes de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón, del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya (nº 221) y del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona. Se afirma en ellos, en síntesis, con buenas razones, que la ablación del ejercicio de determinados derechos fundamentales para toda una categoría de extranjeros, a los que la ley 8/2000 califica de *irregulares o ilegales*, supone una extralimitación de lo dispuesto en el art. 13 CE, además de una vulneración de otros preceptos constitucionales.

Ateniéndome a las pautas de lo que entiendo debe ser una discusión científico-doctrinal sobre este asunto, me limitaré en esta primera respuesta, en líneas necesariamente muy generales también, a exponer los argumentos principales que sostienen esta valoración. Partiré, pues, de la tesis central de que la lógica normativa que se desprende de la competencia exclusiva del estado en materia de *policía de inmigración*, cuyo encaje formal se encuentra en el artículo 149.1. 2º de la Constitución (*nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería*) no puede prevalecer, ni condicionar (hasta el punto de abolir para una categoría entera de personas –los identificados por la LE como *inmigrantes ilegales*– el disfrute de determinados derechos constitucionales) la lógica iusfundamental que, con su centro en el art. 13, y en relación con los extranjeros, abarca todo el sistema de derechos y libertades consagrado en el Título I de la Constitución. Procederé, en segundo lugar, a esclarecer cómo esa confusión de planos contaminó a una parte incipiente de la doctrina del Tribunal Constitucional, especialmente, la STC 107/1984. A continuación examinaré la doctrina más reciente del Tribunal, que se desarrolla principalmente a partir de la firma del Tratado de Maastricht y de la reforma constitucional del 27 de Agosto de 1992, en la que el Tribunal trata de restituir la dualidad de esas lógicas, confirmando a la esfera normativa de los derechos su natural primacía sobre la de la normativa de policía migratoria y cuyo principal correlato legislativo fue la L. O. 4/2000, para referirme acto seguido a cómo la LE vigente supone, en contra de los criterios ya sentados por el Tribunal y de los propios mandatos constitucionales, una subversión injustificada de las mismas. Por último, recapitularé los términos de la respuesta.

I. Esa doble lógica, la de los derechos y de policía migratoria, no resulta siempre fácilmente delimitable. Desde luego, resultaba imposible en la dictadura franquista, en la que al no existir un estado de derecho ni un problema real de inmigración no pudo plantearse siquiera algo así como un *problema de derechos de los extranjeros*. Con todo, y sin la cuestión de los derechos en juego, las leyes promulgadas en esa época no discriminaban por lo general a los extranjeros en el disfrute de ciertos derechos privados, como refleja el Código Civil, o de prestación, salvo por lo dispuesto en leyes electorales específicas o en el ejercicio de

concretos derechos, como el de petición. Incluso, en este período, dada la ideología *panhispanista* imperante, se dispensó un trato favorable a determinados colectivos «privilegiados» de extranjeros (a través de la exención de visado o del permiso de trabajo) como fue el caso de iberoamericanos, portugueses, andorranos, filipinos y ecuatoguineanos, a los que suponía similares en lengua y cultura, a lo que respondían claramente leyes como la 118/1969, de 30 de Diciembre, o el Decreto 2766/1967, de 16 de Noviembre, de Seguridad Social. Al no suponer la inmigración un problema político, siempre era posible resolver eventuales problemas o determinados casos apelando al orden público y la actuación policial, aunque ya entonces, con base en leyes de 1939 y 1970 (esta última de «rehabilitación social») se llegó a diferenciar entre inmigrantes «vagos y maleantes», a quienes se podía repatriar o internar sin más, y trabajadores extranjeros, es decir, entre extranjeros peligrosos y no peligrosos para el orden social.

El problema se plantea verdaderamente cuando, a pesar de haber sido ya promulgada la Constitución de 1978, continúa aplicándose buena parte de esa normativa de policía de extranjeros, como ocurre con las Circulares internas sobre concesión, delegación, anulación de permisos y expulsión de extranjeros emanadas de la Dirección General de Seguridad y basadas en el Decreto Ley 522/1974, extendiéndose esa práctica incluso después de aprobada la Ley de Extranjería de 1985. Nos encontramos, entonces, con una dinámica diferida entre esos dos planos normativos en la que, por un lado, persiste un núcleo infralegal de normas de policía migratoria y, por otro, se va desarrollando autónomamente el bloque normativo de los derechos fundamentales ya acorde con los imperativos emanados de la Constitución y con los Pactos Internacionales de 1966, ratificados por España en 1977. De hecho, con anterioridad a la STC 10/1984, y exceptuando la dudosa mención de la LO 5/80, de 19 de Junio por la que se regulaba el estatuto de los centros escolares (art. 3.3.) y la Ley 3/1984, de 28 de Marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular (además, claro está, del Real Decreto Ley 20/77, de 18 de Marzo), el grueso de la legislación de desarrollo de la parte dogmática de la constitución no contempló la «futura problematicidad» de los derechos de los extranjeros en nuestro país, como demuestran la LO, 7/1980, de 5 de Julio, de libertad religiosa, la LO 3/1981, de 6 de Abril, del Defensor del Pueblo, la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la LO 9/1983, de 15 de Julio, reguladora del derecho de reunión, la LO 14/1983, de 12 de Diciembre, de asistencia letrada al detenido (que en su reforma del art. 520.2 Lecrim declara como ámbito subjetivo de protección «toda persona detenida o presa»), la LO 2/1984, de 26 de Marzo, reguladora del derecho de rectificación, o la LO 6/1984, de 24 de Mayo, reguladora del Habeas Corpus.

En resumen, la situación existente con anterioridad a la STC 107/84, puede describirse del siguiente modo: por un lado, persistía una confusa, preconstitucional y claramente no garantista normativa en materia de policía de extranjería procedente en buena medida del régimen anterior, denunciada repetidamente desde diversos sectores doctrinales como seriamente cuestionable desde el ángulo constitucional; por otro, comienza a desplegarse el bloque normativo de los

derechos constitucionales de un modo acorde, en lo referido a los extranjeros, con las previsiones del art. 13.1 de la Constitución. El sistema, a pesar de sus desequilibrios y lagunas, podría haber evolucionado satisfactoriamente de haberse producido la depuración por vía legal de la normativa de policía inmigratoria, apostándose por la apertura normativa a una política de inmigración que tuviera en cuenta el nuevo dato de la inmigración económica que empezaba a apuntar, mientras continuaba completándose el desarrollo de la esfera iusfundamental; pero desafortunadamente, no fue este el camino escogido sino que, como suele ocurrir, este esquema quebró por el punto más débil.

No por casualidad, el primer pronunciamiento del TC sobre los derechos de los extranjeros tuvo que ver con el derecho al trabajo, donde se dejaba sentir con especial intensidad esa contaminación entre una política de estadística y control, como claramente suponía el Real Decreto 1031/1980, de 3 de mayo, que condicionaba la autorización de residencia al extranjero a la concesión del permiso del trabajo por la autoridad laboral, librada en documento único, y la cuestión de los derechos. Como se recordará, el supuesto que dio lugar a la STC 107/84 lo plantea un ciudadano uruguayo, a quien el ordenamiento de entonces eximía de obtener el permiso de trabajo pero no del de residencia, cuando ambos se materializaban en un instrumento único, paradoja impuesta a los supuestos colectivos «privilegiados» de extranjeros y que trató de ser paliada por la resolución conjunta de los Ministerios de Trabajo e Interior, de 27 de Mayo de 1983, de desarrollo del RD 1031/1980. El tema de fondo era, a todas luces, de técnica administrativa y su resolución venía ligada a la validez de numerosas disposiciones, muchas de ellas infralegales y preconstitucionales, pero sobre las cuales el Tribunal Constitucional no quiso pronunciarse.

II. En su Sentencia 107/1984, de 23 de Noviembre, el Tribunal Constitucional se adelantó a cualquier movimiento del legislador e incluso a elaboraciones doctrinales de cierta enjundia. Al inhibirse del cuestionamiento de la normativa vigente en materia de extranjería (que por falta de impulso legislativo conducía a las paradojas que se han expuesto), el Tribunal reconduce todo el asunto a un problema de legalidad y de justificación de la igualdad o no de trato entre españoles y extranjeros. Hasta la citada Sentencia, la configuración legal de los derechos de los extranjeros revestía los mismos caracteres que la configuración legal de los derechos de los españoles dictada hasta entonces, salvo la exclusión del derecho a la participación política; sin embargo, la redefinición de las posibilidades de «configuración legal» que se opera en esta Sentencia se convertiría en el referente para establecer una diferencia esencial entre los derechos de los extranjeros y de los españoles: tal configuración —dice el Tribunal— «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 pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana».

Desde estos planteamientos, con una motivación escasa y sin un fundamento constitucional más patente que el de la vaga noción de la dignidad humana, el TC se ve obligado a operar una triple clasificación: 1) «Derechos que corresponden igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos», entre los cuales, sin pretensión de exhaustividad, el Tribunal sitúa en ese momento el derecho a la vida, a la integridad física y moral, y a la intimidad (F.J. 3º) 2) «Derechos que no corresponden en modo alguno a los extranjeros.» 3) Derechos «que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.» (FJ 2º y 4º). De este modo, el Tribunal, siguiendo un método abstracto de elaboración doctrinal, procede a distinguir los derechos garantizados en plano de igualdad con los españoles por su conexión con la esfera de la dignidad inherente a la persona humana de aquellos otros donde es admisible la diferencia de trato en su ejercicio con los españoles (supuestos, por tanto, no conectados *prima facie* con la idea de dignidad). Dicho de otra manera: separándose de lo que hasta entonces había sido la tendencia del legislador de garantizar los derechos de los extranjeros en el desarrollo constitucional de la parte dogmática (separando derechos y política de extranjería), el Tribunal ofrece argumentos para la elaboración de una futura «ley de derechos de los extranjeros» susceptible de limitarlos y administrativizarlos, como de hecho venía sucediendo con la regulación del derecho al trabajo heredada de etapas anteriores, sin definir siquiera el ámbito objetivo de cada una de esas categorías de derechos.

Esta confusión de planos, entre derechos y políticas de control, admisión y expulsión, que la STC 107/84 contribuye a alentar, recibió apresurada sanción por el legislador con la L.O. 7/1985, de 1 de Julio, «sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.» Recogiendo en parte la doctrina sembrada por el Tribunal, en la citada Ley, si bien se manifiesta la preocupación «por reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades, cuyo ejercicio queda prácticamente equiparado al de los propios ciudadanos españoles, y para el que se establecen las mayores garantías jurídicas» (...) se afirma que estos planteamientos «sólo ceden ante exigencias de la seguridad públicas claramente definidas», de tal suerte que el mismo vago fundamento de la «dignidad» del art. 10, que permite la equiparación en algunos derechos a españoles y extranjeros, sirve ahora para limitar otros derechos, no conectados aparentemente con la idea de dignidad, en aras de exigencias de la seguridad pública. Se reproducen de este modo, en la LO 7/85, los términos de la clasificación de los derechos efectuada por el Tribunal: «Por una parte —dice el Preámbulo de la Ley— se hace expresa afirmación de aquellos (derechos) cuyo ejercicio debe ser reconocido, por ser consustancial a la persona; por otra, se señalan unas directrices claras respecto a los demás derechos.»

Tales fueron, en fin, los presupuestos que se aceptaron sin depurar tanto en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo en 1985 contra la LO como en la propia STC 115/1987, de 7 de Julio, que declaró, no obstante, la inconstitucionalidad de determinados incisos de la Ley, concretamente de aquellos preceptos de la ley que establecían distintos requisitos para el ejercicio del derecho de reunión y asociación para los extranjeros y para los españoles.

Pero el Tribunal no entró a cuestionarse si tales derechos eran consustanciales a la «dignidad de la persona humana» (como sí hizo, sin embargo, en el supuesto de la tutela judicial efectiva) y dejó, por otra parte, fuera de su consideración la situación de los extranjeros ilegales o irregulares. De este modo, por la acción combinada del TC y del legislador orgánico, vuelven a redefinirse las tres categorías de derechos elaboradas en la STC 107/1984 referidas a extranjeros, que se convierten ahora en cinco: 1) Derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, cuya regulación debe ser igual, y que son todos aquellos derechos no modulables por la ley de extranjería por ser emanación directa del principio de dignidad de la persona. 2) Derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros «legales» (los de asociación, reunión y educación) aunque no conectados directamente con la noción de dignidad ni por el legislador ni por el TC. 3) Derechos que son objeto de modulación por la ley de forma distinta que las leyes destinadas a los españoles y sobre las cuales el legislador puede establecer «condicionamientos adicionales» siempre que respete las prescripciones constitucionales (STC 115/87, FJ, 3º) y que corresponden a los extranjeros legales. 4) Derechos de los que están expresamente excluidos los extranjeros de acuerdo con la Constitución (art. 23, con las salvedades allí establecidas). 5) Y por último, una situación legal de negación del ejercicio de determinados derechos (los no vinculados directamente a la esfera de la «dignidad») a los extranjeros ilegales y acerca de la cual el Tribunal no llega a pronunciarse expresamente.

III. Estos planteamientos, que parecieron dominantes en el plano legislativo y doctrinal en algún momento, han venido siendo objeto de revisión por el propio TC. Por de pronto, el Tribunal ha variado su propia posición acerca de lo que entiende por la esfera de los derechos inherentes a la dignidad humana en materia de extranjería. Como se recordará, en la STC 94/1993, de 22 de Marzo, admite la posibilidad de vulneración de la libre elección de residencia y circulación de los extranjeros por el territorio nacional, al tiempo que considera el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 como uno de esos derechos «imprescindibles para la garantía de la dignidad humana», doctrina reafirmada posteriormente en la STC 242/1994, de 20 de Julio.

Pero más importante que las vacilaciones mostradas por el Tribunal, hipotecado por una concepción dogmática del art. 10 CE, es la línea que inicia tímidamente por la misma STC 94/1993, de 22 de Marzo, dictada en amparo, en la que el Tribunal, a propósito del derecho de libre circulación, echa por tierra los criterios hermenéuticos «literalistas» u «originalistas» que entendían que los derechos cuya regulación constitucional alude a los «españoles» los convertía en derechos de pura configuración legal, ya que «no es argumento bastante para considerar resuelto el problema (...) y el apartado 2 de este art. 13 solamente reserva a los españoles la titularidad de los derechos reconocidos en el art. 23 CE (...) por consiguiente, resulta claro que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su art. 19» (FJ 2º). Pese a que en esta sentencia el Tribunal sigue anclado en lo que podríamos denominar «doctrina de la garantía de la dignidad humana» que había

dominado sus anteriores pronunciamientos, adelanta ahora que «la libertad del legislador al configurar los derechos de los nacionales de los distintos Estados (...) es sin duda alguna amplia, pero no es en modo alguno absoluta», de acuerdo con los arts. 12 y 13 del PIDCP de 1966 (FJ 3º).

Las SSTC 116/1993, de 29 de marzo (cf. su FJ 2º) y 242/1994, de 20 de Julio (FJ 4º) suponen un nuevo punto de inflexión. Ambas sentencias son complementarias en cuanto a la apreciación de la expulsión del extranjero como sanción administrativa. Lo verdaderamente significativo es que, a partir de ellas, el Tribunal reconduce a sus correctos términos la diferenciación de la «política de extranjería» (FJ 4º STC 242/1994) y derechos de los extranjeros y ello, precisamente, como consecuencia del examen y depuración del régimen sancionador en dos casos referidos a expulsiones. De este modo, frente a la inhibición del Tribunal en el caso que da origen a su STC 107/1984 en relación con la normativa infralegal sobre permiso de residencia, ahora, el Tribunal se pronuncia sobre las normas administrativas y de control. Esta orientación del Tribunal ha venido a reforzarse en posteriores resoluciones dictadas en amparo a través de una interpretación ya más decididamente iusinternacionalista de la CE, como en el ATC 331/1997, de 3 de octubre, donde se sigue recordando que los extranjeros carecen de un auténtico derecho a residir en España (cuestión de extranjería) y que ese dato, que se puede hacer coincidir con la idea de «políticas de inmigración», permite a la ley subordinar el permiso de residencia a determinadas condiciones. Esa conclusión se vería apoyada por sentencias posteriores (STC 24/2000, de 31 de Enero) en diversos pronunciamientos del TEDH, donde si bien se subraya «...la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio», no deja de recordar «que los Estados europeos deben respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma» (SSTEDH Abdulaziz, 28 de mayo de 1985, Berrehab, de 21 de junio de 1988, Moustaquim, 18 de febrero de 1991, y Ahmut, 28 de noviembre de 1996) (FJ, 4º).

IV. A esta situación, cuya complejidad aumentaba debido al espectacular incremento de la presión inmigratoria a lo largo de esos años y a la aprobación de nuevas normas correctoras, como el 2º Reglamento de desarrollo de la L.O. 7/1985, aprobado por R.D. 155/1996, de 2 de Febrero (que introduce derechos como el de asistencia sanitaria, el acceso al ejercicio de profesiones tituladas, ampliación del derecho a la educación) vino a poner orden la L.O. 4/2000, de 11 de Enero, *sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*.

Adoptando los postulados de la última jurisprudencia constitucional, la L.O. 4/2000, trata de restituir la jerarquía de las dos lógicas, la de la policía inmigratoria y la de los derechos, aunque en lugar de retornar a la situación anterior a la STC 107/1984, prefiere, una vez declarado el principio rector en esta materia (art. 3.1: «Los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta ley orgánica») declarar que los mismos derechos que la L.O. 7/85 concedía exclusivamente a los

extranjeros legales se extiendan ahora a todos los extranjeros con independencia de su situación legal (así en los casos de los derechos de reunión, asociación, trabajo, sindicación, huelga, educación) además de ampliar a todas las personas la titularidad de algunos derechos sociales como el derecho a la vivienda, a la asistencia sanitaria de urgencia (ya introducida con anterioridad por vía reglamentaria) y a los servicios sociales básicos. Dicha extensión de los derechos sociales, incluso a los extranjeros que no tenían su situación regularizada, fue corroborada poco después por el TC, que en su STC 95/2000, de 10 de abril, en un caso ceñido todavía a la legislación anterior, reconoció en amparo los derechos a la seguridad social del art. 41 CE y a la salud del art. 43 CE de una ciudadana rumana que no era residente legal en nuestro país, por convivencia con el titular de la inscripción del RGSS, título suficiente para el Tribunal, a pesar de que la tramitación ordinaria del caso había girado en torno a la legalidad de su estancia. (FFJJ 3 y 4).

V. Recapitulando lo dicho hasta ahora, podemos concluir en que la razón profunda por la que la L.O.8/2000 debe ser tachada de inconstitucional es porque confunde y solapa las políticas inmigratorias con la cuestión de los derechos, subordinando indebidamente éstos a aquéllas. Respecto a las primeras -las tradicionales políticas de admisión y expulsión, control de fronteras, residencia y permisos de trabajo-, ciertamente, el legislador dispone de un margen de actuación considerable por lo que resulta constitucionalmente admisible una pluralidad de modelos normativos (como de hecho ha ocurrido en los últimos quince años), siempre que se respeten, claro está, las reglas generales en cuanto a garantías en los procedimientos y los criterios constitucionales que rigen el régimen jurídico sancionador. Respecto a las segundas, el legislador orgánico que desarrolla derechos fundamentales o el ordinario que regula derechos, disponen un margen de actuación lógicamente acotado, dada su vinculación efectiva al cuadro de derechos reconocidos en la Constitución.

La L.O.8/2000, en efecto, traspasa estos límites, como hemos visto y desarrollaremos en las siguientes respuestas, al introducir una serie de limitaciones al ejercicio de los derechos de los extranjeros que llega, en el caso de los extranjeros llamados por la LE ilegales, a la negación misma de los derechos de reunión y manifestación (art. 7), de asociación (art 8), de sindicación y huelga (art. 11.1). Por otra parte introduce otras regulaciones de dudosa constitucionalidad (art. 11. 2: limitación del ejercicio del derecho de huelga a trabajadores con permiso de trabajo; art. 9: limitación del derecho de educación) referidas a garantías en los procedimientos o en materia de régimen sancionador, a las que no haremos mención expresa, ya que no son objeto del cuestionario.

Ahora bien, que la causa profunda de la inconstitucionalidad de la LE sea la mencionada no empece para que, desde los propios supuestos declarados por el TC en su jurisprudencia anterior a 1992, no quepa igualmente predicar la inconstitucionalidad de la ley en los términos enunciados (STC 115/1987). Una cosa es que el Tribunal no haya distinguido siempre con total claridad esas dos lógicas – lo que hubiera ayudado a resolver algunos problemas- y otra muy distinta es que haya ofrecido en algún momento argumentos para validar la LE, como ya hemos indicado y tendremos ocasión de profundizar en respuestas ulteriores.

PALOMA BIGLINO CAMPOS

Es cierto que la LO 8/2000 establece un régimen jurídico de los extranjeros más restrictivo del que recogía su inmediato precedente, la LO 4/2000. Podría en principio opinarse que este retroceso es, por sí mismo, inconstitucional por afectar a uno de los pilares básicos del ordenamiento democrático, como es el reconocimiento de los derechos fundamentales. Según ciertos sectores doctrinales, todo avance en ese campo debería resultar irreversible, porque las conquistas alcanzadas en materia de derechos humanos tendrían que considerarse integradas en el contenido constitucional del derecho. No me parece, sin embargo, que la solución que se acaba de apuntar resulte satisfactoria. Una respuesta de este tipo restringiría el ámbito de configuración del legislador e impediría el desarrollo de políticas alternativas, todas ellas legítimas siempre que se enmarquen dentro de los mandatos y de los límites impuestos por la norma fundamental.

Además, y sin prejuzgar asuntos que se analizarán más adelante, conviene recordar que el Parlamento dispone de mayor libertad a la hora de desarrollar los derechos fundamentales de los extranjeros de la que disfruta a la hora de regular las mismas facultades en el caso de los españoles. Es verdad que existen dudas y polémicas acerca de la interpretación adecuada que debe recibir el art. 13 de la Constitución. Aún así, el Tribunal Constitucional ha subrayado que dicho precepto confía a la ley y a los tratados el establecimiento del régimen jurídico de ciertos derechos, siempre que esas normas respeten el contenido constitucional del mismo.

No creo, por lo tanto, que la cuestión que se suscita pueda responderse de manera global. Tampoco es posible, en este contexto, analizar en particular todos los límites que la LO introduce al regular cada uno de los derechos. Por eso, conviene tan sólo recordar las dos variables que deben tenerse en cuenta al estudiar en concreto estas restricciones y que consisten, en primer lugar, en la naturaleza del derecho afectado; en segundo lugar, en la posición jurídica en que se encuentra su titular.

La doctrina ha tratado en numerosas ocasiones la primera de las cuestiones mencionadas, sobre todo a raíz de la jurisprudencia asentada por el Tribunal Constitucional en la S.107/84. Según esta Sentencia y las decisiones posteriores de dicho órgano, es preciso concluir que la constitucionalidad de los límites dependerá de la conexión que el derecho afectado tiene con la dignidad de la persona. Por tanto, el juicio de constitucionalidad deberá ser especialmente riguroso en lo que se refiere a las limitaciones que la LO impone a la intimidad familiar o al beneficio de justicia gratuita. En ambos casos estamos ante derechos que el Tribunal Constitucional ha conectado expresamente con la dignidad de la persona, por lo que cualquier medida restrictiva está sujeta a un cuidadoso test de razonabilidad y proporcionalidad. La conclusión deberá ser justo la contraria al analizar el tratamiento que se hace de la libertad de trabajo o de participación pública, porque en estos supuestos el Tribunal Constitucional ha resaltado el ámbito de libre configuración que corresponde a los tratados y a las leyes.

El mayor número de límites establecidos por la LO 8/2000 recae en ese otro grupo de derechos cuya relación con la dignidad de la persona está más sujeta a

debate. Son, por ejemplo, la libertad de residencia y circulación, reunión y manifestación, asociación, educación secundaria no obligatoria, libertad de sindicación y huelga. En estos casos, la Ley sigue casi siempre la misma técnica que consiste, a grandes rasgos, en diferenciar el tratamiento jurídico en función de la situación en que se encuentre la persona afectada.

Cuando el extranjero ha entrado o permanece en España en una posición de legalidad, goza de esos derechos fundamentales de manera muy similar a la que tienen los españoles. La situación varía para los extranjeros que se han introducido ilegalmente en España o que, aún habiendo entrado según lo previsto en la Ley, no hayan adquirido la residencia temporal o permanente en nuestro país. En esta situación los extranjeros son, a veces, titulares de los derechos antes mencionados. Sin embargo, la LO les niega el ejercicio. Este es sin duda el problema más grave que afecta a dicha norma y es, precisamente, el que se tratará en los posteriores apartados.

MARC CARRILLO LÓPEZ

La reforma que la *LO 8/2000 de 22 de diciembre, ha introducido en la Ley 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, se fundamenta en un presupuesto según el cual al extranjero que se encuentra en territorio español en una situación administrativa irregular le está impedido el ejercicio de derechos fundamentales de libertad como son el derecho de reunión y manifestación y el derecho de asociación. Asimismo, y por idénticas razones tampoco puede ejercer derechos fundamentales de carácter social como la libertad de sindicación y el derecho de huelga. En la medida en que la reforma legislativa introduce la condición *sine quan non* de la autorización administrativa de la estancia o residencia legal en España, el extranjero que se encuentre en estas circunstancias se convierte en una persona que carece de estos derechos. Se trata de unos derechos que están conexos con otros que también son de carácter fundamental, como la libertad de expresión, con lo que la negación de los primeros comporta, de hecho, un impedimento difícilmente superable sobre el segundo.

Ciertamente, de acuerdo con las previsiones constitucionales acerca del estatuto jurídico de los extranjeros en España, el legislador puede introducir un régimen jurídico más restrictivo sobre el ejercicio de los derechos reconocidos en el Título I de la CE. En este sentido, la regla general de la equiparación jurídica —con la excepción prevista en el art. 13.2 para el derecho de sufragio en algunas elecciones— se ve condicionada por la remisión que la CE hace a los Tratados y a la ley. Pero es evidente que los Tratados no pueden contradecir a la CE (art. 95.1 CE) ni tampoco pueden hacer lo propio las leyes, a través de la desconstitucionalización de los derechos fundamentales. Pues una cosa es introducir un régimen jurídico especial para el ejercicio de determinados derechos (por ejemplo, el derecho a la libertad de circulación en determinadas circunstancias) y algo muy distinto es el desconocimiento puro y simple del derecho fundamental.

La jurisprudencia constitucional en materia de extranjería impide que el legislador pueda vaciar de contenido a través de la remisión legal de la que es destinatario, el contenido de los derechos fundamentales que la CE reconoce a los extranjeros. En sus SSTC 107/1984, 99/1985 y 115/1987, el TC establece que la equívoca distinción que el texto constitucional hace con relación a los extranjeros entre derechos fundamentales y libertades públicas en el art 13.1, no tiene trascendencia jurídica y, por tanto, los extranjeros pueden gozar tanto de los derechos fundamentales como de las libertades públicas, de acuerdo con las condiciones que se derivan de los Tratados válidamente firmados por España y de las prescripciones establecidas por el legislador.

Es evidente, que la disponibilidad del legislador para delimitar el contenido de los derechos de los extranjeros no es infinita y, en ningún caso (salvo para la regulación del ejercicio del derecho de sufragio en las elecciones estatales y autonómicas) puede configurar un régimen jurídico de ejercicio de sus derechos de los extranjeros basado en su negación. Pues, como es bien sabido, las personas de nacionalidad extranjera gozan en España de los mismos derechos que los españoles (excepción hecha de los derechos de participación política en algunas elecciones) en las condiciones fijadas por los tratados y la ley. La razón fundamental para que ello sea así es el respeto a la dignidad de la persona, como valor que informa el conjunto del ordenamiento jurídico y es fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1 CE). A este respecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado con carácter no exhaustivo ni, por tanto, tasado, una serie de derechos que, en su condición de derechos humanos básicos, no pueden ser objeto de un tratamiento jurídico distinto en función de la nacionalidad de su titular. Se trata de aquellos derechos —en los términos empleados por la STC 107/1984— que «son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución, constituye el fundamento del orden político español» Estos derechos son: los derechos a la vida y a la integridad física y moral, el derecho a la intimidad, la libertad ideológica, la tutela judicial efectiva y la libertad individual, según lo que progresivamente ha ido prescribiendo la jurisprudencia constitucional (SSTC 115/1987 y 99/1985). Sobre todos estos derechos se proyecta de forma unitaria la dignidad de la persona como fundamento de su existencia. Pero el ámbito jurídico de aplicación de la dignidad como valor constitucional no puede quedar constreñido a estos derechos humanos, sino que se expande al resto de los derechos y libertades del Título I, de tal manera que el legislador no puede desconocer su existencia, salvo en los supuestos en los que por una específica previsión constitucional, la titularidad del derecho quede excluida a los extranjeros como es el caso del derecho de sufragio en determinadas elecciones. En este sentido, la nueva regulación de los derechos de reunión, manifestación, asociación, libertad sindical y huelga que ha establecido la Ley Orgánica 8/2000 no supone, en realidad, una limitación sino más bien algo de mayor alcance que un régimen restrictivo: y ello no es otra cosa que la simple negación de la titularidad del derecho.

Estos derechos no pueden ser desconocidos por el legislador estatal en función de determinadas razones de orden jurídico-administrativo. A lo que sí habi-

lita la CE es a que el legislador pueda establecer un régimen jurídico distinto y, eventualmente, de contenido más restrictivo siempre que las medidas tomadas con esta finalidad sean proporcionales a la finalidad perseguida, pero lo que no puede hacer es ignorarlos. El art. 13.1 de la CE no ofrece dudas al respecto: «*Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título (el Primero) en los términos que establezcan los Tratados y las leyes.*» Es decir, no se trata de que el legislador pueda decidir sobre si los extranjeros pueden ejercer los derechos del Título I, pues ello no está a su libre disposición por mandato constitucional, sino que sobre lo que puede decidir –y no de cualquier manera– es sobre el alcance del disfrute de estos derechos. A este respecto, la legislación internacional europea integrada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), así como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) han señalado que las limitaciones que puedan llegar a introducir los poderes públicos sobre los derechos reconocidos en el Convenio han de ajustarse a las condiciones siguientes: 1) que los límites sean previstos en una ley; 2) que estos límites sean necesarios en una sociedad democrática para conseguir una finalidad legítima; y 3) que exista proporcionalidad entre los límites y la finalidad legítima perseguida (STEDH, de 26/7/1979, Caso *Sunday Times*, entre otros).

No obstante, podría entenderse que todas estas consideraciones son procedentes siempre que se trate de extranjeros que dispongan de residencia regularizada en España. De hecho se ha afirmado que la STC 115/1987 partía del supuesto que ofrecen los extranjeros que disponen de permiso de residencia legal en España. Pues bien, aún siendo así, no se puede considerar la doctrina allí establecida como definitiva e inmutable. Y no lo puede ser porque el legislador ha abordado de forma explícita un hecho nuevo, como es el de los extranjeros que carecen de permiso legal de estancia o de residencia. Es ahora cuando se le plantea a la jurisdicción constitucional la cuestión del alcance que han de tener los derechos de aquellas personas que, por la razón que fuere se encuentran circunstancialmente en situación jurídica irregular. Evidentemente, no se trata de que sea el Tribunal Constitucional quien deba definir sus contornos, pero sí que sea a quien corresponda valorar la interpretación que el legislador ordinario ha hecho del art. 13.1 de la CE, que no ha sido otra que la de negar estos derechos a los extranjeros que carecen de una situación legal en el país. En consecuencia, no es gratuito afirmar con el TC que la remisión del art.13.1 CE a los Tratados y a la Ley no implica una desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros: «... la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la ley, sino de las libertades «que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley», de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados –dentro de su específica regulación– de protección constitucional» (STC 107/1984).

Dado que se trata de una negación de derechos, la previsión establecida en la L.O. 8/2000 no respeta la Constitución.

ALBERTO PÉREZ CALVO

Responder con detalle a esta primera pregunta supondría hacerlo a casi todo el cuestionario, cosa que intentaré hacer paso a paso.

Sin embargo, ahora me interesaría plantearme de modo general si la Constitución permite al legislador establecer «limitaciones» de los derechos fundamentales a los extranjeros. Después, si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, que lo va a ser, veremos si las concretas «limitaciones» que establece la ley actualmente vigente serían acordes o no con la Constitución.

Las bases del modelo constitucional español del disfrute por los extranjeros de los derechos fundamentales se encuentran en el art. 13.1 CE que dice: «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y las leyes».

Pero también esas bases se encuentran, como se verá a continuación, en las definiciones constitucionales del titular de cada derecho fundamental. Y constituye también un elemento decisivo del modelo la interpretación que de estos preceptos ha dado el Tribunal Constitucional. Precisamente, la jurisprudencia constitucional, bastante activa en este campo, no ha cubierto totalmente todos los huecos y posibilidades de interpretación del modelo de una manera acabada aunque, como se podrá comprobar, ha dejado pistas suficientes, a mi juicio, como para vislumbrar una solución clara y completa de esta particular cuestión.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 99/1985, de 30 de septiembre, nos explica el significado del citado artículo 13.1 CE en su respuesta a una de las partes afirmando que lo dicho por el párrafo primero del artículo 13 CE «no significa que los extranjeros gozarán sólo de aquellos derechos y libertades que establezcan los tratados y las leyes como parece pretender la mencionada representación procesal, significa, sin embargo, que el disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución [y que, por consiguiente se les reconoce también a ellos en principio (...)] podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los tratados internacionales y la ley interna española». Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional, en su anterior Sentencia 107/84, de 23 de noviembre distingue a estos efectos tres tipos de derechos:

1. Los «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o [...] que son imprescindibles para la garantía de la *dignidad humana* (cursiva mía) que, conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español.» Son, por tanto, «derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos».

2. Los «que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros». Se trata de los derechos de participación en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes y del acceso a cargos públicos previstos en el artículo 23 CE y de los que el artículo 13.2 CE dice: «Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23...».

3. Los derechos que según el Tribunal Constitucional «perteneceerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio».

Para clasificar los derechos en función de los grupos, el Tribunal tiene en cuenta la definición literal dada por la Constitución de cada uno de los distintos derechos para que puedan ser incluidos en una u otra categoría. Aquellos derechos cuyo sujeto es definido sin apelación a la nacionalidad (es decir, se predicán de todos), son considerados de la primera categoría, de modo que son disfrutados del mismo modo por los españoles y por los extranjeros. Y aquellos cuyos sujetos son los españoles, pueden ser disfrutados por los extranjeros «en los términos que establezcan los tratados y la ley».

Hasta ahora, todo podría parecer claro y definitivo. Lo que ocurre es que el propio Tribunal añade un matiz de gran relevancia en relación con algunos de los derechos del primer grupo, o sea, de los que se predicán de todos, sean españoles o extranjeros. Así, aproximadamente un año después de la sentencia que estableció la división tripartita a que se acaba de aludir, el mismo Tribunal y respecto de los derechos considerados de esta primera categoría, introduce una distinción por la que algunos de estos derechos pueden ser modulados o atemperados por los tratados o la ley, mientras que otros, como el de la tutela judicial efectiva, que es el derecho que está considerando en ese momento, no admiten de ninguna manera esa modulación (Sentencia 99/1985, FJ 2º).

Es decir, cabe pensar que entre los derechos del primer grupo, algunos son susceptibles de ser matizados o atemperados por la ley o el Tratado. Es lo que parece deducirse igualmente de la STC 115/87, de 7 de junio, que responde al recurso de inconstitucionalidad que el Defensor del Pueblo interpuso el 3 de octubre de 1985 contra la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.

Interesa especialmente las consideraciones en relación con los derechos de reunión y de asociación. En el caso del derecho de reunión, en una declaración que es perfectamente aplicable también al derecho de asociación, el Tribunal viene a afirmar: «el problema que se plantea no es si es posible aquí esta diferencia de trato en el ejercicio del derecho (de reunión) entre los extranjeros y los españoles, sino si el legislador español ha respetado el contenido *preceptivo e imperativo* (cursiva mía) que establece el art. 21.1 de la Constitución, también para extranjeros» Esta posición del Tribunal, que en realidad supone una manifestación más de la igualdad de trato entre españoles y extranjeros en relación con los derechos fundamentales que el Título I CE predica de todos, es criticada por un voto particular de los Magistrados D. Francisco Rubio Llorente, D. Francisco Tomás y Valiente y D. Fernando García-Mon y González Reguera. Expresan que tal posición del Tribunal supone vaciar de contenido el art. 13.1 CE. Y proponen otra interpretación según la cual, en primer lugar, los extranjeros gozan de los derechos enunciados en términos generales y que son inherentes a la dignidad humana; y en segundo lugar que el legislador está obligado a otorgar a los extranjeros que viven legalmente en España el uso de las libertades públicas contenidas en el Título I CE, aunque esas libertades sólo tendrán el contenido que establezcan los tratados y la ley. Incluso señalan como ejemplo lo que la propia Ley Orgánica considerada hacía con determinadas categorías de extranjeros en preceptos no impugnados ni considerados inconstitucionales por el propio Tribunal: es decir, la men-

cionada ley excluía del disfrute de ciertos derechos como el de manifestación o de reunión a los extranjeros no residentes o reducía respecto de ellos el contenido de ciertas libertades.

En el marco de este debate en el seno del Tribunal Constitucional y probablemente debido al contenido material de los derechos de que se trata (reunión y asociación), lo cierto es que la Sentencia citada recoge, en este caso al hablar del derecho de asociación, una doctrina que puede tener gran relevancia para el análisis del tratamiento legal actualmente vigente respecto de los derechos de reunión, manifestación o asociación en relación con los extranjeros. Creo que puede ser muy ilustrativo recoger aquí el problema concreto que dio lugar al pronunciamiento que nos interesa del Tribunal.

Veamos. El artículo 22.1 CE dice: «Se reconoce el derecho de asociación». Y en el párrafo 4 del mismo precepto se señala que «las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada».

Por su parte, la L.O. 7/85, objeto del recurso de inconstitucionalidad que da lugar a esta sentencia, en su artículo 8.2 permitía también la disolución o suspensión temporales, por el Consejo de Ministros a propuesta del Ministerio del Interior, de las actividades de las asociaciones promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros. Ante ello, el Tribunal Constitucional declara expresamente: «El problema así planteado es el de si el artículo 13.1 de la Constitución habilita o no al legislador a establecer una excepción para los extranjeros de la regla contenida en el artículo 22.4 de la Constitución». Y añade el Tribunal: «El artículo 13.1 de la Constitución reconoce al legislador la posibilidad de establecer *condicionamientos adicionales* (cursiva mía) al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello se ha de respetar en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya ha venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros...».

O sea, el Tribunal sigue manteniendo que el legislador no puede configurar el derecho reconocido también a los extranjeros o, lo que es lo mismo, que ha de respetar «el *contenido preceptivo e imperativo*» del derecho, pero sí que puede «establecer *condicionamientos adicionales* al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros».

Esta última posibilidad permitida al legislador en virtud del art. 13.1 CE es especialmente significativa cuando la mencionada L.O. 7/85 reconocía el derecho de reunión en su artículo 7 a los extranjeros que se hallasen legalmente en territorio español, lo que significa que excluía de su disfrute a los extranjeros en situación ilegal. Y lo mismo sucedía en el artículo 8.1 en relación con el derecho de asociación. Y todo ello, como señalaron los autores del voto particular, sin que tales preceptos fueran impugnados por el entonces Defensor del Pueblo ni considerados inconstitucionales por el propio Tribunal.

Todo conduce, en fin, a que uno, entre otros, de los posibles condicionamientos que el legislador puede establecer para el disfrute de estos derechos fun-

damentales por parte de los extranjeros, es precisamente el de hallarse en situación legal en el territorio español.

En definitiva, y me centro en los derechos del primer grupo, creo que los extranjeros gozan en España de los derechos que directamente les atribuye la Constitución cuando en su definición no utiliza el criterio de la nacionalidad para definir al sujeto de los derechos sino que emplea fórmulas que incluyen a cualquier persona —«Se reconoce el derecho...»; «Todas las personas tienen derecho...»; «Todos tienen derecho...»—. Pero, asimismo, a partir de la propia jurisprudencia constitucional, creo que es posible establecer condicionamientos adicionales para el ejercicio de algunos de ellos, como son los de reunión, manifestación y asociación.

Por otra parte, esta solución implica que no es necesario que la ley o el tratado recojan esos derechos para referirlos sin condicionamientos de ningún tipo a los extranjeros puesto que ya disfrutaban de ellos por mandato constitucional del mismo modo que los españoles. O sea, en buena técnica jurídica, cuando la ley se pronuncia sobre estos derechos, lo hace para matizar su ejercicio puesto que la atribución viene hecha por la Constitución. (De este modo se puede pensar que la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que ha sido modificada por la ley vigente actualmente, era redundante cuando pretendía atribuir sin ningún matiz a todos los extranjeros derechos que ya tenían reconocidos en la Constitución.)

CONSTITUCIONALIDAD DE LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En la Ley se reconoce a los extranjeros la titularidad de ciertos derechos, como los de reunión, manifestación o asociación, mientras que su ejercicio se reserva a los residentes. ¿Que sentido tiene esa distinción entre titularidad y ejercicio de tales derechos fundamentales?

MANUEL ARAGÓN REYES

No le encuentro más sentido que el de introducir una (¿buscada?) confusión, pues sólo respecto de los menores e incapaces cabe disociar titularidad y ejercicio de los derechos (hecha la salvedad del derecho de huelga, donde opera la distinción entre trabajador y sindicato). Entender que «todos los extranjeros son titulares» de determinados derechos pero que «sólo los residentes los pueden ejercer» (como dice la Ley 8/2000), además de ser una impropiedad jurídico-dogmática, es emplear un lenguaje confuso para encubrir (con una especie de falso pudor) una realidad: la de que si un extranjero tiene la titularidad y no el ejercicio del derecho, no tiene entonces, en el presente, derecho alguno. La Ley, realmente, lo que viene a decir, en verdad, aunque utilice ese lenguaje, es que los extranjeros en

situación de ilegalidad (esto es, sin estancia autorizada o residencia) carecen de los derechos aludidos. Esa es, exactamente, la situación.

JOSÉ ASENSI SABATER

Desde el punto de vista de la integridad de los derechos constitucionales, esa distinción no tiene, en mi opinión, ningún *sentido* constitucionalmente inteligible. Atribuir la titularidad de un derecho e impedir, al tiempo, su ejercicio a toda una categoría de personas consideradas por la ley extranjeros irregulares o ilegales significa una negación del derecho mismo, pues en estas condiciones el derecho simplemente no existe. No se trata, por tanto, de una discusión sobre los límites del legislador en su capacidad para configurar, regular, desarrollar o restringir determinados derechos, categorías que merecerían una pormenorizada acotación, sino de la ablación misma del derecho por la vía de despojar a ciertos extranjeros de su ejercicio. Tampoco se trata de que la ley pueda establecer condiciones para el ejercicio de un determinado derecho fundamental, supuesto admisible dentro de ciertos límites, sino, cosa bien distinta, de negar la capacidad de ejercerlos con carácter general, a resultas de una decisión administrativa de carácter discrecional.

En efecto, la literalidad de los arts. 7 y 8 de la LE puede hacer presumir que los derechos de reunión, manifestación o asociación se atribuyen a todos los extranjeros en igualdad de condiciones que a los españoles, pues el legislador emplea fórmulas omnicomprensivas del tipo de «los extranjeros tendrán el derecho de reunión (...)», «Todos los extranjeros tendrán el derecho de asociación (...)» Sin embargo, tal atribución resulta falaz por cuanto, a reglón seguido, bajo la forma de ejercicio del derecho, se pretende encubrir lo que constituye el verdadero criterio atributivo de la titularidad de los mismos [«(...) que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España»].

Aclarada ya la respuesta a la pregunta anterior sobre el régimen de los derechos de los extranjeros y que básicamente puede resumirse en la idea de que éstos gozan, por imperativo constitucional, de todos los derechos y libertades reconocidos en el Título I, con la excepción no absoluta de los del art. 23 CE, y admitiendo incluso que el legislador pueda, en algunos supuestos, regular su ejercicio de forma distinta a la establecida para los españoles, de lo que aquí se trata ahora es de determinar de qué márgenes dispone el legislador para ello. No está de más que reiteremos lo ya apuntado en la anterior respuesta: en su actividad reguladora del ejercicio de los derechos y libertades, si bien la ley democráticamente establecida goza de una presunción de validez y ello es un criterio fundamental a tener en cuenta en el proceso de ponderación entre derechos, está también obligado por su vinculación *efectiva* a los derechos fundamentales (art. 9. 1, 53.1 CE; STC 159/1986: «la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo,» *inter alia*) y sólo le está permitido desarrollar o regular éstos dentro de un campo constitucionalmente acotado que, sin pretensiones de jerarquización, está armado en la materia que contemplamos sobre los siguientes supuestos: a) El art. 10.1 CE que considera la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inheren-

tes y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social; b) Los arts. 10.2 y 96 CE, en virtud de los cuales, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España; y c) La garantía del contenido esencial establecida en el art. 53.1.

I. Dado el confuso y malhadado resultado a que ha conducido en materia de extranjería la invocación por el TC a los valores de la «dignidad humana» y, posteriormente, al «libre desarrollo de la personalidad» (STC 104/1987, revisada después por el propio TC), y denunciada ya la caótica clasificación de derechos a que ha dado lugar, para elaborar la respuesta bastará que nos refiramos a las dos últimas limitaciones mencionadas ya que proporcionan criterios más coherentes y seguros que la primera, sin que ello suponga menosprecio alguno de la importancia del valor de la dignidad como criterio hermenéutico (que, en todo caso, debería funcionar como un principio unitario y no como criterio susceptible de ser empleado, *sensu contrario*, como argumento para restringir, limitar, o, en último término, para despojar de determinados derechos constitucionales a sus titulares).

Por lo que se refiere a la vinculación del legislador a lo establecido en los arts. 96 y 10. 2 CE, hay que recordar que tanto la DUDH como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 20 de de la DUDH, y 21 y 22 del Pacto), al formar parte de nuestro ordenamiento jurídico, constituyen obligados criterios de interpretación y aplicación. En ambos cuerpos legales se reconoce los derechos de reunión, manifestación y asociación *a toda persona* sin distinción alguna por razón de nacionalidad el art. 2.1. DUDH establece que «toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza(...), origen nacional». Ello, unido a la literalidad (STC 115/1987 FFJJ 2º y 3º) de los preceptos constitucionales los artículos 21 y 22 CE emplean una fórmula absolutamente impersonal: «Se reconoce(...); y el propio art. 13 CE, del cual, en el debate constituyente, se eliminó la referencia a que esos derechos constitucionales pertenecían sólo a los extranjeros residentes impide que se pueda privar a los extranjeros de los mismos.

Ciertamente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé la posibilidad de que el legislador introduzca restricciones a los derechos en caso de colisión con otros bienes dignos de protección, disponiendo en este sentido que «el ejercicio (de tales derechos) sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás», pero es pacífico en la doctrina que tales restricciones no pueden establecerse de forma arbitraria sino con arreglo a criterios de razonabilidad, proporcionalidad, adecuación (inter alia: STC 62/1982; 90/1983; 66/1991, FJ 2º) y necesidad (esto es, que ningún otro medio igualmente efectivo consiga que el derecho fundamental en cuestión no sea lesionado o lo sea en menor grado) criterios que, desde luego,

han sido obviados en la LE que analizamos. No resulta extraño, en consecuencia, que quienes defienden la constitucionalidad de la LE en este punto apelen por lo general, y con base precisamente en el precepto citado del Pacto, como criterio último o de *re publica defendenda*, a una concepción desorbitada y, por decirlo suavemente, decimonónica, de «orden público» y de «seguridad pública», desconociendo que tales conceptos, en el marco de un estado social y democrático de derecho, están subordinados, precisamente, al previo aseguramiento de los derechos y libertades.

II. Ello enlaza directamente con la otra vinculación impuesta al legislador en esta materia: la garantía o cláusula de respeto del contenido esencial de los derechos y libertades contenida en el art. 53.1 CE. No parece necesario que dediquemos a este apartado una atención especial pues ha sido objeto de tratamiento exhaustivo por la doctrina científica y constitucional. Es suficiente señalar, como ya tuvo ocasión de afirmar el TC con ocasión de la declaración de inconstitucionalidad de algunos preceptos de la LO 7/1985, que «el art. 13.1 de la Constitución reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros [...]. Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales» (STC 115/1987, FJ 3º). Es evidente que la doctrina expuesta ha sido ignorada por LE, que se sitúa al margen de los mandatos constitucionales, y ello no solo en relación con los derechos de reunión, manifestación y asociación, sino también con los de sindicación y huelga.

Lejos de sujetarse en su actividad a la cláusula de respeto del contenido esencial, el legislador, al exigir la previa autorización administrativa de estancia o residencia para el ejercicio de los citados derechos, además de confundir medidas de política de extranjería con el ejercicio de derechos constitucionalmente reconocidos a los extranjeros, como hemos indicado, lo que produce es la negación de los mismos y, con ello, de su contenido esencial, ya que, de acuerdo con la doctrina pacífica y consolidada al respecto, por contenido esencial hay que entender aquella parte del contenido del derecho «que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho resulten real, concreta y definitivamente protegidos. Como señala asimismo el Tribunal (entre otras, STC 11/1981, FJ 8º, SSTC 37/1987, FJ 2º, 196/1987, FJ5º, etc.) «se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.»

III. A propósito de esa distinción entre titularidad y ejercicio de un derecho constitucional, a que se refiere la pregunta, la terminología empleada en la LE da pie

a un breve comentario. A diferencia de las precedentes leyes de extranjería [así el art. 7 de la LO 7/1985: «Los extranjeros podrán ejercitar el derecho de reunión(...)», o la L.O. 4/2000] o de los propios preceptos de la Constitución que reconocen los derechos constitucionales de reunión, manifestación y reunión a los extranjeros [art. 13.1: «Los extranjeros(...)» «gozarán(...)»] la expresiones que la LE emplea impropriamente [«los extranjeros» –dice la vigente LE– «tendrán el derecho(...)» (...) «que podrán ejercitar(...)»] parecen querer subrayar un significado particularmente patrimonialista de los mismos, como si la referencia que se tomara fuera la del derecho de propiedad. Pero si bien con relación al derecho de propiedad, como con otros derechos patrimoniales, resulta permisible operar la separación entre titularidad y disfrute, esa distinción no cabe predicarla de los derechos constitucionales del tipo de los aquí considerados. Carece de sentido hablar, por ejemplo, de un derecho de nuda reunión o de nuda asociación. Sin necesidad de apelar a la pluralidad de doctrinas sobre la naturaleza de los derechos fundamentales, hay que decir que en el caso de éstos, titularidad y ejercicio se encuentran indisolublemente unidos. Reconocer la una sin permitir el otro implica, como hemos dicho, la negación misma de los derechos que expresamente vienen reconocidos en el art. 13.1 CE a los extranjeros. Pero bien mirado, la estrambótica separación que el legislador introduce entre titularidad y ejercicio, sometiendo éste último a requisitos que no están al alcance del extranjero cumplimentar, se asemeja a la vieja distinción civil-romanista entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, que, aplicada a este supuesto, vendría a mostrar la consideración que al legislador merece la situación de los inmigrantes irregulares: la de personas asimiladas a incapaces, menores y dementes y, en todo caso, personas a las que el ordenamiento jurídico de un estado social y democrático de derecho no reconoce todavía la plena emancipación. Esta es precisamente la cuestión: al privar a los extranjeros irregulares de determinados derechos fundamentales no sólo rompe la trabazón íntima que todo el sistema de derechos implica –salvo las excepciones que la propia constitución contiene–, privando a los extranjeros irregulares de los medios para reivindicar y sostener su estatus, sino que se convierte en una agresión potencial para los derechos de todos los ciudadanos.

IV. Podríamos preguntarnos, a la vista de las evidencias de inconstitucionalidad que muestra la LE, por qué el legislador se ha arriesgado a exponer un flanco tan claro a la crítica que, muy probablemente, llevará en su día a la depuración de la norma por el TC. Se podría pensar que el legislador incurre, inconscientemente, en una inconveniente confusión de planos, entre política de extranjería y garantía de derechos, acariciando la idea de que es posible volver impunemente a la situación del 85; pero no olvidemos que el legislador no es, de hecho, tan inconsciente, sino que, en un estado democrático, no hace sino traducir en términos normativos una determinada política. No trae al caso recordar aquí los avatares de la L.O. 4/2000, aprobada con el voto en contra del PP, y el modo en que este partido político, que obtuvo la mayoría absoluta en los comicios de marzo de 2001, expresó sus temores ante el fenómeno inmigratorio, pretendiendo resolver un problema real de derechos, que afecta a decenas de miles de inmigrantes irregulares

que se encuentran en España, con las recetas del año 85, en que apenas se apuntaba esta problemática. Hay que tener en cuenta, además, que el legislador no puede ignorar que se mueve en un marco constitucional que le vincula, y por tanto, necesariamente, ha debido contar con un mínimo soporte argumental que preste a la ley, al menos, una apariencia de conformidad con la Constitución. En este sentido, me parece que cabe pensar en dos líneas argumentales que pueden jugar este papel:

La primera de ellas parte de la idea de que ciertos derechos —los que aquí estamos considerando: reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga— no pertenecen estrictamente a *la esfera de la dignidad de la persona* (y por tanto, puede el legislador introducir condicionamientos adicionales en su regulación) sino que poseen una naturaleza diferente en cuanto que *derechos políticos* o de *relación social* (y por tanto, más cercanos a una conexión con el orden público y con la esfera, en general, de lo político), y por lo tanto, si bien no pueden ser regulados de forma distinta para los extranjeros legales que para los españoles (porque esto ya lo descartó el TC en 1987) sí podrían serlo, hasta el punto de negarles su ejercicio, cuando se refieren a los *ilegales* ya que éstos plantean un problema de seguridad pública o de orden público. La segunda línea, tan inconsistente como la anterior, puede resumirse del siguiente modo: porque el Tribunal Constitucional ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre la situación de los extranjeros al enjuiciar la L.O. de 1985 en su STC 115/87, si bien no refiriéndose en concreto al supuesto de los extranjeros ilegales, cabe suponer que asumió la constitucionalidad de su regulación al obviar facultad que le concede la LOTC, en su art. 39.1, de pronunciarse sobre preceptos de la misma ley que no fueron expresamente impugnados, siempre que medie la necesaria «conexión o consecuencia.»

Las falacias en que incurriría esta doble cadena de razonamientos son fácilmente delatables. Respecto a la primera, bastará decir que consideraciones de escuela sobre la naturaleza de determinados derechos, o sobre la presunta cercanía o lejanía de la esfera de la dignidad de los mismos, no pueden conducir a la conclusión que se propone, que no es otra que apelar, finalmente, a un concepto de orden público incompatible con el estado constitucional y el ordenamiento internacional, como ya hemos señalado. Respecto a la segunda línea de razonamiento, la falacia consiste en suponer que el silencio del Tribunal, al no hacer uso de la facultad que le confiere el art. 39.1 LOTC, supone automáticamente la convalidación de la parte de la ley impugnada no declarada expresamente inconstitucional. Pero ello, obviamente, no es así: primero, porque la razón de «conexión o competencia» mencionada en la LOTC no queda al arbitrio del Tribunal, sino que ha de estar abarcada por el *petitum* (SSTC 86/1982, 26/1987, entre otras), supuesto que no se dio, como se sabe, con ocasión del recurso planteado por el Defensor del Pueblo contra la L.O.7/85. Y, segundo, porque de aceptarse este razonamiento (*concesso non dato*) se trastocaría el sistema jurisdiccional del Alto Tribunal previsto en la CE y en su Ley Orgánica sobre el efecto de las sentencias: ciertamente, la sentencia del TC no sólo, ni siempre, concluye en una declaración de conformidad o disconformidad de la Ley con la

Constitución, pues caben otras posibilidades (sentencias interpretativas, de rechazo, aditivas, manipuladoras etc.), pero en todo caso, las declaraciones de inconstitucionalidad o constitucionalidad y, en su caso, de la nulidad subsiguiente, han de ser expresas, además de sostenerse sobre motivaciones y razonamientos: soslayar aquéllas y deducir éstos de los silencios del Tribunal y elevándolos, en definitiva, a categoría de materia enjuiciada, no tiene el menor sentido en el seno de nuestro sistema procesal constitucional, no sólo por lo dispuesto en las normas, sino por la propia práctica.

Habría que señalar, por último, que estas dos líneas argumentales ya se consignaron en el Voto Particular a la STC 115/1985, tantas veces citada, encabezado por el Magistrado Rubio Llorente. El paso del tiempo y la crítica doctrinal han ido agrandando, si cabe, la inconsistencia del mismo. Y ello no sólo por el uso *a contrario* del concepto de dignidad para justificar una eventual libertad del legislador, sino por razonamientos como el que sigue, en los que incurrió el citado Voto Particular: «[...] estas libertades públicas, entre las cuales hay que incluir sin duda las de reunión y asociación, no pueden ser suprimidas a los extranjeros por el legislador que actuaría al hacerlo contra el inciso final del art. 13 de la CE, pero ello no impide que el legislador pueda configurarlas del modo que juzgue más adecuado, excluyendo de su disfrute a conjuntos determinados genéricamente (como por ejemplo) [...] (negando) a los extranjeros no residentes la libertad de manifestarse o de celebrar reuniones públicas en lugar cerrado.» El rechazo mayoritario a esta postura no hace sino confirmar, precisamente, la posición del Tribunal contraria a una regulación que pueda excluir genéricamente -por ejemplo, a todos los extranjeros irregulares- del ejercicio de los derechos que estamos considerando.

PALOMA BIGLINO CAMPOS

Desde luego, no es fácil captar el sentido que tiene la radical escisión que la LO realiza entre la titularidad de determinados derechos y el ejercicio de los mismos. Todo derecho, fundamental o no, consiste en un haz de facultades. Nadie duda que, en algunos casos, sea posible privar a un sujeto de algunas de ellas, o someterlas a determinados límites. Pero negar a alguien el ejercicio del derecho en su totalidad significa, en realidad, suprimir el contenido de ese derecho. ¿Para que, entonces, la titularidad?

En mi opinión, el único sentido que tiene esa distinción es volver, aunque de manera solapada, a la situación que existía durante la vigencia de la LO 7/1985. Recordemos que dicha norma reconocía los derechos de reunión y asociación tan sólo a los extranjeros que estuviesen legalmente en España. Es más, para poder promover la celebración de reuniones públicas se exigía la condición legal de residentes.

Los arts. 7 y 8 de la LO 8/2000 ponen de manifiesto otro problema de distinta índole, que no está relacionado con el ejercicio del derecho, sino con las consecuencias que puedan derivarse del mismo. Los extranjeros que carecen de auto-

rización de estancia o de residencia en España se encuentra irregularmente en nuestro país, por lo que pueden incurrir en algunas de las infracciones previstas en los arts. 51 y sigs. de la LO. Esta situación, como otras de ilegalidad que pueden afectar también a los españoles, condiciona el ejercicio efectivo de cualquier derecho fundamental. Las dificultades son todavía mayores en el caso de los derechos que estamos analizando, porque son de ejercicio colectivo y, en muchas ocasiones, se desarrollan en régimen de publicidad. En estas circunstancias, la actuación del derecho por parte de los extranjeros que se encuentren irregularmente en nuestro país tendría la repercusión de una autodenuncia y podría tener como consecuencia su expulsión del territorio nacional.

MARC CARRILLO LÓPEZ

Decía la STC 107/1984 ya citada, que en relación al problema de la titularidad y ejercicio de los derechos y de forma más concreta, respecto del problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos que la cuestión depende del tipo de derecho afectado. De esta forma, distinguía —como hemos visto— entre derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y, por tanto, la regulación de su régimen jurídico ha de ser igual para ambos; derechos que sólo pertenecen a los españoles y, por tanto, de los que por prescripción constitucional los extranjeros están excluidos y, finalmente, «(...) existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según dispongan los tratados y las leyes, siendo admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio».

Pues bien, en lo que concierne a los derechos de los que pueden gozar los extranjeros, que son todos los que la CE les atribuye la titularidad en el Título I, la diferencia de trato en cuanto a su ejercicio opera sobre aquellos a los que los tratados y la ley les otorgan un régimen jurídico diferenciado de los nacionales españoles. Pero ello no presupone la negación de la titularidad sino, en primer lugar, su reconocimiento a favor del extranjero; y en segundo lugar, la constatación de que su ejercicio está sometido a un tratamiento jurídico distinto, diferenciado, pero a través de una regulación que no lo puede desconocer. Por tanto, únicamente en este sentido ha de ser aceptable la distinción entre titularidad y ejercicio. Porque, en el que ha sido planteado en la cuestión formulada en esta encuesta sólo puede ser aplicable a los menores de edad y a los incapaces.

Si la distinción se emplease referida a los derechos que la CE reconoce de acuerdo con lo prescrito por el art. 13.1 a los extranjeros, lo único que cabría derivar de la misma es que, en realidad, lo que se está proclamando es que carecen de estos derechos. Formulada en los términos que se expresan en la encuesta la distinción genera equívocos porque es confusa y a la postre —salvo que se trate de un menor de edad o de un incapaz— a lo único a lo que verdaderamente conduce es a la negación del derecho fundamental. Es una ficción jurídica que no puede encubrir una realidad que no es otra que la siguiente: el extranjero que siendo titular de un derecho no puede ejercerlo hasta que su

situación administrativa se regularice, es decir, hasta que sea legal (sirva por una vez y en sentido descriptivo, esta incorrecta denominación empleada a menudo en el lenguaje coloquial), este extranjero carece del derecho. No es titular del mismo.

Defender esta distinción en materia derechos fundamentales supone excluir el efecto de irradiación que el valor constitucional de la dignidad proyecta sobre todos los derechos y no únicamente sobre los derechos humanos esenciales. El respeto a la dignidad comporta la existencia de un estándar mínimo de protección que, la distinción entre titularidad y ejercicio, desconoce de plano. Por otra parte, la necesidad de un mínimo denominador común de protección de los derechos fundamentales, con independencia de la nacionalidad del titular, constituye el contenido esencial sobre el que el legislador de los derechos no puede disponer (art. 53.1 CE).

El TC ha recordado al respecto que «(...) 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 (...) – y como ya se estableció en la STC 107/1984- ni la expresión misma de libertades públicas ha de interpretarse en sentido restrictivo, ni tal remisión supone que se 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» (STC 95/2000). De esta forma, y en realidad, lo que hace el TC es corregir su posición inicial de 1984 puesto que ya no admite que algunos derechos puedan no ser ejercidos por los extranjeros (excepción hecha, de nuevo, de los reconocidos en el art. 23 CE).

A mayor abundamiento se hace preciso añadir que los artículos 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, de 16/XII/1966), no se refieren a la condición de ilegal como criterio para impedir el ejercicio de los derechos de reunión y de asociación de las personas. Y lo propio hay que reseñar respecto de los derechos de sindicación y de huelga que se reconocen en el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, de 16/XII/1966). En ambos casos, el ámbito subjetivo de aplicación de estos derechos se refiere siempre a la persona.

Por tanto, tal distinción entre titularidad y ejercicio es ajena a la Constitución, por lo que una argumentación que avalase la constitucionalidad de la ley en los términos del binomio integrado por el reconocimiento de la titularidad/ negación del ejercicio, no sería aceptable desde un punto de vista constitucional.

ALBERTO PÉREZ CALVO

Entiendo que se trata del sentido jurídico y no político de la distinción. La pregunta ha sido respondida ya en parte y daré más detalles en la siguiente respuesta.

LA RESIDENCIA LEGAL COMO CRITERIO DE LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS

Desde otro punto de vista, ello parece significar que se hace depender el ejercicio legítimo de estos derechos fundamentales de la autorización administrativa de estancia o residencia. ¿Estima la residencia legal en España criterio, desde una perspectiva constitucional, idóneo y razonable para establecer diferencias en la regulación del ejercicio de tales derechos fundamentales?

MANUEL ARAGÓN REYES

No sé si es un criterio idóneo o razonable. Lo que me parece claro es que no es, en sí mismo, inconstitucional. Desde un punto de vista de política legislativa no se me ocultan los problemas que plantea la distinción (que creo inevitable) entre extranjeros en situación legal y en situación ilegal. ¿Puede nuestro Estado soportar y nuestra sociedad integrar pacíficamente el altísimo contingente de inmigrantes «clandestinos» o ilegales simplemente declarándolos fuera de la ley y desposeyéndolos de determinados derechos fundamentales? Me parece difícil. Téngase en cuenta que esa situación puede conducir a la desprotección e indefensión de tales emigrantes y al abuso sobre ellos de personas sin escrúpulos, y lo que es peor, a su marginación social, con el consiguiente surgimiento de una xenofobia, no por condenable menos previsible.

¿Puede la Administración proceder a la expulsión en masa de esas decenas de millares de personas que se encuentran en dicha situación? También parece muy difícil, y no sólo por motivos humanitarios y de presión social, sino también por motivos puramente técnicos. Y por los mismos motivos encuentro también muy difícil que el Estado pueda perseguir y sancionar manifestaciones, asociaciones, sindicaciones y huelgas que de «facto» y no de «iure» muy probablemente se producirán. Esto es, masivas actuaciones fuera de la ley que el Estado, por un lado, no debiera permitir, pero que, por otro, le va a resultar extraordinariamente difícil reprimir.

Tampoco puede el Estado, evidentemente, eliminar los controles de la inmigración, primero porque ello iría en perjuicio de los propios inmigrantes y segundo porque ello impediría el cumplimiento de las funciones de integración pacífica de todos los habitantes en el territorio que el Estado no puede dejar de cumplir, además de que una política de «puertas abiertas» iría en contradicción con las propias decisiones comunitarias que nuestro Estado está obligado a cumplir como miembro que es de la Unión Europea.

Por todo ello es preciso un tratamiento de urgencia, un gran pacto de Estado, sobre la política de inmigración, que es una materia que trasciende de los intereses coyunturales de las mayorías políticas porque es un tema de auténtico interés nacional y, por supuesto, supranacional.

JOSÉ ASENSI SABATER

En cierta medida esta pregunta ha sido contestada en las dos anteriores. Me limitaré a exponer algunas matizaciones complementarias y a destacar algunas otras cuestiones de acuerdo con lo ya dicho.

LA LE —ya lo hemos señalado— no regula en toda su extensión derecho alguno: simplemente lleva a cabo determinadas distinciones, básicamente, entre extranjeros legales e ilegales, condicionantes del goce de determinados derechos constitucionales a que nos hemos venido refiriendo. Sin embargo, la regulación de los derechos debe corresponder a las normas del ordenamiento que desarrollan lo dispuesto en la parte dogmática de la Constitución. La LE, al hacer depender el goce de determinados derechos de la situación administrativa de «residente legal» mezcla asuntos de política inmigratoria, de política criminal o policía, y de derechos, obviando, entre otros, el hecho de que la jurisprudencia constitucional ya ha empezado a distinguirlos. Por ello, la separación, al menos, de los dos primeros elementos (políticas inmigratoria y criminal) y los dos últimos (derechos constitucionales y políticas de integración) me parece constitucionalmente obligada conforme a la separación que hacíamos entre los artículos 13 y 149.1.2º CE y esclarecedora del debate público en torno a la inmigración en España. Pretender que se puede hacer política inmigratoria a partir de los derechos supone poner el ejercicio de los derechos por el colectivo de los extranjeros bajo sospecha: nunca podrían ejercerlos con la misma disposición que los españoles porque siempre serían sospechosos de encontrarse en la ilegalidad.

Pero volviendo a la pregunta, quisiera hacer alguna matización adicional: como acabo de exponer, la discusión no debería centrarse, como se sugiere en su enunciado, en la idoneidad y razonabilidad del permiso de residencia como condición habilitante para el ejercicio de los derechos (pues ello es injustificable constitucionalmente, como ya hemos dicho) sino en la idoneidad y razonabilidad constitucional del mecanismo de política inmigratoria del permiso de residencia porque, si conforme a la lógica de la ley, los derechos se conceden a los extranjeros que reúnen este requisito administrativo, el nudo de la cuestión consiste entonces en examinar que características que posibilitan el acceso a la residencia. Según la LE, para la concesión del permiso de residencia es necesario que el extranjero acredite «disponer de medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia durante el tiempo por el que la solicite (superior a noventa días e inferior a cinco años) sin necesidad de realizar actividad lucrativa, « o bien, en el caso de que pretenda realizar una actividad económica en España por cuenta propia o ajena, que obtengan la autorización administrativa correspondiente o se beneficien del derecho a la reagrupación familiar (art. 31.1 LE). Ahora bien: esta regulación arroja la consecuencia de que el goce de determinados derechos constitucionales se hace depender, no ya de la posesión del estatus que confiere el permiso de residencia, sino, de un lado, de la posesión de los concretos niveles de recursos económicos exigidos para acceder a la residencia y, de otro lado, de la concesión de un permiso de trabajo sujeto a criterios discrecionales. Se produce así una huída del Derecho Constitucional

al Derecho Administrativo y de éste al Derecho Privado, porque no otra cosa supone la subordinación del ejercicio de los derechos al capital o al trabajo, destruyéndose de esta suerte los caracteres sustanciales de los derechos fundamentales: su universalidad e incondicionalidad.

Sentadas estas premisas, creo que sería oportuno abrir un amplio debate sobre dos cuestiones: el tipo de políticas de inmigración que se desea para nuestro país, que no esté teñida por la óptica de política criminal y de exclusión de los derechos como exclusión de la admisión de extranjeros, y, en segundo término, sobre las políticas de integración de los extranjeros que se encuentran en nuestro país.

PALOMA BIGLINO CAMPOS

Antes de entrar de lleno en el asunto, conviene subrayar que el ejercicio legítimo de algunos derechos fundamentales por parte de los españoles está también sometido a un régimen de autorización administrativa. Por ejemplo, para poder entrar o salir del territorio nacional es necesario, en determinadas ocasiones, disponer de un pasaporte, que no es otra cosa que una autorización de esa naturaleza.

Por eso, a la hora de concluir acerca de la pregunta que se realiza es preciso distinguir entre los distintos derechos, ya que la respuesta varía según cuál sea el carácter de los mismos. En general, puede afirmarse que la intervención administrativa resulta necesaria para el ejercicio de ciertos derechos sociales. Al ser éstos derechos de prestación, su ejercicio depende en muchos casos de una autorización administrativa. Esta naturaleza tiene, por ejemplo, la admisión en un determinado centro docente o el ingreso en un centro sanitario. Todo lo contrario ocurre, sin embargo, cuando estamos en presencia de los derechos civiles, porque su contenido consiste precisamente en una libertad frente al Estado. En este campo, la injerencia de la Administración debe ser mínima.

El ejercicio de los derechos de reunión y asociación no puede estar sometido a ningún tipo de autorización previa. Así lo establece la Constitución en el art. 21.1 e, indirectamente, en el art. 22.3 al establecer que el registro de las asociaciones es a efectos de mera publicidad. Así lo ha señalado además el Tribunal Constitucional en la S. 115/1987. Entonces el Tribunal tuvo ocasión de recordar que «la libertad de reunión sin autorización se constituye así en una facultad necesaria para que el derecho sea reconocible», incluso en el caso de que sea ejercido por parte de los extranjeros.

Sucede, sin embargo, que la estancia o residencia no son, en propiedad, permisos para el ejercicio de esos derechos. Ambas autorizaciones exceden claramente dicha finalidad, porque condicionan toda la posición jurídica del extranjero en España. En realidad, constituye el presupuesto para que la situación de los no nacionales pueda considerarse o no conforme al ordenamiento jurídico y sea posible que permanezca en nuestro país. Otro problema distinto consiste en determinar si la residencia legal en España es un criterio idóneo y razonable para establecer diferencias en la regulación del ejercicio de los derechos de reunión y asociación.

En mi opinión, esos derechos son facultades del hombre en sociedad que no deben restringirse a los extranjeros, aunque se hallen en situación irregular, tanto por razones de justicia como de utilidad. La práctica ha demostrado que tales actividades constituyen vehículos a través de los cuales dichas personas pueden protegerse y denunciar las situaciones de especial explotación que les afectan, originadas por la precaria posición en la que se encuentran en nuestro país.

Además, el desconocimiento de estos derechos produce más inconvenientes que ventajas para el conjunto del ordenamiento constitucional. En caso de que los extranjeros en situación irregular abusasen de su ejercicio, es posible poner en marcha los límites que recoge el régimen general de tales derechos, sin descartar, como sucede para los españoles, la aplicación del Código Penal. Por contra, negar a los extranjeros que se encuentran en España en situación de ilegalidad la posibilidad de desempeñar dichas facultades impulsa su actuación al margen del Derecho, porque les obliga a asociarse y a reunirse de manera clandestina. Incrementa, además, la discriminación y la exclusión, porque impide que se integren naturalmente en cualquier organización política o social.

No considero, sin embargo, que la solución que se acaba de dar al problema planteado en la encuesta sea la única posible desde el punto de vista del Derecho Constitucional.

Antes se ha señalado que la Constitución establece un cierto ámbito para la libre configuración del legislador en la regulación de los derechos fundamentales de los extranjeros. Las facultades de reunirse y asociarse son, como se ha señalado, instrumentos necesarios para la actuación del pluralismo social, pero su conexión con la dignidad humana es menos intensa que la que se establece en el caso de otros derechos. Antes se señalaba que los arts. 7 y 8 de la LO 7/1985 condicionaban el ejercicio de dichas facultades al hecho de hallarse legalmente en territorio español. No conviene olvidar que la constitucionalidad de dichos preceptos no fue cuestionada durante todos los años en que estuvieron en vigor. Ni siquiera fue argumentada por el Defensor del Pueblo cuando recurrió la Ley ante el Tribunal Constitucional, órgano que no hizo ninguna referencia a la distinción que recogía el precepto sometido a análisis.

MARC CARRILLO LÓPEZ

Hacer depender el ejercicio de un derecho fundamental como los citados, de la autorización administrativa de estancia y residencia, convierte a este requisito legal en una condición *sine qua non* para los titulares de este derecho. De esta forma, la ley aparece como un instrumento jurídico de efectos constitutivos para el ejercicio del derecho. Es decir, la ley, lejos de ser un elemento que declara un derecho ya preexistente por mandato constitucional, se convierte en un factor de creación o de negación del derecho, que es una facultad que únicamente puede quedar reservada a la Constitución. La Ley Orgánica 8/2000 suplanta a la Constitución.

Asimismo, el establecimiento de esta condición supone la introducción de un criterio de control preventivo sobre el sistema jurídico de los derechos fundamentales, que resulta extraño en el marco de un Estado democrático de Derecho, donde el sistema de garantías de los derechos fundamentales responde al criterio general del control a posteriori o represivo. Hace depender el ejercicio de un derecho fundamental de una autorización administrativa, retrotrae el régimen jurídico de tutela de los derechos fundamentales a un esquema de control previo sobre el ejercicio de los derechos, que siempre ha sido propio de formas autoritarias de gobierno.

Un tratamiento jurídico de esta naturaleza tampoco responde a criterios de razonabilidad. Se trata sin duda de una regulación que discrimina irremisiblemente al extranjero a no poder ejercer los derechos en cuestión aunque, obviamente, el mismo se encuentre en territorio español. Y ya vimos con anterioridad que las limitaciones al ejercicio de estos derechos estaban sometidas a un principio de reserva formal de ley y que las distinciones que ésta realizase debían ser proporcionales a la finalidad perseguida. Sin embargo, y como es el caso de la LO 8/2000, si lo que hace ésta es ignorar la existencia del derecho hasta que la autorización administrativa se produzca, la consecuencia no es otra que un tratamiento no idóneo e irrazonable, porque trata de forma muy desigual situaciones jurídicas que son asimilables. En consecuencia, el resultado es discriminatorio y, por ende, inconstitucional. Sin que, por otra parte, pueda argüirse en defensa de la LO 8/2000 que en este caso sea preciso mostrarse deferente con el legislador. La razón no puede ser otra que la que sigue: ha sido el legislador quien a la postre y con la regulación descrita que niega determinados derechos, ha invadido un terreno que corresponde a la Constitución, con lo cual, y aunque sea temporalmente, deja al margen del Estado de Derecho a personas a las que el legislador puede limitar el ejercicio de algunos de sus derechos pero nunca —salvo en caso de reforma constitucional— podrá impedir *a radice* su ejercicio como es el caso de la L.O 8/2000.

ALBERTO PÉREZ CALVO

Como parece desprenderse claramente de la propia pregunta, entiendo también en este caso que, cuando hablamos de que un criterio sea «idóneo y razonable», queremos decir, en definitiva, constitucional, sin entrar en consideraciones de otro tipo. Y creo que ese criterio que se indica puede ser constitucional.

En cuanto a los instrumentos internacionales ratificados por España que podrían ser de aplicación a este caso (Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950), todos coinciden en distinguir la titularidad del Derecho y su ejercicio, que podrá sufrir restricciones de acuerdo con la ley. Es decir, se nos remite a la ley española.

También hay que recordar que el criterio de la estancia o residencia legal en España ha sido la «norma general» en relación con los derechos de reunión, manifestación y asociación desde la primera regulación de la extranjería al amparo de la Constitución de 1978. Concretamente, durante los 15 años que van desde que se aprueba la primera Ley Orgánica sobre el asunto, la 7/85, hasta que la LO 4/2000 modifica este régimen y contempla el disfrute de estos derechos por todos los extranjeros estén o no en situación legal en España.

Y parece obvio que la posibilidad que, según el Tribunal Constitucional, tiene el legislador español para «establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de extranjeros» (fragmento ya citado), induce a una clara distinción entre la titularidad de derechos y su ejercicio. La titularidad de los derechos resulta atribuida directamente a los extranjeros por algunos artículos específicos de la Constitución y, de modo general, por el art. 13.1CE («Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título») mientras que el ejercicio de algunos derechos se realizará «en los términos que establezcan los tratados y la ley» (art. 13 CE, segundo inciso del párrafo 1).

Ya he señalado antes cómo a partir de la doctrina del Tribunal Constitucional se puede pensar que uno de los posibles «condicionamientos adicionales» que el legislador puede establecer para el disfrute de estos derechos fundamentales por parte de los extranjeros, es precisamente el de hallarse en situación legal en el territorio español.

La actual LO 8/2000 regula los derechos señalados de reunión, manifestación y asociación de una manera similar a como lo hacía la LO 4/2000, o sea, sin añadir o quitar nada al concepto del derecho definido por la Constitución. Lo que ocurre es que ahora se exige para el ejercicio de estos derechos la residencia o estancia legal de los extranjeros en España. La exigencia de autorización de estancia o residencia es, sin duda, un «condicionamiento adicional» al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros. Además, creo que se trata de un condicionamiento que, en relación con los derechos que aquí hemos visto, no afecta a su contenido esencial. El extranjero es titular de esos derechos aunque para su ejercicio tiene que haber obtenido la autorización de estancia o residencia.

Evidentemente, el requisito aquí exigido de autorización de estancia o residencia, no valdría para otros derechos como, por ejemplo, el derecho a la vida y a la integridad física y moral, el de tutela judicial efectiva, a que ya se ha aludido antes y otros similares. Si el ejercicio de cualquiera de estos derechos se viera condicionado por una autorización como la que aquí se considera, se rompería el límite puesto por la propia sentencia del Tribunal Constitucional de respetar en todo caso las prescripciones constitucionales, ya que no se salvaguardaría su contenido esencial que exige que tales derechos han de ser respetados en cualquier circunstancia de tiempo o de lugar, dada su naturaleza, tan distinta, como vamos a ver, de la de los tres derechos que estamos considerando.

Realmente, el requisito de la situación legal que, a mi juicio, queda suficientemente amparado por el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, se apoya en importantes razones objetivas.

Los tres derechos mencionados (reunión, asociación y manifestación) son considerados por la doctrina constitucional en general como manifestaciones de la persona «en tanto que ser social». A esta caracterización se ha añadido incluso, siguiendo la vieja nomenclatura de Jellinek, el considerarlos como derechos propios del status activae civitatis o «políticos», «de participación política», como «derechos de vertiente política», «de clara orientación política», etc.

El contrapunto del ejercicio de estos derechos es el orden público. Y no se trae aquí este concepto por el hecho de que estemos estudiando el ejercicio de estos derechos por extranjeros. Conectar los riesgos de violación del orden público exclusiva o principalmente con los extranjeros supondría un prejuicio que, además de ser éticamente reprobable, sería inadmisibles en un razonamiento jurídico que debe estar guiado siempre por la presunción de la buena fe. El contrapunto del ejercicio de estos derechos políticos es el orden público con independencia de quien los ejerza.

La propia definición constitucional y legal de los derechos considerados ofrece siempre este contrapunto.

Así, cuando el artículo 21 CE define el derecho de reunión, habla de una «reunión pacífica y sin armas», precisamente para que el ejercicio de este derecho no altere el orden público. Asimismo, en las reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones, el artículo 21.2 CE exige comunicación previa a la autoridad que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas y bienes.

Por su parte, la L.O. 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión contiene parecidas cautelas para la salvaguardia del orden público. Así, el artículo 4.2 de la ley afirma que del buen orden de las reuniones y manifestaciones serán responsables sus organizadores, quienes deberán adoptar las medidas para el adecuado desarrollo de las mismas. El artículo 43 habla de la eventual responsabilidad civil de los promotores por los daños que los participantes causen a terceros cuando hayan omitido la diligencia razonable para prevenir el daño causado. También el artículo 5.2.b ordena a la autoridad gubernativa que suspenda y, en su caso, disuelva las reuniones y manifestaciones cuando se produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes. El artículo 9.e precisa que en el escrito de comunicación a la autoridad gubernativa de la celebración de reuniones en lugares de tránsito público y de manifestaciones deberán constar las medidas de seguridad previstas por los organizadores o que se soliciten de la autoridad gubernativa. Por último, el artículo 10 habilita a la autoridad gubernativa a que, si considera que existen razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas y bienes, podrá prohibirla o, en su caso, proponer la modificación de fecha, lugar u otras circunstancias.

En relación con el derecho de asociación, el artículo 22.2 CE declara ilegales aquellas que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito.

Teniendo en cuenta la relevancia pública que siempre tiene el ejercicio de estos derechos y las posibles consecuencias en relación con el orden público, es necesario que el Estado sea capaz de identificar a quienes los ejercen. Ciertamen-

te, existe la obligación legal para los extranjeros de conservar la documentación que acredite su identidad (art. 4 de la LO 8/2000), pero esta obligación quedaría muy relativizada si en relación con derechos tan importantes socialmente como los que consideramos, no fuera necesaria la situación legal del extranjero.

Realmente, la manera más eficaz que tiene el Estado de conocer oficialmente la identidad de los extranjeros es cuando su estancia en España es legal, o sea, sujeta a las situaciones legales de estancia o residencia contempladas en la propia ley.

Puede recordarse la importancia de la posibilidad de identificación de algunos o de todos los que ejercen los derechos antedichos cuando se observa que el artículo 9.º de la ya vista LO 9/83, reguladora del derecho de reunión, establece que en el escrito de comunicación de la reunión en lugar público o de la manifestación a la autoridad gubernativa constará el nombre, apellidos, domicilio y documento oficial de identificación del organizador u organizadores o de su representante [...] Y en cuanto al derecho de asociación, el propio artículo 22.5 CE prohíbe las asociaciones secretas.

Por otro lado, la posibilidad jurídica de ejercicio de estos derechos por extranjeros que se hallen en situación ilegal en España supondría una desigualdad no sólo frente a otros extranjeros en situación legal, sino, incluso, frente a los mismos españoles. Con las consecuencias respecto de las posibilidades de identificación de las personas que conlleva la estancia legal o ilegal en España.

Por último, quiero recordar que esta misma exigencia de situación legal para poder disfrutar de determinados derechos no fue objeto de recurso de inconstitucionalidad ni considerada inconstitucional en relación con la L.O. 7/85, de 1 de julio sobre derechos y libertades de los extranjeros, ni tampoco en relación con la L.O. 4/2000 que exigía también la estancia legal en España para los promotores de asociaciones, exigencia que también sería inconstitucional si la que estamos tratando ahora lo fuera.

DERECHOS SOCIALES E INMIGRANTES EN SITUACION IRREGULAR

Por lo demás, ciertos derechos sociales en particular los derechos al trabajo, de sindicación y de huelga, se reservan a quienes gozan del oportuno permiso de trabajo o de residencia. ¿Deberían garantizarse también tales derechos a quienes ejercen actividad laboral al margen de las condiciones legales?

MANUEL ARAGÓN REYES

Me remito a lo que he respondido en la pregunta nº 1

JOSÉ ASENSI SABATER

En las respuestas anteriores he planteado la tesis de que determinados instrumentos de la política inmigratoria, como son los que regulan los permisos de residencia o de trabajo -legítimos sin duda y con una clara base constitucional y iusinternacional- no pueden, con todo, servir de excusa para abolir la vigencia de los derechos constitucionales que corresponden a los extranjeros que se encuentran en España, sean «legales o ilegales». También se da por sentado, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, que existen algunas diferencias entre los derechos mencionados en la pregunta: así, el disfrute de los derechos de sindicación y de huelga, cuya titularidad la Constitución y las normas internacionales reconocen (art. 28 CE) a todas las personas, no puede ser abolido por la ley para toda una categoría de personas, como son los extranjeros-inmigrantes irregulares y que lo son, precisamente, según la LE 8/2000, por carecer de permiso de trabajo y residencia. El derecho al trabajo, sin embargo, viene reconocido por la Constitución (art. 35 CE) tan solo a los españoles y aunque ello no quiere decir que los extranjeros carezcan de él (art. 13 CE), como el TC ha señalado poniendo coto a las posiciones «literalistas» más beligerantes, es obvio que son más amplias las posibilidades de modulación o configuración de este derecho por parte del legislador cuando va referido a los extranjeros.

La regulación de la residencia y el permiso de trabajo son, sin duda, los dos pilares sobre los que se ha basado tradicionalmente la política de extranjería. El permiso de residencia, que concede o no la administración del Estado, obedece a motivaciones políticas, todavía no plenamente juridificadas, puesto que no existe un «derecho humano» a residir en otro estado distinto del que se es nacional. La DUDH, en su art. 13, habla exclusivamente de los derechos a salir de un estado y a circular por su territorio, no del derecho a entrar y residir en otros estados, por lo que —es ocioso decirlo— es evidente que aquí radica uno de los fundamentos más sólidos de toda política de extranjería y de inmigración. Por su parte, el permiso de trabajo obedece a razones de política económica, tampoco juridificadas plenamente en el ámbito interno o internacional, dado que su concesión se relaciona con el nivel de empleo de los nacionales del estado y las necesidades de mano de obra.

Realmente, *el derecho al trabajo* de los extranjeros no se reguló hasta la LO 4/2000. Con anterioridad, la L.O. 7/1985 se limitaba a recoger, en su art. 10, el derecho de los trabajadores extranjeros que se hallasen legalmente en España a sindicarse y ejercer el derecho de huelga. Un conjunto de normas reglamentarias, por su parte, de la que cabe destacar el segundo reglamento de desarrollo de la L.O. 7/1985 (R.D. 155/1996) regulaba el acceso de los extranjeros a determinadas prestaciones sociales y al sistema de la seguridad social (art. 8º) así como a la libertad de empresa y al establecimiento de fundaciones (art. 10º). Ahora bien, todos estos supuestos no encontraban su anclaje legal en un derecho al trabajo expresamente proclamado por la ley sino en la parte de la ley que se encargaba de regular los mecanismos administrativos para la obtención del permiso de trabajo. Esta situación reflejaba bastante bien el estatus reinante hasta entonces: los

extranjeros no tenían derecho al trabajo sino que podían solicitar los permisos para ejercerlo. La vigente LE no altera sustancialmente esta situación. El art. 10 LE dispone que «los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen, tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al sistema de Seguridad Social de conformidad con la legislación vigente.» Se puede decir, por tanto, que los extranjeros, según la ley, gozan del derecho a «tener» el derecho al trabajo. Los únicos supuestos legales que no están sometidos a esa administrativización condicionante de su ejercicio son los de asistencia sanitaria de urgencia y el acceso a los servicios sociales básicos (arts. 12 y 14), y los de documentación y educación obligatoria (arts. 4 y 9). Ello revela, como ya apuntamos en una contestación anterior, que la política de inmigración se sustenta, en gran parte, sobre las relaciones de trabajo y que, por tanto, este supuesto no puede condicionar, como ya hemos ampliamente comentado, la vigencia de los derechos constitucionales, como los de sindicación y huelga, que se predicen por igual de españoles o extranjeros.

Pero creo que la pregunta se presta, más que a repetir argumentos en la misma dirección, a una consideración más próxima a la situación real de discriminación y marginación que los extranjeros ilegales sufren cuando se acercan al mercado de trabajo, pues de eso hay que partir para que las elaboraciones jurídicas no se pierdan en la abstracción: la mayoría de los extranjeros que se encuentran en España, salvo los que «disponen de medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso los de su familia» realizan alguna actividad económica, con permiso de trabajo o sin él. Ahora bien, el permiso de trabajo sólo es posible obtenerlo en el marco del mercado legal de trabajo y cuando éste no se realiza de forma sumergida, lo que, desde luego, genera evidentes problemas para el extranjero que pretende adquirir un estatus legal, dadas las características de sectores productivos como la agricultura, el trabajo doméstico o la construcción, que demandan mano de obra extranjera, sectores ampliamente desregulados y resistentes a implantar normas protectoras de los trabajadores. Como la doctrina laboralista ha puesto de relieve y la jurisprudencia constitucional ha confirmado, el derecho al trabajo *stricto sensu* no significa el derecho a un puesto de trabajo sino al aprovechamiento de los recursos y mecanismos que las políticas públicas de empleo deben poner a disposición de los ciudadanos. Pero en el caso de los extranjeros, este derecho sólo tiene virtualidad cuando no se interpone entre empleadores y empleados, es decir, entre la voluntad contractual de las partes, todo un conjunto de mecanismos de política inmigratoria ligados a la autorización y al contingente de trabajadores extranjeros (art. 36 y ss. LE), que son a su vez mecanismos incapaces de facilitar la adecuación entre demanda y oferta de mano de obra.

Dos consecuencias se derivan de esta situación: 1) Que el equilibrio entre oferta y demanda sólo se puede producir al margen del contingente y, por tanto, de la legalidad, fomentándose de este modo el mercado ilegal de trabajo. 2) Que la interposición del estado entre la oferta y la demanda de mano de obra, por imperativo de la LE, no se realiza en beneficio de la parte más débil del contrato,

sino que, por el contrario ésta resulta gravada administrativamente en pro de una supuesta –no siempre real– defensa del mercado nacional de trabajo, privándole de paso de garantías básicas de todo trabajador, como son la *libertad sindical* y el *derecho de huelga* cuando su situación no es legal (art. 11 LE) y reduciendo sus derechos sociales a las mínimas previsiones de subsistencia – asistencia sanitaria y servicios sociales básicos (arts. 12 y 14 LE).

Se podría especular al respecto de qué modelo de empleo es éste, reservado a los extranjeros-inmigrantes, que no responde ni al modelo liberal clásico –puesto que no otorga verdadera libertad contractual a las partes– ni al del estado social, puesto que no protege al trabajador individual que es la parte contractual más débil, ni considera a los trabajadores como sujeto colectivo con el fin de garantizarles, en cuanto sea posible, el acceso y la estabilidad del empleo. Ni siquiera responde a un último modelo que, pese a no estar sancionado constitucionalmente, se está configurando como consecuencia de la crisis del estado social y democrático de derecho, conforme al cual, el empleo pasa a convertirse en una variable de la política económica, devolviendo al mercado de trabajo buena parte de las relaciones laborales.

Desde estas premisas, negar el ejercicio de derechos como los de sindicación o de huelga a los trabajadores que la ley llama ilegales o irregulares no es sólo un absurdo jurídico-constitucional sino algo mucho peor: un designio falaz además de impracticable. No me detendré en este punto, cuya tacha de inconstitucionalidad se ha reiterado insistentemente. Me limitaré a señalar, simplemente, como una paradoja más que afecta a quienes otorgan un valor primordial a la noción de dignidad de la persona mientras niegan, al tiempo los derechos de sindicación o huelga a los trabajadores irregulares, que si de algún derecho se puede predicar su conexión directa con la dignidad ese es, precisamente, el derecho al trabajo. Conviene recordar al respecto, puestos a ser exactos, que si la DUDH es un criterio hermenéutico básico de los derechos del Título I, las únicas menciones a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad se contienen, precisamente, en los arts. 22 y 23 de la Declaración, referidos, respectivamente, a los derechos económicos, sociales y culturales, y al derecho al trabajo.

La LE no sólo no da respuesta a la realidad del fenómeno de la inmigración, como muchos de sus críticos se han encargado de señalar, sino que parte de una concepción apriorística y deformada del inmigrante, del trabajo y del empresario. La LE está pensando en unos concretos sectores productivos que precisan solventar las carencias de mano de obra interna con mano de obra extranjera porque no pueden trasladar su infraestructura a aquellos países de la periferia donde el mercado ofrece esa mano de obra barata. A esta demanda, sin embargo, la LE no da una solución «razonable» como lo demuestra la existencia de un elevado número de trabajadores extranjeros contratados de forma ilegal. Tampoco resuelve la cuestión del trabajo en un modelo crecientemente postfordista, donde la flexibilidad laboral es moneda corriente lo que, para el trabajador extranjero, además de la precarización de su empleo, promovida por el empresario al amparo de la legislación laboral, supone la pérdida de su estatus de residente y de todas las consecuencias que de ello se derivan.

PALOMA BIGLINO CAMPOS

Nuevamente es preciso matizar según los distintos tipos de derechos. Hablar de la libertad de trabajo en nuestro ordenamiento es siempre complejo, dada la dificultad de definir esta facultad aún en caso de que sus titulares sean los españoles. En relación con los extranjeros, conviene recordar que el Tribunal Constitucional, en la S. 107/1984, negó expresamente que los no nacionales fuesen titulares del mismo, aunque no excluyó que la igualdad de trato con los españoles pudiese derivar de la ley o de un tratado. La legitimidad del permiso de trabajo puede fundamentarse, también, en otras previsiones constitucionales. El art. 40 de nuestra norma fundamental impone a los poderes públicos realizar una política orientada al pleno empleo. Por esta razón, la fijación de contingentes de trabajadores extranjeros, prevista en el art. 39 de la LO, debe realizarse teniendo en cuenta la situación nacional del empleo y siempre que exista necesidad de mano de obra. En este contexto, supeditar el trabajo de los extranjeros a la obtención de un permiso administrativo parece jurídicamente adecuado.

Distinto es el caso de los derechos que deben corresponder a los extranjeros que, de manera legal o al margen del Derecho, están trabajando en nuestro país y forman parte de una relación laboral. En este caso, los derechos no se atribuyen a la persona en función de su nacionalidad ni de su situación administrativa, sino que el sujeto debe disfrutarlos sólo por el hecho de ser trabajador. Los extranjeros, al margen de su situación legal, son titulares de esos derechos de autodefensa que, como la sindicación o la huelga, constituyeron, en su momento, el motor del Estado social.

Ningún ordenamiento democrático puede tolerar formas de explotación que son contrarias a la dignidad de la persona. Cuando se trata de las condiciones de trabajo de los extranjeros, no sólo está en juego el trato que merece todo ser humano por el hecho de serlo. Es también preciso atajar las conductas de quienes están dispuestos a conseguir el máximo beneficio a costa de una mano de obra en situación de extrema precariedad.

Los derechos laborales no son, generalmente, derechos frente al Estado sino que en su mayor parte actúan contra terceros, en este caso frente a los dadores de empleo. Limitar este tipo de facultades para los inmigrantes clandestinos supone desequilibrar una relación laboral, ya de por sí desigual, en favor del empleador y reforzar su posición de absoluto predominio. Por último, conviene tener presente que, en este asunto, están también implicados, aunque sea de manera indirecta, los derechos de los trabajadores nacionales, cuyas condiciones de trabajo pueden empeorar tanto más (y de hecho empeoran) cuanto inferior sea el trato que reciben esas personas que, por su situación de ilegalidad, no están en condiciones de exigir los derechos laborales que les corresponden.

MARC CARRILLO LÓPEZ

Por las mismas razones expuestas en el apartado anterior referido a los derechos fundamentales de reunión, manifestación y asociación, la autorización

administrativa previa para poder ejercer la libertad sindical y el derecho de huelga, constituye un control preventivo sobre estos derechos que resulta extraño a un sistema democrático de garantía de los derechos fundamentales. Al igual que en el caso anterior, la circunstancial condición administrativa de una persona no puede ser un criterio para negar el ejercicio de un derecho fundamental. Todo lo contrario, la titularidad del derecho está vinculada a la persona en su condición de tal y no puede hacerse depender de la situación administrativa en la que pueda encontrarse en un momento determinado. De ser así, el criterio jurídico establecido en la LO 8/2000 permitiría que, por ejemplo, algunas de las situaciones administrativas de sujeción especial también podrían llevar –llegado el caso– aparejada la carencia de algunos derechos. Lo cual sería especialmente absurdo.

El problema que plantea esta ley es que ignora que éstos y el resto de los derechos fundamentales vienen impuestos por la Constitución y, por tanto, las posibilidades del legislador para condicionar el régimen jurídico del derecho no pueden llevar al extremo de proclamar su negación, que es la consecuencia que se deriva de la ficticia distinción que para este caso concreto hace la ley entre titularidad y ejercicio. Porque en lo que concierne al ámbito subjetivo de aplicación, tanto del derecho a libertad sindical como al derecho de huelga, la CE se refiere a la libertad sindical en términos genéricos: «Todos tienen derecho a sindicarse libremente[...]» (art. 28.1 CE); «Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses» (art. 28.2 CE). Sin que, por tanto, la existencia de una circunstancial situación administrativa como es la de no disponer de una autorización de estancia o residencia legal pueda impedir, por si misma, el ejercicio de estos derechos. Cuestión distinta sería el caso del derecho al trabajo, respecto del cual la CE lo restringe a los españoles, con lo cual nada impide que el legislador pueda establecer condiciones previas para su ejercicio, como la autorización administrativa de residencia legal para el extranjero. La STC 107/1984 fue clara al respecto cuando estableció que «constitucionalmente no resulta exigible la igualdad de trato entre los extranjeros –incluidos los hispanoamericanos, pues no hay diferencia ninguna a favor de ellos– y los españoles en materia de trabajo[...]. La existencia de una legislación que, según la interpretación de los Tribunales, exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo no se opone, pues, a la Constitución[...].»

La situación es esencialmente distinta en el caso de la libertad sindical y el derecho de huelga. La CE no establece distinción entre nacionales y extranjeros, lo cual ya es criterio suficiente. Pero además tampoco lo hace el Derecho Internacional en la materia, que siempre se refiere a la libertad sindical como un derecho de las personas: el art. 23.4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el art.11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; el art. 22.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el art. 8.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales; el artículo 5 de la Carta Social Europea, etc. Y lo mismo hay que anotar respecto del derecho de huelga, en el pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (art. 8.1.d).

Pero además, se puede argüir otro argumento para avalar la inconstitucionalidad de la ley por negar los derechos fundamentales de libertad sindical y huelga basado en la carencia de una autorización administrativa de estancia o residencia. Este criterio administrativo responde, sin duda, a una legítima política de inmigración, según la cual el ejercicio del derecho al trabajo depende de la previa autorización para estar o residir en el país. La realidad socio-laboral pone de relieve, sin embargo, la existencia de trabajadores que careciendo del permiso de residencia trabajan, no obstante, por cuenta ajena en condiciones laborales profundamente desiguales respecto de las que gozan los nacionales. Objetivamente, ningún empresario debería contratarlos ni tampoco ellos podrían ofrecer su trabajo en el mercado clandestino o irregular. Sin embargo, la realidad es muy diferente. No obstante, se podría decir que dado que el derecho al trabajo es un derecho de los españoles y su acceso al mismo por los no nacionales depende de las condiciones legales de estancia y residencia, quien carece de éstas no puede invocar en su favor derechos fundamentales vinculados al trabajo como son la libertad sindical y el derecho de huelga. Sin embargo, ello no puede ser así porque los derechos fundamentales citados disponen de autonomía jurídica propia en cuanto a su ámbito subjetivo de aplicación, que no se reduce —como hemos visto— a los nacionales sino que se extiende a todas las personas y, por tanto, a las personas.

Por otra parte, a modo de argumento adicional, el valor constitucional de la dignidad que irradia sobre todos los derechos y libertades del Título I de la CE y la exigencia de los derechos humanos básicos en condiciones de absoluta equiparación jurídica entre nacionales y extranjeros (en especial el derecho a la vida y a la integridad física, la libertad individual y el derecho a la intimidad, que son sistemáticamente ignorados en muchas relaciones laborales irregulares existentes en la actualidad), avalan si cabe aún más la imposibilidad de negar la titularidad de los derechos de libre sindicación y huelga a los trabajadores extranjeros que carecen de autorización administrativa para residir en España.

ALBERTO PÉREZ CALVO

De nuevo se plantea la exigencia de la situación legal, esta vez para el ejercicio del derecho de sindicación, además de la necesaria obtención de la autorización para trabajar, en cuanto al ejercicio del derecho de huelga.

Respecto de la necesaria situación legal, poco se puede añadir a lo dicho respecto de los derechos de reunión, manifestación y asociación, del que el de sindicación es una variante. En este aspecto remito por tanto al apartado anterior.

Y algo similar puede decirse en relación con la exigencia de estancia legal respecto del derecho de huelga. Del Real Decreto-ley 17/1977 que regula este derecho y de las exigencias de notificación de la declaración de huelga al empresario y a la autoridad laboral y la de una publicidad previa en el caso de huelga en empresas encargadas de un servicio público, se deduce que el ejercicio de este derecho afecta y, a veces de modo muy importante, a otros ciudadanos. Estas eventuales consecuencias todavía resultan más claras del propio artículo constitu-

cional (el 28.2) que reconoce este derecho: «La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad». Y otra vez nos encontramos con unos derechos (sindicación y huelga) referidos a la dimensión social de la persona que hace que las consecuencias del ejercicio de estos derechos puedan alcanzar unas repercusiones sociales que justifican la exigencia de la situación legal en España de las personas que vayan a ejercitarlos.

En cuanto a la autorización para trabajar exigida en relación con el ejercicio del derecho de huelga, hay que señalar que este derecho no se entiende sino respecto de alguien que está trabajando, dado el significado que de la huelga admite el Tribunal Constitucional en su sentencia 11/1981, de 8 de abril (FJ 10), cuando declara que «no parece desencaminado establecer que el contenido esencial del derecho de huelga consiste en una cesación del trabajo, en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que pueda revestir».

Ahora bien, el Derecho al trabajo es definido de la manera siguiente por el artículo 35 CE: «Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo...».

De la redacción precedente [«Todos los españoles(...)»] puede deducirse que la Constitución lo reconoce únicamente respecto de los españoles y no de los extranjeros. Eso no significa que éstos no puedan también disfrutar de él, pero ya no será a partir de la Constitución sino de la ley prevista por el art. 13.1 CE que podrá establecer los términos del disfrute de este derecho. Entre estos términos cabe obviamente el de exigir la autorización de estancia o residencia, como ya lo reconoció en su día la Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de noviembre (FJ 4º). Y otro requisito exigido por la ley es que el extranjero que desee trabajar en España deberá obtener una autorización administrativa para trabajar. Este requisito que está presente en la vigente ley Orgánica (art. 36, en general, y 38, en el caso de trabajadores por cuenta ajena) había sido previsto también por las leyes orgánicas de extranjería anteriores 7/85 y 4/2000 y nunca ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad.

Por otra parte, la Constitución define el derecho de huelga en su artículo 28.2 del siguiente modo: «Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses[...]»

Es decir, no se hace referencia a la nacionalidad en la definición del derecho, por lo que parece que la exigencia de la autorización para trabajar, necesaria para poder ejercer el derecho de huelga, debe considerarse otro *condicionamiento adicional* que el legislador decide al amparo de la jurisprudencia constitucional ya mencionada.

También se puede decir en este caso que este condicionamiento adicional no afecta al contenido esencial del derecho sino que únicamente obliga al extranjero titular del derecho para poder ejercerlo a obtener la autorización para trabajar.

Y no se trata tampoco de un condicionamiento arbitrario sino que entra dentro de la lógica posible (y, por tanto, dependiente de la voluntad del legislador) que puede establecerse en la relación entre el derecho al trabajo y el derecho de huelga.

A este respecto, es preciso insistir en el titular o titulares del derecho, es decir, los trabajadores. Y nos podemos preguntar quién ostenta la cualidad de trabajador. Y puesto que la Constitución no lo define, habrá que acudir a la legislación española vigente para averiguar el contenido del concepto. Así, puede decirse que es trabajador la persona que haya contratado la prestación de su trabajo. Es la definición que puede deducirse de los artículos 1 y 7 del «Texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del Estatuto de los trabajadores)».

Pero, dada la situación del extranjero ante el derecho al trabajo, ¿Cuándo tiene un extranjero capacidad para contratar la prestación de su trabajo? Es decir, ¿cuándo puede ser trabajador en sentido jurídico? La respuesta nos la da también el artículo 7.c del Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores: «Podrán contratar la prestación de su trabajo: c) los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia».

Es decir, el precepto que se acaba de transcribir nos remite a la vigente L.O. 8/2000 de extranjería que, sin duda, es la ley específica sobre la materia. De modo que para que un extranjero pueda tener la capacidad para firmar un contrato de trabajo y llegar así a ser considerado trabajador en el ordenamiento jurídico español, es necesaria la autorización administrativa para trabajar. Así lo afirma el artículo 36.1 de la L.O. 8/2000: «Los extranjeros mayores de dieciséis años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, deberán obtener, además del permiso de residencia o autorización de estancia, una autorización administrativa para trabajar».

De modo que desde este punto de vista parece constitucional que la Ley Orgánica vigente exija el requisito de tener la autorización administrativa para trabajar como condicionamiento previo para poder ejercer el derecho de huelga. Es más, cuando la L.O. 8/2000 está exigiendo del extranjero que para poder ejercer el derecho de huelga haya obtenido la autorización para trabajar, lo está colocando en el mismo nivel que a los españoles que también tienen este derecho en la medida en que son trabajadores, según el art. 28.2 CE.

La interpretación hecha aquí se ve reforzada por la consideración del Tribunal Constitucional en el auto 94/1997, de 7 de abril, en el que, invocando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, mantiene que un contrato de trabajo de un extranjero es nulo por carecer de un elemento esencial desde el momento en que el permiso de trabajo ha sido denegado.

Si observamos el problema en los textos internacionales sobre la materia ratificados por España, vemos en primer lugar que la situación legal del extranjero es la ordinaria que contemplan los distintos Convenios internacionales cuando se refieren a beneficios sociales o a derechos del mismo tipo o relacionados con el trabajo. Es, por ejemplo, el Convenio nº 97 de la OIT, relativo a los trabajadores migrantes (revisado en 1949), que al referirse a determinadas obligaciones de los Estados miembros del Convenio respecto a los trabajadores migrantes, siempre añade la condición de que se encuentren legalmente en su territorio.

Lo mismo sucede con la Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961, cuando indica el compromiso de las Partes Contratantes a garantizar

a los trabajadores migrantes «que se encuentren legalmente dentro de su territorio» un trato no menos favorable que a sus nacionales en una serie de materias. Por su parte, el Convenio Europeo de 24 de noviembre de 1977, del Consejo de Europa, comienza definiendo al trabajador migrante a efectos del convenio como al súbdito de una Parte Contratante que haya sido autorizado por otra Parte Contratante a permanecer en su territorio para desempeñar en él un empleo remunerado.

Por otra parte, la situación legal del extranjero o, en nuestro caso, la autorización de estancia y residencia, no es indiferente en relación con los derechos sociales o de otro tipo que le son o pueden serle reconocidos.

Las obligaciones del Estado para con los extranjeros derivan de la propia Constitución, de las leyes internas y de los convenios internacionales citados anteriormente de los que España forma parte.

La Constitución lo hace en el ya citado artículo 13.1, según el cual, los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I de la Constitución en los términos que establezcan los tratados y la ley.

La ley interna, que en este caso es la 8/2000, también obliga al Estado a una amplia lista de prestaciones o acciones concretas.

De todos estos instrumentos se deriva que el Estado tiene que garantizar a los trabajadores inmigrantes un trato no menos favorable que a los nacionales españoles en materia de remuneración y otras condiciones de trabajo, de afiliación a organizaciones sindicales, alojamiento, impuestos, tasas y otras contribuciones...

En este sentido, merece la pena subrayar otras obligaciones del Estado asumidas por España tras la ratificación del citado Convenio Europeo de 24 de noviembre de 1977, del Consejo de Europa. Así, partiendo de la base de que «la condición de trabajador migrante no debe ser obstáculo para la percepción de sumas debidas a personas residentes en el Estado de origen a causa de una obligación de alimentos, derivadas de relaciones de familia, parentesco [...] cada Parte Contratante tomará las medidas necesarias para asegurar el cobro de las sumas debidas por obligación de alimentos [...]» (art. 11.1 y 2)

En virtud de este mismo Convenio, España se compromete a velar por que la vivienda del trabajador migrante sea apropiada (art. 13.4) a inspeccionar las condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes de la misma manera que para los trabajadores nacionales (art. 21). Detrás de estas obligaciones del Estado, como, por ejemplo, la inspección de determinadas condiciones que afectan decisivamente a aspectos de la vida de estos extranjeros, está el riesgo de circuitos clandestinos para la entrada y estancia de extranjeros que arrastra a situaciones terribles de explotación de estas personas desde el punto de vista del trabajo, vivienda y otros aspectos importantes para una vida digna.

Es decir, las obligaciones asumidas por el Estado a través de sus normas internas o de las internacionales, pretenden fundamentalmente garantizar unas condiciones dignas de los trabajadores inmigrantes y, en algún caso, que éste satisfaga deudas a causa de obligaciones de alimentos por relaciones de familia o similares.

Pero difícilmente puede cumplir el Estado esas obligaciones en ámbitos ilegales y clandestinos por la falta de un conocimiento oficial de los propios inmigrantes y de sus condiciones de vida.

Y hay otro aspecto fundamental que exige la regularidad de la situación de los extranjeros. Es la seguridad del propio Estado y del orden público, que implica, ante todo, el respeto a los derechos de terceras personas. Desde el punto de vista internacional, «el Estado dispone de una amplia potestad para controlar la entrada, residencia y expulsión de los extranjeros en su territorio», tal como recuerda la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 24/2000, de 31 de enero. Y en este sentido, la L.O. 8/2000, siguiendo a las anteriores leyes, exige ciertos requisitos para poder entrar en España, entre ellos, el de «no estar sujeto a prohibiciones expresas» (art. 25.1). Y tienen prohibida expresamente su entrada en España los extranjeros que hayan sido expulsados, mientras dure la prohibición de entrada, aquellos que la tengan prohibida por otra causa establecida en virtud de convenios internacionales... (art. 26.1). También se exigen ciertas condiciones para la obtención de la situación de residencia temporal, como la de carecer de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español y la de no figurar como rechazable, de acuerdo con convenios internacionales firmados por España. Todas estas cautelas, evidentemente, resultarían incoherentes y desprovistas de eficacia si fuera indiferente la situación legal o ilegal de los extranjeros.

Finalmente, y considero que se trata de una cuestión fundamental, no debe olvidarse que las situaciones de clandestinidad en esta materia pueden implicar fraudes tanto a la Hacienda del Estado como a la Caja de la Seguridad Social, instrumentos decisivos, ambos, del principio de solidaridad que es uno de los centrales de nuestra Constitución.

SOCIEDAD ABIERTA Y SOCIEDAD MULTICULTURAL

El profesor Sartori ha sorprendido recientemente con la presentación de un libro, un tanto provocador, que expresa una preocupación por preguntarse cuan absurda puede ser la sociedad abierta (que ya no la entiende como lo hacía Popper) para seguir siéndolo. Sartori parece temer abiertamente porque el valor del pluralismo en Occidente pueda soportar la inmigración islámica y se opone a conceder ciudadanía en Europa a personas no dispuestas a integrarse y a aceptar las reglas de los países de nuestro entorno. ¿Comparte Vd. en alguna medida estos criterios y preocupaciones? ¿Piensa que las reflexiones de Sartori tienen algún valor legitimador de los límites anotados de la Ley de Extranjería? ¿Sería constitucional discriminar, en base a las consideraciones apuntadas, a los inmigrantes de cultura islámica no propensos a integrarse de los restantes?

MANUEL ARAGÓN REYES

En primer lugar, no creo que del libro, interesante, de Sartori y de sus tesis, en principio razonables, se desprenda la necesidad de oponerse a la concesión

de ciudadanía o de derechos equiparados a los que disfrutaban los ciudadanos, a inmigrantes de otras culturas distintas a la europea, ni mucho menos a fieles de otras religiones diferentes a las cristianas, especialmente a los de religión islámica. Lo que Sartori señala es el peligro, para la necesaria integración que debe existir en toda sociedad política, de la creación de compartimentos estancos basados en el llamado «multiculturalismo». La idea central del libro de que una cosa es el «multiculturalismo» y otra bien distinta el «pluralismo», me parece correcta. El segundo es un bien jurídico constitucionalmente garantizado y que forma parte de lo mejor de la cultura liberal y democrática europea. El primero puede introducir elementos de divisiones radicales dentro de la sociedad, aparte de ser posiblemente un caldo de cultivo de la xenofobia.

Esas reflexiones sociológicas no conducen, ni pueden conducir, a mi juicio, a establecer en España discriminaciones por motivos de religión, que están prohibidas por el art. 24 de la Constitución y que son contradictorias con el pluralismo también constitucionalmente garantizado. Lo que sí deben es llevar a la conclusión de que el derecho a la diferencia tiene unos límites, que el Estado debe garantizar: la vigencia, para todas las personas que se encuentren en la jurisdicción del Estado, de los valores constitucionales y de los derechos fundamentales que la Constitución establece y que consagran los Tratados y Convenios sobre derechos humanos ratificados por el Estado español. Nuestro ordenamiento garantiza el pluralismo cultural, religioso, etc., por supuesto, pero no las conductas contrarias a los derechos fundamentales que son, además, hoy, derechos humanos internacionalmente reconocidos y garantizados.

JOSÉ ASENSI SABATER

No creo que la referencia a G. Sartori, y a su breve ensayo «*La sociedad multicultural. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*» sirva de mucho para iluminar la escena que estamos debatiendo. Muy hábil como producto editorial, no puede considerarse a la altura de otros trabajos precedentes del autor aunque conserva su característico estilo seductor y directo. Pero, en mi opinión, Sartori no escribe como politólogo sino como ideólogo y, francamente, puestos a discutir de ideología sobre inmigración, multiculturalidad o acogida, escogería otras exposiciones más rigurosas. Pero es verdad que el alegato de G. Sartori ha tenido cierta audiencia y recibido adhesiones en círculos políticos y universitarios españoles. No por casualidad fue aireado convenientemente por los partidarios de la política migratoria practicada por el Gobierno del PP y se ha venido utilizando como un aval doctrinalmente respetable de los desafueros perpetrados en la L.O. 8/2000. En esa medida, sí parece conveniente hacer un breve comentario.

Porque el discurso de este autor, una vez identificado y estigmatizado el «multiculturalismo» *de raíz marxista y foulconiana* como el nuevo enemigo ideológico del sistema liberal-democrático que da soporte a las reivindicaciones de las diversas minorías, no es más que un preparado destinado a justificar, finalmente, sus

tesis sobre *el problema de la inmigración*: un problema, según G. Sartori, especialmente grave en Europa, sobre todo en Italia o en Francia (y también, por lo mismo, en España) y que obliga a tomar medidas urgentes y realistas. Se mueve, pues, Sartori, señalando sus preferencias, en torno a lo que hemos llamado *políticas de extranjería*, sobre las cuales, en efecto, hay un espacio siempre abierto a la discusión. Son hartamente discutibles, por ejemplo, las premisas de las que parte al referirse a la *política de admisión* de extranjeros: para Sartori la «marea de inmigrantes» no se va a detener: «No debemos hacernos ilusiones. El problema no se puede resolver, ni siquiera atenuar, acogiendo a más inmigrantes. Porque su presión no es ni coyuntural ni cíclica. Los que han entrado no sirven para reducir el número de los que pueden entrar: en todo caso sirven para llamar a otros nuevos[...] ¿se pueden remediar las crecidas de los ríos bebiendo agua? No. Pues de la misma manera la crecida de los inmigrantes no se puede remediar dejándolos entrar.» (pag. 110) No aclara G. Sartori cuáles podrían ser las soluciones, aunque de su exposición se deduce que aboga por un endurecimiento de las políticas de control de fronteras, restricción de visados y disminución de cupos. Para Sartori, en Europa no hay exceso de oferta de trabajo sino un sistema social que subvenciona a los parados, mientras que la explosión demográfica, causa última de la inmigración, no se controla convenientemente. Son igualmente discutibles las medidas que propone para una *política de integración* del extranjero. Para Sartori los inmigrantes no son iguales: los hay integrables y no integrables: «Está claro que si los inmigrantes son de naturaleza muy diferente, su integración no se puede gestionar con una receta única [...] ¿es posible que el inmigrante extraño religioso y étnicamente se puede integrar? No, no es posible.» (pag. 113); lo cual, traducido a medidas de política migratoria, quiere decir que los estados europeos deberían cerrarse lo más posible, por ejemplo, a los inmigrantes musulmanes y abrirse, en todo caso, cautamente, a los más asimilables, aunque tampoco nos dice cómo hacerlo, puesto que la «marea» es incontenible, etc.

No hace al caso ahora entrar a discutir cuestiones de política migratoria, que cuenta con muchos y buenos foros de análisis, dentro y fuera de la Universidad. Mi impresión es que Sartori construye un objeto social, el inmigrante, sin entrar a fondo en una problemática que juzgo mucho más compleja. Por otro lado, la *política de extranjería* que se infiere de su ensayo nos es ya bien conocida, pues es la que viene siendo defendida por algunos gobiernos europeos; no debe extrañar, por tanto, que el alegato de Sartori comparta parecido magma ideológico que el Preámbulo de la L. O. 8/2000, en el cual, como se recordará, el legislador se vale de una triple motivación para justificar la reforma legislativa que hemos venido comentando: el perverso «efecto llamada», la «armonización» derivada de los acuerdos de Tampere, y la necesidad de una «política integral de inmigración», todo lo cual ha sido denunciado por la doctrina especializada como falaz e inconsistente.

Pero si bien, como he dicho, en el ámbito de las políticas de inmigración cabe una discusión entre distintas alternativas, más abiertas unas, más cicateras y temerosas otras, a las que se adhiere en términos extremadamente radicales el profesor Sartori, lo que ya es menos discutible es que una determinada política

inmigratoria se concrete normativamente de tal suerte que trastorne las reglas establecidas en los actuales estados constitucionales y en el ordenamiento internacional. Tal vez para Sartori esta cuestión sea secundaria, pues siempre es posible cambiar las reglas, pero para un constitucionalista consecuente, mientras estas reglas existan tal planteamiento está fuera de lugar, independientemente de que la polémica suscitada por Sartori sea una muestra más de que el problema de la inmigración cuestiona la estructura del estado constitucional y los principios éticos en los que éste dice reposar. Una vez más hay que llamar la atención sobre esa frecuente contaminación de planos, el de las políticas inmigratorias y las reglas constitucionales, tanto más difícil de evitar cuanto mayor es la presión ideológica que impulsan discursos como el de G. Sartori. Nos detendremos, por ello y brevemente, en dos aspectos particularmente preocupantes de su exposición: el tratamiento que preconiza para los «ilegales», y de la noción de ciudadanía como contrapunto de la de extranjería.

Para Sartori, los extranjeros residentes legales no son los problemáticos, sino los «ilegales», que son los que alimentan los circuitos de la «segregación- revuelta»: «[...] y es así porque los *sans papiers* están ahí pero ilegalmente y para el estado de derecho no deberían estar. Y este es el problema. Por tanto, el discurso correcto es que las tensiones sociales y las revueltas casi nunca se originan por quien entra en un país filtrado legalmente, sino que son originadas o exarcebadas por los que entran ilegalmente. A lo que hay que añadir que la entrada ilegal no se sana en el fondo, por sucesivas legalizaciones en masa.» (pag. 119). Contra toda evidencia, abandona Sartori en este punto cualquier intento de comprensión socio-política del problema, haciendo caso omiso del perfil social del inmigrante irregular, de los factores que influyen en su entrada irregular, capacidad de integración etc. y se entrega a un discurso muy conocido, prejuicioso y acientífico, destinado a criminalizar al extranjero que se encuentra en la situación más débil y que, por cierto, es similar al discurso que subyace en la LE.

También su concepción de la *ciudadanía* y la *integración social* es incompatible con la que se consagra, por fortuna, en los estados constitucionales: «¿Integración cómo? –se pregunta Sartori. Admitiendo –a pesar de que los multiculturalistas se oponen a ella– que la integración sea un objetivo a perseguir, entonces ¿cómo se consigue? A las bobas y los bobos que se ocupan de este juego de altos vuelos la solución del problema les parece obvia: *dispensar ciudadanía*. Así pues, la idea de las bobas (a las que subrayo porque son más numerosas que los bobos) es que la ciudadanía integra, y que basta *ciudadanizar* para integrar. ¿Es eso cierto? Desgraciadamente no. A veces sí. Pero muchas veces no es así. Y, por tanto, la política de ciudadanía para todos –sin mirar a quién– no sólo es una política destinada al fracaso sino que agrava y convierte en explosivos los problemas que se pretende resolver.» (pag. 112). Desmarcándose incluso de una perspectiva de tipo liberal, para Sartori, el problema de la integración del extranjero en la sociedad de acogida no es ni debe ser un problema de reconocimiento de derechos, sino un problema que se resuelve mediante la exclusión y las medidas de policía. Porque si para la tradición liberal, la integración del extranjero, sin otras distinciones de procedencia o presunta peligrosidad, debe quedar, al menos, en manos

de los agentes económicos y sociales y de los propios interesados, es decir, en manos de la sociedad civil, por lo que el estado y el derecho deben mantener al respecto una estricta posición de neutralidad y si para la tradición del estado social y democrático de derecho, la integración del extranjero debe comenzar por el reconocimiento de un amplio cuadro de derechos, las propuestas de S. Sartori se sitúan allende de estas dos tradiciones.

La inmigración, queramos o no, se ha convertido en el fenómeno que más directamente interpela la consistencia de los valores constitucionales y las estructuras jurídicas que sobre tales valores se han construido en los distintos estados europeos y en el conjunto de la Europa comunitaria. El modo y las medidas que se tomen al respecto constituirán probablemente la prueba decisiva de la validez de esas promesas, bien para expandirlas y hacerlas efectivas, o bien, por el contrario, para degradarlas a la época del predominio absoluto de la razón de estado. En el horizonte, la filosofía kantiana que ha mantenido su influencia en el desarrollo del moderno estado constitucional, a medio camino entre la ética de la solidaridad internacional (y, por tanto, de realizar el ideal de la primera parte de la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano) y de la ética de la responsabilidad (y por tanto, de asegurar la paz, no de asegurar la seguridad, en evitación de conflictos mayores) está abocada a un angustioso dilema: o se avanza por el camino abierto por la ética de la acogida que, aunque se pueda tachar de utópico e impracticable, es capaz de impregnar los nuevos instrumentos jurídicos internacionales y constitucionales en la época de la globalización, o por el contrario, se retrocede al discurso de la sospecha, del *alien*, o del rechazo al extranjero, que no se trata de basar ya, obviamente, en un improponible racismo sino en la restauración de la tesis schmittiana, aparentemente más objetiva, de que el peligro, que mantiene la tensión propiamente «política», viene ahora de afuera, por ejemplo, del fundamentalismo islámico, como sostendría también Huntington.

Por muchas razones, la posición de Sartori al respecto del problema de la extranjería en las sociedades europeas, tal como sugiere la pregunta, no tiene nada que ver con la saga de autores liberales que cita en su libro ni, por supuesto, con K. Popper (*y no sólo porque Popper no se enfrentara al fenómeno de la inmigración*) sino que se inscribe de lleno en esta última versión del pensamiento schmittiano que, con todo, no hace tampoco justicia a C. Schmitt.

PALOMA BIGLINO CAMPOS

Es cierto que G. Sartori parece haber modificado sus planteamientos. Aunque de manera no explícita, el eje de su concepción se ha desplazado de la noción de pluralismo hacia la idea de tolerancia. Y sin embargo, como el mismo autor reconoce a lo largo de su obra, ambos términos no pueden considerarse como sinónimos. La noción de pluralismo cultural no conlleva un juicio de desvalor hacia quienes tengan una opinión distinta, sino de aceptación de la diferencia. La tolerancia parte de una postura menos respetuosa frente a los criterios de los demás, porque consiste en reconocer a los otros «el derecho a cultivar creencias equivocadas».

No cabe desconocer la dificultad del problema que G. Sartori denuncia acerca de los límites que deben afectar a cualquier política de integración. Como señala el autor, las sociedades occidentales no pueden tolerar esas otras culturas que, por ser excluyentes y fanáticas, niegan los valores en virtud de los cuales los países de acogida garantizan la pervivencia de esas mismas ideologías y religiones excluyentes. No creo, sin embargo, que esta reflexión justifique imponer límites extraordinarios a los derechos fundamentales de los extranjeros ni discriminaciones para los inmigrantes de cultura islámica. Los problemas que G. Sartori denuncia se pueden resolver dentro del marco constitucional vigente, aplicando a los miembros de determinadas minorías étnicas los mismos límites que afectan al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de cualquier ciudadano.

Ningún derecho fundamental, por muy multiétnica que sea una sociedad, puede amparar la poligamia, los malos tratos contra las mujeres, mutilaciones como la ablación, la imposición de signos discriminatorios sobre las niñas, etc. Estas conductas deben perseguirse simplemente porque son contrarias al ordenamiento jurídico y, en muchos casos, están tipificadas como delito. Por ello, no deben recibir un tratamiento jurídico ni más ni menos permisivo del que recibiría cualquier otro comportamiento ilícito en una sociedad democrática.

MARC CARRILLO LÓPEZ

Ciertamente, las opiniones del profesor Sartori expresadas en su libro, (*La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus, Madrid 2001, 139 p) son controvertidas, incitan a la polémica intelectual, pueden resultar provocativas y sin duda resultan excesivamente parciales y, probablemente, tergiversadoras de una realidad mucho más compleja y poliédrica, como es la que ofrece el fenómeno de la inmigración extranjera a los Estados de la Europa occidental. No obstante, se trata de un ensayo que ofrece la oportunidad de debatir sobre un tema sobre el que muchas veces planea una doble moral.

En todo caso, no creo que la opción –a mi juicio inconstitucional– que ha tomado el legislador español con la reforma de la ley de extranjería, encuentre en las tesis de Sartori un elemento de legitimación de la constitucionalidad ni tampoco del contenido social de los preceptos de la ley que suscitan mayor controversia. Al menos, de forma explícita, aunque nada excluye que sus argumentos puedan ser instrumento legitimador de políticas sociales de corte xenófobo. Porque lo que parece preocupar más al profesor italiano es el peligro de disolución de la identidad cultural de los países democráticos europeos frente a la avalancha inmigratoria procedente de otras culturas, especialmente las de carácter teocrático. Es decir, que los valores de la sociedad occidental basados en el pluralismo, la tolerancia y la diversidad, puedan verse neutralizados por una invocación indiscriminada a favor del respeto al multiculturalismo. A su juicio, esta corriente filosófica no es una extensión del pluralismo sino que, en realidad, persigue su negación. Porque –afirma– el multiculturalismo no persigue

una integración diferenciada, sino una desintegración multiétnica. Para Sartori, no todos los inmigrantes son iguales; porque el inmigrante de cultura teocrática plantea problemas muy distintos de aquél otro que acepta la separación entre religión y política.

Sin dejar de ser ello cierto, el análisis de la inmigración y de los derechos de sus componentes no puede hacerse con abstracción de las condiciones socioeconómicas en las que se desarrolla el fenómeno migratorio, en un contexto global de un modelo de sociedad en el que una mayoría cualificada de los habitantes del planeta viven en condiciones políticas y económicas profundamente injustas.

Pero más allá de la disputa intelectual entre corrientes filosóficas, que también parece mover las reflexiones del profesor Sartori, no hay duda que la dependencia estructural de los países del llamado tercer mundo respecto de los países desarrollados ha generado un universo de dominación social que es causa de injusticias múltiples. Los destinatarios son siempre los individuos; estas masas de inmigrantes que intentan entrar en el espacio europeo de la Unión o en los Estados Unidos, Canadá, etc., a la búsqueda de un lugar donde establecerse, en definitiva de un lugar en el sol. Si tienen la suerte o la oportunidad de establecerse en una sociedad democrática, aparecen muy pronto los problemas añadidos de integración en valores sociales diferentes que chocan con sus propios valores identitarios, en tanto que individuos y también como miembros de una colectividad determinada.

En este contexto, parece evidente que en la labor de acogida que pueda llevar a cabo el Estado democrático, éste no puede operar de manera tal que aras de una invocación al respeto a la identidades multiculturales, sacrifique valores democráticos intangibles. El Estado no puede ejercer una especie de paternalismo que le lleve a permitir o tolerar comportamientos individuales o prácticas sociales que en si mismos constituyan una violación de la dignidad y los derechos de la persona. Por supuesto, ello es tan válido para el inmigrante como para el nacional del país. Es decir, aquello que es indeclinable e irrenunciable en un sistema democrático, la regla de la mayoría y la garantía de los derechos y libertades de las personas, no puede ser sacrificado a favor del respeto a determinadas singularidades identitarias de minorías sociales. La democracia ha de servir para liberar personal y socialmente a los individuos; no para explotarlos económicamente manteniéndolos vinculados a identidades colectivas injustas.

El respeto a la diversidad no puede legitimar la diversidad jurídica a favor de un sistema jurídico y político alternativo a la democracia; ni la diversidad epistemológica puede permitir derechos naturales incontrovertibles; ni tampoco la diversidad moral puede avalar un sistema de valores que solamente tenga por objeto la subordinación social del individuo. En consecuencia, a mi juicio, los valores democráticos constituyen un perímetro intangible a partir del cual la garantía de la multiculturalidad dispone de un amplio campo de acción y de desarrollo.

ALBERTO PÉREZ CALVO

No conozco el libro del Prof. Sartori. Por tanto no puedo opinar acerca de su contenido ni saber si hay relación o no entre las ideas expuestas en el libro y la reciente ley de Extranjería. De todas formas, está claro que esta ley, como otras, trata de regular una situación desde concretos parámetros ideológicos dominantes, por lo general, en Europa occidental. Por otra parte, la legitimidad de la ley sólo puede proceder del hecho de haber sido aprobada por las Cortes Generales y de su conformidad con los valores constitucionales.

De todas formas, el problema va mucho más allá de las soluciones que puede aportar una Ley de Extranjería. Y, desde luego, centrar el debate político en los puntos de la ley que han sido objeto de recurso ante el Tribunal Constitucional me parece que no es apuntar al blanco de la diana, ni siquiera a los círculos próximos que lo rodean.

En relación con la última pregunta, creo que sería inconstitucional discriminar a inmigrantes de cultura islámica sobre la base de las hipotéticas dificultades de su integración en una sociedad europea. El art. 10.2 CE nos remite, entre otros, a la Declaración Universal de Derechos Humanos cuyo artículo primero, como se sabe, comienza diciendo: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...».

Sin embargo, también creo que el Estado podría establecer una política de inmigración tendente a favorecer determinados flujos procedentes de países iberoamericanos o de otros por razón de la existencia actual o pasada de «una particular vinculación con España», según se indica en el art. 11.3 CE.