

## LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS: TITULARIDAD Y LIMITACIÓN.

Eduardo Roig Molés

Departamento de Derecho Constitucional. Universidad de Barcelona

Sumario: 1- La constitucionalización del régimen de extranjería. 2.- Los derechos constitucionales de los extranjeros: ¿un problema de titularidad y de categorías de derechos, o una cuestión de desarrollo legal de derechos constitucionales de los extranjeros? A) La crisis de la distinción en grupos de derechos en la jurisprudencia constitucional y la legislación B) La insuficiencia de los criterios de distinción entre derechos y sus consecuencias sobre su disfrute por los extranjeros. C) La vuelta a las reglas generales de limitación de los derechos fundamentales: política de inmigración y proporcionalidad: la diversificación del estatuto del extranjero. 3. Inmigración y principio de igualdad. 4.- El estatuto constitucional de los extranjeros: finalidades generales que posibilitan la introducción de límites justificados a sus derechos

### 1.- La constitucionalización del régimen de extranjería

Como ocurre en otros ámbitos, también la protección de los derechos fundamentales ilustra el carácter tardío y progresivo de la constitucionalización del derecho de extranjería, así como su método fragmentario(1). La comprensión inicial del art. 13 CE, ilustrada en las alegaciones del Abogado del Estado en la STC 107/1984, se resumía en una remisión en todo del estatuto de los extranjeros a la Ley, concepción que pervive en algunas afirmaciones de la propia Sentencia, ya sin embargo muy matizadas, como las que tajantemente afirman que los derechos de los extranjeros “son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal” (FJ 3)(2) . Culminación final de esta concepción es la exclusión absoluta del régimen de extranjería del ámbito de aplicación del principio de igualdad en cuanto a la comparación entre españoles y extranjeros, afirmando así la citada Sentencia en su tono característicamente rotundo que “la desigualdad resultante en relación a los españoles no es, en consecuencia, inconstitucional, y no porque se encuentre justificada en razones atendibles sino, más sencillamente, porque en esta materia nada exige que deba existir la igualdad de trato”(3) .

En cualquier caso, el Tribunal a pesar de estas afirmaciones, defiende ya desde esta primera Sentencia la existencia de un mínimo constitucional aplicable a los extranjeros, incluso en condiciones de igualdad con los españoles, mínimo que se identifica con “aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano” o “aquéllos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”, expresiones llamadas a desempeñar un importante papel en el debate actual sobre las previsiones de la LO 8/2000. Se da así nacimiento a una clasificación tripartita que distingue entre aquellos derechos que pertenecen a los extranjeros en condiciones de igualdad con los nacionales, aquellos derechos que en ningún caso pueden pertenecer a los extranjeros ni

tan sólo por previsión legal (art. 23 CE), y aquéllos cuyo ejercicio por parte de los extranjeros podrá ser sometido a diferencias de trato con los españoles(4).

Se completa así un primer cuadro de estatuto constitucional del extranjero que, formalmente por lo menos, pervivirá en la jurisprudencia constitucional y en la doctrina hasta la actualidad(5), aunque con numerosas cuestiones abiertas: señaladamente el criterio de distinción entre estas categorías y por tanto los derechos que corresponden a cada una de ellas, los eventuales límites de la ley en la categoría de los derechos que pueden reconocerse con diferencias respecto de los nacionales en cuanto a su ejercicio, y el propio concepto de ejercicio como distinto del de titularidad.

En cualquier caso la Sentencia transforma una comprensión original del art. 13 CE como mera habilitación (y reserva) legal para constituirlo en norma que pone de manifiesto la existencia de un estatuto constitucional del extranjero protegido frente al legislador y da inicio así a un proceso de identificación progresiva de un derecho constitucional material de la extranjería, por oposición a las cuestiones formales que hemos analizado hasta ahora. Este proceso, que se describe brevemente en el próximo epígrafe hasta el debate actual y sus posibilidades de resolución, se encuentra íntimamente vinculado con el progresivo desarrollo de instrumentos internacionales de protección de los derechos de los extranjeros que se imponen también en buena parte de los casos, al legislador español. No se trata tan sólo de la ratificación de acuerdos internacionales referidos específicamente a este ámbito, sino sobre todo de la aplicación creciente de los compromisos internacionales ya existentes y referidos a los nacionales también a los residentes, en situación regular o irregular. Especial relevancia a este respecto cobra la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos(6) que ha elaborado una amplia e intensa jurisprudencia a lo largo de los años ochenta y, sobre todo, noventa, de protección de los extranjeros en base a los derechos a la vida y la integridad física o la prohibición de tratos degradantes (prohibición de expulsiones que ponen en peligro los derechos fundamentales en el país de origen(7) ), intimidad (protección de la institución de la reagrupación familiar, comprendida en este derecho(8), prohibición de medidas de alejamiento que lesionen este derecho(9) ), libertad deambulatoria (condiciones de la privación de libertad del extranjero en el marco de procedimientos de expulsión, rechazo o retención en frontera(10) ), tutela judicial (acceso a los tribunales(11) y derechos en el proceso(12)) o derecho a la defensa en el procedimiento administrativo(13), y recientemente, derecho de manifestación(14). En cambio el proceso de desarrollo del derecho internacional específicamente referido a los extranjeros en el marco del Consejo de Europa no ha conseguido el adecuado eco en España que, al igual que la mayoría de los países del Consejo, no ha ratificado los correspondientes textos(15). Un impulso mayor si cabe puede tener en el futuro esta situación a través del eventual desarrollo de las competencias comunitarias en la materia, a las que ya se ha hecho referencia pero que en cualquier caso escapan ya del ámbito del derecho internacional para convertirse en auténticas reformas del ordenamiento aplicable en España, frecuentemente con primacía frente a la propia Constitución. En cualquier caso no debe olvidarse que ya actualmente el derecho comunitario impone un régimen específico para aquellos extranjeros vinculados a nacionales comunitarios, o incluso para nacionales de terceros países que a través de Acuerdos con la Comunidad asumen un estatuto específico, más cercano al del comunitario que al del extranjero(16), y que sigue vivo el debate sobre la aplicación a los extranjeros residentes de larga duración de los derechos propios del ciudadano

comunitario, o, mejor dicho, su integración en el propio concepto de ciudadanía europea(17).

A través de la cláusula del art. 10.2 CE este desarrollo convencional y jurisprudencial encuentra su entrada en el mismo nivel constitucional español(18), y en cualquier caso se configura como un límite de especial intensidad para el legislador no sólo en los ámbitos ya protegidos por la Constitución, sino incluso en aquéllos (la residencia del extranjero o la posibilidad de expulsión) más estrictamente sometidos a posibilidad de trato diferenciado por parte del legislador. Así pues, la Constitución no sólo impone una serie de límites formales (señaladamente la reserva de ley) al desarrollo normativo en materia de extranjería, sino que por sí misma o través de los compromisos internacionales vigentes de España, significa la creación de un estatuto del extranjero que debe ser recogido, respetado y desarrollado por la Ley. El contenido de ese estatuto, fundado en la STC 107/1984, ha sufrido una muy relevante evolución que las próximas páginas pretenden exponer en torno a la línea de creciente intensificación del marco constitucional.

2.- Los derechos constitucionales de los extranjeros: ¿un problema de titularidad y de categorías de derechos, o una cuestión de desarrollo legal de derechos constitucionales de los extranjeros?

A) La crisis de la distinción en grupos de derechos en la jurisprudencia constitucional y la legislación

La doctrina inicial del Tribunal Constitucional, brevemente expuesta, se ha mantenido formalmente a lo largo de los siguientes veinte años en la distinción tripartita. Sin embargo, las concretas decisiones del Tribunal y las recientes reformas legislativas han avanzado en líneas difícilmente compatibles con esa concepción. Ya muy tempranamente en la Sentencia sobre la Ley de Extranjería de 1985 (STC 115/1987), el Tribunal enfatizó las limitaciones al legislador en la regulación de los derechos constitucionales de los extranjeros, aplicando plenamente la garantía del contenido esencial incluso en los casos en que pudiera creerse que el legislador está legitimado para configurar un régimen distinto para los inmigrantes: así en referencia a los derechos de reunión y manifestación (e idénticamente después para la asociación y la tutela judicial) el Tribunal afirma que “el problema que se plantea no es el de si es posible aquí esta diferencia de trato en el ejercicio del derecho entre extranjeros y españoles [cuestión que el TC deja en este momento abierta], sino si el legislador ha respetado el contenido preceptivo e imperativo que establece el art. 21.2 CE, también para los extranjeros.”

Sin separarse pues de la doctrina anterior en la que se distinguen diversas categorías de derechos el Tribunal reconoce ya un sustrato común para todo derecho constitucional (con la excepción tan sólo de los reconocidos en el art. 23 CE): la garantía de su contenido esencial también para los extranjeros, de modo que la libertad del legislador se reduce ya al ámbito del desarrollo del derecho, ámbito que, curiosamente, nunca es relevante para las cuestiones planteadas al Tribunal que éste, invariablemente, reconduce al contenido mínimo del derecho que debe tutelarse frente al legislador(19). Con ello consigue además el Tribunal en esta Sentencia rehuir la necesidad de identificar si los derechos tratados deben encuadrarse en una u otra de las categorías

aludidas por parte de la STC 107/1984. Y ello no sólo por evitar la afirmación de la existencia de derechos considerados como ajenos, o más distantes, de la dignidad humana, sino también porque en caso contrario, si un derecho se vinculaba a la dignidad humana, la intensidad a la que el Tribunal se había sometido en la Sentencia previa, imponía un trato idéntico de nacionales y extranjeros.

Y no es ésta la situación vigente ni en la legislación ni en la jurisprudencia al respecto. La Ley incluye relevantes distinciones entre nacionales y extranjeros (y entre diversas categorías de éstos) en relación con derechos tradicionalmente enunciados por el TC como pertenecientes al núcleo íntimamente vinculado a la dignidad humana: desde las polémicas exclusiones de la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros en situación irregular (art. 24 CE y 22 LODYLE) o las detenciones para la identificación y la situación de retención a la entrada de España en puertos y aeropuertos(20) a las completamente pacíficas restricciones a la reagrupación familiar (art. 18 CE), que exigen del reagrupante la titularidad de un permiso renovado (distinciones pues no sólo con el nacional sino también entre extranjeros más o menos estables) y diversos requisitos de carácter fundamentalmente económico (art. 16 a 18 LODYLE y su desarrollo reglamentario).

El matiz y la adecuada diferenciación de situaciones diversas que impone la normativa de extranjería resulta de difícil encaje en la clasificación original, de modo que en la primera ocasión, la citada STC 115/1987, el Tribunal rechaza la oportunidad de ir precisando el ámbito material de cada una de las categorías y avanza en cambio en una línea más matizada y en absoluto distinta de la que pudiera seguirse para los nacionales: la determinación del contenido esencial del derecho a partir de las finalidades del propio derecho y de las actuaciones legítimas de limitación del mismo en función de las finalidades propias de la actuación limitadora, en este caso las propias de la política de extranjería. Este cambio jurisprudencial determina la realización de un voto particular en la citada Sentencia que insiste y desarrolla en cambio la distinción entre grupos de derechos a partir de la diferenciación entre derechos fundamentales y libertades públicas (21), a lo que deberá volverse más adelante. En este sentido la STC 115/1987 es un jalón de gran relevancia en la conversión a la “normalidad constitucional” del derecho de extranjería.

En las sentencias siguientes la reiterada cita de la STC 107/1984 y su clasificación puede llevar a la convicción del mantenimiento de esta doctrina. Pero la realidad es que en ningún caso el Tribunal acepta restricciones adicionales al contenido esencial de los derechos de los extranjeros en virtud de la misma. Siempre la decisión del TC se basa en la proporcionalidad de las restricciones impuestas (22), y sólo para afirmar la igualdad del extranjero en relación con el nacional el Tribunal recupera la distinción para afirmar inmediatamente que el derecho en juego (básicamente los art. 17 y 24 CE) corresponde al primero de los grupos y no permite distinciones entre nacionales y extranjeros (23). En cambio, cuando el derecho pertenece indudablemente al segundo ámbito, el Tribunal aplica igualmente un control basado en la legitimidad de la finalidad perseguida con la limitación examinada y la adecuación entre limitación y dicha finalidad, sin reconocer diferencias con lo que sucede cuando los españoles se encuentran en igual situación, bien sin entrar en la determinación del grupo del derecho, bien a través del expediente de (a) reconducir el juicio a la compatibilidad de las medidas con el contenido esencial del derecho, en el que no pueden darse diferencias no justificadas, y en cambio (b) no pronunciarse sobre la posibilidad de desarrollos

legislativos distintos de ese contenido esencial sin justificación alguna más allá de la condición de extranjero.

Especialmente gráfica en este sentido es la STC 94/1993 en la que se otorga el amparo a un extranjero frente a una orden de expulsión por vulneración del art. 19 CE. Es obvio que en este ámbito la situación del extranjero está caracterizada por diferencias frente al nacional, como la propia existencia del permiso de residencia o de la institución de la expulsión ponen de manifiesto. Sin embargo, ello no significa que la administración o la ley puedan actuar libremente, puesto que en efecto el art. 19 protege constitucionalmente la residencia del extranjero, exigiendo que su eventual limitación obedezca no sólo a una causa prevista en la ley, sino que además resulte compatible con el contenido mínimo del derecho de que es titular el extranjero (24). Incluso cuando el Tribunal (recientemente en la STC 13/2001 por ejemplo) reconoce la legitimidad de las actuaciones limitativas de derechos (en este caso una identificación policial únicamente sobre personas de raza negra), busca su legitimidad no en una eventual exclusión del ámbito del principio de igualdad o de los derechos de libre circulación o libertad deambulatoria, sino en la existencia de una finalidad suficiente (el control de la entrada irregular de extranjeros) que ampara medidas proporcionadas al respecto, justificación que por lo tanto es necesaria para todo derecho constitucional, sea del grupo que sea, y que por otro lado ampara también actuaciones y limitaciones concretas sobre todo derecho constitucional, como ocurre con los españoles (25).

Pero sobre todo, la doctrina expuesta entra en crisis cuando el Tribunal, y no sólo el legislador (al que volveremos de inmediato), asume la posibilidad de diferencias en la protección de derechos enmarcados en el primer grupo. Es el caso muy especialmente del art. 17 CE, en el que la duración de la privación de libertad en aeropuertos se exime de los límites temporales definidos del art. 17 CE para someterse simplemente a un principio de limitación temporal no concretado; y ello en razón de las necesidades propias de la ejecución de la devolución y sus características diferenciadas (26).

Las leyes del año 2000 asumen esta línea por lo menos parcialmente, puesto que los preceptos referidos a derechos se configuran ante todo como un reconocimiento del derecho a los extranjeros, pasando inmediatamente a prever diversas y concretas limitaciones del mismo, nunca en razón de la nacionalidad de la persona, sino en todo caso en razón de la regularidad de su estancia u otros elementos de estabilidad. Además las propias leyes prevén algunas situaciones específicas en derechos que reiteradamente se reconoce que forman parte del grupo de los directamente vinculados con la dignidad humana, y por lo tanto que en principio debieran reconocerse en igualdad de condiciones con los españoles: así destacadamente la situación de la asistencia jurídica gratuita en el marco de la tutela judicial efectiva, en la que se distingue en función de la regularidad del extranjero y la jurisdicción y objeto del recurso (27), o la posibilidad de que una infracción administrativa y la necesidad de proceder a la expulsión justifiquen una privación de libertad (28). O muy señaladamente la imposibilidad de ejercer el derecho a la reagrupación familiar (art. 18 CE) a falta de permiso de residencia renovado y requisitos de medios económicos y de vivienda suficiente (29). El legislador pues parte de la posibilidad de diferenciar también en esos ámbitos, si no entre extranjeros y nacionales, sí entre extranjeros en situación regular y extranjeros en situación irregular en función de determinadas justificaciones a las que más adelante deberemos prestar atención (30).

En resumen, ni la Ley ni el propio Tribunal operan en la práctica con una tripartición teórica que en el momento de la decisión resulta poco eficaz por cuanto no obedece a la razón real de las diferencias existentes en la práctica legislativa y administrativa (extranjero en situación regular o irregular, arraigado o no, en España o fuera de ella y no extranjero o nacional). Sólo en el ámbito del desarrollo legislativo del contenido esencial del derecho, que en todo caso está garantizado al extranjero, sigue el Tribunal proyectando la tripartición, pero sin que en ningún caso haya debido plantearse si la regulación legal en ese desarrollo resulta o no constitucional, puesto que las impugnaciones de preceptos legales se han reconducido siempre al debate sobre su respeto del núcleo esencial (31). No es este naturalmente el lugar para plantear a fondo el significado de la distinción entre núcleo esencial y desarrollo legislativo del contenido constitucional del derecho (32), fundamentalmente porque en el ámbito de la extranjería la distinción ha servido al TC sólo para mantener la posibilidad de diferenciación nacional / extranjero sin tener que concretar cuándo ésta es posible ni cuáles son sus respectivos ámbitos. Como se verá más adelante, se sostiene en este trabajo que no es ésa la mejor opción para explicar la propia jurisprudencia constitucional en la materia ni la realidad legal y administrativa; pero el mantenimiento formal de esa jurisprudencia y la constante alusión a la tripartición conlleva que el actual debate en torno a la privación de los derechos de asociación, reunión y manifestación, sindicación y huelga de los extranjeros en situación irregular, al que nos referiremos de inmediato, se venga desarrollando en buena parte sobre estos aspectos(33), por lo que debe dedicarse cierta atención a la posibilidad de distinguir los tipos de derechos, a pesar de la realidad hasta ahora de la jurisprudencia constitucional y del propio legislador, y a las consecuencias de tal distinción.

B) La insuficiencia de los criterios de distinción entre derechos y sus consecuencias sobre su disfrute por los extranjeros

Los teóricos criterios para situar un derecho en el ámbito de los que no pueden ser objeto de tratamiento diferenciado de los extranjeros o en el ámbito de los que sí permiten este tratamiento (con todos los límites y matices que se quiera) se encuentran ya apuntados prácticamente en su totalidad en las dos primeras Sentencias del TC en la materia: la 107/1984 y la 117/1985 y su voto particular. Se hace referencia así a la distinción entre derechos de la persona y derechos del ciudadano, distinción de larga raigambre histórica y que explica ciertamente la evolución histórica de los derechos fundamentales pero que parece difícil de trasladar sin más a los actuales preceptos constitucionales, y que en cualquier caso ofrece pocos y ambiguos asideros para una clara definición: ¿es el derecho de reunión y manifestación un derecho de ciudadanía, o se trata de un derecho directamente vinculado a la libertad de expresión y por lo tanto un derecho de la persona? ¿El derecho a la educación, es un derecho de ciudadanía limitable por lo tanto por el legislador de modo diferenciado para los extranjeros o es más bien un derecho de la persona vinculado al libre desarrollo de la misma? Estas discusiones, limitadas hasta hoy a debates académicos sin consecuencia práctica inmediata(34), se encuentran ahora en el centro del debate público sobre la LO 8/2000, como ocurre también con la diferenciación entre aquellos derechos directamente vinculados con la dignidad humana y aquellos no exigidos por esta noción o, en su caso, menos directamente vinculados con ella. Este criterio, apuntado por el TC en su Sentencia de 1984 como más claro que el anterior(35) tampoco parece suministrar reales elementos de clasificación (¿se encuentra vinculado a la dignidad humana el derecho a la educación? ¿sólo, como se verá, para los menores de edad?; ¿Más o menos

que el de sindicación o el de huelga? ¿Y el derecho al trabajo?; ¿o deben examinarse cada una de sus concreciones?... ) e incurre igualmente en la remisión a un criterio absolutamente ajeno a la dogmática constitucional sobre los derechos y a la interpretación del TC en cualquier otro ámbito: la dignidad humana, cuya función constitucional hasta la actualidad se centraba meramente en su papel fundamentador de (todos) los derechos constitucionales (36).

Lo mismo puede decirse de otros criterios que parecen tener una base constitucional más definida, pero que a la postre arrojan resultados igualmente incompatibles con la realidad de la jurisprudencia constitucional hasta el momento y con las propias leyes vigentes: así la distinción entre derechos fundamentales y libertades públicas (37), retomando una línea claramente desechada por el TC en otros casos y que más allá de la rúbrica de la Sección Primera del Capítulo II del Título Primero no encuentra reflejo constitucional; de este modo deben concretarse los derechos afectados, distinguiéndolos de las correspondientes libertades públicas, recurriendo a nociones ya aludidas como el carácter de derechos de la persona o del ciudadano o el carácter de derechos sociales (con un concepto bastante diverso del tradicionalmente asumido con la expresión “derechos sociales” en el ámbito constitucional español, puesto que incluiría el derecho de sindicación, el derecho a la huelga, etc., excluyendo en cambio por lo menos parte del derecho a la educación). O finalmente del criterio utilizado en ocasiones por el TC pero rechazado explícitamente en otras, de la expresión literal de la Constitución, distinguiendo así entre los derechos reconocidos a los españoles o los ciudadanos y los reconocidos a toda persona. Sin embargo el repaso de la Constitución muestra ya suficientemente la falta de voluntad sistemática del constituyente en el uso de estas expresiones y sobre todo su inadecuación a la jurisprudencia del TC hasta hoy (así en referencia a derechos como la libertad de circulación) o a la propia práctica legislativa (derechos como la sindicación o la huelga, y naturalmente la reunión y la manifestación, se reconocen en la CE con carácter general(38)).

Pero la clasificación de derechos en grupos no plantea sólo problemas de delimitación de cada uno de estos grupos. También las consecuencias de la clasificación son oscuras, por cuanto la discusión sigue estando prisionera de la afirmación inicial del Tribunal Constitucional según la cual pueden producirse limitaciones especiales para el ejercicio de los derechos por parte de los extranjeros en el ámbito de la “segunda categoría” de derechos más alejados del valor de la dignidad de la persona, de manera que el debate sobre la legitimidad de una concreta restricción o exclusión en estos ámbitos se plantea en torno a si se trata de una privación de la titularidad o del ejercicio de un determinado derecho (39). De nuevo se trata de un debate ajeno a la jurisprudencia constitucional general en el ámbito de los derechos fundamentales, que no suministra criterio alguno para entrar en esta distinción. El debate tiende además a concentrarse en una discusión un tanto artificial en el caso de derechos en los que, en todo caso, resulta difícil distinguir la titularidad de sus posibilidades de ejercicio, y en los que resulta imposible el ejercicio a través de un tercero (cuestión que probablemente fundamenta la distinción tradicional aplicable a menores e incapacitados(40)). La irrealidad de la distinción se asume en las muy razonables palabras del entonces Ministro del Interior, Sr. Mayor Oreja, en los debates del Congreso referidos a la LO 8/2000, según las cuales, “lo importante es que el cumplimiento de esos derechos sea una realidad efectiva, que coincida el enunciado de un derecho con la realidad de su ejercicio”, palabras que sin embargo se compadecen mal con el redactado de los artículos correspondientes en el texto de la Ley (41). La discusión entre privación de la titularidad y privación del

ejercicio necesita de la aportación de alguna diferencia de fondo entre ambas situaciones, diferencia que hasta el momento no se ha presentado, de modo que no puede constituirse en criterio de legitimación de una limitación determinada.

Tampoco la distinción entre restricción y privación del derecho, de manera que la primera resultaría posible en ese segundo grupo mientras que la segunda quedaría prohibida por la Constitución, resulta útil (42). Las limitaciones en el ejercicio de un derecho significan normalmente su privación en una serie de casos, que pueden elevarse a una categoría como pueda ser la de los extranjeros en situación irregular. El debate sobre si nos encontramos ante una limitación compatible con el contenido esencial del derecho, puesto que se accede a dicho contenido cuando se accede a la regularidad, o si estamos ante una privación del derecho para algunas personas que no pueden ejercer el mínimo contenido del mismo es un debate meramente terminológico, puesto que la mayor parte de limitaciones a los derechos fundamentales provocan que su ejercicio se someta por completo a alguna condición, y por lo tanto significan la exclusión del colectivo que no cumple esa condición: el respeto del mínimo constitucional no depende del carácter privativo o meramente limitador del derecho, sino de la legitimación de esa limitación, que si resulta constitucionalmente justificada (y proporcionada), podrá implicar en efecto la privación del derecho para una categoría determinada de personas(43). Precisamente la normativa de extranjería, al condicionar determinados derechos a autorización administrativa, y por lo tanto a la concurrencia de determinados requisitos (y no nos referimos ahora sólo a los más polémicos, sino también a la propia residencia y trabajo) no hace sino privar de los mismos a los extranjeros en que no concurren tales requisitos, típicamente los extranjeros en situación irregular: si ellos es una limitación del derecho por someterlo a condición o una privación por el resultado a que arroja es un debate que puede considerarse ciertamente bizantino. Tampoco, pues, a partir de una pretendida distinción entre limitación y privación pueden precisarse los casos ni la intensidad de las restricciones legítimas para los extranjeros: la distinción no lo es en la práctica, sino que remite ala necesidad de abordar cuáles son esas finalidades legitimadoras de la limitación del derecho, independientemente de su intensidad. Asumida la existencia del derecho, este es el único camino posible para la concreción de su régimen.

En conclusión, el debate en sus planteamientos actuales está viciado por una serie de cuestiones absolutamente ajenas a la tradición constitucional en materia de derechos fundamentales y ajenas también a la práctica del TC, a pesar de sus afirmaciones de principio, en el ámbito de la extranjería una vez superada la primera Sentencia en esta materia. Su aplicación a la realidad actual significaría una rigidez absolutamente incompatible con las situaciones diversas de los extranjeros (empezando por la regularidad pero siguiendo por la estabilidad, la duración de la estancia, el permiso de trabajo, etc.) y con los contenidos ya reconocidos al estatuto constitucional de todo extranjero, regular e irregular. E incompatibles también con limitaciones legales a los extranjeros no impugnadas ante el Tribunal Constitucional o asumidas como constitucionales por éste.

C) La vuelta a las reglas generales de limitación de los derechos fundamentales: política de inmigración y proporcionalidad: la diversificación del estatuto del extranjero

También en este ámbito, la respuesta a estas cuestiones se encuentra en la aplicación plena a los extranjeros de las reglas constitucionales generales, que asumen la suficiente

flexibilidad para dar satisfacción a todos los intereses en juego (44). No se trata de distinguir artículos constitucionales y crear listas de derechos de unos y otros, sino más bien de examinar cada una de las limitaciones impuestas desde la comprensión general de todo derecho como derecho del que los extranjeros son titulares y cuyo ejercicio les corresponde en principio(45). El artículo 13 de la Constitución reconoce que los extranjeros gozan de los derechos constitucionales, de todos sin distinción al margen del art. 23 CE. Su sentido está en esa misma declaración junto con el énfasis especial en la posibilidad de limitación, de nuevo de todo derecho sin distinción, como por otro lado ocurre también en el caso de los nacionales. El art. 13 CE viene simplemente a poner de manifiesto que en el caso de los extranjeros existen algunas finalidades, comunes en todos los Estados, que justifican tales restricciones: las propias de la política de extranjería entendida como el control de los flujos de entrada y residencia en España(46) que, como hemos visto antes se erige en el fundamento de la propia existencia de un régimen especial para los extranjeros. La ley, pues recuérdese que el art. 13 también incluye una clara reserva de ley expresa (47), deberá plasmar el contenido de los derechos de acuerdo con esas finalidades, del mismo modo que la ley también concreta el contenido de los derechos fundamentales de los españoles de acuerdo a múltiples causas de limitación entre las que destacan el resto de derechos y principios constitucionales.

De este modo, la Ley de Extranjería puede introducir las limitaciones que desee en referencia a cualquier derecho, siempre que tales limitaciones se vinculen con una finalidad legítima (paradigmáticamente el control de flujos) y sean proporcionadas, aplicando aquí un examen de proporcionalidad que se ha elevado ya a criterio general más o menos formalizado en la interpretación del TC en materia de derechos fundamentales(48). Sin duda los extranjeros pueden ser sometidos a un régimen especial en el ámbito del art. 19 CE, pero el contenido concreto de ese régimen deberá justificarse siempre en relación con la finalidad de controlar la entrada, residencia y trabajo de extranjeros (49). Será difícil encontrar una limitación del art. 24 CE adecuada a esa finalidad y proporcionada, pero si se considera que la negación de la asistencia jurídica gratuita en determinados casos lo es (50), nada impide que así se haga, como sucede con el internamiento de los extranjeros y el art. 17 CE (51). De este modo el estatuto constitucional concreto del extranjero debe buscarse, como para el nacional, en las leyes de desarrollo examinando caso por caso cada una de las restricciones y no con divisiones apriorísticas que permiten la limitación de algunos derechos pero no de otros, aunque obviamente existen derechos en los que tales limitaciones, en función de las finalidades legítimas que lo permiten, serán más fácilmente susceptibles de verse limitados. De este modo, además, la ley(52) y la jurisprudencia pueden asumir los matices necesarios que pasan en primer lugar por la distinción entre extranjeros en situación regular y extranjeros en situación irregular, pero que pueden extenderse mucho más allá, como inmediatamente tendremos ocasión de examinar.

Debe insistirse en que no se trata de rediseñar el régimen jurídico-constitucional de la extranjería al margen de la práctica legislativa y jurisprudencial, sino de adecuar su marco teórico a la realidad de las sentencias constitucionales (y muy especialmente a las exigencias de la jurisprudencia del TEDH repetidamente citada) y de la actividad del legislador (53), flexibilizando al máximo las posibilidades de dar respuesta con criterios reales a las cuestiones prácticas que se plantean en la actualidad y que no están normalmente en la distinción entre nacional y extranjero sino entre extranjero en situación regular y extranjero en situación irregular o incluso diferenciando dentro de

cada uno de estos colectivos. Así la propia Ley vigente distingue en ocasiones entre extranjero (regular o no) empadronado y extranjero no empadronado o entre extranjero con o sin arraigo; o la LO 4/2000 abogaba por distinguir el extranjero en situación irregular que entró irregularmente del extranjero en situación sobrevenidamente irregular, acordando algunos elementos más favorables a esta última situación, supuesto que la Ley actual mantiene sólo de modo un tanto marginal (art. 31.3 LODYLE y 41.2.b del Reglamento en relación con las posibilidades de regularización). Sólo un método flexible de interpretación constitucional atento a las diversas finalidades en juego en cada caso puede permitir distinciones de este tipo y puede además dar una respuesta en términos jurídicos sobre la constitucionalidad de determinadas restricciones legales o administrativas. Esta respuesta, además, podrá tener en cuenta así las diversas finalidades en juego que no tienen porque arrojar siempre el mismo resultado: las propias de la política de inmigración (control de flujos, pero también la protección del mercado nacional de trabajo o la integración del extranjero) y las de cada derecho en concreto (54), ponderando adecuadamente las posibilidades de limitación proporcionadas.

Idéntica es la línea seguida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En efecto, ninguna de sus sentencias se plantea en puridad la cuestión de la titularidad de los derechos por parte de los extranjeros, si no es para concluir claramente en una respuesta afirmativa (55). En cambio, en todos los casos, el TEDH estudia en detalle las limitaciones que se imponen al extranjero, valorando su legitimidad no en función de una hipotética consideración igual del nacional o de la lesión del núcleo esencial del derecho, sino precisamente en función de la justificación razonable y proporcionada del derecho para el alcance de una determinada finalidad legítima (56).

En especial, la doctrina del TEDH en referencia al derecho a la intimidad familiar del art. 8 de la Convención plasma de modo expreso esta situación, apoyándose en la propia dicción de la Convención que permite expresamente ingerencias estatales en el ámbito de libertad garantizado, pero las somete a los requisitos de previsión legal, finalidad justificada y necesidad para alcanzar dicha finalidad. De modo reiterado el Tribunal, especialmente al examinar tanto las decisiones estatales de alejamiento a las que se imputa vulneración del derecho, viene afirmando que “corresponde a los Estados parte el mantenimiento del orden público, particularmente a través del ejercicio de su derecho, reconocido en el derecho internacional y sujeto a los correspondientes tratados, a controlar la entrada y residencia de los extranjeros. Con este fin tienen la facultad de expulsar a los extranjeros condenados penalmente. Sin embargo sus decisiones en este ámbito, en la medida en que pueden obstaculizar un derecho protegido por el art. 8.1 CEDH, deben ser necesarias en una sociedad democrática, esto es, justificadas por una necesidad social apremiante y, en particular, proporcionadas a la legítima finalidad perseguida (57)” Así, se afirma repetidamente que “la tarea del Tribunal consiste en determinar si la adopción de una prohibición de residencia contra el demandante en las circunstancias del caso, concretaba una ponderación adecuada entre los intereses relevantes, a saber el derecho del demandante de respeto a la vida familiar por un lado, y la prevención del desorden o el crimen por otro” (58), por lo cual “la gravedad [de las infracciones cometidas] es un elemento esencial para la determinación de la proporcionalidad de la interferencia con la vida familiar de los demandantes.” Así, el fallo del Tribunal asume finalmente el tenor habitual según el cual “el Tribunal considera que las autoridades no han establecido una ponderación adecuada entre los diversos intereses implicados, y que la interferencia ... no era proporcionada a la

finalidad perseguida” (59). Debe por tanto destacarse que, como se avanzaba, la asunción del criterio de proporcionalidad implica que también en el ámbito de los derechos que, indudablemente, corresponden al ámbito de la personalidad, pueden asumirse limitaciones específicas para extranjeros, situación en cambio que resulta inasumible desde la formal doctrina del TC de tripartición e igualdad estricta en los derechos de la persona. Pero también que esa misma doctrina del TEDH permite examinar toda limitación estatal en referencia a cualquier derecho fundamental, al margen ahora de cualquier clasificación interna de los mismos (e incluso todo tratamiento desigual, como se argüirá en el próximo epígrafe) y exigir su justificación en las finalidades propias del derecho de extranjería, así como la necesaria ponderación de los otros bienes jurídicos en juego. La ya citada y reciente STEDH Cisse c. Francia de 9 de abril de 2002, en efecto, parte de la titularidad del derecho de manifestación por parte de todo extranjero, regular o no, y sólo a partir de esta afirmación puede comprenderse el examen de la intervención estatal en el caso y la decisión sobre su legitimidad constitucional(60)

Aunque el derecho a la intimidad familiar ha sido el ámbito que por excelencia ha plasmado la doctrina de proporcionalidad del TEDH, otros derechos han sido sometidos también a un control caracterizado por la declaración de titularidad (expresa o implícita; en ningún caso se plantea el TEDH distinciones de titularidad, o incluso de ejercicio en abstracto, en función del derecho) y el consiguiente examen de legitimidad de las restricciones acordadas por los poderes públicos, a partir de un razonamiento de proporcionalidad prácticamente general a todo ámbito material.

Así, en relación con el art. 5 CEDH y las detenciones previas a la medida de alejamiento, y a pesar de alguna declaración abstracta sobre la posibilidad de internamientos en extranjería sin sometimiento a controles de proporcionalidad (61), el TEDH acaba asumiendo que la detención se justifica para los extranjeros no de modo general y sin más requisitos en virtud de su expresa contemplación en el Convenio, sino que debe en cualquier caso respetarse la finalidad fundamental del art. 5 CEDH de evitar la arbitrariedad, por lo que toda decisión de internamiento debe estar fundamentada en algún objetivo legítimo, con respecto al cual deberá plantearse su correspondiente proporcionalidad (62).

Pero también en relación con el derecho de acceso a los tribunales, el TEDH admite diversas posibilidades de limitación especiales para los extranjeros, en la medida en que el control de flujos resulta un ámbito íntimamente vinculado con la finalidad de garantía de seguridad nacional. Así el Tribunal asume que el derecho de acceso a los tribunales es de contenido variable por razón del motivo de la limitación, y por lo tanto que ésta deberá legitimarse en su adecuación y necesidad para la satisfacción de tal motivo, manteniendo naturalmente un control judicial de mínimos por lo menos (63).

De la asunción del principio de proporcionalidad como elemento clave del control de las actuaciones administrativas en materia de extranjería, independientemente del derecho afectado y del estatuto concreto de la persona objeto de la actuación, emerge casi necesariamente un estatuto de los extranjeros enormemente variado en el cual pueden tener adecuado reconocimiento, como exige la realidad actual, las siguientes circunstancias:

- El extranjero en situación regular como criterio general no puede verse sometido a condiciones diversas del nacional una vez aceptada su entrada y residencia en España (64), con la única, pero muy relevante, salvedad del derecho al trabajo, por cuanto en este caso la finalidad de salvaguardar la preferencia de los nacionales (y comunitarios) en el acceso a un bien escaso es una opción acogida por el derecho internacional en la materia y por todos los Estados de la Unión Europea. Naturalmente las limitaciones en ese acceso al trabajo deberán a su vez ser razonables (adecuadas a la finalidad y proporcionales), teniendo en cuenta las diversas situaciones del extranjero regular (65). Un segundo elemento de restricción en este caso se deriva de la propia garantía de las condiciones que determinan la regularidad de la estancia, legitimándose así el mecanismo de las renovaciones y eventuales pérdidas del permiso de residencia y consiguiente expulsión. En este ámbito, la propia Ley da muestras de las necesarias matizaciones en función de otros bienes protegidos, al reducir extraordinariamente las posibilidades de expulsión de los extranjeros con permiso de residencia permanente o con estrechos vínculos familiares en España (66). Lo cierto es que más allá de los casos expuestos de causas de denegación de la renovación del permiso de residencia, causas de expulsión y cuestiones referidas al acceso al trabajo, es difícil pensar en supuestos que puedan legitimar en base a las finalidades propias de la extranjería tratamientos diferenciados de los extranjeros. Incluso en los casos de prestaciones sociales, en la regulación de las cuales existe siempre la posibilidad de prever tratamientos diferenciados justificados en razón de la escasez de los recursos a distribuir, la Ley parece haber optado por criterios ajenos a la nacionalidad y referidos en cambio a la estabilidad y duración de la residencia o a la existencia de causas que justifiquen en especial el derecho a la prestación (cargas familiares, carencia de medios, etc.) puesto que los extranjeros en situación regular pueden acceder también en igualdad de condiciones a las prestaciones no contributivas (art. 14 LODYLE) (67).

- El extranjero en situación irregular naturalmente puede ser objeto de todas aquellas medidas destinadas a controlar ante todo la entrada legal en España, de modo que en caso de entrada ilegal pueda ser expulsado, si bien no sin condiciones tanto procedimentales como de fondo(68). Nótese sin embargo que la situación puede resultar ya un tanto distinta si la irregularidad no obedece a una entrada ilegal sino a una entrada y residencia legal seguida de una posterior caída en irregularidad. Si bien aquí la finalidad fundamental de mantenimiento de la regularidad sigue permitiendo adoptar medidas de expulsión u otras tendentes a terminar la estancia en España, estas medidas no se someten al mismo régimen para todos aquellos que se encuentran en situación irregular: el arraigo como causa de decisión a favor de la multa frente a la posibilidad de expulsión (69), la previsión de mecanismos más sencillos de regularización para aquellos que alguna vez tuvieron permiso de residencia, etc. muestran a las claras que el criterio fundamental para asumir la obligación constitucional de un trato diferenciado no es sólo la regularidad o no sino otra serie de finalidades relevantes en cada caso (70). Una sistematización sin pretensiones de exhaustividad de estos casos nos llevaría a distinguir los siguientes supuestos entre los más relevantes(71):

- El extranjero en España frente al que pretende entrar. Hemos visto ya en diversas ocasiones la diferencia de posición del administrado en los supuestos generales de entrada (discrecionalidad amplia, dificultad de acceso al recurso, etc.) frente a los casos de solicitud de permisos de residencia o trabajo, de exenciones de visado, etc. desde España. La finalidad fundamental de mantenimiento del control de flujos lleva a distinguir drásticamente las posibilidades administrativas en ambos casos, así como la

imposibilidad de ampliar las obligaciones de la administración frente a un número potencialmente ilimitado de beneficiarios (72).

- El extranjero arraigado del extranjero sin estabilidad. La protección del extranjero arraigado (derivada de la finalidad también propia de la política de extranjería de su integración) se ha revelado como una auténtica obligación constitucional (73). En base a esta situación la estabilidad y el arraigo del extranjero en situación irregular le protegen ante la medida prototípica fundamentada en la finalidad del control de la legalidad en materia de extranjería: la expulsión por estancia irregular (74).

- El extranjero inscrito en el padrón municipal que demuestra así la estabilidad de su estancia en España, y consigue con ello acceder a prestaciones sanitarias en igualdad de condiciones, puesto que el legislador se ve obligado(75) a primar la protección de la salud (y plenamente, no en una mera situación de urgencias) frente a los eventuales efectos de la protección en materia de control de flujos y garantía de la regularidad de la entrada y permanencia de extranjeros. Esa misma estabilidad hace además difícil la limitación de un derecho al trabajo a través de la exclusión del permiso de trabajo cuando esa exclusión no encuentra ya una finalidad que le dé cobertura al quedar suficientemente protegida la preferencia de nacionales y residentes legales con el examen de la situación del mercado nacional del trabajo en el proceso de solicitud del permiso, y no significar tal exclusión efecto alguno sobre la entrada del extranjero que, obviamente, se encuentra ya en nuestro país. Como veremos más adelante, en estos casos tan sólo la expulsión aparece como una medida claramente justificada, pero no otras limitaciones de derechos irrelevantes para las finalidades legítimas en juego.

- El extranjero cuyos derechos fundamentales se ponen en peligro por una decisión justificada de política de flujos y regularidad de la estancia: muy explícitamente la imposibilidad de expulsar o devolver a extranjeros que pueden correr riesgos en sus derechos fundamentales debidos a la situación social y política o incluso sanitaria en sus países de origen, y ello a pesar de no cumplir con los requisitos de la entrada ni ser asilados ni contar en ocasiones con arraigo (76).

- Finalmente, y como consecuencia de lo que se acaba de decir, el extranjero en situación irregular al que se aplica una expulsión de acuerdo con la normativa, no por ello se convierte en mero objeto del derecho ni pierde cualquier derecho que antes pudiera tener. La imposibilidad de ejecutar la expulsión acordada (por falta de medios económicos de la Administración, por falta de acuerdo de readmisión con el correspondiente país de origen, por el peligro para los derechos del extranjero en su país de origen, etc.) no conduce en la legislación actual a una revisión de la misma o a un nuevo estatuto que signifique el mantenimiento de la posibilidad de expulsar cuando devenga factible a la vez que dote al extranjero de posibilidades de subsistencia digna (trabajo, recepción de prestaciones económicas o de formación, vivienda, etc.). Pues la existencia de una orden de expulsión vigente imposibilita cualquier regularización y condena definitivamente al extranjero a la vida en la irregularidad y, con ella, en la marginalidad. Se trata de un supuesto extremo de aplicación desproporcionada de medidas en principio justificadas por las finalidades de la política de inmigración pero que devienen claramente insostenibles por la propia imposibilidad de su ejecución y por la consiguiente situación que provocan y que obvian la existencia de una serie de derechos fundamentales del extranjero, quien sigue permaneciendo en España. El plazo de prescripción de diez años que se prevé en estos casos no hace sino poner de

manifiesto la absoluta falta de proporción de la medida adoptada (77), en una situación que se constituye en el más claro ejemplo de la existencia de límites constitucionales, también frente a la actuación estatal en garantía de la regularidad de la estancia.

En conclusión, pues, los derechos del extranjero no pueden derivarse de una apriorística justificación abstracta de las limitaciones basadas en las finalidades legítimas propias del derecho de extranjería (el control de flujos y la regularidad de entrada y estancia) cuando no recaen sobre los derechos fundamentales considerados más vinculados a la dignidad humana. Es necesaria una ponderación en cada caso entre la concreta finalidad perseguida por cada tratamiento limitador de los derechos del extranjero y las finalidades propias del derecho limitado, así como un control de la adecuación de la limitación a su finalidad y de la proporcionalidad en sentido estricto de la limitación propuesta, y ello por lo menos en relación con todo derecho reconocido en el Título I de la Constitución, en los términos del art. 13 CE. Antes de examinar brevemente cuál puede ser la situación en cada uno de ellos a la luz de la normativa actual, debe prestarse atención a un último aspecto general, susceptible de ampliar considerablemente la protección constitucional de la situación del extranjero.

### 3. Inmigración y principio de igualdad

Las afirmaciones previas llevan ineludiblemente a plantearse la aplicabilidad y, en su caso, efectos del principio de igualdad en el estatuto del extranjero en España. En efecto, sostener como aquí se ha hecho la titularidad de todos los derechos por parte de todo extranjero, sometidos tan sólo a las limitaciones que puedan considerarse legítimamente derivadas de las finalidades propias del derecho de extranjería implica acabar sosteniendo la aplicación a los extranjeros de un estatuto de igualdad con el español por lo menos en todos y cada uno de los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente y ampliados por el artículo 13 CE, en cualquier caso e independientemente de la dicción de cada precepto constitucional, a los extranjeros. La situación se plantea entonces, en esos derechos, en los mismos términos que resultan para el español que ve como las limitaciones y condiciones a que se somete el derecho pueden determinar la existencia de grupos para los cuales el contenido y ámbito de protección del mismo es distinto del general (78), diferencia que debe legitimarse en relación con el principio de igualdad en cada uno de los derechos. La misma es la situación del extranjero, con la particularidad de que esa diferenciación puede recurrir a unas finalidades, las propias del derecho de extranjería, que no concurren en los casos referidos a españoles: por lo tanto la legitimación de ese trato diferenciado obedecerá, como veíamos en el epígrafe anterior, a los controles de razonabilidad y proporcionalidad suficientemente detallados. El reconocimiento de la titularidad de tales derechos por parte del extranjero vacía así la cuestión de la titularidad de los extranjeros del derecho de igualdad ex artículo 14 en relación con cada uno de los derechos constitucionales, puesto que la exigencia de igualdad en cada uno de ellos se deriva de la necesaria igualdad en el contenido esencial del mismo y también en su desarrollo, en este caso sometándose a las correspondientes limitaciones justificadas (79).

Sin embargo, la cuestión de la aplicabilidad del artículo 14 a comparaciones entre extranjeros y nacionales (o entre diversos extranjeros) sigue planteando consecuencias relevantes fuera del ámbito de los derechos reconocidos constitucionalmente y, especialmente, si se considera que se encuentran fuera de ese círculo protegido los derivados de los principios rectores del Capítulo III del Título I de la Constitución (80).

En este sentido, la aplicación del artículo 14 a los extranjeros se constituye en la puerta de constitucionalización plena de su estatuto jurídico, aquella que determina la libertad del legislador en los ámbitos especialmente sensibles en materia de extranjería, de la atención social. Es más, la afirmación de la aplicabilidad del principio de igualdad en este ámbito vendría a igualar de hecho a extranjeros y españoles en el desarrollo de los principios del Capítulo III, puesto que a partir del artículo 53 CE sus efectos inmediatos para los españoles se alcanzan también sólo a través del principio de igualdad.

El artículo 14 de la Constitución ciertamente se refiere en su enunciado a “los españoles” como titulares del derecho enunciado. En su inicial sentencia en la materia el Tribunal asumió este dato como definitivo, desplazando el examen de cualquier cuestión planteada al terreno de la titularidad o no del correspondiente derecho fundamental en condiciones de igualdad con los españoles. No existía así una obligación de igualdad de trato para con los extranjeros, sino que sólo en la medida en que existiera un derecho fundamental cuya titularidad les correspondiera en igualdad de condiciones con los españoles se verían protegidos constitucionalmente (81). No es este el lugar para retomar la discusión sobre los derechos que corresponden a los extranjeros, aspecto ya avanzado y al que se volverá inmediatamente en los próximos epígrafes, porque en efecto el papel del principio de igualdad estará, en su caso, en los derechos no reconocidos constitucionalmente a los extranjeros y, como se decía antes, fundamentalmente en los derechos derivados del capítulo III del Título I de la Constitución. El resultado de la doctrina ahora citada es claro al respecto: no existe derecho a la igualdad al margen de los derechos de la persona, con las complicaciones ya conocidas de este concepto.

Sin embargo, la Sentencia debe contextualizarse para poder inmediatamente comprender la propia jurisprudencia posterior que viene a relativizar las tajantes afirmaciones realizadas. En primer lugar, y a pesar de que pudiera haberse planteado de otro modo (82), el Tribunal aborda el caso como un problema de igualdad en la ley, al asumir que la normativa española somete a permiso el acceso al trabajo del extranjero recurrente. En cambio no puede trasladarse la doctrina citada a la igualdad en la aplicación de la ley, ámbito en el cual el propio art. 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho sin limitaciones de nacionalidad, como lo hace el art. 26 del PIDCPo el propio art. 14 CEDH (83), y como exige el propio art. 13 CE al remitir la determinación de la posible limitación de los derechos reconocidos a la Ley o los tratados internacionales (84).

Por lo tanto, ya a partir de los tratados internacionales llamados por el art. 10.2 CE debe concluirse que el art. 14 protege a los extranjeros frente a discriminaciones en la aplicación de la ley, es decir cuando no exista previsión legal del trato diferenciado (85), conclusión a la que llega el propio legislador en la LO 4/2000 y también tras su reforma con la LO 8/2000 (86), al redactar con el siguiente tenor el art. 3 LODYLE:

“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.”

Aspecto que se confirma en el art. 23 LODYLE, cuyo apartado primero afirma:

“A los efectos de esta Ley, representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural.”

El propio Tribunal, en su jurisprudencia posterior vendría, como hemos ya visto, a relativizar la importancia de la dicción de la Constitución en el momento de determinar la titularidad de los diversos derechos (87), y a asumir la igualdad ante la ley del extranjero, de modo que cuando la ley no distingue y reconoce el derecho al extranjero, éste goza de la protección del art. 14 CE al respecto (88). En consecuencia, pues, los extranjeros son titulares en España del derecho a un trato igual en la aplicación de la Ley (89), sin que la nacionalidad pueda servir de justificación a dicho trato a pesar de no estar incluida en las características prohibidas por el art. 14.2, que, como ha declarado repetidamente el TC, no agotan los efectos prohibitivos del art. 14, sino que constituyen indicios especialmente fundamentados(90) de una vulneración.

Sin duda, la titularidad del derecho a la igualdad en la ley resulta mucho más polémica (91). De nuevo su sentido se encuentra en aquellos derechos que por sí mismos no sean objeto de protección constitucional en igualdad de condiciones para los extranjeros, bien por, aun estando presentes en la Constitución, quedar excluidos del ámbito del art. 13 CE, bien por ser infraconstitucionales. Como se veía en el anterior epígrafe y se concretará en el próximo se pretende argumentar en este trabajo que los derechos fundamentales, con la excepción del art. 13 CE pertenecen en todo caso a los extranjeros, sin perjuicio de la posibilidad de fundamentar un trato diferenciado en cualquiera de los mismos, cuando, y solo cuando, la diferenciación en base a la nacionalidad se oriente a la satisfacción de las finalidades propias de la política de extranjería: control de entrada y residencia, preferencia de españoles en el acceso al trabajo e integración de los extranjeros.

Si se asume tal punto de partida (92), la respuesta sobre la aplicación del art. 14 CE en su vertiente frente al legislador debe seguir la misma línea, de manera que sostener su titularidad por parte de los extranjeros no significa desconocer la posibilidad de tratos diferenciados (93), sino exigir su justificación en sus diversas vertientes de finalidad legítima, idoneidad y necesidad, de acuerdo al ya detalladamente examinado juicio de proporcionalidad. De este modo, y a través del principio de igualdad, la protección constitucional del extranjero se extiende también a los ámbitos, si es que existen, de derechos desconectados de la Constitución, y naturalmente de los derivados de los preceptos del Capítulo III, exigiéndose en cualquier caso ese juicio de razonabilidad al legislador e igualando la protección constitucional de extranjero y nacional sin más diferencias que aquéllas estrictamente necesarias y proporcionadas para la consecución de las finalidades propias de la política de extranjería, lo que, como se verá inmediatamente, tiene especial importancia en materia de derecho al trabajo, y deja a la administración prácticamente ante la expulsión como única posibilidad legítima de reacción frente al irregular.

Igual argumento permite además valorar en su caso las distinciones entre diversos extranjeros en función de su nacionalidad (94), aspecto en el que de nuevo las

consideraciones de política de entrada y residencia son las únicas que pueden justificar tratos diferenciados.

La concreción de los argumentos expuestos en torno a la titularidad de los derechos y en especial del principio de igualdad, nos permite ahora un breve examen de la situación en los diversos derechos protegidos constitucionalmente.

4.- El estatuto constitucional de los extranjeros: finalidades generales que posibilitan la introducción de límites justificados a sus derechos

A partir de las afirmaciones anteriores referidas a la titularidad de derechos por parte de los extranjeros y al juego del principio de igualdad en este ámbito, es posible plantearse una somera presentación de aquellos derechos que sufren en la actual LODYLE limitaciones en función del estatuto de extranjero, o mejor dicho, de los diversos estatutos de extranjero existentes.

En este sentido los derechos que más claramente deben considerarse limitados para el extranjero son indudablemente los de libertad deambulatoria (supuestos de detención e internamiento privativos de los extranjeros(95)), residencia (el propio permiso de residencia (96), la posibilidad de expulsión y medidas similares de alejamiento (97), etc.) y trabajo (el permiso de trabajo(98)). En todos estos casos no resulta difícil vincular las limitaciones existentes con finalidades referidas al control de entrada, residencia y trabajo del extranjero, lo cual justifica las restricciones, recuérdese, sólo si no resultan desproporcionadas(99) de manera que puede comprobarse como a pesar de tratarse de derechos que constituyen el núcleo del estatuto especial del extranjero el legislador no es libre para definir su régimen: es imposible negar la posibilidad del derecho de reagrupación familiar, es imposible negar el derecho a la igualdad en las condiciones laborales en base a la nacionalidad del extranjero (a diferencia del acceso al trabajo(100)), etc. Por lo demás en cambio es perfectamente posible prever supuestos exclusivos de privación de libertad para extranjeros a pesar de que la libertad deambulatoria es indudablemente un derecho personal y vinculado con la dignidad humana: la finalidad de control efectivo de la entrada justifica las retenciones en frontera siempre que éstas resulten proporcionadas. Incluso un derecho directamente derivado de la Constitución como la reagrupación familiar se somete a condiciones propias del estatuto especial del extranjero (tenencia de un permiso renovado, medios económicos suficientes, inexistencia de causas de rechazo), cuando éstas son lo suficientemente relevantes o las restricciones son proporcionadas (101).

Así, en virtud precisamente de haber superado los controles estatales de entrada y residencia, el extranjero en situación regular puede ver limitados muy pocos de sus derechos y prácticamente cualquier tratamiento diferenciado respecto al español deberá justificarse en algún aspecto distinto a su nacionalidad a riesgo de ser considerado en caso contrario inconstitucional por no poder vincularse al control de residencia. Por ello sólo la tramitación de un expediente sancionador y la correspondiente expulsión aparecen como posibilidades de limitación derivadas específicamente de la nacionalidad extranjera de una persona en situación regular, junto con el acceso al trabajo siempre que su limitación obedezca a la protección del derecho al trabajo de los nacionales o extranjeros privilegiados (102).

En cuanto a las restricciones a los derechos del extranjero en situación irregular, puede afirmarse con carácter general que serán aquellas que permitan recuperar la situación de respeto de la legalidad: la imposición de la sanción de expulsión o la correspondiente resolución de alejamiento, y las medidas correspondientes para garantizar su ejecución. El Estado dispone siempre de esta posibilidad, adecuada y suficiente para la finalidad de la política de inmigración. Al margen de este mecanismo sin embargo, otras restricciones difícilmente encontrarán justificación en base a las finalidades generales de la extranjería, de modo que deben observarse a priori con desconfianza. El Estado puede protegerse frente a la entrada de los extranjeros sin más límites que los derivados de las obligaciones internacionales (asilo en especial), pero en cuanto el extranjero se vincula con España (entrada o reagrupación familiar por ejemplo), las posibilidades de actuación negativa del Estado se centran tan sólo en la finalización de la residencia, no en su sometimiento a condiciones especialmente desincentivadoras o perentorias. La única consecuencia legítima de la irregularidad, suficientemente gravosa por otro lado, es la posibilidad de expulsión en cuanto la Administración pueda hacerlo; si no se expulsa debe acordarse un trato que, manteniendo esa posibilidad de expulsión, garantice el resto de derechos, de los que es titular el extranjero en situación irregular, pues al asumir la permanencia en el territorio del Estado desaparece cualquier finalidad de control de flujos o de control de entrada y residencia. Incluso la denegación del acceso al trabajo plantea algunas cuestiones de interés, por cuanto permaneciendo el extranjero en España no parece estar justificada por razones de política de la inmigración una prohibición de trabajar (y por lo tanto de obtener lícitamente medios económicos de subsistencia) siempre que el acceso al trabajo se sometiera a una preferencia absoluta de los nacionales (como sucede para todo extranjero(103)) y de los extranjeros en situación regular. A pesar de que la Ley vigente no ha asumido esta conclusión, a nuestro juicio lógica, no es del todo ajena a la misma por cuanto el trabajo sin permiso no se constituye ya en una causa autónoma de expulsión y ni tan sólo constituye una infracción en la LODYLE; es la falta de permiso de residencia la que la provoca la expulsión (104).

Cuando nos alejamos de los derechos directamente vinculados con la entrada, la posibilidad de proceder a su limitación para los extranjeros resulta mucho más compleja, puesto que la restricción sobre tales derechos difícilmente resulta adecuada para las finalidades de control de la entrada y la residencia. Se trata esencialmente de los casos, actualmente impugnados, de limitación de los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga a los extranjeros en situación regular. El ejercicio de estos derechos en nada afecta por sí mismo al control de flujos ni a las limitaciones en materia de residencia o trabajo. Es cierto que la sindicación y la huelga son derechos unidos al trabajo, pero al margen ahora de la consideración del trabajo como una relación de hecho, regular o no (105), que justifica y da sentido a los derechos de sindicación y huelga, lo cierto es que reconocerlos a los extranjeros en situación irregular en nada afecta al control y restricciones en materia de trabajo de los extranjeros, o dicho de otro modo, en nada favorece la situación laboral de los españoles (106), de modo que su negación no se adecúa a la finalidad que debería darles cobijo. Adicionalmente, una interpretación acorde con los tratados internacionales (art. 10.2 CE) debería llevar a reconocer la extensión de estos derechos a toda persona que se encuentra en territorio español, puesto que tanto el texto de algunos convenios(107) como la jurisprudencia del TEDH de modo expreso(108), han reconocido, por lo menos en alguno de estos derechos, su aplicación a los extranjeros.

Ciertamente la negación de cualquier derecho a un irregular significa dificultar su estancia en España y en este sentido cualquier limitación se vería justificada; sin embargo debe tenerse en cuenta que una limitación de este tipo resulta claramente desproporcionada por cuanto afecta plenamente a otro derecho fundamental (el excluido en este caso) que se utiliza meramente como un instrumento, no necesario sino pretendidamente tan sólo adecuado (y aun ello es discutible), para la finalidad de dificultar la estancia de un extranjero en situación irregular. Además, sin tener para nada en cuenta otros elementos de la situación del extranjero que, como hemos visto, son también objeto de protección constitucional: como pudiera ser la estabilidad de su estancia en España y su arraigo en nuestro país. Tanto la falta de ponderación de estas finalidades, como especialmente la inadecuación de la medida, o su absoluta desproporción si se prefiere, respecto de la garantía de una residencia y trabajo regulares, llevan a considerar en efecto tales limitaciones como inconstitucionales.

Todo esto naturalmente sin referirse a consideraciones de carácter infraconstitucional sobre la necesidad de contar con interlocutores válidos entre los grupos de extranjeros irregulares, necesarios en situaciones de crisis como atestigua la práctica de las propias autoridades que han necesitado reunirse con representantes de los extranjeros en situación irregular, lo cual ineludiblemente presupone el ejercicio del derecho de reunión por su parte. De hecho puede afirmarse que la negación de estos derechos resulta más perjudicial para la propia Administración que para los extranjeros afectados, pues será la Administración quien tendrá interés en contar con interlocutores válidos y, por otro lado, difícilmente podrá aplicar eficazmente sus propias prohibiciones en este ámbito.

Otro grupo de derechos, centrados en su carácter prestacional, tampoco presentan una especial vinculación con las finalidades propias del derecho de extranjería en su sentido limitador de control de flujos. La educación, las prestaciones de asistencia social, en materia de vivienda o sanitarias, sólo en casos muy extremos pueden incidir en la entrada de extranjeros (109). En cambio se trata en todos los casos de actuaciones sometidas a la escasez y distribución de los recursos públicos, situación que permite a los poderes públicos decidir privilegiar a determinados grupos sobre otros siempre que exista alguna causa suficiente para ello (110). Se asumía tradicionalmente que la nacionalidad como forma de exteriorización de un vínculo privilegiado con un concreto Estado justificaba la exclusión de los extranjeros de estas prestaciones o por lo menos su participación subsidiaria respecto de los nacionales. Puede plantearse hasta qué punto esta justificación es todavía válida cuando las prestaciones son asumidas como derechos y se configuran por sí mismas como finalidades constitucionales, y cuando la extranjería pierde su contenido transitorio y pasa a comprenderse como un fenómeno estable perfectamente compatible con la integración plena en España. Las previsiones del derecho internacional asumen por sí mismas la igualdad entre nacionales y extranjeros en situación regular en estos ámbitos y condicionan el destino de los recursos necesarios para la satisfacción de estos derechos a condiciones sociales o de real vinculación a un territorio que son igualmente aplicables a nacionales y a extranjeros; el permiso de residencia viene a expresar aquí el residuo final de esa vinculación al Estado que se expresaba en la exigencia de la nacionalidad .

La LODYLE en cambio resulta generosa en su regulación en comparación con estas normas internacionales(111), aunque no da el paso definitivo de equiparar por completo la situación de los extranjeros en situación irregular; subsisten así exclusiones en

materia de prestaciones sociales complementarias (art. 14.2 LODYLE), de ayudas a la vivienda (art. 13 LODYLE) o de educación no obligatoria (art. 9.3 LODYLE), elementos todos ellos ajenos sin embargo al núcleo de los derechos correspondientes(112). Desde la posición defendida en este trabajo, sin embargo, tales exclusiones no parecen justificables en la medida en que son ajenas a las finalidades propias del control de fronteras y residencia, así que debería integrarse en el disfrute pleno de los derechos correspondientes en igualdad de condiciones con los españoles, a los extranjeros que puedan mostrar una vinculación con España (a través por ejemplo del empadronamiento), independientemente de su situación administrativa.

Merecen una atención especial los derechos que se constituyen como mecanismos de defensa del extranjero, tanto a través de la actuación judicial como en el seno del procedimiento administrativo y en general como principios exigibles a la actuación administrativa, por cuanto en ellos, por su estrecha vinculación con la actuación administrativa propia de la extranjería, se concentran algunas de las situaciones más problemáticas del régimen actual, que se proyectan sobre la totalidad de los derechos del extranjero. Su examen en cualquier caso supera el ámbito del presente trabajo por el necesario detalle en el mismo (113), aunque a título meramente orientativo deben destacarse los problemas derivados de la concentración actual de la garantía jurisdiccional en las medidas cautelares, que se han convertido en el único elemento realmente efectivo de la tutela judicial en materia de extranjería, y las importantes quiebras en los derechos de defensa en el procedimiento administrativo derivadas ante todo del procedimiento preferente de expulsión, quiebras que difícilmente pueden justificarse ante la existencia en el derecho vigente de mecanismos alternativos menos gravosos (señaladamente el internamiento) que vienen a cubrir las finalidades de garantía de la efectividad de la sanción. Baste finalmente señalar que la importancia de la tutela en el procedimiento administrativo ha sido ya reconocida por la propia Ley de extranjería que, en numerosas ocasiones, extiende al mismo las garantías propias de la tutela judicial (defensa gratuita, presunción de inocencia incluso fuera del procedimiento sancionador, etc.).

## NOTAS

1. Vid. con carácter general mi trabajo Constitución e inmigración. La constitucionalización del derecho de extranjería en España, pendiente de publicación, en el que la afirmación del carácter progresivo, y en ocasiones pendiente, de esta constitucionalización se realiza tanto en referencia a las administraciones participantes y la distribución de funciones entre las mismas como muy especialmente en referencia al sistema de fuentes del derecho de extranjería.

2. Esta afirmación del TC resulta profundamente equívoca como ha afirmado J. Asensi en su intervención publicada en el n. 7 de la revista Teoría y realidad constitucional, p. 19. Una comprensión adecuada de la categoría que no signifique su expansión a todo derecho y la consiguiente pérdida de sentido si se hace equivaler a la intervención de la ley en la determinación de sus límites (vid. la voz “derechos de configuración legal” en AAVV, Enciclopedia Jurídica Básica Civitas, Madrid, 1995, realizada por J. L. Requejo Pagès), exige que el derecho no sea aplicable sin intermediación legal (lo que por ejemplo para el art. 19 CE y los extranjeros ha sido contradicho por numerosa jurisprudencia del TS: vid C. Vidal Fueyo, Constitución y extranjería, CEPC, Madrid, 2001, p. 86 y ss.) y que no pueda hablarse de contenido del derecho antes de la

intervención legal: en efecto el ejemplo paradigmático de derecho de configuración legal es el derecho al recurso contra una resolución judicial, si y cuando la ley lo prevea: sin ley que lo prevea no existe el recurso ni el derecho. Esta no es, como se verá, la situación de ninguno de los derechos del extranjero, mucho menos de todos ellos, puesto que el TC muy pronto, como se verá, declararía la existencia de un contenido constitucional indisponible de los derechos de los extranjeros, en igualdad con los españoles también en su desarrollo en otras ocasiones, matizando así la declaración tan enfáticamente realizada.

3. STC 107/1984, de 23-11, FJ 4. Igualmente se afirma en el FJ 3: "Cuando el artículo 14 de la Constitución proclama el principio de igualdad, lo hace refiriéndose con exclusividad a «los españoles». Son éstos quienes, de conformidad con el texto constitucional, «son iguales ante la Ley», y no existe prescripción ninguna que extienda tal igualdad a los extranjeros". Es a partir de esta negativa de aplicación del art. 14 CE que el TC recurre al examen de los derechos afectados, en el caso concreto el art. 35 CE, e inicia su conocida distinción tripartita de los derechos, a la que inmediatamente nos referiremos. Más adelante se volverá sobre la situación del principio de igualdad y los extranjeros.

4. STC 107/1984, de 23-11, FJ 3 y 4

5. En efecto, el TC a pesar de la evolución de fondo de su doctrina (y de la ya citada ilustrativa derivación hacia la estimación general de los recursos presentados en este ámbito), de la que deberemos ocuparnos seguidamente, sigue formalmente asumiendo sus afirmaciones originales: vid. entre otras SSTC 115/1987, de 7-7, FJ 1, STC 94/1993, de 22-3, FJ 3, STC 116/1993, de 29-3, FJ2, STC 150/1994, de 23-5, FJ 2 a 4, STC 242/1994, de 20-7, FJ4, STC 86/1996, de 27-5, FJ 2, STC 24/2000, de 21-1, FJ4, STC 95/2000, de 18-5, FJ 3 o STC 169/2001, de 16-7, FJ 4. En la doctrina igualmente, y a título de ejemplo, las intervenciones de M. Aragón (quien defiende igual postura en su artículo "¿Es constitucional la nueva Ley de extranjería?", Claves de la razón práctica, núm. 112, año 2001), P. Biglino, A. Pérez Calvo y F. Fernández Segado parten también de esta situación en sus intervenciones en la "Encuesta sobre la Ley de Extranjería" en Teoría y realidad Constitucional, n. 7, 2001, mientras que en el mismo volumen J. Asensi manifiesta su radical discrepancia a la que deberemos volver más adelante. Por lo demás la mayor parte de Comentarios a la actual Ley de Extranjería se centran en la inclusión o no en estas categorías de los derechos excluidos del ejercicio por parte de los extranjeros ilegales en la LO 8/2000. Vid. en este sentido los trabajos de N. Pérez Sola y de J. L. Monereo y C. Molina en torno a los arts. 7, 8 y 11 de la LODYLE en el Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Comares, Granada, 2001, dirigido por estos últimos autores, op. cit., p. 24 y ss., 172 y ss. y 220 y ss., los de F. Álvarez Ossorio en A. Rodríguez Benot / C. Hornero Méndez, El nuevo derecho de extranjería, Comares. Granada, 2002, p. 34 y ss. y 62 y ss. o M. Terol Becerra y M.J. Rodríguez Ramos, "Constitución, extranjeros y derecho al trabajo", en C. Sánchez-Rodas Navarro (Coord.) "Extranjeros en España – Régimen jurídico", Laborum, Murcia, 2001; vid. igualmente el citado trabajo de J.L. Requejo "Derechos de configuración legal", loc. cit., p. 134 a 136. Últimamente C. Vidal Fueyo, "Constitución y extranjería", op. cit., p. 142 y ss.

6. Vid. con carácter general H. Fuchiron (Dir.), "Les étrangers et la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés Fondamentales", LGDJ, Paris, 1999

7. Vid. entre otras las SSTEDH Soering, de 7 de julio de 1989, Nasri, de 13-7-1995 Chahal, de 15-11-1996, H.L.R., de 29-4-1997, Hilal, de 6-3-2001, en una línea que la STEDH D vs. Reino Unido de 2 de mayo de 1997 lleva al máximo al ampliarla a los casos de enfermos que no pueden ser tratados con garantías en su país de origen. Cfr. en cambio el caso Bensaid, de 6-2-2001. Con carácter general vid. el comentario jurisprudencial de F. Sudre "Le renouveau jurisprudentiel de la des étrangers par l'article 3 de la CEDH", en la obra citada en la nota anterior, p. 72 y ss., así como el trabajo de S. Karagiannis en RTDH, n. 37, 1999. Cfr. también A. Chueca Sancho, La expulsión de extranjeros en la CEDH, Ed. Egido, Zaragoza, 1998.

8. STEDH Ahmut, de 28-11-1996, Ciliz, de 11-7-2000, Boulouf, de 2-8-2001, Sen de 21-12-01. Vid. los trabajos de H. Labayle, S. Grataloup, X. Pesenti y F. Monéger en el volumen citado coordinado por H. Fuchiron.

9. De las iniciales SSTEDH Abdulaziz de 28-5-1985 y Berrehab, de 21-6-1988 a las SSTEDH Moustaqim de 18-2-1991, Bouchelkia, de 29-1-1997, Mehemi, de 26-9-1997 o Boujlifa, de 21-10-1997, Amrollahi de 11-7-2002 y Jankupovic, de 6-2-2003. Vid. en la doctrina las obras citadas en la nota anterior y el trabajo de M. Levinet "L'éloignement des étrangers délinquants et l'article 8 de la CEDH", en RTDH, n. 37, 1999..

10. Sobre todo las SSTEDH Amuur, de 25-6-1996, Scott, de 18-12-1996, Dougoz, de 6-3-2001 y A.B. vs. Holanda de 29-1-2002 o Al-Nashif, de 20-6-2002.

11. Vid. SSTEDH Chahal, de 15-11-1996, Dougoz, de 6-3-2001, Al-Nashif, de 20-6-2002 y sobre todo Conka de 5-2-2002

12. SSTEDH Daud, de 21-4-1998 o Cuscani, de 24-9-2002.

13. STEDH JABARI, de 11-7-2000 o Conka (referida a la prohibición de las expulsiones colectivas y la necesidad de una consideración real de las circunstancias del caso), de 5-2-2002. Vid. también S. Sarolea, "Les droits procéduraux du demandeur d'asile au sens des articles 6 et 13 de la CEDH", en RTDH, n. 37, 1999. Deben tenerse en cuenta también los Protocolos n. 4 y 7 al CEDH que, sin embargo, no han sido ratificados por España (a pesar de su firma en 1978).

14. STEDH Cisse, de 9-4-02

15. Así los protocolos 4, 7 y 12 (aunque los dos primeros sí han sido firmados, su no ratificación tras más de 20 años resulta suficientemente ilustrativa) o la Convención sobre la participación de los extranjeros en la vida pública local, de 5-2-1992. Sí está en vigor en cambio la Convención Europea sobre el estatuto legal del trabajador migrante, de 24-11-1977, cuya eficacia es sin embargo reducida por su ámbito de aplicación limitado a los nacionales de Estados parte en el mismo.

16. Vid. en España A. Olesti, “El Acuerdo de asociación con Turquía y el régimen de los trabajadores de nacionalidad turca en la UE”, en RDCE, n. 9, 2000, p. 49 y ss. que recoge la jurisprudencia en la materia.

17. Vid. la propuesta de directiva sobre el estatuto de los residentes de larga duración (COM[2001, 127, final), y en cuanto a la ciudadanía europea, A. Castro Olivera, “The position of resident third country nationals: Is it too early to grant them Union citizenship?”, en M. La Torre, *European Citizenship: An Institutional Challenge*, La Haya, 1996. Una valoración negativa de estas propuestas en C. Jiménez Sánchez, “La comunitarización...” op. cit., p. 861.

18. Vid. con carácter general los citados trabajos de A. Saiz Arnaiz, Saiz Arnaiz, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos*. EL artículo 10.2 de la Constitución Española, CGPJ, Madrid, 1999 y A. Queralt Jiménez, , *La efectividad de las sentencias del TEDH en el ordenamiento español*, Memoria para la Academia de Derecho Público Europeo en curso de publicación.

19. Así, muy claramente, en todas las cuestiones abordadas por la STC 115/1987: libertad deambulatoria (detención y habeas corpus), tutela judicial efectiva (acceso y medidas cautelares), reunión y asociación..

20. Con límites temporales distintos a las 72 hs. del art. 17 CE (que sin embargo se considera de aplicación a los extranjeros): SSTC 341/1993, 174/1999 o 179/2000 y 53/2002, de 27-2.

21. Voto Particular a la STC 115/1987, formulado por los Magistrados Rubio Llorente, Tomás y Valiente y García-Mon, llamando la atención sobre el carácter superfluo del art. 13 CE si éste no se entiende como habilitador de tratamientos distintos de los extranjeros por parte del legislador en cuanto al contenido constitucionalmente garantizado del derecho, afirmando que la función del art. 13 CE está en determinar que “esas libertades [las libertades públicas distintas de los derechos fundamentales] no tienen otro contenido que aquel que establezcan los tratados y la ley”. Más adelante deberá volverse sobre la cuestión del contenido del art. 13 CE y las razones del rechazo de esta posición de los firmantes del Voto.

22. Vid. SSTC 94/1993, 86/1996, 95/2000, 179/2000 (en las que incluso se procede como se verá inmediatamente a limitar por motivos de extranjería un derecho que se acaba de enmarcar en el primer grupo: la libertad deambulatoria) o 13/2001 (en un argumento referido a una ciudadana española pero aplicable claramente en la dicción de la Sentencia a los extranjeros) por ejemplo

23. SSTC 130/1995 y 95/2000, señaladamente.

24. “La libertad del legislador al configurar los derechos de los nacionales de los distintos estados en cuanto a su entrada y permanencia en España, es sin duda alguna amplia. Pero no es en modo alguno absoluta... 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 PIDCP a todas las personas...”, o más adelante, “...para ser respetuosa con la libertad de circulación que el art. 19 CE reconoce a los extranjeros que se hallan legalmente en nuestro territorio, la decisión de

expulsión debe fundarse en alguno de los supuestos previstos por la Ley de Extranjería, u otro texto legal de igual valor, para adoptar esa grave medida. Asimismo, la conformidad con la Ley de la medida de expulsión depende de si concurren realmente los hechos determinantes de la expulsión, que deben quedar acreditados en el procedimiento administrativo o, en caso de contencioso, ante el Tribunal que conozca de él; y también depende de que concurren razones que justifiquen que, en vez de imponer la multa que con carácter general prevé el art. 27 de la Ley de Extranjería, haya de imponerse la decisión de expulsión...” (FJ 4). Mas intensamente se ha pronunciado el TEDH en una numerosa línea jurisprudencial a la que se hará referencia más adelante puesto que su núcleo es frecuentemente la proporcionalidad de las restricciones acordadas por el Estado.

25. STC 13/2001: “...conducta constitucionalmente censurable en cuanto la medida que produce el efecto adverso carece de justificación (no se funda en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objeto legítimo) o no resulta idónea para el logro de tal objetivo” (FJ 8). Argumento que el contexto de la sentencia hace aplicable sin más a los extranjeros a pesar de referirse a una nacional española.

26. SSTC 174/1999 y 95/2000 ante todo. Vid. el comentario de D. Moya Malapeira en “La devolución de extranjeros en el ordenamiento jurídico español”, RVAP, n. 62, 2002, p. 199 y ss.

27. Art. 22 LODYLE, que limita la igualdad en la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros en situación regular y niega así la prestación para aquéllos en situación irregular con excepción de los recursos que puedan llevar a la denegación de entrada, expulsión o devolución.

28. Art. 62 LODYLE que prevé el internamiento previo a la expulsión y su duración máxima de 40 días.

29. “Los extranjeros que deseen ejercer este derecho deberán solicitar una autorización (...) Al mismo tiempo deberán aportar la prueba de que disponen de un alojamiento adecuado y de los medios de subsistencia suficientes para atender las necesidades de su familia una vez reagrupada.” (art. 18.1) y “Podrán ejercer el derecho a la reagrupación con sus familiares en España cuando hayan residido legalmente un año y tengan autorización para residir al menos otro año” (art. 18.2)

30. Por otro lado el legislador extiende a los extranjeros en situación irregular numerosos derechos (desde la asistencia sanitaria a los empadronados, a derechos en materia de prestaciones sociales básicas entre los casos más claramente incluidos de manera tradicional en el grupo de derechos limitables por la Ley); ciertamente puede discutirse si tal extensión es una opción libre del legislador o una obligación derivada de la Constitución, por lo que la existencia de esos artículos por sí misma no puede servir para fundamentar la comprensión aquí defendida, pero no deja de ser un elemento más a tener en cuenta en su valoración.

31. Vid. las Sentencias citadas en la nota 5 de este trabajo.

32. Véase con carácter general A.L. Martínez-Pujante, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 1997 que reproduce los términos del debate.

33. Véanse a título de ejemplo las intervenciones citadas de los profs. Aragón, Carrillo, Biglino, Pérez Calvo sobre todo y Fernández Segado en *Teoría y realidad constitucional*, n. 7, 2001, o los argumentos desarrollados por los diversos órganos que han debido ya pronunciarse sobre la legitimidad de las limitaciones impuestas por la LODYLE, desde el Dictamen del Consejo General del Poder Judicial o del Consejo de Estado a los dictámenes del Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña, de la Comisión Jurídica Asesora de Aragón (Dictamen 42/2001, de 6-3), del Consejo Consultivo de las Islas Baleares (Dictamen 27/2001, de 12-3), del Consejo Consultivo de Andalucía (Dictamen de 26-4-2001) o del Consejo Consultivo de Navarra (Dictamen de 29-5-2001).

34. Ya el TC en su STC 107/1984 (FJ 3) calificaba la distinción de “ciertamente equívoca”. J. Asensi (loc. cit., p. 32) alude a esta realidad al calificar estas distinciones como “consideraciones de escuela”.

35. “...produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que perteneces a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana...” (STC 107/1984, FJ 3).

36. Vid. de nuevo la citada intervención de J. Asensi en *Teoría y realidad constitucional*, p. 20, o las consideraciones en la misma línea de C. Vidal Fueyo, *Constitución y extranjería*, op. citt., p. 56 y 57. Con carácter general sobre el valor del art. 10.1 CE, vid. J.J. Solozábal, “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, en REP, n. 71, 1991, p. 85 y ss. o la voz “Dignidad de la persona” realizada por el mismo autor en M. Aragón (Coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, vol. III, Civitas, Madrid, 2001, pp. 113 y ss. o el propio F. Fernández Segado, “La dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional español”, en RVAP, n. 43, 1995, p. 65 y ss., quien sin embargo asume la eficacia de la distinción en su citado trabajo en *Teoría y realidad constitucional* n. 7, 2001.

37. Especialmente puesto de relieve por el Voto Particular de Rubio Llorente, Tomás y Valiente y García-Mon a la STC 115/1987. Vid. también A.J. Gómez Montoro, voz “Titularidad de los derechos fundamentales” en M. Aragón (Coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, vol. III, Civitas, Madrid, 2001, pp. 132 y ss

38. El TC de hecho, asume la literalidad de la expresión constitucional cuando el derecho se generaliza a “todos” o toas las personas”, y en cambio se plantea otros criterios más abiertos cuando el texto constitucional limita el derecho a los españoles o los ciudadanos, como paradigmáticamente sucede en la STC 94/1993 en materia de libertad de residencia.

39. Naturalmente los polémicos artículos de la LO 8/2000 sobre asociación reunión y manifestación, sindicación y huelga son el ejemplo más claro de esta situación, junto

con los dictámenes de Consejo General del Poder Judicial y Consejo de Estado al proyecto de ley.

40. Y de ahí su origen y sentido en el derecho privado, aspecto al que alude F. Fernández Segado, “El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España. Reflexiones en torno a la constitucionalidad de la LO 8/2000, de 22 de diciembre”, publicado en *Teoría y realidad constitucional*, n. 7, 2001., p. 82 y ss. y que está presente también en aquellas construcciones en que el mantenimiento de la titularidad sin ejercicio por nadie se vincula a la defensa de la integridad del derecho frente a su apropiación eventual por terceros, aspecto que de nuevo no tiene sentido en este ámbito.

41. De hecho la distinción ha sido criticada de modo prácticamente unánime por todos los autores que se han pronunciado sobre ella: A.J. Gómez Montoro, “Titularidad de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 122, se refiera a “un juego de palabras”, M. Aragón *loc. cit.* p. 31 a la introducción de confusión, y Asensi, Biglino o Carrillo *ibid.*, p. 32 y ss. niegan todo sentido a la distinción en este ámbito.

42. Distinción utilizada implícitamente por la Ley en la medida en que sólo a los irregulares se restringe el derecho. M. Carrillo, *loc. cit.*, p. 25 parece asumir la distinción como válido elemento de juicio para posteriormente considerar que lo que existe es una privación completa del derecho a una categoría de personas.

43. P. Biglino, *loc. cit.*, p. 42 llama la atención sobre el sometimiento también en el caso de los españoles de los derechos a autorizaciones administrativas que acaban dibujando grupos excluidos por completo del derecho. Por esa misma razón consideramos aquí que la distinción entre privación y restricción para considerar legítima la segunda e inadmisibles la primera no es un auténtico criterio de diferenciación.

44. A esta idea apunta fundamentalmente la reivindicación del concepto de “normalidad” del derecho de extranjería que realiza P. Santolaya en su intervención en el debate sobre “Inmigración y Comunidades Autónomas” publicado en el n. 14 del *Anuario de derecho constitucional y parlamentario*, p. 250 y ss. Y que he intentado desarrollar más ampliamente en mi trabajo antes citado *Constitución e inmigración*, pendiente de publicación.

45. Situación que, se insiste, es la que ha determinado toda decisión del Tribunal Constitucional desde 1984, más allá de retóricas referencias a la mayor amplitud del legislador en el desarrollo de los derechos menos vinculados a la dignidad humana. Y que, como se verá inmediatamente, caracteriza también, ahora expresamente, la completa jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia.

46. Es en esta función explicativa, junto al carácter cualificado de la reserva de ley que se introduce, que debe encontrarse la función del art. 13 CE que en cambio el VP de la STC 115/1987 consideraba inexistente si se excluía su virtud limitadora de la titularidad de los derechos correspondientes. No ha sido otra la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus repetidamente citadas sentencias en la materia. En todas ellas la argumentación se ha centrado no en la titularidad del derecho por el extranjero, sino en la justificación de los límites impuestos por la autoridad nacional.

47. Al muy fundamental papel de esta reserva y los problemas que deparaba se dedica la Segunda Parte de mi estudio Constitución y extranjería, citado, pendiente de publicación.

48. Vid. el trabajo de M. González Beilfuss, El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC, Aranzadi, 2003.

49. Así por ejemplo SSTEDH Amuur, de 25-6-1996, Scott, de 18-12-1996, Dougoz, de 6-3-2001 y A.B. vs. Holanda de 29-1-2002 o Al-Nashif, de 20-6-2002.

50. En efecto, en este aspecto juegan no sólo las finalidades restrictivas propias de la extranjería sino también el carácter limitado de los recursos económicos si se extendiera el derecho a los extranjeros que, desde su país de origen, deciden presentar un recurso contra por ejemplo denegaciones de visado de entrada. El grado de vinculación del solicitante con España deberá ser en este caso el criterio decisivo. El TEDH ha asumido la posibilidad de una concreción más limitada de este derecho para los extranjeros de modo implícito, al aceptar que la fundamentación de determinadas medidas administrativas en la seguridad nacional, como ocurre con algunos de los supuestos de expulsión, permite diseñar regímenes específicos de tutela que en otro caso no serían compatibles con el derecho reconocido en el art. 13 CEDH. Pero siempre sin embargo manteniendo el contenido mínimo del derecho y resultando las limitaciones proporcionadas a la finalidad de mantenimiento de esa seguridad nacional: vid. STEDH Al-Nashif c. Bulgaria de 20 de junio de 2002, par. 91 y ss. y 135 y ss.

51. Así las discutibles SSTC 174/1999 y 95/2000, frente a las más matizadas SSTEDH citadas en la nota 228.

52. El papel de la ley en este ámbito ha sido destacado en la Segunda Parte de este trabajo. Sin embargo debe recordarse aquí que el TEDH insiste en la necesidad de que las decisiones administrativas y judiciales hayan tomado en cuenta en cada caso los límites, y sus posibles justificaciones, de las interferencias administrativas en los derechos del extranjero. Ninguna obligación expresa contiene la Ley española al respecto, lo que plantea problemas en la práctica, por lo menos administrativa. La situación resulta particularmente lamentable cuando se observa el detalle de la ley danesa, por ejemplo, reproducida en la STEDH Al-Nashif c. Dinamarca, de 11 de julio de 2002, par. 19 y ss.)

53. Sin ánimo exhaustivo y a reserva de su posterior estudio detallado en los casos más polémicos o relevantes, deben tenerse en cuenta los límites establecidos legalmente a derechos como la prohibición de tratos inhumanos y degradantes del art. 3 CEDH, puesto que su posible limitación depende también de la gravedad de las infracciones cometidas de manera que determinadas expulsiones que obedecen a infracciones graves pueden asumir un riesgo mayor de vulneración de ese derecho que otras (unánimemente las SSTEDH citadas en la nota 135), la intimidad personal y familiar (expulsiones que en ocasiones pueden producir una separación familiar en las SSTEDH Abdulaziz de 28-5-1985 y Berrehab, de 21-6-1988 o Amrollahi de 11-7-2002 y Jankupovic, de 6-2-2003, por citar sólo algunas, o requisitos establecidos en los art. 16 y ss. de la LODYLE y su desarrollo reglamentario para la institución de la reagrupación familiar), los polémicos y repetidamente citados casos de los derechos de reunión y manifestación (art. 7 LODYLE), de asociación (art. 8 LODYLE), la como se verá también polémica

vía consular en el acceso a los tribunales tanto en las expulsiones como en las denegaciones de visado o de entrada (art. 65.2 LODYLE) así como los problemas derivados de la impugnación de expulsiones dictadas en vía preferente (art. 63 y 64 LODYLE) , la limitación de la asistencia jurídica gratuita (art. 22 LODYLE), las previsiones en materia de derecho a la educación de los mayores de 18 años (art. 9 LODYLE) o la también impugnada limitación en el derecho de sindicación y huelga (art. 11 LODYLE), para limitarnos al ámbito de los casos en que el legislador prevé diferencias en derechos a prior considerables de la persona y dejando de lado los supuestos teóricamente distintos a partir de la tripartición de los derechos de libre circulación, acceso al trabajo y condiciones en el mismo, libertad de empresa o de los derivados de los principios rectores del Capítulo III, en conjunción o no con el principio de igualdad (seguridad social y ayudas sociales, sanidad, acceso a la cultura, vivienda...). A mayor abundancia, sin embargo, compruébese cómo buena parte de éstos se reconocen también a los extranjeros por la Ley, pudiendo plantearse si tal reconocimiento no obedece también a una cierta obligación constitucional, como inmediatamente se planteará al tratar del principio de igualdad y los extranjeros.

54. En efecto, la ponderación exige plantearse la existencia de finalidades generales propias de cada derecho, y no contentarse con la existencia de finalidades de la política de extranjería: lo que tanto puede llevar a límites en la exclusión del extranjero por la ponderación con la finalidad propia del derecho (claramente los casos del art. 15 CE (que se asimilarían a al jurisprudencia del TEDH en relación con el art. 3 CEDH: vid. las Sentencias citadas en la nota 187) como contribuir a fundamentar esas exclusiones: así por ejemplo la necesidad de contar con un ámbito mínimamente predeterminado de beneficiarios del derecho cuando éste exige prestaciones económicas (vid. en este sentido la STEDH Ciliz, de 11 de junio de 2000, que admite la consideración de los gastos del Estado a los efectos de valorar el otorgamiento o renovación de un permiso de residencia): es como se verá la situación de la asistencia jurídica gratuita y los extranjeros que impugnan desde su país de origen una denegación de visado. Al respecto vid. infra el apartado específicamente dedicado a la tutela judicial.

55. Quizás el supuesto más claro esté en la importante sentencia para el caso español Cisse c. Francia de 9 de abril de 2002, que reconoce la titularidad del derecho de manifestación por parte de los extranjeros en situación irregular (par. 50), paso previo a plantearse la justificación de las limitaciones impuestas por el Gobierno francés en el caso.

56. Incluso cuando el derecho en juego es el reconocido por el art. 3 CEDH (prohibición de tratos degradantes o inhumanos, normalmente alegada en casos de expulsión a países en que éstos pueden producirse), y a pesar del escrutinio riguroso que el propio TEDH asume en estos casos (STEDH Jabari, de 11 de julio de 2000, par. 39), es obvio que el contenido del mismo difiere pues para valorar la legitimidad de la expulsión debe considerarse la gravedad de la infracción cometida por el extranjero: así unánimemente las SSTEDH citadas en la nota 187.

57. Últimamente STEDH Yildiz, de 31 de octubre de 2002 (par. 41) o Yakupovic, de 6 de febrero de 2003 (par. 29), con cita de multitud de sentencias previas.

58. Vid. por todas la STEDH Yildiz citada en la nota anterior, par. 42.

59. Ibid., p. 46.

60. STEDH Cisse c. Francia de 9 de abril de 2002, cit., en la cual se declara compatible con el CEDH la actuación estatal de desalojamiento del encierro de inmigrantes irregulares (en el marco del movimiento de los “sana papiers”) en la una Iglesia de París. Sólo el transcurso de dos meses de encierro y el consiguiente empeoramiento de las condiciones sanitarias para los propios manifestantes (así como la situación de diversos encerrados en huelga de hambre) justifica en la Sentencia la intervención pública, a pesar del intercambio de argumentos sobre la garantía de los actos de culto de la población en la Iglesia. De nuevo la propia redacción del art. 11 CEDH ofrece una excelente base para la aplicación del principio de proporcionalidad.

61. STEDH Conka, de 5 de febrero de 2002, p. 34, apoyándose en la expresa consideración del internamiento de extranjeros en el art. 5.1.f CEDH.

62. En la propia STEDH Conka, vid. p. 53 fundamentalmente.

63. Vid. por ejemplo recientemente la STEDH Al-Nashif c. Bulgaria, de 20 de junio de 20-02), par. 91 y ss. y 135, o Jabari c. Turquía de 11 de junio de 2000, en la que un plazo de cinco días para la presentación de recurso es considerado una limitación del acceso a la justicia desproporcionada.

64. En efecto, las finalidades propias de la política de extranjería justifican precisamente la institución del permiso de residencia y de la finalización del mismo y consiguiente expulsión, por sí mismas suficientes para ese control. Por lo tanto, al margen de estos ámbitos, no parece que otras actuaciones puedan ser idóneas, y menos necesarias, para las finalidades en juego. En especial la exclusión de extranjeros en situación regular de prestaciones sociales abiertas a los nacionales no puede justificarse en la limitación de los recursos económicos, puesto que en este caso será la finalidad de la prestación la que deberá determinar el ámbito de posibles beneficiarios de la misma. Sólo la desvinculación de los eventuales beneficiarios de las actuaciones de las autoridades españolas podría justificar la exclusión por significar una ampliación potencialmente ilimitada de las prestaciones; vid. en este sentido la STEDH Ciliz, de 11 de julio de 2000, citada. A este aspecto deberemos retornar en los próximos epígrafes, al examinar cuál es el estatuto del extranjero en cada uno de los derechos contemplados por la Constitución o la LODYLE.

65. Lo que, puede aquí simplemente apuntarse, plantea muy considerables dudas en las condiciones de la LODYLE a la obtención del permiso de trabajo y las causas de denegación del mismo, especialmente en interpretaciones excesivamente automáticas de la Administración. Con más detalle al respecto vid. la segunda edición, en prensa de E. Aja (Coord.) La nueva regulación..., op. cit., en la parte dedicada al permiso de trabajo.

66. Vid. especialmente el art. 57.5 y 6 LODYLE que prevé diversas situaciones subjetivas que se configuran como límites a la expulsión. Sin embargo tales previsiones sólo recogen algunos de los casos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha asumido como obstáculos a la expulsión o su ejecución; este segundo ámbito resulta completamente ignorado en la legislación española lo que provoca muy considerables problemas tanto por la eventual ejecución de la expulsión en vulneración de los derechos del extranjero como por la falta de regulación absoluta del extranjero con

orden de expulsión no ejecutada. En torno a este último aspecto vid. mi trabajo “El estatuto de los extranjeros objeto de una orden de expulsión pendiente de ejecución”, pendiente de publicación.

67. Ciertamente puede plantearse si se trata de una libre decisión legal o si existe una obligación constitucional que la Ley simplemente ha venido a satisfacer. Como se verá inmediatamente esta segunda opción parece más adecuada, puesto que la limitación de las prestaciones por razones económicas debe orientarse a la satisfacción de la finalidad del derecho o mandato que sirve de base a esa prestación, ajena a las condiciones de extranjería; por lo menos en el ámbito de los extranjeros que mantienen una relación estable (y en este caso reconocida) con la administración española. Vid. en este sentido la STEDH Ciliz, de 11 de junio de 2000, que admite la consideración de los gastos del Estado a los efectos de valorar el otorgamiento o renovación de un permiso de residencia, puesto que en caso contrario el ámbito de los beneficiarios sería potencialmente ilimitado; a contrario no como finalidad cuando ya se ha establecido la relación con el Estado, formalizada a través del correspondiente permiso. Debemos volver sobre esta cuestión al plantearnos los efectos del principio de igualdad en estos ámbitos.

68. La repetidamente citada jurisprudencia del TEDH sobre eventuales vulneraciones del art. 3 CEDH por expulsiones o devoluciones se dicta también en referencia a extranjeros que han entrado o pretenden entrar irregularmente (SSTEDH Hilal, Conka o Jabari entre otras, citadas), de modo que las medidas de alejamiento de irregulares se someten a límites no sólo procedimentales. Como se ha expuesto ya estos límites deben entenderse desde juicios de proporcionalidad al ponderar en cualquier caso tanto la gravedad de las infracciones cometidas (la entrada ilegal, con o sin falsificación de pasaporte...) con los peligros a que se expone a la persona tras la expulsión o devolución.

69. Más ampliamente E. Roig, “El Reglament d’extranjería”, cit., p. 32 y ss.

70. La consideración del arraigo es probablemente la gran aportación jurisprudencial al ámbito de la extranjería, y especialmente al de las infracciones y sanciones. Tras las iniciales Sentencias del Tribunal Supremo (recogidas con detalle en los citados trabajos de C. Aprell o en el artículo de D. Moya, “El régimen de extranjería en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Justicia administrativa, n. 8, 2000....”, p. 280) fue en primer lugar asumida por el Reglamento de 1996 y sobre todo por la LO 4/2000 que amplió el alcance de la institución a la concesión de permisos de residencia, aspecto mantenido, aunque de modo restrictivo, tras la reforma de la LO 8/2000: vid. el art. 31.4 de la LODYLE y su (muy cuestionable) desarrollo en el art. 41 del Reglamento.

71. Vid. un amplísimo panorama de la diversidad de estatutos y sus diversas razones en el citado trabajo de V. Aguado en Cuadernos de derecho local, n. 0, 2002.

72. Es en efecto la falta de vinculación suficiente con España la que justifica esta distinción, lo que resulta especialmente claro si se observa la distinta densidad de las obligaciones de motivación en la denegación de visados por causa de reagrupación familiar o de oferta de trabajo por un lado, y por otros motivos (art. 27.5 LODYLE), o la denegación de la asistencia jurídica gratuita no exactamente al extranjero que se encuentra fuera de España (puesto que la asistencia se reconoce en los puestos

fronterizos para el procedimiento de denegación de entrada), sino del extranjero que no ha fundamentado suficientemente su vinculación de hecho (impugnación de denegación de visados por ejemplo). Recuérdese en este sentido la recientemente citada STEDH Ciliz, de 11 de junio de 2000, que admite la consideración de los gastos del Estado a los efectos de valorar el otorgamiento o renovación de un permiso de residencia puesto que no puede forzarse al Estado a generalizar sus prestaciones sociales a un ámbito indeterminado de extranjeros: por ello al extranjero que solicita el permiso puede denegársele por motivos de protección del presupuesto estatal.

73. Vid. expresamente la STC 242/1994 o las SSTEDH Berrehab de 21-6-1988 o Moustaquim de 18-2-1991.

74. Pero no sólo en referencia a la expulsión; también otras facultades de la administración de extranjería se ven enervadas ante esta situación: desde la potestad de denegar un permiso de residencia (de ahí la configuración reglada en la Ley de los permisos por arraigo, a pesar del ilegal desarrollo reglamentario) a la obligación de acordar también una autorización para trabajar (art. 79.b del Reglamento). Es de hecho además la permanencia en el territorio español ante la imposible expulsión la que obliga a determinar un estatuto suficiente para el desarrollo de su vida habitual en condiciones dignas, que inevitablemente lleva al reconocimiento al derecho al trabajo y las prestaciones sociales en idénticas condiciones al extranjero en situación regular, si no al acceso a la regularidad.

75. De nuevo se plantea la discusión sobre la libertad del legislador para adoptar esta solución. Se sostiene aquí de nuevo que la negación del derecho a la protección sanitaria no sirve a finalidad alguna de control de flujos ni puede ampararse en la protección del presupuesto estatal, siempre que el extranjero pueda probar su vinculación estable con España y por lo tanto no se produzca una ampliación indeterminable de las obligaciones estatales. El empadronamiento es en este sentido un criterio válido, aunque en efecto el legislador podía haber optado por otros más severos (períodos de efectiva residencia mínima, exigencia de arraigo, etc.).

76. Aunque la ponderación que debe efectuarse entre la finalidad de control de la regularidad de entrada y estancia y potenciales sacrificios derivados de la expulsión se ve afectada por la existencia de ese arraigo: vid. las citadas SSTEDH Soering, de 7 de julio de 1989, Nasri, de 13-7-1995 Chahal, de 15-11-1996, D vs. Reino Unido de 2-5-1997, H.L.R., de 29-4-1997, Bensaid, de 6-2-2001 y Hilal, de 6-3-2001.

77. He podido ocuparme detalladamente de este aspecto en mi trabajo “La situación del extranjero objeto de una orden de expulsión no ejecutada”, pendiente de publicación.

78. En el mismo sentido P. Biglino, loc. cit., p. 27. A título de ejemplo piénsese en la necesidad de autorización administrativa para la creación de televisiones privadas, la fijación de requisitos de acceso a cargos públicos, etc.  
79. Vid. en este sentido C. Vidal Fueyo, Constitución y extranjería, op. cit., p. 162 y ss. y ya previamente I. Borrajo “El status constitucional de los extranjeros”, Estudios sobre la CE (Homenaje a García Enterría), vol. II, Civitas, Madrid, 1991, p. 761

80. Excluyendo la aplicación del art. 13 CE a los preceptos del Capítulo III y su desarrollo, y defendiendo por lo tanto la posibilidad del legislador de diferenciar sin necesidad de específica justificación en este ámbito C. Vidal Fueyo, en la obra citada en la nota anterior, p. 135 y ss. Por lo menos desde el punto de vista subjetivo, la aplicación del principio de igualdad a los derechos derivados de los preceptos del capítulo III se constituye en la única garantía que permite la reacción ante la opción legislativa concreta en cada caso, por lo que la cuestión de la aplicabilidad del principio de igualdad a lo extranjeros se convierte en fundamental para la determinación de su estatuto. Sobre la relación entre principio de igualdad y preceptos del Capítulo III, vid. la STC 45/1989, en especial en su FJ 4 y los trabajos de J.R. Cossío, Estado social y derechos de prestación, CEC, Madrid, 276 y ss. o más recientemente y desde una perspectiva más general V. Abramovich / C. Courtis, Los derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, Madrid, 2002, p. 169 y ss. Borrajo (loc. cit., p. 760) se limita a llamar la atención sobre los dos ámbitos sobre los que puede proyectarse la interdicción de discriminaciones: “uno reducido, el disfrute de los restantes derechos fundamentales; otro más amplio, que abarca al anterior y que se refiere además a todos los posibles derechos o situaciones jurídicas protegidas por el ordenamiento español.”

81. STC 197/1984, de 23 de noviembre, FJ 3 y 4. Así expresamente se afirma que “Cuando el art. 14 CE proclama el principio de igualdad, lo hace refiriéndose con exclusividad a “los españoles”. Son éstos quienes, de conformidad con el texto constitucional, «son iguales ante la Ley”, y no existe prescripción ninguna que extienda tal igualdad a los extranjeros” (FJ 3), y más adelante que “el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos ,.... depende, pues, del derecho afectado...” (FJ 4), de manera que en la materia afectada, el derecho al trabajo, se concluye que “tanto porque no existe ni tratado ni Ley que establezcan la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo -lo hay para la titularidad y ejercicio de los derechos laborales una vez producida la contratación, con excepciones- como porque la propia Constitución sólo reconoce el derecho al trabajo para los españoles, no resulta posible la estimación del recurso” (FJ 4), En esta jurisprudencia fundamenta C. Vidal su posición según la cual “el derecho subjetivo que nace del art. 14 CE carece de autonomía (...) pues el derecho a la igualdad se ejerce siempre en el contexto de una relación jurídica sustantiva, es decir en el ejercicio de otro derecho o en el cumplimiento de una obligación o de un deber. Por eso no se puede estudiar en abstracto el derecho a la igualdad de los extranjeros, sino que dicho estudio sólo es posible en el contexto del ejercicio de derecho preexistentes, de suerte que si los extranjeros carecen de la titularidad de determinados derechos el planteamiento del problema de la igualdad, respecto de estos derechos, es absurdo.” , Constitución y extranjería, op. cit., p. 163 y 164.

82. Vid. I. Borrajo, “El status...”, op. cit., p. 710 y ss., o C. Vidal Fueyo, Constitución... op. cit., p. 176 y ss.

83. En cuyo desarrollo jurisprudencial por parte del TEDH se recurre constantemente a un control de proporcionalidad de todo trato diferenciado impugnado desde su inicial Sentencia de 23 de julio de 1968 (régimen lingüístico en Bélgica). Para la aplicación del principio a los extranjeros en esta misma jurisprudencia vid. la jurisprudencia citada en el epígrafe anterior.

84. Sobre la comprensión del art. 13 como legitimador de limitaciones legales y no como habilitador de igualaciones legales vid. detalladamente el epígrafe anterior de este trabajo.

85. Lo que viene a reforzar la reserva de ley en la materia y el significado del art. 13 CE en ese sentido. Vid. el epígrafe anterior, con atención especial a la exigencia de previsión legal también en la jurisprudencia del TEDH.

86. A pesar de que ésta reforma la dicción original del art. 3 LODYLE que rezaba: “Los extranjeros gozarán en España en igualdad de condiciones que los españoles de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley orgánica”.

87. Así la STC 94/1993 y la libertad de residencia y circulación, como ejemplo más claro.

88. SSTC 150/1994 y 130/1995 fundamentalmente, en materia de acceso al trabajo y de prestaciones de la seguridad social, respectivamente. De hecho el TC ha ido incluso más allá en su STC 95/2000, en la que en materia sanitaria y a partir de la inclusión de los arts. 41 y 43 CE en el Título I, el TC entra a examinar si el tribunal ordinario incurrió en arbitrariedad y consecuente vulneración del art. 24 CE al denegar el acceso a las prestaciones sanitarias y de seguridad social a un extranjero al que la Ley incluía en su ámbito de aplicación, otorgando finalmente el amparo solicitado, con un razonamiento que difumina los límites entre los derechos protegidos en los arts. 14 y 24 CE.

89. De nuevo a pesar de no haber firmado ni ratificado (todavía) el Protocolo n. 12 al CEDH de 4-11-2000, que incluye una prohibición general de discriminación en los derechos reconocidos por la ley, con contemplación expresa de la prohibición por origen nacional (art. 1 del Protocolo)

90. Que no prohibiciones absolutas como atestigua la muy criticable STC 13/2001 en que se permite una identificación basada en la raza como indicio del origen nacional de la persona afectada. Vid. al respecto J.F. Sánchez Barrilao, “Identificación documental de nacionales y extranjeros”, en REDC, n. 64, 2002.

91. Como hemos visto el TC parte de su negativa, remitiendo la cuestión a la titularidad de los diversos derechos, posición compartida por C. Vidal Fueyo, op. cit., p. 173 y ss.. Más matizada es la posición de I. Borrajo, “El status constitucional...”, op. cit., p. 761 que finalmente parece cristalizar en un reconocimiento del derecho sin perjuicio de posibles tratos diferenciados justificados en la nacionalidad, línea que se asume en este trabajo y se plantea a continuación.

92. Que se argumentaba detalladamente en el epígrafe anterior.

93. Se insiste, en cualquier derecho, con lo que se explica mucho más adecuadamente la existencia de diferencias en los derechos que en la doctrina formal del Tribunal corresponden a españoles y extranjeros en condiciones de igualdad, ya repetidamente citados: reagrupación familiar, detenciones, etc.

94. Al respecto C. Vidal Fueyo, *Constitución y extranjería*, op. cit., p. 172 y 173.

95. Art. 58.5, 60 y 62 LODYLE. la existencia de la posibilidad de internamiento y sus límites constituye uno de los elementos centrales de la jurisprudencia del TC en materia de extranjería: desde la inicial STC 117/1985 que de hecho creaba por sí misma la regulación general del internamiento vigente hasta las leyes del año 2000 (FJ Primero) a las numerosas sentencias referidas a la aplicabilidad general y sin excepciones del habeas corpus a las privaciones de libertad de los extranjeros por las autoridades administrativas (SSTC 86/1996, 174/1999, 179/2000 entre otras), o aquéllas referidas a las condiciones especiales (por lo tanto diversas de las de los españoles pero de nuevo no exentas de límites) de las retenciones en frontera (SSTC 174/1999 o 95/2000). La jurisprudencia del TEDH en la materia es también considerable en virtud del art. 5 CEDH: SSTEDH Amuur, de 25-6-1996, Scott, de 18-12-1996, Dougoz, de 6-3-2001 y A.B. vs. Holanda de 29-1-2002, Conka de 5-2-2002 o Al-Nashif, de 20-6-2002, sinempre en la línea de permitir detenciones justificadas específicas en los casos de extranjería (sobre todo ante la expresa asunción en el art. 5 CEDH) siempre que las condiciones de las mismas (incluyendo su duración) resulten proporcionadas. Vid. S. Sarolea, “Les droits procedurax du demandeur d’asile au sens des articles 6 et 13 de la CEDH”, en RTDH, n. 37, 1999. Vid. con carácter general M. D. González Ayala, *Las garantías constitucionales de la detención*, CEPC, Madrid, 1999, *passim*

96. Art. 31 LODYLE y su despliegue reglamentario. El TC ha asumido especialmente en su Sentencia 94/1993 tanto la legitimidad, indiscutida, del control administrativo sobre la regularidad de la residencia del extranjero, como sus límites tanto por lo que se refiere a extranjeros en situación regular como irregular. Así, la existencia de un derecho al permiso de residencia ha terminado por imponerse claramente en los casos de reagrupación familiar (SSTEDH Ahmut, de 28-11-1996, Ciliz, de 11-7-2000, Boultif, de 2-8-2001, Sen de 21-12-01; vid. el trabajo de H. Labayle “L’article 8 de la CEDH et le droit de l’étranger au respect de sa vie privée et familiale”, en H. Fuchiron, *Les étranegrs et la CEDH...*, op. cit., p. 92 y ss.) y de modo menos intenso, pero fundamentando un derecho a la permanencia en el país en los casos de imposibilidad de expulsión a los que nos referimos inmediatamente.

97. Art. 53 y 54 en relación con el 57 LODYLE. Se trata sin duda de la limitación por excelencia, aplicable tanto a extranjeros en situación regular (infracciones del orden público, etc.) como irregular, con criterios distintos sin embargo que tienen en cuenta también otras circunstancias (art. 57.5 LODYLE). De nuevo las posibilidades de actuación estatal no deben desconocer los derechos de los extranjeros que fundamentan su permanencia en España (STC 94/1993 y sobre todo SSTEDH Soering, de 7 de julio de 1989, Nasri, de 13-7-1995 Chahal, de 15-11-1996, H.L.R., de 29-4-1997, D. vs. Reino Unido, de 2-5-1997, Bensaid, de 6-2-2001, o Hilal, de 6-3-2001 y los trabajos de F. Sudre “Le renouveau jurisprudentiel ...”, op. cit., p. 72 y ss. y de A. Chueca Sancho, *La expulsión de extranjeros en la CEDH*, Ed. Egido, Zaragoza, 1998. También deben tenerse en cuenta los límites a la expulsión derivados del derecho a la intimidad familiar: SSTEDH Abdulaziz de 28-5-1985, Berrehab, de 21-6-1988, Moustaquim de 18-2-1991, Bouchelkia, de 29-1-1997, Mehemi, de 26-9-1997 o Boujlifa, de 21-10-1997, Amrollahi de 11-7-2002 y Jankupovic, de 6-2-2003. Al respecto, M. Levinet “L’éloignement des étrangers délinquants et l’article 8 de la CEDH”, en RTDH, n. 37, 1999, p. 365 y ss..

98. Art. 10 y 36 y ss. LODYLE, sin que hasta ahora haya recaído jurisprudencia al respecto más allá de la inicial STC 107/1984, repetidamente citada. Vid. en cualquier caso la defensa de la titularidad del extranjero de este derecho junto con las correlativas posibilidades de limitación en M. Tarabini-Castellani, *Reforma...*, op. cit., p. 126 y ss. y en C. Vidal Fueyo, *Extranjería y Constitución*, cit., p. 154 y ss., así como en los comentarios al art. 10 LODYLE, en especial el realizado por J. L. Monereo y C. Molina Navarrete en la obra dirigida por ellos mismos y repetidamente citada, p. 196 y ss.

99. Y de ahí la configuración como auténticos derechos frente a la Administración, y frente al propio legislador, de las situaciones de reagrupación familiar, requisitos del internamiento en el procedimiento de expulsión, etc. configurado en la jurisprudencia citada en las notas anteriores. Ya antes se ha hecho referencia a la proporcionalidad como auténtico núcleo de la jurisprudencia del TEDH en esta materia. 100. Vid. con carácter general M. Tarabini-Catellani, op. cit., p. 63 y ss., así como los trabajos citados de C. Vidal Fueyo (p. 287 y ss.). La LODYLE asume este camino al disponer en su artículo 36.3 que “la carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero”.

101. La reagrupación familiar, concreción del derecho de la persona del art. 18 CE muestra claramente cómo su concreción distingue entre familiares de españoles o comunitarios (para los cuales prácticamente no existen condiciones a satisfacer), y extranjeros a los que se exige demostrar determinados medios económicos y una estabilidad en su residencia en España; lo que resulta proporcionado en referencia a la garantía de la realidad del vínculo familiar y el control de los flujos de extranjeros.

102. Y sólo en esta circunstancia. La limitación no obedece a la política de entrada sino a la laboral, de manera que desapareciendo los obstáculos a este respecto no pueden mantenerse limitaciones generales al trabajo del extranjero.

103. Vid. 38 LODYLE y su, por llamarla de algún modo, concreción reglamentaria en el art. 70 del RD 864/2001. En cualquier caso, Ley y Reglamento prevén también excepciones en este ámbito al garantizar el acceso al mercado laboral de modo incondicionado a la situación de los nacionales en el mismo en una serie de casos (art. 40 LODYLE). En contra de la posición aquí sostenida, C. Vidal Fueyo, *Constitución y extranjería*, op. cit., p. 276 y ss., asume la exclusión de los extranjeros de la vertiente de derecho al acceso a un puesto de trabajo del art. 35 CE.

104. A pesar de lo que pueda desprenderse de una primera lectura del art. 53.b LODYLE. Vid. al respecto por todos E. Aja (Coord.), *La nueva regulación...*, 2ª ed. (en prensa).

105. Art. 36.3 LODYLE y trabajos citados en la nota 278.

106. Más bien todo lo contrario, pues inevitablemente estas personas entrarán en el circuito del trabajo sumergido con los consiguientes perjuicios sobre los derechos de los trabajadores nacionales.

107. En especial los convenios 19 y 111 de la OIT.

108. Para el derecho a la manifestación, STEDH Cisse c. Francia, de 9 de abril de 2002, par. 50.

109. Así por ejemplo las regulaciones tendentes a evitar el denominado “turismo sanitario”. En realidad sin embargo se trata de normas que buscan mantener el sistema general de sanidad y sus decisiones fundamentales, más que incidir en los flujos migratorios. Es desde ese punto de partida que deben entenderse las limitaciones de prestaciones sanitarias a aquellos que demuestren suficiente vinculación con España (residencia o empadronamiento).

110. Vid. a este respecto M.A. García Herrera / G. Maestro Buelga, *Marginalidad, Estado social y prestaciones autonómicas*, CEDECS, Barcelona, 1999, p. 172 y ss. en especial.

111. Así, los extranjeros en situación regular se ven completamente identificados a los españoles en el acceso a la educación (art. 9 LODYLE), seguridad social (art. 10 y 14) y prestaciones sanitarias (art. 12) , prestaciones sociales (art. 14) o ayudas a la vivienda (art. 13), junto con el principio general de igualdad del art. 3 LODYLE al que nos hemos ya referido. Vid. con carácter general E. Aja, (coord.), *La nueva regulación...* op. cit., 2ª ed. (en prensa).

112. En relación con los cuáles y la posibilidad de intervención autonómica puede verse mi trabajo "Comunidades autónomas e inmigración", en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario* n. 14.

113. Y he podido ocuparme de ello en los capítulos correspondientes de la segunda edición (en prensa) del volumen dirigido por E. Aja, *La nueva regulación...*, repetidamente citado.