

LA IMPORTANCIA DE LA INTERACCIÓN ENTRE NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA EN EL DISEÑO DEL ESTATUS JURÍDICO DEL EXTRANJERO

DARÍA TERRÁDEZ SALOM

*Experta jurídica sobre migraciones internacionales
y derecho de extranjería. Investigadora en la Dirección
General de Relaciones Externas, Conselleria de Justicia
y Administraciones Públicas, Generalitat Valenciana*

Este trabajo ha sido seleccionado y ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2009** en la modalidad de **DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Gregorio PECES BARBA MARTÍNEZ, don Íñigo DEL GUAYO CASTIELLA, don Juan Manuel HERREROS LÓPEZ, doña Blanca LOZANO CUTANDA, don Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA y don Luciano PAREJO ALFONSO.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto:

EL presente estudio pretende ofrecer una visión de la normativa referente a los derechos fundamentales de los extranjeros, analizando paralelamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha conllevado numerosos cambios legislativos y que ha tenido como consecuencia un diseño del estatus jurídico del extranjero más acorde con los derechos fundamentales y la dignidad de la persona. El objetivo principal del estudio es demostrar la importancia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la concreción de las normativas en materia de derechos, especialmente en las legislaciones que regulan los derechos fundamentales de los extranjeros.

Palabras clave: extranjero, dignidad, jurisprudencia, derechos fundamentales.

Sumario

Introducción.

- I. Primeros pasos: desde 1978 a la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros.
 1. Los antecedentes constitucionales y legislativos en materia de derechos de los extranjeros.
 2. La Constitución Española y los extranjeros: la importancia de la jurisprudencia como mediadora.

- II. De la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
 1. Restricción de derechos y corrección jurisprudencial.
 2. La tutela judicial efectiva como protagonista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

- III. El frenesí normativo y los últimos aportes jurisprudenciales: la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y su posterior reforma mediante la Ley Orgánica 8/2000.
 1. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social: una ley comprometida con la dignidad de la persona.
 2. La Ley Orgánica 4/2000 en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000: un cuestionado retroceso en derechos.

Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros (art. 1 Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948).

Las migraciones internacionales son un fenómeno que ha acompañado al ser humano a lo largo de toda su historia y por su importancia, actualmente, las políticas migratorias se han hecho un hueco en la agenda de nuestros gobernantes. Es un tema difícil de tratar y que implica multitud de factores; el principal, el factor humano. Estamos tratando de y con personas que acuden a los países más desarrollados a comenzar un proyecto de vida y estas personas poseen derechos fundamentales que les vienen garantizados *per se*. Este trabajo pretende ser un análisis de los derechos fundamentales que han amparado y amparan, con mayor o menor fortuna, a los extranjeros ¹. Se analizarán las diferentes normativas relativas a dicha materia y se añadirá el análisis paralelo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha provocado un nuevo proyecto de reforma tras la declaración de inconstitucionalidad de algunos preceptos.

El estudio se divide en tres partes, ordenadas de forma cronológica, la primera trata del periodo donde la ausencia de normativa sobre derechos de los extranjeros conllevó una profusa labor del Tribunal Constitucional, en la determinación de los derechos fundamentales de los extranjeros. En segundo lugar analizaremos el periodo que discurre entre la primera «Ley de extranjería», la Ley Orgánica 7/1985 hasta llegar a la Ley Orgánica 4/2000, una época muy interesante pues la Ley Orgánica 7/1985 fue la primera ley de la época democrática que intentó plasmar un decálogo de derechos de los extranjeros, si bien con poca fortuna, como lo expresó el Tribunal Constitucional a través de diversos pronunciamientos; y, en tercer lugar, analizaremos las últimas leyes orgánicas que desarrollaban los derechos fundamentales de los extranjeros y los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

El eje principal de este estudio es, como veremos, el absoluto respeto a la dignidad de la persona, independientemente de su situación, y la importancia que poseen los Tratados y convenios ratificados por España en materia de derechos fundamentales.

¹ Durante este estudio al hablar de extranjero, se hace referencia al extranjero original de un Estado no miembro de la Unión Europea.

I. PRIMEROS PASOS: DESDE 1978 A LA LEY ORGÁNICA 7/1985, DE 1 DE JULIO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS

1. Los antecedentes constitucionales y legislativos en materia de derechos de los extranjeros.

Antes de adentrarnos en la materia de este estudio, a modo de anécdota legislativa, y con ánimo de exhaustividad, debemos hacer referencia a la normativa y a las Constituciones que contenían referencias al extranjero y a sus derechos, precedentes de las actuales, todo ello con el afán de demostrar que la materia que nos ocupa, los derechos de los extranjeros, no es un fenómeno exclusivo del pasado siglo.

Nuestro primer texto constitucional², la Constitución de 1812, cita a los extranjeros en su capítulo IV dedicado a los «*ciudadanos españoles*». En aquella época la Carta especial de ciudadano era el documento que facilitaba al extranjero su condición como tal; en el artículo 20³ se establecían las condiciones que debía cumplir el extranjero para poder obtener dicha Carta. Dicha condición de ciudadano se hacía extensible a «los hijos legítimos de los extranjeros domiciliados en las Españas, que habiendo nacido en los dominios españoles, no hayan salido nunca fuera sin licencia del gobierno, y teniendo veintiún años cumplidos, se hayan vecindado en un pueblo de los mismos dominios, ejerciendo en él alguna profesión, oficio o industria útil»⁴. Respecto de los derechos de los extranjeros nada dice el texto constitucional, si bien podemos afirmar que la condición de ciudadano otorgaba a quien la tuviera el disfrute de los mismos derechos que a los ciudadanos españoles⁵, ya que la Constitución además de definir quién era español, definía también quién era ciudadano⁶ y éste era el que detentaba los derechos y obligaciones en la época.

En la Constitución de 1845 volvemos a encontrar referencias a los extranjeros; si éstos habían obtenido Carta de naturaleza o si habían conseguido la vecindad⁷ eran equiparados a los españoles, aunque el último inciso del artículo 1 afirma que: «Una ley determinará los derechos que deberán gozar los extranjeros que obtengan carta de naturaleza o hayan ganado vecindad».

² La primera Constitución que entró en vigor, si bien sufriría diversos avatares ya que estuvo en vigor durante tres épocas distintas.

³ Artículo 20: «Para que el extranjero pueda obtener de las Cortes esta carta, deberá estar casado con española, y haber traído o fijado en las Españas alguna invención o industria apreciable, o adquirido bienes raíces por los que pague una contribución directa, o estableciéndose en el comercio con un capital propio o considerable a juicio de las mismas Cortes, o hecho servicios señalados en bien y defensa de la Nación». Podemos decir que las condiciones que establecía este precepto para poder obtener de las Cortes la Carta de vecindad son el embrión de lo que hoy llamamos arraigo e integración.

⁴ Artículo 21 de la Constitución Española de 1812.

⁵ En el artículo 5 se establece que tendrán la condición de españoles, tanto «los hombres libres nacidos y vecindados en los dominios de las Españas, y los hijos de éstos» así como «los extranjeros que hayan obtenido de las Cortes cartas de naturaleza».

⁶ Haciéndose eco de lo proclamado en la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* de 1789, fuente normativa de la que emergieron los textos constitucionales «progresistas» de la época.

⁷ No aparece establecida la condición o condiciones para obtener dicha vecindad, si bien pudieran ser las mismas que las establecidas en la Constitución de 1812.

En 1852, aparece un real decreto ⁸ sobre extranjería que pretendía «abrazar, no sólo cuanto concierne a los extranjeros [*sic*] que vienen al territorio de la Monarquía, ya de paso, ya para residir más o menos tiempo, conservando siempre su nacionalidad, sino también cuanto se refiere a la naturalización de aquellos que quieren obtenerla en estos reinos, y a las formas de obtener carta de naturaleza o vecindad». Tal y como establece el preámbulo de dicha norma, el real decreto nace con el objetivo de que sea una norma que reúna todo lo relativo a los extranjeros que deseen residir o pasar por España. Antes de dicha norma, no existía una sola relativa a esta materia, sino un conjunto de normas «Acordadas, expedidas o sancionadas las disposiciones concernientes a este ramo en épocas muy remotas y aún en periodos muy diversos del Gobierno de la monarquía; esparcidas entre nuestros Códigos, Cédulas y reglamentos; alteradas, modificadas o derogadas en virtud de nuestras vicisitudes, y aun de los tratados y estipulaciones con otras Potencias» que hacía muy difícil su aplicación y comprensión, lo que provocaba numerosas reclamaciones por parte de otros Estados. El legislador de 1852 no es muy diferente del actual al motivar el proyecto en la necesidad de una sola norma que reúna todo lo concerniente en materia de extranjería, lo que supone una mayor facilidad en su aplicación; además con dicha norma daba cumplimiento al mandato constitucional establecido en el artículo 1 de la Constitución de 1845, mencionado anteriormente.

Merece la pena realizar un análisis de dicha norma. El real decreto está dividido en cinco capítulos, precedido por la correspondiente exposición de motivos.

En el primer capítulo se establece quién ostenta la cualidad de extranjero, diferenciando los que han obtenido carta de naturaleza o vecindad, de los domiciliados y transeúntes. Los primeros, tal y como establece el artículo 2 «son tenidos por españoles» y los pertenecientes al segundo grupo son considerados como extranjeros, a efectos de derechos y obligaciones.

Los extranjeros domiciliados son los que «se hallen establecidos con casa abierta, o residencia fija o prolongada por tres años, y bienes propios o industria y modo de vivir conocido en territorio de la Monarquía, con el permiso de la Autoridad superior civil de la provincia» ⁹; los transeúntes son los que no poseen residencia fija.

Donde podemos encontrar más paralelismos con las actuales normativas de extranjería es en el capítulo segundo; en éste quedan desarrolladas «las disposiciones que han de observarse para el ingreso y residencia en España de los extranjeros». El real decreto exigía únicamente realizar la entrada por el primer pueblo o puerto fronterizo y presentar ante la Autoridad competente el pasaporte. Si además solicitaba la domiciliación debía cumplir con lo establecido en el artículo 4, es decir, tener bienes propios o industria para mantenerse. Además, se prevé la creación de un registro donde se recogerán «los nombres y circunstancias de los extranjeros que residieren o vinieren a residir en el reino, con separación de las dos clases des transeúntes y domiciliados». Podemos calificar estas exigencias de embrionarias de lo que serían las actuales legislaciones en materia de extranjería. El procedimiento de ingreso y establecimiento en nuestro país parece más fácil, con menos peso burocrático; puede que esto se deba a que la presencia de extranjeros en nuestro Estado fuera anecdótica.

⁸ Gaceta de Madrid de 25 de noviembre de 1852.

⁹ Artículo 4 del Real Decreto de 25 de noviembre de 1852.

Sin embargo, los paralelismos no terminan aquí; respecto de los indocumentados, el artículo 14 establece que «Cuando algún extranjero llegue a un puerto o pueblo de la frontera sin el correspondiente pasaporte, será detenido por las Autoridades españolas, que deberán inmediatamente dar cuenta al Gobierno por el Ministerio de la Gobernación, expresando las circunstancias del extranjero, y si es vago, o si busca auxilio contra los procedimientos de sus Jueces naturales. El Gobierno con este conocimiento, y procediendo siempre definitivamente para estos asuntos de acuerdo los Ministerios de Estado y Gobernación, determinará la expulsión del extranjero, designará el punto de su residencia, o dispondrá lo que juzgue más conveniente». En esta disposición podemos observar una figura similar al asilo, en el caso del extranjero que entra en nuestro país buscando auxilio, una protección concedida por España a los que ingresaran en nuestro país huyendo de procedimientos injustos. Resulta curioso que esta especie de asilo estuviese prevista cien años antes de la Convención de Ginebra de 1951.

Otro punto interesante de esta normativa es el previsto en el artículo 15, donde se desarrolla el procedimiento ante una entrada masiva de extranjeros¹⁰, remitiendo el legislador al procedimiento establecido en el artículo anterior. De lo que sí carecen los procedimientos analizados es de seguridad jurídica pues el legislador de la época abusa de la coletilla «lo que juzgue más conveniente», dejando la puerta abierta a la voluntad de la Autoridad competente, en lo que respecta al trato de los recién llegados.

Podemos afirmar que este real decreto es la primera norma en materia de extranjería con una clara vocación de generalidad¹¹; y debemos añadir que hasta 1985 no existió otra norma de este estilo, tal y como apunta el profesor MIRALLES SANGRO¹², sino un sistema normativo complejo y farragoso que beneficiaba a nacionales de unos países frente a otros. Sin embargo, en 1869 nos encontramos con una Constitución, promulgada tras la Revolución de Septiembre de 1868, cuyo tenor era absolutamente progresista. Esta afirmación no resulta baladí cuando analizamos los derechos que en ella se establecieron¹³ y, si nos centramos en los derechos de los extranjeros, resulta aún más sorprendente su carácter innovador. En el artículo 25 se establece la libertad del extranjero para establecerse «en territorio español, ejercer en él su industria, o dedicarse a cualquiera profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas». El extranjero sigue teniendo las mismas vías de acceso a los derechos, carta de naturaleza o vecindad, establecidos en la Constitución. Uno de los artículos que más pueden sorprender hoy en día es el artículo 2 que estable-

¹⁰ Artículo 15: «Lo mismo se practicará cuando lleguen a España grupos o cuerpos de emigrados, hasta que el Gobierno designe el punto de depósito y lo demás que juzgue conveniente, sin perjuicio de que desde luego entreguen las armas los que se hubiesen presentado armados».

¹¹ Así queda reflejado en el Preámbulo de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, cuando dice que «Nuestro ordenamiento ha carecido, desde el Real Decreto de 17 de noviembre de 1852, de una norma que, con pretensión de generalidad, recoja, formule y sintetice los principios que deban informar la situación de extranjería en sí misma y en sus aspectos más importantes, y que evite la proliferación de disposiciones de distinto rango que han venido regulando esta materia».

¹² Conferencia sobre *La legislación de extranjería en España del siglo XIX al XXI*, incluida en el curso *Historia y derecho de la extranjería en España: de Roma a la Unión Europea*, XVII edición de los Cursos de Verano de la UNED, 2006.

¹³ Se establecen derechos tales como la inviolabilidad del domicilio o del correo, la equiparación de la protección a todas las religiones, la correcta administración de la justicia y las garantías pertinentes del reo frente a un proceso así como la prohibición de la censura. Se establece incluso la posibilidad de juzgar a funcionarios sin obtener autorización alguna, lo que demuestra la clara vocación liberal de la Constitución de 1869.

ce lo siguiente: «Ningún español ni extranjero podrá ser detenido ni preso sino por causa de delito»; actualmente, y tras la entrada en vigor de la llamada Directiva Retorno¹⁴, este artículo entraría en clara contradicción con lo establecido en la normativa comunitaria, pues ésta deja la puerta abierta al internamiento¹⁵ del extranjero que se halle de forma irregular en el territorio de cualquier Estado miembro; si bien este punto relativo a la normativa comunitaria se desarrollará en otro momento.

La Constitución de 1931 resultó un paso cualitativo y cuantitativo en lo que a materia de derechos de la persona se refiere. Se desarrollaron más derechos que en la Constitución de 1869, y aparecieron figuras como el divorcio y la prohibición de discriminación por razón de sexo o naturaleza. Sin embargo, merece una especial mención el derecho a «emigrar o inmigrar», establecido en el artículo 31 y supeditado a un posterior desarrollo legislativo, sin más limitaciones que las que se pudieran establecer en dicha norma. Debido a lo convulso de la época, dicha norma no vio la luz, por lo que el Real Decreto de 1852 queda como la única norma que regula todo lo relacionado con la extranjería y los flujos migratorios. Si algo debemos concluir del periodo histórico anterior a 1939 es la voluntad del legislador constituyente de equiparar a los extranjeros con los nacionales españoles, voluntad que se diluyó a partir del régimen de Franco, ya que éste empezó a favorecer determinadas nacionalidades, a la hora de conceder derechos, además de establecer una clara separación entre éstos y los españoles.

A modo de ejemplo podemos traer a colación la Ley 118/1969, de 30 de diciembre, sobre igualdad de Derechos sociales de los Trabajadores de la Comunidad Iberoamericana y Filipinas empleados en territorio nacional¹⁶ con la que se equiparó en derechos a los trabajadores iberoamericanos, brasileños, andorranos y filipinos que residían y se encontraban legalmente en territorio español. Otra norma digna de mención es el Decreto 1870/1968, de 27 de julio, por el que se regulan el empleo, régimen de trabajo y establecimiento de los extranjeros en España¹⁷; dicha norma establecía la forma de otorgar los permisos de trabajo a los extranjeros establecidos en España y en su exposición de motivos citaba la necesidad de «armonizar en sus normas la tendencia internacional dominante, favorable a la movilidad de la mano de obra, con la necesidad de evitar a nuestra población trabajadora, en su amplia graduación profesional, una competencia que pudiera entorpecer la eficacia práctica de la acción de Estado en materia de formación y promoción profesional». Una muestra de este desequilibrio entre la posición del extranjero frente al español es el artículo 13 que establece la preferencia, dentro de un proceso de despido, del extranjero antes que el nacional¹⁸.

Con este primer apartado hemos querido demostrar que el fenómeno de la inmigración y de los derechos de los extranjeros en nuestro país no es nuevo y que a lo largo de la reciente historia ha

¹⁴ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. DOUE L 348, de 24 de diciembre de 2008.

¹⁵ Por un periodo que puede alargarse hasta los 18 meses.

¹⁶ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1969.

¹⁷ BOE núm. 195, de 14 de agosto de 1968.

¹⁸ Artículo 13: «Cuando una empresa que tenga a su servicio personal español y extranjero sea autorizada para realizar despidos, se efectuarán éstos dentro de cada categoría profesional, empezando por el personal extranjero».

sido objeto de regulaciones más o menos afortunadas. Es el momento de pasar a la actualidad, a las disposiciones que en materia de derechos de los extranjeros jalonan el panorama legislativo actual, empezando por la Constitución Española.

2. La Constitución Española y los extranjeros: la importancia de la jurisprudencia como mediadora.

En 1978 la población extranjera que residía en España no era muy numerosa ¹⁹, por lo que el artículo 13 de la Constitución era el único referente ²⁰ normativo en materia de extranjería. En el párrafo primero se establece que: «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley». Vemos cómo la intención del legislador constituyente fue la de otorgar unos determinados derechos, pero dependientes de su configuración legal, lo que creó numerosos conflictos hasta la aparición de la primera ley orgánica sobre derechos de los extranjeros. Hasta 1985, y sin una norma que regulara todos los aspectos relacionados con la estancia y residencia del extranjero en nuestro país, fueron los tribunales los encargados de diseñar el estatus jurídico del extranjero. Pero fue el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) el que marcó un hito jurisprudencial tras su Sentencia 107/1984 ²¹. En este caso se dilucidaba «si la exigencia de un requisito administrativo como es la obtención de la autorización de residencia unos determinados sujetos –los ciudadanos de países hispanoamericanos– para el reconocimiento de su capacidad de formalizar válidamente contratos de trabajo vulnera o no el principio de igualdad» y «si, desde el punto de vista constitucional, los ciudadanos extranjeros –y en concreto los hispanoamericanos– deben ser tratados igual que los españoles en relación a la contratación laboral. Conectado con ello es como debe entenderse la invocación por el demandante de los artículos 13 y 35 de la Constitución, que en sí mismos considerados no pueden, obviamente, fundamentar un recurso de amparo». En esta resolución el TC realiza una gran labor y debemos prestar una especial atención a las argumentaciones dadas por éste.

En primer lugar, el TC afirma que si bien el artículo 14 es aplicable únicamente a los españoles y que no existe precepto alguno que iguale en trato a los españoles y a los extranjeros, no significa que la desigualdad en el trato sea constitucionalmente aceptable. Es más se debe poner en conexión el precepto anterior con el artículo 13, afirmando el TC que de acuerdo con el tenor de dicho artículo

¹⁹ De hecho, según datos del Instituto Nacional de Estadística, el número de extranjeros censado en España en 1981 no superaba los 700.000; dicho número de extranjeros censados no realizaba distinción alguna entre extranjeros comunitarios y no comunitarios por razones obvias.

²⁰ Otra referencia que debemos citar es el artículo 27 del Código Civil cuya redacción recuerda un poco a la de la Constitución «Los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las leyes especiales y los Tratados». La redacción dada por el Código Civil parece relativamente más abierta que la constitucional, si bien el último inciso deja claro que dichos derechos pueden verse reducidos si la ley o los tratados así lo establecen, adelantando así su característica de derechos de configuración legal.

²¹ Esta sentencia trataba de dilucidar si un residente de nacionalidad uruguaya estaba obligado a obtener autorización de residencia y permiso de trabajo para formalizar un contrato laboral. Según la legislación vigente en aquel momento los ciudadanos hispanoamericanos estaban exentos de obtener permiso de trabajo, pero sí debían obtener autorización de residencia. Según el recurrente en amparo se vulneraban los artículos 13, 14 y 35 de la Constitución.

«supone que el disfrute de los derechos y libertades [...] reconocidos en el Título I de la Constitución se efectuará en la medida en que lo determinen los tratados internacionales y la Ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas, de modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del tratado o la ley»²²; el Tribunal establece una cualidad de los derechos de los extranjeros: son derechos de configuración legal. Aunque pueda parecer que el TC deja en manos del legislador algo tan importante como los derechos que puedan amparar al extranjero, éste añade un límite a dicha configuración legal, estableciendo que la dignidad humana²³ es la frontera que el legislador debe respetar a la hora de desarrollar las condiciones en las cuales los extranjeros podrán disfrutar e invocar sus derechos. El TC, al invocar la dignidad humana, facilita al legislador su labor advirtiéndole de la cualidad de inviolable del núcleo de derechos que deben ser reconocidos en absoluta igualdad con los españoles, pues son los que garantizan la dignidad de la persona.

La sentencia que ahora analizamos resulta muy interesante por otra cuestión: partiendo del absoluto respeto hacia la dignidad humana y del núcleo de derechos que deben garantizar su efectiva protección, el TC realiza una clasificación tripartita de los derechos y afirma que «existen derechos que corresponden por igual a españoles y a extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, según dispone el art. 13.2²⁴ y con la salvedad que contienen); existen otros 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»²⁵. En este punto debemos resaltar que el TC reconoce que el derecho a la intimidad forma parte de los incluidos en el núcleo duro de salvaguarda de la dignidad humana²⁶, y por lo tanto, no debería su ejercicio supeditarse a ningún tipo de condición por la cual se viera restringido; sin embargo, el legislador de la Ley Orgánica 4/2000 y su reforma mediante Ley Orgánica 8/2000 atribuyó dicho derecho a los extranjeros residentes, negando dicho derecho a los extranjeros que se encontraran en situación irregular²⁷.

²² Fundamento jurídico 3.º, STC 107/1984.

²³ M.A. ALEGRE MARTÍNEZ define muy claramente la dignidad como «la característica propia e inseparable de toda persona en virtud de su racionalidad –independientemente del momento y por encima de las circunstancias en que se desenvuelva su vida– que se materializa en la realización, desarrollo y perfección de la propia personalidad a través del ejercicio de los derechos inviolables e irrenunciables que le son inherentes». No debemos olvidar que el concepto de dignidad va íntimamente ligado al de persona, por lo que «ni puede desaparecer su núcleo esencial, ni puede dejar de ir acompañada de los derechos inviolables del hombre en cuanto ser humano». *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, 1996.

²⁴ Debemos recordar aquí que este punto cambiará en 1992 con la reforma de la Constitución operada a raíz de la ratificación por España del Tratado de Maastricht (Reforma constitucional de 27 de agosto de 1992, BOE de 28 de agosto).

²⁵ Fundamento jurídico 4.º, STC 107/1984.

²⁶ En el Fundamento jurídico 3.º el TC establece como derechos garantes de la dignidad humana «el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de ellos en relación con los españoles».

²⁷ Mediante un ardid legislativo se relacionó el derecho a la intimidad familiar con el procedimiento de reagrupación familiar; es por ello por lo que únicamente se garantiza dicho derecho a los extranjeros en situación regular. Si bien el artículo 16 de dicha norma, y por una redacción no demasiado clara, parece dar a entender que el derecho a la intimidad familiar sólo se garantiza a los extranjeros en situación regular, lo que entraría en clara contradicción con el artículo 18 de la Constitución Española.

Como vemos la necesidad de una normativa que regulara de forma específica tanto los aspectos administrativos de la vida de los extranjeros en nuestro país, como sus derechos y obligaciones, se tornó imperante.

II. DE LA LEY ORGÁNICA 7/1985, DE 1 DE JULIO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA A LA LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL

1. Restricción de derechos y corrección jurisprudencial.

La normativa que ahora vamos a analizar, ya derogada, fue la primera ley que reguló los derechos y obligaciones de los extranjeros, así como el régimen de entrada y permanencia en nuestro país, la expulsión y los requisitos para desarrollar actividades laborales tanto por cuenta ajena como propia.

Al versar este trabajo sobre los derechos que acogen a los extranjeros, únicamente nos centraremos en los artículos que los establecen y en la jurisprudencia constitucional que se derivó a raíz de la entrada en vigor de la ley.

Resulta de gran interés analizar, bajo el prisma que da el paso del tiempo, el Preámbulo de la ley, pues es una declaración de intenciones que desgraciadamente no se cumplieron, al ser la Ley Orgánica 7/1985 una de las normativas más restrictivas en cuanto a derechos de la persona se refiere. De hecho, resulta aún más interesante su análisis, comparándolo con lo que más tarde establecería la jurisprudencia constitucional.

En 1985, España ya había ratificado el Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁸, así como sus protocolos y su deseo de figurar dentro del «club» de países democráticos era patente²⁹. La inmigración aún no era un tema socialmente preocupante, pero el legislador debía dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 13 de la Constitución. Y el Preámbulo de la norma así lo expresa; además añade que la ley «a lo largo de todo su articulado destaca su 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, que ciertamente sólo ceden ante exigencias de la seguridad pública claramente definidas». En el siguiente párrafo, haciéndose eco de lo establecido en la STC 107/1984, añade la importancia del «pronun-

²⁸ Así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, citado a su vez en el Preámbulo de la ley. La referencia a los textos internacionales en materia de derechos fundamentales no es baladí, pues tanto el texto de la normativa, como su posterior aplicación dio pie a numerosas y flagrantes conculcaciones de esos mismos derechos.

²⁹ Faltaba apenas un año para la incorporación de España a la Comunidad Económica Europea.

ciamiento abierto de la ley sobre los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución, efectuado de tal modo que, por una parte, se hace expresa afirmación de aquellos cuyo ejercicio debe ser reconocido, por ser consustancial a la persona; por otra se señalan unas directrices claras respecto de los demás derechos».

Básicamente, los derechos reconocidos en la Ley Orgánica 7/1985 eran exclusivos de los extranjeros que se encontraran en situación regular, o como dice la ley «se encuentren legalmente en España»³⁰.

El artículo 4 de la Ley Orgánica 7/1985, en su párrafo primero, establece que «Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en la presente Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos». El pronunciamiento del TC, especialmente la clasificación tripartita que el Tribunal hizo respecto de los derechos, se incorporó a la presente norma, por lo que se pasaron a regular determinados derechos que, según el legislador, no entraban en la esfera protectora y garante de la dignidad de la persona.

Únicamente vamos a entrar a analizar los derechos que se reformaron o diseñaron de forma diferente por el TC, por ser éste el objeto del presente trabajo.

El primer pronunciamiento del TC llegó en 1987; la Sentencia 115/1987³¹ arremetió duramente contra la ley orgánica. El artículo 7 de la Ley Orgánica 7/1985 desarrollaba las condiciones para el ejercicio del derecho de reunión³² y manifestación. El Defensor del Pueblo estimó que la obligación de solicitar una autorización del órgano competente constituía una vulneración del artículo 21³³ de la Constitución que establece de forma muy clara que únicamente en casos de manifestaciones o reuniones en lugares de tránsito público será necesaria la comunicación previa. La parte recurrente estimó que dicho precepto no restringía el derecho de reunión sino que lo anulaba, lo que no tiene

³⁰ Tras la promulgación de esta primera ley de extranjería, surgió un movimiento social que propugnaba lo insensato, y poco acertado jurídicamente hablando, de calificar a una persona como ilegal; es por ello que en este estudio se hablará de personas en situación regular o irregular respecto de su situación administrativa. Calificando a una persona como ilegal, se está criminalizando una situación que no es más que una irregularidad administrativa. En palabras de Eduard SAGARRA TRÍAS: «Un extranjero puede ser irregular pero no es, "per se", ilegal. Nadie es ilegal, pero todos podemos cometer ilegalidades. Un extranjero puede ser irregular pero no es ilegal, ya que las personas no son ilegales, en todo caso cometen acciones ilegales» (cfr. nota 57).

³¹ Recurso de inconstitucionalidad núm. 880/85, promovido por el Defensor del Pueblo, contra los artículos 7, 8, 26 y 34 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

³² Artículo 7 de la Ley Orgánica 7/1985: los extranjeros podrán ejercitar el derecho de reunión, de conformidad con lo dispuesto en las normas que lo regulan, siempre que se hallen legalmente en territorio español. Para poder promover la celebración de reuniones públicas en local cerrado o en lugares de tránsito público, así como manifestaciones, los extranjeros deberán tener la condición legal de residentes y solicitar del órgano competente su autorización, el cual podrá prohibirlas si resultaran lesivas para la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los españoles.

³³ El Defensor del Pueblo estima, además, que se han vulnerado determinados preceptos del Convenio Europeo de Derechos Humanos (arts. 9, 11 y 14) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2, 3, 18 y 21) lo que demuestra el valor de la normativa internacional ratificada por España y da cumplimiento a lo establecido en el artículo 10.2 de la Constitución, mandato que en cuestión de derechos es de gran importancia y que, en algunos casos, olvida el legislador.

cabida en un Estado de Derecho³⁴, además de suponer un claro trato diferenciado entre españoles y extranjeros que podría considerarse una discriminación contraria al principio de igualdad establecido en nuestra Constitución. Asimismo, el precepto recurrido vulneraría lo establecido en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, norma que en su artículo 3.1 establece que «Ninguna reunión estará sometida al régimen de previa autorización». El TC zanja la cuestión con dos interesantes razonamientos. En primer lugar, pone de manifiesto que el derecho de reunión no se garantiza únicamente para los ciudadanos españoles, pues no existe referencia alguna a éstos, sino que la referencia es de carácter general al invocar el derecho de forma impersonal. En segundo lugar, el TC se adentra en el núcleo duro del derecho y considera que «la necesidad de una autorización administrativa previa, referida al ejercicio del derecho de reunión, no es un requisito puramente rituario o procedimental, sobre todo porque nuestra Constitución ha optado por un sistema de reconocimiento pleno del derecho de reunión, sin necesidad de autorización previa [...] al imponerse la necesidad de autorización administrativa se está desnaturalizando el derecho de reunión, consagrado en la Constitución». Sin embargo, tal y como apunta Carlos ORTEGA CARBALLO «el Defensor del Pueblo no planteó objeción alguna al hecho de que se exigiera la residencia legal del extranjero para disfrutar del derecho de reunión», extremo que sí se planteó en los últimos recursos presentados contra la ley orgánica actualmente en vigor, sobre lo que volveremos en otro apartado. Al considerar que se vulneraba el artículo 21 de la Constitución, si se mantenía la exigencia de autorización previa, el TC estimó la inconstitucionalidad de esa parte del precepto y procedió a eliminarla. Si en el primer apartado de esta parte se puede observar la importancia que tuvo la jurisprudencia del Tribunal en la configuración de los derechos de los extranjeros cuando aún no existía legislación alguna al respecto, aquí vemos como la labor del Alto Tribunal es relevante a la hora de perfilar un derecho que no garantizaba de forma plena la normativa recurrida. El legislador, si bien dando cumplimiento al mandato del artículo 13, configuró los derechos del extranjero, con este pronunciamiento del TC se le advirtió que su capacidad no era ilimitada, sino que debía atenerse al sentir del articulado constitucional³⁵.

Otro de los derechos analizados en esta sentencia es el derecho de asociación desarrollado en el artículo 8; concretamente, se recurría el apartado 2.º del artículo que contemplaba la posibilidad de disolver una asociación promovida mayoritariamente por extranjeros cuando ésta pudiera atentar contra «la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los españoles». El problema no se encontraba en esa posibilidad de disolución, algo que se contempla en el precepto constitucional que establece el derecho de asociación, sino en la posibilidad de que esa disolución se efectuara por el Consejo de Ministros, haciendo caso omiso de lo establecido en el artículo 22 de la Constitución que únicamente prevé la disolución mediante resolución judicial motivada. El Tribunal, al entrar a valorar la constitucionalidad de la

³⁴ Textualmente el Defensor del Pueblo considera que «El sistema preventivo previsto no es un régimen de restricciones y limitaciones, sino la exclusión de los extranjeros del reconocimiento del derecho de reunión concebido como libertad pública propia de un Estado de Derecho, y esta restricción-anulación del derecho de reunión afecta gravemente a otro derecho fundamental, el derecho a la libertad ideológica reconocido en el artículo 16 de la Constitución, que presenta no sólo una dimensión individual sino también colectiva».

³⁵ De hecho así se pronuncia el Tribunal al afirmar que «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». Fundamento jurídico 3.º de la STC 115/1987.

disolución de las asociaciones mediante un acto administrativo, estima que «la suspensión y disolución administrativas de las asociaciones han sido manifestaciones tradicionales de un sistema de fuerte control estatal sobre todo el movimiento asociativo, caracterizado en lo esencial por la discrecionalidad y la valoración de la acción del grupo con arreglo a criterios de oportunidad, y no de mera y estricta legalidad»; el exigir una resolución judicial para poder llevar a cabo la suspensión de la asociación no es una decisión caprichosa, sino una garantía añadida al propio derecho pues deben ser los tribunales los que interpreten y apliquen las restricciones de los derechos fundamentales, y no el aparato administrativo sometido a un control posterior.

Otro precepto, relacionado con un derecho fundamental, que fue recurrido en inconstitucionalidad, fue el artículo 26.2 que establecía la posibilidad de internar al extranjero que se encontrara en unas determinadas circunstancias ³⁶ para poder instruir el expediente de expulsión. Dicho internamiento no podía, en ningún caso, exceder de los 40 días. Si bien el TC estimó que este punto del artículo 26, no resultaba inconstitucional, hemos querido comentarlo por lo actual del tema ³⁷.

El Defensor del Pueblo, en su escrito de recurso, pretendía la inconstitucionalidad de la medida pues ésta se contradecía con lo establecido en la Constitución ya que el derecho a la libertad, además de derecho fundamental de la persona íntimamente ligado al concepto de dignidad, es un valor superior del ordenamiento y fundamento del orden político y la paz social por lo que «El derecho a la libertad es, pues, un derecho fundamental inseparable de la dignidad de la persona humana y condición necesaria para el ejercicio de las demás libertades públicas. No es, en consecuencia, un derecho concedido por el Estado, sino un derecho o libertad previo a éste, reconocido luego por las Constituciones» ³⁸. Además, la parte recurrente señalaba que el propio TC había elevado el derecho a la libertad a los que debían ser reconocidos a toda persona pues era garante de la dignidad de ésta ³⁹. Cierto es que la normativa internacional, tal y como apuntaba el Letrado del Estado, preveía medidas de internamiento para aquellos extranjeros en situación irregular pendientes de expulsión; sin embargo, el Defensor del Pueblo consideraba la duración del internamiento contraria a lo establecido en el artículo 17.2 de la Constitución que ordenaba un tiempo máximo de retención de 72 horas, momento en el cual la persona debía ser puesta a disposición judicial, esto añadido a que la decisión de internar al extranjero era de carácter administrativo. El Letrado del Estado insiste, y así lo estimó el TC, en la constitucionalidad del precepto pues la persona retenida, lo es de forma preventiva (por lo que no resulta una medida restrictiva) y pasado el plazo legal se le pone a disposición del juez competente, quien podrá confirmar o no la continuidad del internamiento. En determinadas ocasiones puede resultar efectivo el internamiento de la persona si se va a proceder a expulsarla (por meros motivos de eficacia administrativa, facilidad en la práctica de la notificación o evitar que la persona pueda quedar en paradero desconocido) pero la duración parece excesiva y con la aplicación de la Directiva de Retorno dicho plazo de internamiento sí podría tener un carácter restrictivo, ya que puede llegar a los 18 meses.

³⁶ Se podía detener e internar al extranjero de forma preventiva si se encontraba de forma irregular en el país, si se veía implicado en actividades contrarias al orden público o contra la seguridad interior y si no disponía de medios lícitos de vida, ejercía la mendicidad o desarrollaba actividades de carácter ilegal.

³⁷ El tema del internamiento de extranjeros en situación irregular incursos en un procedimiento de expulsión ha vuelto a la palestra con la publicación en el DOUE el pasado 24 de diciembre de 2008, de la polémica «Directiva de retorno».

³⁸ Texto del recurso de inconstitucionalidad número 880/1985.

³⁹ Tal y como expuso el TC en la Sentencia 107/1984 analizada en el punto primer punto.

2. La tutela judicial efectiva como protagonista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Uno de los derechos que se dejó fuera de la Ley Orgánica 7/1985 fue el derecho a la tutela judicial efectiva⁴⁰; la norma que debía dirimir el conflicto de qué derechos podían valerse los extranjeros, dejó fuera un derecho esencial para la garantía de la dignidad de la persona. Con esto no se pretende dar a entender que los extranjeros no tenían garantías jurídicas a la hora del acceder a los juzgados y tribunales, sino que muchos de ellos, además de numerosos ciudadanos españoles, no podían acceder con total libertad debido a lo excesivo de las costas que rodean un procedimiento judicial. Con el espíritu de garantizar una asistencia jurídica de calidad y gratuita, nació la Ley 1/1996, de 10 de enero. Sin embargo con esta ley surgió un nuevo problema, creó una nueva clase de excluidos al negar la posibilidad de solicitar este beneficio a los extranjeros que se encontraran de forma irregular en España⁴¹, salvo en la jurisdicción penal; por lo que un extranjero, cuyo permiso de residencia y/o de trabajo se viera denegado debía acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa a sabiendas del coste que debía soportar, por lo que su derecho de acceso a la justicia se veía seriamente limitado. Tanto la Ley Orgánica 7/1985 como la Ley 1/1996 se hicieron eco de la condición de Estado de Derecho que poseía España⁴², pero esta última olvidó lo establecido por el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, que ya estableció el derecho a una asistencia jurídica gratuita⁴³.

⁴⁰ Artículo 24 de la Constitución: «1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso., pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos». Se ha transcrito íntegramente el artículo pues el derecho a la tutela judicial efectiva, y todas las garantías que conlleva, es de vital importancia como garantía genérica del resto de derechos fundamentales establecidos en nuestra Constitución, por lo que su conexión directa con la dignidad humana, así como su utilidad para protegerla y garantizarla, es notoria. Además, y según datos de la última memoria del TC (2007, siendo esta la última accesible *on-line*), los casos donde se invocaban supuestas vulneraciones del artículo 24 (siendo el porcentaje de invocación del art. 24 del 85,46% frente al 21,94% del resto de los derechos) son bastante más numerosos que los relativos al resto de derechos fundamentales, y los casos en relación a España tramitados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tienen como núcleo el artículo 6 del Convenio relativo a las garantías jurisdiccionales.

⁴¹ Artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita:
«En los términos y con el alcance previstos en esta ley y en los Tratados y Convenios Internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita.
a) Los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar.
e) En el orden jurisdiccional penal, tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuitas, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, aun cuando no residan legalmente en territorio español.»

⁴² Con todo el bagaje que supone declararse como Estado de Derecho. Con la simple lectura del artículo 1.1 de nuestra Constitución «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» en conexión directa y necesaria con los artículos 9.2 y 10.1, podemos entender la trascendencia de esa declaración en el Preámbulo de la Ley Orgánica 7/1985, normativa que regulaba derechos de personas.

⁴³ Artículo 6.3.º del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (ratificado el 26 de septiembre de 1979, BOE núm. 43, de 10 de octubre de 1979): «Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justi-

Este problema no se solucionó hasta 2003, mediante una sentencia del TC, por lo que se analizará en el siguiente apartado.

Un conflicto que sí resolvió el TC fue la posibilidad de ser asistido por un intérprete en todas las fases del procedimiento, incluso en las fases que no eran propiamente judiciales. El artículo 24 de la Constitución nada establecía al respecto. Era muy frecuente que numerosos extranjeros, provenientes de países no hispano-hablantes, tuvieran dificultades al expresarse en castellano o no lo entendieran; este problema adquiriría una extrema gravedad cuando estas personas se enfrentaban a un proceso judicial, ya que se podían encontrar en una situación de indefensión jurídica, lo que podría atentar contra su dignidad como persona ⁴⁴. La STC 71/1988 ⁴⁵ resolvió este conflicto. Los fundamentos jurídicos de la resolución son una muestra de cómo a través del artículo 10 de la Constitución se puede «completar» un derecho. Merece la pena resaltar el fundamento jurídico tercero que realiza un recorrido por la normativa internacional relativa a derechos fundamentales, añadiendo incluso jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y un informe de la Comisión Europea; todo ello para llegar a la conclusión de que «el derecho a intérprete en las causas o procesos penales ha de ser considerado desde una perspectiva global o totalizadora y en atención al fin para el que está previsto, es decir, el de una defensa adecuada para la obtención de un proceso o juicio justo». Siendo el objeto de este trabajo el resaltar la importancia que ha tenido en determinados momentos la jurisprudencia del TC a la hora de modelar y completar determinados derechos, contenidos en la propia Constitución o en otras normativas, como la relativa a los derechos de los extranjeros, se puede afirmar que esta sentencia resulta de crucial importancia pues perfecciona el derecho a la tutela judicial efectiva, añadiendo una garantía más, que si bien no estaba incluida expresamente, sí se podía inferir de una interpretación del artículo 24.2 a través de lo establecido en el artículo 10 de la Constitución. Y eso es lo que hace el TC; recordar al intérprete de la ley, a los jueces y magistrados, que además de la propia normativa, no deben olvidar que existen otros textos que ayudan a suavizar la extrema rigidez de la ley, afirmando que el derecho a un intérprete «si bien en su aspecto particular y concreto no figura en la ley, dada su peculiaridad, sí puede entenderse comprendido en la misma, interpretada conforme a la Constitución y Convenios internacionales, siempre a favor de la eficacia de los derechos fundamentales de defensa y asistencia letrada» ⁴⁶.

cia lo exijan». El citado artículo no diferenciaba en ningún momento el tipo de jurisdicción que daba derecho a la asistencia letrada gratuita, lo que sí hacía la Ley 1/1996; debemos añadir que este derecho no tiene condicionamiento alguno, lo que sí ocurre con otros derechos del Convenio que se ven supeditados a las restricciones previstas por la ley o que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para salvaguarda la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden, y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos, recogiendo la «coletilla» presente en muchos de los preceptos del texto.

⁴⁴ Tanto el Convenio de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en su artículo 6 como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 incluyen entre los derechos del acusado, el derecho a un intérprete. Ambos textos fueron ratificados por España mucho antes de la entrada en vigor de la Ley 1/1996; si bien la Constitución no recogía literalmente el derecho a un intérprete, a través del artículo 10 de la misma, se puede considerar que éste es un derecho necesario para obtener una tutela judicial efectiva.

⁴⁵ La sentencia otorgó el amparo a dos personas de origen árabe que no habían podido ser asistidas por intérprete en las fases no estrictamente judiciales; el abogado y la procuradora lo solicitaron en numerosas ocasiones, con el fin de poder preparar una defensa correcta, pero el Tribunal realizó una interpretación restrictiva de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que regulaban la designación de intérprete y lo denegó, por solicitarse para una actividad extraprocesal como la entrevista entre el Letrado y su cliente.

⁴⁶ Fundamento jurídico 5.º de la STC 71/1988.

Tal y como se comentaba al principio de este punto, otro de los derechos anexos a las garantías reconocidas en el artículo 24 de la Constitución, es la asistencia jurídica gratuita. Sin embargo, respecto del uso que los extranjeros podían hacer de este derecho, el problema no se solucionó hasta 2003, por lo que se tratará en el siguiente apartado.

A modo de conclusión, dos son las observaciones que debemos extraer de la interacción entre normativa y jurisprudencia ⁴⁷: la Ley Orgánica 7/1985, siendo la primera normativa específica sobre derechos de los extranjeros en España, fue una ley que debió ser «pulida» por la jurisprudencia constitucional y dos fueron las advertencias que se hicieron al legislador; la primera, que existen determinados derechos que no pueden extraerse de la esfera jurídica del extranjero ya que es una persona y esos derechos salvaguardan su dignidad como tal, y, la segunda, que el legislador ha de respetar el núcleo duro de los derechos constitucionales, no entrando éste dentro de la libertad que en cuanto a configuración legal pueda tener ⁴⁸.

III. EL FRENESÍ NORMATIVO Y LOS ÚLTIMOS APORTES JURISPRUDENCIALES: LA LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL Y SU POSTERIOR REFORMA MEDIANTE LA LEY ORGÁNICA 8/2000

Tras 14 años de vigencia de la Ley Orgánica 7/1985, se aprueba en noviembre de 1999 un proyecto de ley orgánica que mejoraba sustancialmente el estatus jurídico del inmigrante. Esta nueva normativa surge como reacción a la anterior ley, aumentando los derechos de los extranjeros, tanto de los que se encontraban en situación regular como irregular, además de facilitar el proceso administrativo que llevaba a obtener los ansiados permisos de residencia y trabajo. Del propio título de la ley orgánica «sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social» se puede deducir el cambio que suponía la entrada en vigor de la nueva norma. Aparecen por primera vez los vocablos *integración social* lo que demuestra que se perfilaba como «una ley receptiva a la incorporación rápida... de los extranjeros a la sociedad española» ⁴⁹.

La Ley Orgánica 4/2000 tuvo un corto periodo de vigencia, pero fue una normativa fruto de un amplio consenso político, y por motivos estrictamente políticos se reformó meses más tarde. Si bien no vamos a entrar, por no ser éste el espacio adecuado ya que es un estudio de carácter jurídico, en las motivaciones de índole política que llevaron a nuestros representantes en las Cáma-

⁴⁷ Véase a este respecto la obra colectiva *Derechos humanos del incapaz, del extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto* (ESADE, Facultad de derecho; J.M. Bosch editor, 1997), ponencia que sobre el tema realiza Gregorio PECES-BARBA (págs. 115 a 122) y la contraponencia que suscribe Teresa FREIXES (págs. 125 a 198).

⁴⁸ Sin olvidar la relevancia de los tratados y convenios internacionales que en materia de derechos fundamentales ha suscrito España.

⁴⁹ «La legislación de extranjería en el debate político», Fernando BRAVO LÓPEZ. *Atlas de la inmigración marroquí en España*, 2004. Observatorio permanente de la inmigración, Universidad Autónoma de Madrid. <http://www.uam.es/otroscentros/TEIM/Observainmigra/Atlas%202004%20inicio.htm>

ras a reformar una ley que poseía una clara intención de desmarcarse de la anterior legislación, sí que vamos a ofrecer una pinceladas de la gama de derechos que ofrecía la normativa en cuestión, tanto a inmigrantes en situación regular como irregular porque es en ese punto donde radica la novedad. Tras su reforma, mediante Ley Orgánica 8/2000, llegó un profundo recorte de los derechos, lo que provocó un aluvión de recursos ante el TC, lo que se analizará en el último punto de este apartado.

1. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social: una ley comprometida con la dignidad de la persona.

El cambio sustancial que se operó con la promulgación de esta nueva ley, frente a la anterior, fue el paso de una normativa caracterizada por su condición de «policial» a una normativa con una larga lista de derechos fundamentales que se podría definir como un «Contrato Social»⁵⁰, ya que incorporaba derechos pero también obligaciones, lo que facilitaba la integración en nuestra sociedad de los recién llegados, y la aceptación del extranjero por parte de los ciudadanos españoles.

Resulta curioso observar el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/2000 que claramente establece que los derechos y libertades otorgados a los extranjeros deberán interpretarse de acuerdo con lo establecido en los Tratados y convenios ratificados por España, haciendo mención expresa de la Declaración Universal de Derechos Humanos, mención que no encontramos en la anterior normativa⁵¹. Si bien la mención de la Declaración pudiera parecer una reiteración sin utilidad alguna, lo que hace es realizar una clara toma de posición a favor de los derechos fundamentales de la persona y la intención de tratar a los extranjeros que llegaban a nuestro país como personas y no partiendo de su condición de foráneo; se realizó una clara apuesta por proteger la dignidad de la persona.

Sin entrar en un análisis pormenorizado de cada derecho establecido en la Ley Orgánica 4/2000, sí que se deben resaltar determinados preceptos, por su cualidad aperturista. El artículo 7 establecía las libertades de reunión y manifestación. Cualquier extranjero podía ejercerlas, sin más limitaciones que las establecidas en la normativa especial al respecto; no se les exigía la condición de residentes ni tampoco autorización administrativa previa⁵², siendo la única condición la puesta en conocimiento de las autoridades públicas la celebración de reuniones o manifestaciones en lugares públicos.

Respecto del derecho de asociación (art. 8) nos encontramos con un precepto de similares características, es decir, sin establecer limitaciones al ejercicio del derecho, excepto las consignadas en la ley orgánica correspondiente y la de poseer la autorización de residencia en el caso de ser promotor de una asociación.

⁵⁰ Retomando las palabras de Fernando OLIVÁN en su artículo «El debate sobre la ley de extranjería. Un análisis jurídico» aparecido en la obra colectiva citada *supra*.

⁵¹ Artículo 3 de la Ley Orgánica 7/1985: «Lo dispuesto en la presente ley se entenderá en todo caso sin perjuicio de lo establecido en las leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que sea parte España».

⁵² La exigencia de autorización administrativa previa ya se había declarado inconstitucional durante la vigencia de la Ley Orgánica 7/1985.

El derecho a la educación se garantizaba para los extranjeros menores de 18 años, sin ningún tipo de condición de carácter administrativo⁵³, simplemente se exigía la residencia si el extranjero pretendía establecer un centro docente o realizar tareas investigadoras. Lo mismo ocurría con el derecho de sindicación y huelga; el artículo 11 desarrollaba estos derechos y simplemente hacía mención a los extranjeros trabajadores⁵⁴. A ello se debe añadir que la propia Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical específica que «A los efectos de esta ley, se consideran trabajadores tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las administraciones públicas»⁵⁵, sin especificarse nada sobre la forma en que dicha relación laboral debe expresarse.

Como se puede observar, las diferencias con la anterior normativa sobre derechos y libertades de los extranjeros son numerosas, lo que demuestra el espíritu conciliador e integrador de la Ley Orgánica 4/2000. Otro derecho que se añadió al decálogo establecido por ésta fue la mención expresa del derecho a la tutela judicial efectiva (mención, como ya se ha señalado, inexistente en la LO 7/1985). En el artículo 18 se establece la configuración de dicho derecho, incluso se legitima a «las organizaciones representativas constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes» para poder intervenir en los procesos administrativos en materia de extranjería. Sin embargo, y dado que aún no había llegado el pronunciamiento del TC al respecto, la asistencia jurídica gratuita para cualquier tipo de procedimiento únicamente se reconocía para los extranjeros en situación regular, excepto si eran procedimientos relativos a la entrada o expulsión del territorio español, garantizándose en este caso también a los extranjeros en situación irregular⁵⁶. Vemos cómo de nuevo se hizo caso omiso de los Tratados y convenios internacionales suscritos por España, donde la asistencia jurídica gratuita está reconocida, y a su vez del artículo 119 de la Constitución donde se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita «en todo caso», siempre que exista, previa acreditación, insuficiencia de recursos para litigar.

Reiterando lo expresado al principio de este punto, las cuestiones políticas no tienen cabida en un estudio jurídico, pero debemos exponerlas (de forma breve) pues por meras razones políticas el espíritu integrador de la Ley Orgánica 4/2000 desapareció para dejar paso a la Ley Orgánica 8/2000 que supuso un retroceso cuantitativo y cualitativo en materia de derechos. Cuando la Ley Orgánica 4/2000 entró en vigor, y dado su carácter integrador en materia de derechos, numerosas voces se alzaron esgrimiendo un posible «efecto llamada» lo que supondría un aumento de la inmigración

⁵³ Como se verá en el siguiente apartado la Ley Orgánica 8/2000 limitó el derecho a la educación de carácter no obligatorio a los extranjeros residentes legales y posteriormente el TC declaró inconstitucional dicha limitación.

⁵⁴ La redacción dada a este artículo podía llevar a confusión pues los trabajadores podían estar en posesión del preceptivo permiso de trabajo o simplemente trabajar de forma irregular, por lo que tanto sindicatos como gobierno lo interpretaron de distintas formas; de hecho, numerosos sindicatos realizaban afiliaciones de trabajadores que no poseían autorización para trabajar, invocando el derecho establecido en la ley orgánica. Podemos encontrar numerosos ejemplos sobre esta situación: la Unión General de Trabajadores de Madrid (Secretaría de Igualdad, Departamento de Inmigración, no consta fecha de publicación) publicó una guía donde se afirmaba que cualquier trabajador poseía el derecho de sindicación y huelga independientemente de su situación administrativa.

⁵⁵ Artículo 1.2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

⁵⁶ Artículo 2 de la Ley Orgánica 4/2000.

que vendría a nuestro país debido al ventajoso sistema de derechos que se ofrecía con la normativa cuestionada ⁵⁷.

La Ley Orgánica 4/2000, como ya hemos dicho, tuvo un corto periodo de vigencia (apenas unos meses), ya que el 23 de enero de 2001 entró en vigor la reforma de la ley orgánica. Veamos ahora qué supuso respecto del estatus jurídico del extranjero y cuáles fueron los pronunciamientos del TC que vinieron a aliviar la extrema rigidez de la reforma legislativa.

2. La Ley Orgánica 4/2000 en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000: un cuestionado retroceso en derechos.

La reforma de la ley orgánica supuso una merma en lo que a derechos se refiere. Se adujeron motivos tanto económicos como jurídicos para realizar dos clarísimas diferenciaciones: entre españoles y extranjeros y entre extranjeros en situación regular y extranjeros en situación irregular.

De los derechos que durante unos meses pudieron disfrutar los extranjeros ⁵⁸, nada quedó con la nueva reforma legislativa practicada. De hecho, se recrudesció la diferencia entre extranjeros regulares e irregulares creando una nueva clase de excluidos ⁵⁹. Las voces que se alzaron en contra de esta reforma fueron numerosas e incluso la tacharon de «moralmente reprobable» ⁶⁰ o de «contrarreforma» ⁶¹.

Retomando los derechos mencionados en el apartado anterior, nos encontramos con la nueva regulación dada al artículo 7 sobre las libertades de reunión y manifestación. De un plumazo, el legislador retiró dichos derechos a los extranjeros y se los concedió únicamente a los extranjeros que tuvie-

⁵⁷ Resulta interesante la lectura del Diario de sesiones del Pleno del Congreso de los Diputados, de 24 de noviembre de 2000; página 2.133 en adelante. El argumento del «efecto llamada», de la capacidad de acogida de España y de los quebrantos económicos y sociales si el aumento de la inmigración continuaba, fueron los razonamientos clave para llevar a cabo la reforma legislativa.

⁵⁸ Como el derecho de asociación, que facilitó la integración de numerosos extranjeros ya que facilitaba el asociacionismo y, por ende, el espíritu de pertenencia a una sociedad como ciudadano de pleno derecho.

⁵⁹ Debemos realizar en este punto una referencia al artículo publicado en la *Revista de Derecho migratorio y extranjería* (núm. 1, año 2002) por Eduard SAGARRA TRÍAS «Un nuevo "status" de extranjero en España (el inmigrante, irregular, empadronado, residente trabajando y con orden de expulsión)» donde se describe la situación que creó la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 (tanto la 8/2000 como las posteriores), dando lugar a absurdos jurídicos y concibiendo un nuevo concepto de excluido social.

⁶⁰ «A la luz de una moral racional, crítica, laica que cree en los principios básicos del individuo y de su libertad para confeccionar planes de vida y de la necesidad de un mutuo respeto entre todos, el actual tratamiento de la inmigración derivado de la llamada Ley de Extranjería, es moralmente reprobable». José MARTÍNEZ DE PISÓN «¿Tienen derechos los inmigrantes?» Conferencia pronunciada en las Jornadas sobre *Los inmigrantes como nuevos actores del desarrollo. Globalización, migración y derechos*. Universidad de Valencia, 29 de octubre de 2004.

⁶¹ Pascual AGUELO afirmó que «la contrarreforma significará un marcado retroceso a las posiciones existentes en el año 1985 en relación con el reconocimiento de los derechos fundamentales y principalmente con aquellos de contenido político. Se da marcha atrás en el camino de la equiparación y se vuelve a la vieja consideración desigual de nacionales y extranjeros en el goce de derechos de contenido constitucional», II Seminario *Inmigración y Derechos Humanos*, Zaragoza, Noviembre 2000.

ran «autorización de estancia o residencia en España». Se debe recordar en este punto lo establecido en la STC 115/1987, respecto de la exigencia de autorización previa que para el derecho de reunión se exigía en la Ley Orgánica 7/1985 «La necesidad de una autorización administrativa previa, referida al ejercicio del derecho de reunión, no es un requisito puramente rituario o procedimental, sobre todo porque nuestra Constitución ha optado por un sistema de reconocimiento pleno del derecho de reunión, sin necesidad de autorización previa (art. 2.1). Esta libertad de reunión sin autorización se constituye así en una facultad necesaria "para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito" (STC 11/1981, de 8 de abril); al imponerse la necesidad de autorización administrativa se está desnaturalizando el derecho de reunión, consagrado en la Constitución "sin supeditarlo a la valoración discrecional y al acto habilitante y de poder implícito de la administración"».

De nuevo, el legislador, ha olvidado la jurisprudencia establecida por el TC y sigue supeditando el ejercicio de un derecho a una autorización de carácter administrativo, en este caso la autorización para residir, anulando su carácter de derecho fundamental; los derechos fundamentales no los otorga un Estado, sino que es la persona, por el mero hecho de serlo, la que posee determinados derechos. La Ley Orgánica 8/2000 otorga la titularidad del derecho, pero somete su ejercicio a la obtención de una autorización administrativa y no a una distinción entre españoles y extranjeros como único criterio diferenciador, tal y como se puede deducir de la Constitución. Sería conveniente retomar las preguntas que se plantea Ignacio GUTIÉRREZ «¿Qué sentido tiene esta distinción entre titularidad y ejercicio de tales derechos fundamentales? Ninguno. En realidad, se consideran con ella los derechos fundamentales desde los criterios dogmáticos de la teoría tradicional de los derechos patrimoniales, del derecho de propiedad. En él sí cabe distinguir entre titularidad y ejercicio; mas las libertades de reunión o de asociación, si no se pueden ejercer, ¿en qué consisten?, ¿Cabría acaso ejercerlas mediante representación legal o voluntaria? Como ha señalado FERRAJOLI [...] aplicar a los derechos de libertad categorías del derecho de propiedad supone la degradación de las garantías inherentes a la dignidad humana». ⁶²

Los comentarios respecto del derecho de reunión y manifestación se deben hacer extensibles a los derechos de asociación, educación, libertad de sindicación y huelga. A todos ellos se añadió la fórmula «podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España» o similar; los extranjeros eran titulares de esos derechos, en igualdad de condiciones que los españoles, pero (y ese pero debería escribirse en mayúsculas) no podían ejercerlos hasta que obtuvieran la autorización para residir, por lo que el legislador había dejado vacío de contenido derechos que, para poder ser realizados, deben ejercerse; si no, qué sentido tiene ser titular del derecho de asociación si la persona no puede efectivamente formar parte de una asociación ⁶³.

Tras la promulgación de esta reforma se interpusieron una miríada de recursos de inconstitucionalidad que tuvo como consecuencia lógica otra miríada de sentencias. Tanto la Junta de Andalu-

⁶² «Constitución española, derechos de los extranjeros», ponencia presentada en el III Seminario Internacional del Instituto Iberoamericano de Estudios constitucionales celebrado en mayo de 2001 bajo el título *La constitución del más débil. Desfavorecid@s en la crisis del Estado social*.

⁶³ Esta situación resulta absurda, jurídicamente hablando, pero también triste ya que en el fondo se está desprestigiando el propio Estado de Derecho.

cia, como el Parlamento Vasco, la Junta de comunidades de Castilla-La Mancha, la Junta de Extremadura, la Comunidad Autónoma de Aragón o el Principado de Asturias interpusieron sendos recursos de inconstitucionalidad, prácticamente idénticos, donde se cuestionaba la constitucionalidad de los preceptos relativos a los derechos de reunión y manifestación, asociación, educación, huelga, sindicación y asistencia jurídica gratuita.

La sentencia que vamos a pasar a analizar es la recaída sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra, la STC 236/2007⁶⁴, por ser el primer pronunciamiento que emitió el TC respecto de la Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000 sobre los derechos y libertades de los extranjeros. Los argumentos generales que presentó dicha Cámara legislativa en contra de la normativa impugnada son principalmente dos: el primero, es el límite del legislador, *ex* artículo 13.1 de la Constitución Española, a la hora de configurar determinados derechos fundamentales cuando son los extranjeros los titulares, añadiendo que determinados derechos derivan directamente de la dignidad y no deben ser limitados en su ejercicio; el segundo, es la presunta contradicción de los preceptos recurridos con los tratados y convenios, suscritos y ratificados por España, en materia de derechos fundamentales.

Antes de entrar en el análisis de los fundamentos jurídicos de la sentencia, debemos resaltar la labor del TC, ya que la base de sus pronunciamientos ha sido el determinar la inconstitucionalidad o no de los preceptos recurridos basándose en la conexión o no de los derechos cuestionados con la dignidad humana. Resulta muy novedoso, pues hasta ahora el Tribunal únicamente se había limitado a establecer a qué derechos podían acogerse los extranjeros y las limitaciones que tenía el legislador al configurarlos, siendo la principal la dignidad de la persona⁶⁵, pero no había realizado un análisis como el que ahora desarrollamos⁶⁶.

Como respuesta al primer argumento general, el Tribunal realiza un interesante comentario, al establecer lo que podría ser un decálogo de «normas» para el legislador que deba establecer qué derechos forman parte del estatus jurídico del extranjero. El Tribunal dispone que el «artículo 13.1 de la Constitución Española concede al legislador una notable libertad para regular los derechos de los extranjeros en España, pudiendo establecer determinadas condiciones para su ejercicio» lo que conlleva, como venimos sosteniendo en este trabajo y sostiene a su vez la jurisprudencia del TC, que los derechos de los extranjeros son derechos de configuración legal⁶⁷. Sin embargo, añade que el legislador «deberá tener en cuenta, en primer lugar, el grado de conexión de los concretos derechos con la garan-

⁶⁴ Únicamente van a analizarse las Sentencias 236/2007 y 259/2007, pues el resto de pronunciamientos únicamente se limitan a hacer referencia al primero. La STC 259/2007 se analiza al haberse pronunciado el Tribunal sobre el derecho de huelga.

⁶⁵ Fundamento jurídico 3.º: «la dignidad de la persona, que encabeza el Título I de la Constitución (art. 10.1 CE), constituye un primer límite a la libertad del legislador a la hora de regular *ex* artículo 13 de la Constitución Española los derechos y libertades de los extranjeros en España». STC 236/2007.

⁶⁶ Carlos ORTEGA, en su artículo «Los derechos fundamentales de los extranjeros después de la STC 236/2007, de 7 de noviembre», resalta este hecho además de afirmar que resulta enormemente complicado «saber qué derechos fundamentales eran los inherentes a la persona y cuáles no, con el nuevo criterio plasmando en esta sentencia, tratando no sólo de distinguir qué derechos pertenecen a la persona en cuanto a tal, sino de averiguar el grado de conexión de un derecho fundamental con la dignidad de la persona, se establece una construcción sólida pero complicada de llevar a la práctica». *Revista de Justicia Administrativa*, número 40, 2008 (págs. 5-30), Editorial Lex Nova.

⁶⁷ Tal y como sostuvo la Sentencia del propio TC 107/1984.

tía de la dignidad humana, según los criterios expuestos; en segundo lugar, el contenido preceptivo del derecho, cuando éste venga reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución; en tercer lugar, y en todo caso, el contenido delimitado para el derecho por la Constitución y los tratados internacionales». Con este pronunciamiento el Tribunal realiza las primeras puntualizaciones, haciendo una síntesis de la jurisprudencia emanada hasta el momento en materia de derechos fundamentales de los extranjeros, advirtiendo al legislador de las fronteras que no podrá sobrepasar.

Respecto del segundo argumento general, el Tribunal reconoce que, si bien las disposiciones que se impugnen deben medirse únicamente por referencia a los preceptos desarrollados en la Constitución, los textos y acuerdos internacionales del artículo 10.2 de la Constitución Española son «una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos».

Veamos ahora cómo el TC determina las vías de conexión entre los derechos cuestionados y la dignidad humana. El derecho de reunión, según jurisprudencia del Tribunal «es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas y reivindicaciones, y cuyos elementos configuradores son el subjetivo –agrupación de personas–, el temporal –duración transitoria–, el finalista –licitud de la finalidad– y el real y objetivo –lugar de celebración–. Por todas, STC 85/1988»⁶⁸. El TC afirma que el derecho de reunión es el cauce a través del cual se da vida al principio democrático participativo, principio a su vez en relación directa con el Estado social y democrático de Derecho. El derecho de reunión se convierte así en canal para el ejercicio de la libertad de expresión en su manifestación colectiva ya que para «muchos grupos sociales este derecho es, en la práctica, uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones». El Tribunal recuerda que no sólo en sede constitucional, sino también en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha declarado la íntima conexión entre el derecho de reunión y la libertad de expresión⁶⁹, además de poder extraerse de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de sus Pactos, y del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos⁷⁰. Con la suma de todas las puntualizaciones que se han reseñado, el Tribunal afirma que «la definición del derecho de

⁶⁸ Hemos querido citar esta definición del concepto de reunión por su interés pero también por la primera aseveración del TC, su conexión directa con la libertad de expresión. Lo que hace el Tribunal es conectar los derechos cuestionados con otros derechos, también fundamentales, pero sobre los que no existe duda alguna de su conexión con la dignidad humana. Sobre este punto volvemos a hacer referencia a la obra de Miguel Ángel ALEGRE «La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español» (véase *supra*) cuando afirma que «las libertades de expresión, información, creación literaria, artística, científica y técnica, cuyo ejercicio tantas veces ha sido impedido por los poderes públicos en todas las latitudes, están también íntimamente ligados a la dignidad de la persona», así como «los derechos de reunión y manifestación [...] y el derecho de asociación se hallan relacionados con la naturaleza del hombre, por lo que su vulneración atenta contra una importante dimensión de la dignidad».

⁶⁹ «La vinculación libertad de expresión-libertad de reunión ha sido igualmente destacada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en muchas de sus sentencias; señalando a este respecto que "la protección de las opiniones y de la libertad de expresarlas constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión" (STEDH caso Stankov, de 13 de febrero de 2003, párrafo 85), y afirmando que "la libertad de expresión constituye uno de los medios principales que permite asegurar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de reunión y de asociación" (STEDH caso Rekvényi, de 20 de mayo de 1999, párrafo 58)».

⁷⁰ Declaración Universal de Derechos Humanos: artículo 20.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: artículo 21; Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos: artículo 11.

reunión realizada por nuestra jurisprudencia, y su vinculación con la dignidad de la persona, derivada de los textos internacionales, imponen al legislador el reconocimiento de un contenido mínimo de aquel derecho a la persona en cuanto tal, cualquiera que sea la situación en que se encuentre [...]» pues es uno de los derechos que fundamenta el «orden político y la paz social» del artículo 10.1 de nuestra Constitución. El Tribunal resolvió la inconstitucionalidad de la parte del precepto que supe- ditaba el ejercicio del derecho de reunión a la obtención de la residencia regular en España.

Respecto del derecho de asociación, el TC realiza el mismo análisis. En primer lugar, establece su contenido, siendo éste «tanto la libertad positiva de asociación como la negativa de no asociarse» de acuerdo con lo establecido por la Declaración Universal de Derechos Humanos que lo desarrolla en su artículo 20⁷¹; en segundo lugar, se hace referencia a sus dimensiones, como la libertad de creación de asociaciones, la libertad de funcionamiento interno sin injerencias públicas o las facultades de los asociados. Tras precisar estos dos puntos, el Tribunal retoma lo establecido en la STC 115/1987, recordando así al legislador que no se pueden establecer diferencias entre españoles y extranjeros obviando los mandatos constitucionales, pues se vaciaría de contenido el derecho en cuestión. Pero lo que resulta más interesante es que se afirma que el derecho de asociación es un derecho clave para el Estado democrático pues «está configurado como una de las libertades públicas capitales de la persona, al asentarse justamente como presupuesto en la libertad, viene a garantizar un ámbito de autonomía personal, y por tanto también el ejercicio con pleno poder de autodeterminación de las facultades que componen esa específica manifestación de la libertad». Por lo tanto, su vinculación a la dignidad humana queda plenamente fijada ya que el derecho de asociación garantiza y protege «el valor de sociabilidad como dimensión esencial de la persona y en cuanto elemento necesario para la comunicación pública en una sociedad democrática». Como ocurrió con el derecho de reunión, el TC decretó inconstitucional la negación del derecho de asociación, en lo que respecta al derecho a pertenecer o no a una asociación, a los extranjeros en situación irregular⁷², por ser éste un derecho inherente a la persona, y, por ende, garante de su dignidad.

Siguiendo el orden establecido en la resolución que se analiza, el siguiente derecho cuestionado es el derecho a la educación, desarrollado en el artículo 9.3⁷³ de la Ley Orgánica 4/2000. El TC, además de estudiar su conexión con la dignidad humana, añade el carácter prestacional que posee dicho derecho. El artículo 27 de la Constitución Española reconoce y desarrolla el derecho a la educación, disponiendo que «Todos tienen derecho a la educación» y ese derecho tendrá como principal fin «el

⁷¹ Artículo 20:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.
2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

⁷² El Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos, en su artículo 11 establece que «Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses» sin más limitaciones que las que puedan derivarse de la protección del orden social, las previstas por la ley o las que impongan la salvaguarda de la seguridad pública. De hecho, los extranjeros en situación irregular no pueden fundar asociaciones, pues no tienen la plena capacidad jurídica debido a su situación administrativa. Esta limitación entra dentro de lo razonable, y de las limitaciones establecidas por el Convenio.

⁷³ Artículo 9.3 de la Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre:

Los extranjeros residentes tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. En concreto, tendrán derecho a acceder a los niveles de educación y enseñanza no previstos en el apartado anterior y a la obtención de las titulaciones que correspondan a cada caso, y al acceso al sistema público de becas y ayudas.

pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales». Se puede afirmar que este inciso, incluido en el artículo mencionado, es la clave de la conexión del derecho a la educación con la dignidad humana. Si cuando analizábamos el derecho de asociación, poníamos de relieve el inmenso valor que posee como canal de realización de la libertad de expresión y como protector del *valor de sociabilidad*, el derecho a la educación es el que facilita los útiles a la persona para integrarse en la sociedad, en la sociedad democrática. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 26, desarrolla el derecho a la educación y define su objeto, siendo «el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos [...]». Por ello, su acceso debe ser garantizado de forma universal, sin supeditarlo a un requisito de orden administrativo, pues se desvirtúa su propio objeto. A ello se añade el carácter prestacional del derecho; el artículo 9.2 de la Constitución Española establece que «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» y el derecho a la educación, facilitar el acceso a todos los niveles educacionales, es el primer paso que el Estado debe dar para garantizar la convivencia y la tolerancia entre todos los miembros de una sociedad democrática⁷⁴, convirtiéndose así en una obligación de carácter positivo⁷⁵ para éste. Por su conexión con la dignidad de la persona y por su carácter de obligación positiva del Estado, una norma no puede imponer límites a un derecho que facilita la integración de ésta en una sociedad democrática. El TC afirma que la conexión de este derecho con la dignidad de la persona es inequívoca «dada la innegable trascendencia que aquélla (por la educación) adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, y para la misma convivencia en sociedad, que se ve reforzada mediante la enseñanza de los valores democráticos y el respeto a los derechos humanos, necesarios para "establecer una sociedad democrática", como reza el Preámbulo de nuestra Constitución»⁷⁶. La enseñanza no obligatoria forma también parte de la educación en general, por lo que no debe encontrar limitación alguna respecto al acceso; de hecho, el inciso «residentes» del artículo cuestionado se eliminó, garantizando así su alcance universal.

El derecho a sindicarse libremente⁷⁷ fue otro derecho cuestionado por recurso de inconstitucionalidad. El derecho a la sindicación es un derecho fundamental pues es la base de la defensa de

⁷⁴ El Preámbulo de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación, expone en su primer párrafo que «La extensión de la educación básica, hasta alcanzar a todos y cada uno de los ciudadanos, constituye, sin duda, un hito histórico en el progreso de las sociedades modernas. En efecto, el desarrollo de la educación, fundamento del progreso de la ciencia y de la técnica, es condición de bienestar social y prosperidad material, y soporte de las libertades individuales en las sociedades democráticas. No es de extrañar, por ello, que el derecho a la educación se haya ido configurando progresivamente como un derecho básico, y que los estados hayan asumido su provisión como un servicio público prioritario». Por lo tanto, no sólo es un deber de los Estados facilitar el acceso general a la educación, sino el remover los obstáculos que impidan a las personas poder acceder a una educación, base de su propia libertad individual.

⁷⁵ En contraposición a las obligaciones de carácter negativo, de no injerencia, que poseen los Estados democráticos.

⁷⁶ Fundamento jurídico 9.º.

⁷⁷ Artículo 11. *Libertad de sindicación y huelga*.

1. Los extranjeros tendrán derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España.
2. De igual modo, cuando estén autorizados a trabajar, podrán ejercer el derecho de huelga.

los derechos de los trabajadores, cauce asociativo para que esos derechos puedan reivindicarse de forma colectiva pues como establece el Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, «la afirmación del principio de la libertad de asociación sindical» es garantía directa de las mejoras en las condiciones de trabajo y de la paz social. A esta afirmación se debe añadir lo expuesto en el Preámbulo de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical que, en el párrafo segundo, establece que «En nuestro ordenamiento constitucional, la facultad de actuar en tutela y defensa de los intereses colectivos de los trabajadores se atribuye a los propios sujetos protagonistas del conflicto, como expresión de su posición de libertad y eligiendo, en ejercicio de su propia autonomía, los medios más congruentes a dicho fin».

Respecto del derecho cuestionado, el Abogado del Estado tachó de absurda la concesión de dicho derecho a los trabajadores que no estuvieran autorizados para trabajar afirmando que «los extranjeros no autorizados para estar o residir en España no están autorizados tampoco para trabajar válidamente, y sería absurdo permitir que quien no está autorizado a trabajar pudiera gozar de estos derechos»⁷⁸. El derecho a la sindicación no sólo se prevé para trabajadores cuya relación contractual sea formal, sino también para todos aquellos cuyas condiciones de trabajo no sean dignas, que se encuentren trabajando de forma irregular, por ser éstos los que se encuentran en una situación de riesgo frente a posibles explotaciones laborales. Por ello, el TC contradice al Abogado del Estado afirmando que: «La concepción según la cual el derecho de libertad sindical se ejercería exclusivamente por quienes ostentan la condición de trabajador en sentido legal, es decir, por quienes "sean sujetos de una relación laboral" [...] no se corresponde con la titularidad del derecho fundamental, ejercitable, entre otras finalidades posibles, en la defensa de los intereses de los trabajadores, para llegar a ostentar tal condición jurídico-formal», añadiendo que puede ser un derecho clave para los extranjeros que se encuentren trabajando en situación irregular, como medio para obtener la regularidad de su situación administrativa y laboral. El TC resolvió la inconstitucionalidad del precepto, excepto en lo referente a la afiliación a organizaciones profesionales.

De igual modo se expresó el TC respecto del derecho a la huelga⁷⁹. La referencia a la regularidad de la situación administrativa para que el extranjero pueda ejercer su derecho a la huelga resul-

Se debe recordar en este apartado el Convenio C87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, de 1948, que entró en vigor en julio de 1950 y fue ratificado por España el 20 de abril de 1977:

Artículo 2

Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

Artículo 3

1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.
2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.

⁷⁸ Fundamento jurídico 9.º.

⁷⁹ STC 259/2007, recurso de inconstitucionalidad núm. 1640/2001, interpuesto por el Letrado de la Junta de Andalucía contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

ta contradictoria con el propio objeto del derecho, ya que se impide ejercer el derecho de huelga a personas que se encuentran en situaciones laborales precarias, incluso abusivas «De esta forma la norma aquí controvertida no garantiza la debida protección de los intereses que, a través del reconocimiento constitucional del derecho de huelga, se tratan de satisfacer»⁸⁰.

El último derecho que se va a analizar es el derecho a la asistencia jurídica gratuita⁸¹, cuyo definición más completa la encontramos en la STC 16/1994, afirmando que el derecho a la asistencia jurídica gratuita es «no sólo garantía de los intereses de los particulares, sino también de los intereses generales de la justicia en tanto tiende a asegurar los principios de contradicción e igualdad procesal entre las partes y a facilitar así al órgano judicial la búsqueda de una sentencia ajustada a Derecho»⁸². En este punto se deberá tener en cuenta la STC 95/2003⁸³ que en su momento ya se pronunció sobre la exigencia de la residencia *legal* respecto de los extranjeros que desearan beneficiarse de la asistencia jurídica gratuita.

La Ley Orgánica 4/2000, en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, únicamente concedía el beneficio de justicia gratuita a los extranjeros que encontrándose en un procedimiento de carácter administrativo en relación con la solicitud de asilo, su expulsión o denegación de entrada, quisieran recurrir dichas decisiones (art. 22.1 LO 4/2000); sin embargo, incluso acreditando falta de recursos, si su caso debía sustanciarse por la vía penal, el beneficio de justicia gratuita únicamente podía ser concedido en igualdad de condiciones que los españoles, a los extranjeros que se encontraran en situación regular. El legislador había hecho, de nuevo, caso omiso, no sólo a los Tratados y convenios suscritos por España relativos a esta materia⁸⁴, sino además a lo establecido en la resolución mencionada arriba del TC. En dicha resolución ya se advirtió al legislador responsable de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, de la relación directa de este beneficio con el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 24 de la Constitución Española, pues es «un derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción»⁸⁵ y añade que, si bien el artículo 119 de la Constitución Española da al legislador una determinada libertad a la hora de configurar dicho beneficio, ésta no es absoluta pues el citado precepto reconoce que «La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar» especificando de forma muy clara el límite subjetivo del derecho, es decir, aquellos que demuestren insuficiencia de recursos. El TC,

⁸⁰ Fundamento jurídico 7.º de la STC 259/2007.

⁸¹ No es el último derecho que analiza la STC 236/2007, pues también se cuestionó la constitucionalidad del derecho a la intimidad en relación a la reagrupación familiar (arts. 12 y 13), pues según la parte recurrente se realizaba una remisión «en blanco» a los reglamentos de desarrollo de la ley y dicha remisión no puede hacerse respecto de un derecho fundamental como es el de la intimidad familiar. No se entrará a analizar el pronunciamiento del TC, que fue negativo al no admitir la inconstitucionalidad del precepto, pues por el derecho en cuestión sería tema suficiente para un estudio específico.

⁸² Tal y como lo refiere Paloma SANZ BARROS (Letrado de la Comunidad de Madrid) en «La asistencia jurídica gratuita: novedades en su regulación estatal y autonómica. La STC 95/2003», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 17, 2003; págs. 11-43.

⁸³ Recurso de inconstitucionalidad núm. 1555/96, promovido por el Defensor del Pueblo contra el inciso «que residan legalmente en España» del apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

⁸⁴ Véase Punto II, apartado 2.º de este estudio.

⁸⁵ Fundamento jurídico 3.º de la STC 95/2003.

en la STC 236/2007, retoma directamente los fundamentos jurídicos expuestos en la STC 95/2003 y declaró inconstitucional el inciso «que residan legalmente en España» pues vulneraba el artículo 24 de la Constitución Española al conceder el beneficio de justicia gratuita únicamente a aquellos que residieran legalmente en España. Por otro lado, y con el ánimo de no parecer este estudio demasiado crítico con la relevante labor del legislador, se debe resaltar la inclusión, en el artículo 22.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de la asistencia de intérprete para aquellos extranjeros con dificultades idiomáticas.

Para finalizar este punto, debemos precisar que las posteriores reformas⁸⁶ sufridas por la Ley Orgánica 4/2000 en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000 no vinieron a mejorar el estatuto jurídico del extranjero, por lo que el objeto de este estudio se ha cumplido, y es el demostrar la enorme importancia de las resoluciones del TC respecto de los derechos fundamentales que amparan a los nuevos ciudadanos.

CONCLUSIONES

Del presente estudio podemos extraer varias conclusiones, siendo la primera la extrema importancia que posee el desarrollo del concepto de dignidad humana y la protección y garantía de ésta, cuando tratamos temas relativos a los derechos fundamentales de la persona. El TC, a lo largo de las resoluciones que han sido analizadas en este trabajo, ha afirmado en numerosas ocasiones que el límite que ni legislador ni juez deben sobrepasar en su labor diaria es el respeto de la dignidad de la persona. Y de la dignidad derivan derechos fundamentales para el pleno desarrollo de la persona, por lo que no es el Estado el que debe otorgar determinados derechos, sino que éstos pertenecen a la persona por el mero hecho de serlo.

La segunda conclusión, de índole más técnica, es la cualidad de los derechos fundamentales de los extranjeros, como derechos de configuración legal; esto no quiere decir que el legislador tenga libertad plena para limitar o negar derechos al extranjero. El TC ha admitido que se pueda realizar una ligera diferenciación sobre la base de la nacionalidad pero no negar un derecho por ser extranjero o por estar en situación irregular. Además de la dignidad, el TC acota esa libertad de configuración recordando al legislador que los tratados y convenios en materia de derechos fundamentales deben ser tenidos en cuenta tanto a la hora de legislar como de interpretar las leyes.

En general, debemos considerar positivamente la labor de la jurisprudencia del TC, pues ha sido éste, tal y como hemos podido ver a lo largo del trabajo, el ente que ha jugado el papel más importante: ha sido la conciencia del legislador. Su papel ha sido relevante pues actualmente los extranjeros, tanto en situación regular como irregular, disfrutan de determinados derechos fundamentales que antes de su intervención, no hubieran podido alcanzar.

⁸⁶ Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros y la Ley 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

Actualmente se encuentra en trámite una nueva reforma de la «Ley de extranjería». Según el proyecto, y en lo que respecta a los derechos fundamentales, se han incorporado las novedades surgidas de los últimos pronunciamientos del TC que aquí se han analizado, por lo que desaparece la *indigna* diferenciación entre extranjeros en situación regular e irregular ⁸⁷.

Y para finalizar, citar simplemente, haciéndolo mío, a modo de *desiderátum*, que «el presente trabajo parte de la dignidad de la persona (sea cual fuere su estatus migratorio, regular o irregular, siempre pugnando por la regularidad, que a todos beneficia) y reafirma la urgente necesidad de recuperar a la persona como eje central de cualquier política, incluida, sin excepciones, la migratoria». ⁸⁸

⁸⁷ Aunque sí aparece una diferenciación, entre los extranjeros residentes legales, pues el futuro artículo 13 beneficiará (en cuanto a las ayudas en materia de vivienda) a los extranjeros residentes de larga duración, frente a los que sean «nuevos» residentes; habrá que estar a la espera de qué plazo de tiempo estima el legislador como suficiente, si bien parece, por ahora, una clara discriminación.

⁸⁸ «El marco jurídico de los "Nuevos aragoneses"» Pascual AGUELO y Ángel G. CHUECA. *Cuadernos Intermigra*, núm. 4, 2008.