

# Derechos fundamentales y libertades públicas de los inmigrantes en España

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. ARTÍCULOS 10 Y 13 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LOS MISMOS.—III. LA LEY ORGÁNICA 8/2000, DE 22 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL.—IV. DIVERSOS PLANTEAMIENTOS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY ORGÁNICA 8/2000.

## I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente artículo es el estudio de los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros no comunitarios en España. Esta distinción entre extranjeros comunitarios y no comunitarios es muy relevante en tanto que, como se verá, buena parte de la posibilidad del ejercicio de algunos de estos derechos y libertades pivota sobre la circunstancia de que los extranjeros posean o no residencia legal en España, circunstancia ésta que, obviamente, no afecta los extranjeros comunitarios, lo que, además, se recoge expresamente en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, según la redacción dada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, a su artículo 1.3: «Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables.»

La primera Ley de Extranjería post-constitucional fue la Ley Orgánica 7/1985 y hasta la Ley Orgánica 4/2000 estuvo plenamente vigente en nuestro ordenamiento la exigencia de la residencia legal en España como un

---

★ Letrada de la Asamblea de Madrid.

criterio constitucionalmente válido para establecer diferencias en la regulación del ejercicio de determinados derechos y libertades. También es importante subrayar que dicha exigencia no fue motivo de impugnación en el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 7/1985 planteado por el Defensor del Pueblo. Es importante destacar estos dos aspectos porque la no cuestionada exigencia de residencia legal habría podido influir en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia del ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en España, dado que el presupuesto de hecho sobre su residencia era la legalidad.

En la actualidad la regulación en materia de extranjería con rango constitucional, y en particular en lo relativo a los derechos fundamentales y libertades públicas, se enmarca en la Constitución Española, específicamente en los artículos 10 y 13, aunque sin olvidar los preceptos reguladores de cada uno de los derechos y libertades, cuyas redacciones son relevantes y han sido de gran importancia para la interpretación constitucional. También se enmarca en los Tratados Internacionales sobre la materia ratificados por España, entre los que cabe destacar:

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977.
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977.
- El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979. El Cuarto Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos no se encuentra ratificado por España.
- La Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961, ratificada mediante Instrumento de 29 de abril de 1980.

Lo dispuesto en los Tratados ratificados por nuestro país es el límite infranqueable, a nivel constitucional, para el legislador en el establecimiento de una regulación diversa para nacionales y extranjeros del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Desde el rango legal, la normativa en materia de extranjería se configura por la legislación específica, es decir, la Ley Orgánica 4/2000, modificada por las Leyes Orgánicas 8/2000, 11/2003 y 14/2003, sin olvidar, como venimos indicando, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que es muy relevante en esta cuestión.

## II. ARTÍCULOS 10 Y 13 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LOS MISMOS

El artículo 10 de la Constitución dispone:

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

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.»

En virtud de esta disposición constitucional adquiere valor interno la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; así lo determinó la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional por primera vez mediante STC de 23 de noviembre de 1981.

Por su parte, y de forma mucho más concreta en lo que a los extranjeros se refiere, el artículo 13 dispone:

«1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.

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

3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo.

4. La ley establecerá los términos en los que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.»

Para el desarrollo del presente trabajo nos detendremos en los dos primeros apartados de este precepto: del primero se desprende, por un lado, que los extranjeros son titulares de los mismos derechos y libertades que los reconocidos a los españoles; y, por otro lado, que la forma y modo de ejercicio de tales derechos se determinará según lo que dispongan los tratados y la ley. Ello implica que es necesario determinar cuál es el límite del legislador en la regulación del ejercicio de los derechos y libertades, ya que no se trata de una remisión en el sentido de que todo el contenido de los derechos quede en manos del legislador o de los tratados.

Respecto del segundo apartado, parece que el derecho del artículo 23, es el único del que se excluye a los extranjeros, lo que *contrario sensu* implicaría que todos los demás derechos y libertades son de titularidad igual tanto para

españoles como para extranjeros, aunque para éstos su ejercicio vendrá condicionado por lo dispuesto por los tratados y la ley.

El Tribunal Constitucional se pronuncia por primera vez sobre esta materia mediante STC 107/1984, en cuyo FJ 4.º desautoriza la teoría de que los derechos de los extranjeros hayan quedado fuera de la Constitución mediante una remisión de ésta a los tratados y a la ley. Para el Tribunal Constitucional esta remisión «no supone, sin embargo, (...) que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la ley, sino de las libertades «que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley», de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados —dentro de su específica regulación— de protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal. Esta configuración puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad y ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto a tal y no como ciudadano, o, si se rehúye de esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme el artículo 10.1 de nuestra Constitución, constituye el fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos con relación a los españoles.»

En la STC 99/1985 el Tribunal Constitucional indica que «uno de estos derechos es el que «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales», según dice el artículo 24.1 de nuestra Constitución; ello es así no sólo por la dicción literal del citado artículo («todas las personas»), sino porque a esa misma conclusión se llega interpretándolo, según exige el artículo 10.2 de la CE, de conformidad con el artículo 10 del Declaración Universal de Derechos Humanos» (FJ 2.º). Esto permite que los extranjeros estén legitimados a recurrir en amparo por vulneración de sus derechos fundamentales, por más que los artículos 53.2 CE y 41.2 LOTC se refieran a «los ciudadanos».

En la STC 115/1987 señala a la libertad individual como otro de estos derechos: «El derecho a la libertad del artículo 17 de la Constitución, el cual es un derecho inherente a la persona humana, de aquellos que según la STC 107/1984, de 23 de noviembre, corresponden por igual a españoles y extranjeros» (FJ 1.º).

A la luz de esta Jurisprudencia<sup>1</sup> se observa con claridad que en estos derechos «de configuración legal» la libertad del legislador para su configuración

<sup>1</sup> Otras SSTC relevantes, sin ánimo exhaustivo: 130/1995; 91/2000; 95/2000; 95/2003.

no alcanza a los derechos directamente vinculados a la dignidad de la persona. El problema es que la Constitución no resuelve cuáles son los derechos y libertades que, a causa de su vinculación con la dignidad de la persona, son indisponibles a la configuración del legislador.

El Tribunal Constitucional en la STC 107/1984 establece una clasificación: «Existen derechos que corresponden por igual a españoles y 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 artículo 23 de la Constitución, según dispone el artículo 13.2 y con la salvedad que contiene; 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» (FJ 4.º).

Dejando a un lado la confusión de la última afirmación en torno a la pertenencia y ejercicio de los derechos por los extranjeros, lo cierto es que pese a esta clasificación el Tribunal Constitucional tampoco determina cuáles son los derechos indisponibles y cuáles los disponibles en cuanto a las condiciones de su ejercicio. Respecto de estos segundos la cuestión sí ha sido aclarada por el Tribunal Constitucional en diferentes sentencias, enunciando los derechos de reunión, manifestación, asociación, educación, sindicación y huelga.

La STC 115/1987, relativa al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra la Ley Orgánica 7/1985, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España, profundiza más en esta cuestión al exponer que hay derechos cuya vinculación con la dignidad humana podría ser discutible, pero que son de titularidad también de los extranjeros por mandato constitucional al disponer la propia Constitución una titularidad genérica y no específica para «los españoles» o «los ciudadanos». De esta manera, de forma negativa, el Tribunal Constitucional determina cuáles son los derechos sobre los que el legislador puede decidir la titularidad o no por parte de los extranjeros: únicamente aquellos que la Constitución, de forma expresa, reserva a los españoles o ciudadanos, a excepción de los derechos del artículo 23, cuya titularidad sólo podrá corresponder a los españoles, salvo en los términos expuestos por el artículo 13.2.

Esta STC fue, pese a este esclarecimiento, muy controvertida en lo relativo a los límites que el legislador tendría en la configuración del contenido de los derechos reconocidos por la Constitución a los extranjeros, pero no vinculados con la dignidad de la persona. El criterio mayoritario del Tribunal fue que dicho límite se encontraba en el contenido esencial de los derechos constitucionalmente garantizados, los tres Magistrados que suscribieron voto particular, por el contrario, entendieron que dicho límite se encontraba en los tratados internacionales sobre la materia, por *mor* de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la propia Constitución.

El Defensor del Pueblo entendió en su recurso que la posibilidad de suspensión o disolución de asociaciones de extranjeros por el Consejo de Ministros vulneraba el artículo 22.4 CE, que atribuye exclusivamente a la autoridad judicial estas facultades. Sobre este particular la STC 115/1987 indica: «El

problema así planteado es el de si el artículo 13.1 de la Constitución habilita o no al legislador a establecer una excepción para los extranjeros de la regla contenida en el artículo 22.4 de la CE. El artículo 13.1 de la Constitución reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros, a los que es de aplicación también el mandato contenido en el artículo 22.4 de la CE. Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra cosa es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales.»

Para los Magistrados firmantes del voto particular esta interpretación hace que el artículo 13.1 de la Constitución «queda totalmente vaciado de contenido, pues es claro que si su significación se redujese, como se pretende, a la habilitación al legislador para modular o regular de manera distinta los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en relación con los de los españoles, pero sin traspasar en ningún momento los límites implícitos o explícitos que el contenido constitucionalmente garantizado de estos derechos ha de tener, el precepto en cuestión resultaría perfectamente superfluo, pues la posibilidad de esa regulación diferenciada se deduce ya «a contrario» del artículo 14 de la CE, que refiere sólo a los españoles el principio de igualdad ante la Ley. (...) No cabe decir, ciertamente, que el legislador español no se vea de alguna manera limitado al regular las libertades públicas de los extranjeros, pero esos límites no derivan de los enunciados constitucionales que consagran las libertades públicas de los españoles, sino de los tratados internacionales, bien porque éstos imponen un trato especial para los nacionales de Estados determinados, bien porque obligan al Estado español en relación con todos los extranjeros, sea cual fuere su origen.»

Me parece más correcta la tesis mayoritaria al abundar en que la Constitución no «consagra las libertades públicas de los españoles» nada más que cuando los cita bien como tales o bien como ciudadanos, consagrando las libertades públicas de todos, españoles o no, en el resto de los supuestos<sup>2</sup>.

Este voto particular, no obstante mi personal opinión, fue la primera manifestación del posterior criterio mayoritario del Tribunal Constitucional que entiende que el legislador tiene la posibilidad de atribuir derechos a los extranjeros con los límites no de la regulación constitucional de los mismos derechos para los españoles, sino de la regulación de tales derechos en los tratados internacionales ratificados por España, la cual muy bien podría ser menos garantista en relación al ejercicio del derecho que la establecida en la Constitución.

La STC 94/1993, sobre la libertad de circulación y residencia, recoge: «La libertad del legislador al configurar los derechos de los nacionales de los dis-

---

<sup>2</sup> Siempre recordando la especial reserva en exclusiva a los españoles del derecho de sufragio como manifestación y ejercicio de la soberanía popular.

tintos Estados, en cuanto a su entrada y permanencia en España, es sin duda alguna amplia. Pero no es en modo alguno absoluta, como da por supuesto la Sentencia impugnada en este recurso de amparo. El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966 que —a diferencia del Cuarto Protocolo del CEDH— se encuentra ratificado por España, no puede ser ignorado a la hora de interpretar los artículos 18 y 13 de la Constitución, por imperativo de su artículo 10.2. Las leyes y tratados que regulan la circulación de extranjeros en España deben respetar el grado limitado, pero cierto, de libertad que reconocen los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional a todas las personas que se hallen legalmente en el territorio del Estado» (FJ 3.º).

Entiendo, no obstante, que la consideración de que el legislador esté limitado, para la regulación del contenido de los derechos de los extranjeros, por los tratados internacionales no es óbice para que también la propia Constitución contenga límites precisamente en la regulación de esos mismos derechos, en realidad, el propio Tribunal Constitucional en STC 292/2000, de 30 de noviembre, señala que ni los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite el artículo 10.2 de la CE ni el derecho comunitario derivado «poseen rango constitucional y, por tanto, no constituyen canon de la constitucionalidad de las normas con rango de ley», lo que significa que su facultad limitativa para el legislador únicamente trae causa de la propia Constitución (art. 10.2).

### III. LA LEY ORGÁNICA 8/2000, DE 22 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL

Con el objeto de no resultar reiterativa sobre la legislación aplicable en materia de extranjería en nuestro ordenamiento jurídico, me remitiré a lo expuesto en la introducción del presente trabajo, subrayando, en cualquier caso, que la Ley Orgánica 8/2000 constituye una Ley Orgánica de modificación o de reforma, cuya inmediatez temporal respecto de la Ley Orgánica modificada se explica por el cambio de Legislatura y de mayoría de Gobierno tras las elecciones generales celebradas en el año 2000. En efecto, la Ley Orgánica 4/2000 fue aprobada por todos los parlamentarios de oposición, pero fue votada en contra por el grupo que sostenía al Gobierno, ello determinó que, tras las elecciones generales y saldadas éstas con una nueva victoria, esta vez por mayoría absoluta, el Gobierno procediese a modificar la Ley Orgánica en diciembre del mismo año.

Esta Ley Orgánica 8/2000 es una de las normas más controvertidas desde el punto de vista de la constitucionalidad que han existido en nuestra historia constitucional, estableciéndose, además, el debate en términos muy radicales, en el sentido de o bien encontrar a la norma sin ningún vestigio de constitucionalidad o bien, por el contrario, encontrarla como el paradigma

del encaje en nuestra Norma Fundamental, ello, sin duda, ha sido debido a la fuerte carga política de esta materia. Procuraremos, por ello, en este trabajo realizar un examen estricto de constitucionalidad ciñéndonos sólo al ámbito de lo jurídico, a salvo, naturalmente de la Resolución que en su día emita el Tribunal Constitucional, que es, no lo olvidemos, el único órgano y sujeto legitimado en nuestro ordenamiento para emitir juicios válidos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes.

En el ámbito de los derechos y libertades de los extranjeros, el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 8/2000 establece: «Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles.»

Examinando este precepto observamos, en primer lugar, que se reconoce a los extranjeros la titularidad de todos los derechos y libertades regulados en el Título I de nuestra Norma Fundamental, en los términos previstos en los Tratados internacionales y en las leyes reguladoras de dichos derechos y libertades en nuestro ordenamiento. En segundo lugar, encontramos que el legislador distingue entre titularidad y ejercicio de los derechos, pues expone que el ejercicio (no la titularidad) de estos derechos se efectuará en condiciones de igualdad «como criterio interpretativo general», por lo que, en tercer lugar, encontramos que lo que se establece es un criterio interpretativo, lo que supone, en realidad, una diferencia desde el punto de vista jurídico, ya que, de lo contrario, hubiera bastado una remisión genérica a la Constitución y a las normas reguladoras del ejercicio de cada uno de los derechos para los españoles sin incluir la reserva de un criterio interpretativo general, lo que implica que existirán excepciones.

El legislador positiviza que su poder para decidir sobre el ejercicio de estos derechos y libertades para los extranjeros se encuentra limitado por la Constitución y los Tratados, lo que, hasta el momento, sólo se encontraba en un estudio de la Jurisprudencia constitucional, así el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 8/2000 dispone: «Lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte.»

Por otro lado, el artículo 3.2 también dispone: «Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de conductas o actos contrarios a las mismas.» Este precepto me parece de capital importancia en tanto en cuanto consagra los derechos fundamentales con carácter prevalente sobre cualesquiera aspectos culturales, religiosos o ideológicos de los extranjeros en caso de conflicto entre ellos.



#### IV. DIVERSOS PLANTEAMIENTOS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY ORGÁNICA 8/2000<sup>3</sup>

Anteriormente señalábamos que la Ley Orgánica 8/2000 ha sido una de las más controvertidas desde el punto de vista de su constitucionalidad, pues no en vano ha sido objeto de la interposición de nueve recursos de inconstitucionalidad, circunstancia que se extremó más cuando el Defensor del Pueblo no estimó inconstitucionalidad alguna para la interposición de recurso.

Para Tajadura Tejada existen cinco cuestiones básicas sobre las que cuestionarse la constitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000:

- Limitaciones de los derechos y libertades de reunión, manifestación, asociación, libertad sindical y huelga.
- Sentido de la distinción entre titularidad y ejercicio de los derechos.
- Residencia legal en España como criterio para establecer diferencias entre extranjeros en el ejercicio de determinados derechos.
- Exigencia de disponer del permiso de trabajo para el ejercicio del derecho de huelga.
- Limitaciones al derecho de asistencia jurídica gratuita.

Como ya expusimos más arriba, el Tribunal Constitucional ha determinado la existencia de unos derechos cuya vinculación con la dignidad de la persona impide que el legislador disponga diferencias entre nacionales y extranjeros en el ámbito de estos derechos (derecho a la vida, integridad física y moral, libertad ideológica, religiosa y de culto, intimidad personal, libertad personal, tutela judicial efectiva).

Existen otros derechos, por el contrario, en los que, al no existir dicha vinculación con la dignidad de la persona, existe disponibilidad para que el legislador pueda establecer diferencias entre españoles y extranjeros, dentro del respeto a la Constitución y a los Tratados internacionales.

Desde la STC 115/1987 quedó admitido por el Tribunal Constitucional el hecho de que el legislador puede «establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de extranjeros», ello implícitamente supone la distinción entre titularidad y ejercicio.

La principal condición adicional establecida por la Ley Orgánica 8/2000 es la de que el extranjero resida legalmente en España para poder ejercer los derechos no vinculados directamente con la dignidad de la persona, lo que impide, *sensu contrario* su ejercicio a aquellos extranjeros que no residan legalmente en España. Ello *de facto* entraña un resultado igual al que se produciría si no existiese titularidad del derecho; no obstante, no es igual *de iure*, toda vez que, cumplida la condición de residir legalmente en España, el extranjero podría ejercitar su derecho, lo que sería imposible si no ostentase la titularidad del mismo.

---

<sup>3</sup> Tajadura Tejada, Javier: «Constitución y extranjería: los derechos de los extranjeros no comunitarios en España», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 7, noviembre de 2004.

Como ya mencionamos con anterioridad, toda la Jurisprudencia constitucional sobre extranjería ha sido emitida sobre el presupuesto de residencia legal, por lo que es la primera vez que al Tribunal Constitucional se le plantea si la residencia legal en España es un criterio constitucional para establecer diferencias en la regulación del ejercicio de determinados derechos y libertades.

Los derechos de reunión, manifestación y sindicación son considerados derechos en los que el contrapunto es el orden público, según indica Pérez Calvo, citado por Tajadura Tejada:

El artículo 21 CE, regulador del derecho de reunión, dispone:

«1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa.

2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.»

Los requisitos de que la reunión sea pacífica y sin armas, y la obligatoriedad de comunicación previa de la manifestación a la autoridad son manifestaciones de ese contrapunto de orden público.

El artículo 22 CE, regulador del derecho de asociación recoge también este planteamiento en sus apartados 2 y 5:

«2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.

5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.»

Esta vinculación con el respeto al orden público es muy relevante, en tanto en cuanto, es la propia Constitución la que determina limitaciones al ejercicio de estos derechos a favor del orden público, limitaciones que, dado su carácter constitucional afectarán tanto a españoles como a extranjeros. Desde esta perspectiva, parece razonable que el Estado pueda identificar a quienes ejercen estos derechos, lo que, con la actual normativa sólo es posible en caso de residencia legal. Siguiendo a Pérez Calvo, citado por Tajadura Tejada, «la posibilidad jurídica del ejercicio de estos derechos por extranjeros que se hallen en situación ilegal en España supondría una desigualdad no sólo frente a otros extranjeros en situación legal, sino incluso, frente a los mismos españoles. Con las consecuencias respecto a las posibilidades de identificación de las personas que conlleva la estancia legal o ilegal en España.»

Cuestión distinta, y que excede del ámbito del presente trabajo, son los requisitos y procedimientos para la obtención de la residencia legal en España y del permiso de trabajo, los cuales, en tanto en cuanto afectan al ejercicio de derechos que nuestro ordenamiento constitucional califica de «fundamentales» deberían facilitarse para los extranjeros con voluntad de permanencia en nuestro país y de respeto a nuestro ordenamiento jurídico, alternativamente,

podría eliminarse esa condición para el ejercicio de los derechos por extranjeros, pues no olvidemos que es una condición que establece diferencias de ejercicio de los derechos no entre españoles y extranjeros (tema ampliamente expuesto ya), sino entre extranjeros con residencia legal y extranjeros sin residencia legal.

Respecto a los derechos de sindicación y huelga, ambos son regulados en el artículo 28 de la CE:

«1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos Armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.

2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.»

La ausencia del requisito de residencia legal sólo podría afectar al derecho de afiliación sindical, ya que la fundación de sindicatos requiere un procedimiento administrativo que entraña la residencia legal para su tramitación. Según la opinión de Tajadura Tejada, no es un derecho con vinculación directa con la dignidad de la persona, por lo que el legislador puede añadir condicionamientos para su ejercicio, como la residencia legal.

Respecto al derecho de huelga, la Ley Orgánica 8/2000 exige a los extranjeros la posesión del permiso de trabajo para su ejercicio. La realidad española se impone sobre esta normativa al evidenciarse la existencia de trabajadores sin permiso de trabajo, circunstancia que implica que sus condiciones laborales sean, frecuentemente, más gravosas que las de los extranjeros con permiso de trabajo y que las de los españoles. En un Estado Social, como lo es el español, por prescripción constitucional, de hecho es un elemento constitutivo de nuestro Estado (art. 1.1 CE). Los derechos laborales, como jornada, salario, descansos, etc., están directamente vinculados con la dignidad de la persona en cuanto trabajador. Desde este planteamiento, como indica Tajadura Tejada, «el derecho de huelga reviste un carácter instrumental respecto a los derechos inherentes a la dignidad de la persona y por ello, respecto al mismo, no resultan constitucionalmente admisibles las limitaciones impuestas. (...) El derecho de huelga no es un derecho frente al Estado, sino frente a terceros, los empleadores. Impedir su ejercicio a los extranjeros que trabajan sin el correspondiente permiso o autorización, supone desequilibrar *de facto* y *de iure* la relación laboral, ya de por sí y por su propia naturaleza manifiestamente desigual, a favor del empleador, reforzando así su posición de absoluto predominio. Este predominio resulta incompatible con el orden material de valores sobre el que la Constitución del Estado Social reposa».

La Ley Orgánica 8/2000 excluye del derecho a la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros en situación de ilegalidad, salvo en los procedimientos de denegación de entrada, devolución, expulsión del territorio nacional o asilo.

La Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, ya establecía este requisito, lo que determinó su impugnación por el Defensor del Pueblo, la cual se resolvió mediante STC 95/2003, según la cual el derecho a la asistencia jurídica gratuita «consagra un derecho instrumental respecto al derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el artículo 24.1 CE (...) que se deberá reconocer en todo caso respecto a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar». Dado que, según la doctrina del Tribunal Constitucional, los derechos contenidos en el artículo 24 CE «son inmediatamente inherentes a la dignidad humana», privar a los extranjeros sin residencia legal de esta asistencia equivale a privarles de la tutela judicial efectiva, lo cual es claramente contrario a la Constitución.