

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS A LA LUZ DE LA STC 236/2007

M.^a DEL CAMINO VIDAL FUEYO

1. INTRODUCCIÓN.—2. SÍNTESIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RELATIVA A DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS, HASTA FINALES DEL AÑO 2007.—3. LECTURA CRÍTICA DE LA STC 236/2007, DE 7 DE NOVIEMBRE: 3.1. *Algunas consideraciones de carácter general*: 3.1.1. *El argumento del grado de conexión con la dignidad humana*. 3.1.2. *El papel de los tratados internacionales*. 3.1.3. *La función del artículo 13.1 CE*. 3.2. *Análisis de los principales preceptos impugnados*: 3.2.1. *Los derechos de reunión y asociación*. 3.2.2. *El derecho de sindicación*. 3.2.3. *El derecho de huelga*. 3.2.4. *El derecho a la educación*. 3.2.5. *Intimidad familiar y reagrupación familiar*. 3.2.6. *La falta de motivación en la denegación de visados*. 3.2.7. *Justicia gratuita*. 3.2.8. *Expulsión*.—4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de los últimos años, y al hilo de las distintos textos legales en materia de extranjería, se percibe una cierta tensión entre Constitución y Ley en lo que a la regulación de los derechos fundamentales de los extranjeros se refiere, y que tiene su origen en los problemas de interpretación que derivan del artículo 13 de la Constitución (1). Problemas que se han ido trasladando a las sucesivas normas de desarrollo de los derechos y libertades de los extranjeros

(1) Tensión que ya se encuentra en la primera Ley Orgánica sobre la materia (LO 7/1985, de 1 de julio), declarada inconstitucional en varios de sus preceptos por la STC 115/1987, de 7 de julio.

en España y que se reflejan en nuestra vigente Ley de Extranjería (2), sobre la que ha recaído una justificada sospecha de inconstitucionalidad en algunos de sus preceptos, canalizada a través de varios recursos que han sido resueltos recientemente por el Tribunal Constitucional.

Por otro lado, el progresivo aumento de extranjeros en nuestro país ha marcado una evolución de la normativa sobre inmigración. Así, de una primera Ley Orgánica de extranjería centrada básicamente en el control de entrada, en las medidas sancionadoras y el control policial y que no contemplaba siquiera la posibilidad de reagrupación familiar, se llega a la Ley vigente, que tiene como uno de sus objetivos (al menos sobre el papel) la integración social de los extranjeros y como una de sus principales finalidades el reconocimiento de un importante número de derechos a todos los inmigrantes, independientemente de su situación legal o administrativa (3). Paralelamente, muchas de las recientes reformas de los Estatutos de Autonomía reflejan de forma expresa la competencia autonómica sobre integración social económica y cultural de las personas inmigradas, reconociendo formalmente unas competencias que de hecho se venían ejerciendo desde hace tiempo, toda vez que diversos títulos competenciales autonómicos, exclusivos o compartidos, inciden en la situación de las personas inmigradas hasta el punto de que la mayor parte de las actuaciones referidas al proceso de integración recaen directamente sobre las CCAA (4).

Pues bien, el estatuto jurídico de estos nuevos ciudadanos se va configurando en torno a varios ejes: la norma constitucional, la normativa europea, la legislación estatal relativa a la materia, y de forma cada vez más intensa, la normativa autonómica que combina dos sistemas: por un lado, se están elaborando normas autonómicas específicas para solventar problemas con los que se

(2) LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, reformada por la LO 8/2000, de 20 de noviembre (en esta primera reforma, de los 63 preceptos que contenía originariamente la Ley, son reformados 54. Se añaden seis nuevos artículos, además de una exposición de motivos; se modifica la disposición adicional única y se crean nuevas disposiciones adicionales). Posteriormente, la Ley sufre sendas reformas mediante LO 11/2003, de 29 de septiembre, y LO 14/2003, de 20 de noviembre.

(3) Un análisis de esta evolución en E. AJA, «La evolución de la normativa sobre inmigración», *Veinte años de inmigración en España*, Barcelona, Fundación CIDOB, 2006, págs. 7 y sigs.

(4) Sobre las funciones autonómicas y locales en materia de inmigración, véanse los trabajos de E. AJA y E. ROIG, «Autonomía e inmigración» (*El Clip*, núm. 8, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, 2000), así como el libro coordinado por E. AJA, *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Valencia, Institut de Dret Públic y Tirant lo Blanch, 2006. Más recientemente, J. A. MONTILLA MARTOS y M.ª del C. VIDAL FUEYO, *Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

encuentran los inmigrantes en determinados ámbitos y, por otro, se incluyen preceptos dedicados a los extranjeros dentro de la normativa general de la Comunidad, con los que se pretende articular medidas de cara a su normalización e integración en el sistema general.

Estas consideraciones vienen a colación porque, pese a la falta de una clara y definitiva interpretación del régimen jurídico-constitucional de los extranjeros en nuestro país, la normativa sectorial asume la presencia en España de extranjeros irregulares desde el punto de vista administrativo, de extranjeros sin permiso de estancia o de residencia a los que se les reconoce una serie de derechos desde la administración autonómica y local pero, correlativamente, se detectan importantes diferencias entre Comunidades Autónomas, por lo que resulta muy importante definir el ámbito de libertad del legislador (tanto estatal como autonómico) respecto de esta materia, y en este sentido la interpretación del Tribunal Constitucional resulta esencial.

2. SÍNTESIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RELATIVA A DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS, HASTA FINALES DEL AÑO 2007

La mayor parte de los problemas de interpretación que plantea el régimen de derechos fundamentales de los extranjeros en España tienen su origen en el artículo 13.1 de la Constitución, que establece:

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

Tras la lectura de este artículo se abren algunos interrogantes a los que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha intentado encontrar respuesta a lo largo de los últimos veinticinco años. El primero de ellos se refiere a la expresión *libertades públicas*, ¿se trata de un término que hay que interpretar de forma amplia, como sinónimo de *derechos fundamentales* o, por el contrario, el constituyente ha utilizado este enunciado con la intención de indicar algo distinto? En cualquier caso, ¿estamos ante un vocablo que engloba a todos los derechos subjetivos recogidos a lo largo del Título I, o sólo se refiere a un determinado grupo de derechos fundamentales, concretamente a aquellos derechos de libertad con especial incidencia en lo público? No es necesario subrayar que el régimen de derechos del que gozarán, *ex constitutione*, los extranjeros variará sustancialmente según se opte por una u otra interpretación.

Los interrogantes son abundantes y de muy diferente naturaleza: ¿qué valor otorga el artículo 13.1 CE a los tratados internacionales?; ¿está otorgándoles un papel diferente al que les corresponde *ex* artículo 10.2 y *ex* artículo 96.1 CE?; ¿cuál es, exactamente, el objeto de la reserva de ley con que finaliza su primer apartado?; ¿qué añade esta reserva a la establecida, con carácter general, en el artículo 53.1 CE?; ¿estamos ante una remisión para determinar el modo y condiciones con que los extranjeros han de ejercitar todos los derechos fundamentales que el Título I les reconoce? Así, la labor interpretativa a la que se ha tenido que enfrentar el Tribunal Constitucional nos conduce a puntos neurálgicos de la dogmática de los derechos fundamentales.

Pues bien, desde la Sentencia 11/1983, de 21 de febrero, en la que el Tribunal dirime por primera vez un recurso de amparo interpuesto por un ciudadano extranjero, hasta las recientes sentencias dictadas a finales del año 2007, que resuelven ocho recursos de inconstitucionalidad contra la LO 8/2000, que modifica varios preceptos de la vigente LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (5), han pasado veinticuatro años, a lo largo de los cuales el Tribunal Constitucional ha venido elaborando una jurisprudencia tendente al reconocimiento de un amplio elenco de derechos fundamentales a favor de los extranjeros (6).

Sin embargo, en mi modesta opinión y como intentaré argumentar a lo largo de estas líneas, el Tribunal Constitucional aún no ha llevado a cabo una interpretación cerrada del régimen de derechos fundamentales de los extranjeros en nuestro país, ni ha creado un cuerpo de sentencias que respondan a una mismo esquema metodológico, aunque sí podemos encontrar una serie de elementos comunes entre todas ellas, elementos que vuelven a proyectarse sobre los recientes pronunciamientos de finales del 2007. Por eso creo que, aunque el objeto de estas líneas se va a centrar en estas últimas sentencias, puede resultar útil comenzar exponiendo los aspectos esenciales de lo que ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto de esta materia, toda vez que tienen reflejo en la reciente declaración de inconstitucionalidad de varios preceptos de la LO 4/2000.

(5) Se trata de las SSTC 236, 259, 260, 261, 262, 263, 264 y 265/2007. De entre éstas, la STC 236/2007 resuelve la mayor parte de las dudas de constitucionalidad y a ella se remiten el resto de sentencias citadas. Sólo encontramos algunas novedades en cuanto a los preceptos impugnados, pero no en cuanto a la argumentación de fondo del Tribunal, en las SSTC 259 y 260/2007.

(6) Vid. M.º del C. VIDAL FUEYO, *Constitución y Extranjería*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004. Más recientemente, S. GARCÍA VÁZQUEZ, *El Estatuto Jurídico-Constitucional del extranjero en España*, Valencia, Tirant monografías, 2007.

El denominador común de toda esta jurisprudencia es la consideración de que el artículo 13 CE (particularmente en sus apartados 1.º y 2.º) está configurando todo el régimen jurídico-constitucional de los derechos fundamentales de los extranjeros en España. Este punto de partida no deja de ser lógico, pues se trata del único precepto del texto constitucional que se refiere expresamente a los extranjeros y que, además, está incluido en el Título I, que lleva el rótulo «De los Derechos y Deberes Fundamentales», y dentro de su Capítulo primero, titulado «De los españoles y los extranjeros». Sin embargo, este enfoque ha ido en detrimento, en mi opinión, de un análisis individual de los distintos preceptos constitucionales reconocedores de derechos fundamentales. Análisis que, a la luz de los tratados internacionales a los que se refiere el artículo 10.2 CE, resulta determinante para reconocer el conjunto de titulares.

En cualquier caso, y al margen de valoraciones subjetivas, lo que se puede afirmar es que la jurisprudencia constitucional dictada con anterioridad al año 2007 analiza la titularidad de los derechos de los extranjeros desde la óptica del artículo 13.1 CE, y partiendo de una interpretación amplia de la expresión «libertades públicas» (7), elabora la, ya clásica, teoría tripartita que se sintetiza en la siguiente fórmula:

«Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos — formarían parte de este grupo todos los directamente vinculados con la dignidad de la persona—; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, con la salvedad que contiene el art. 13.2).

Existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio» (STC 107/1984, FJ 4).

(7) Como veremos, las ocho SSTC de finales del 2007 mantienen de forma expresa esta línea argumentativa (*vid.* fundamento jurídico 3 de la STC 236/2007). Sin embargo, no puede silenciarse un importante voto particular a la emblemática STC 115/1987, firmado por D. Francisco Rubio Llorente, D. Francisco Tomás y Valiente y D. Fernando García-Mon. Para este grupo de Magistrados, el artículo 13.1 CE, al emplear sólo la locución «libertades públicas», está excluyendo expresamente la de «derechos fundamentales». Las consecuencias son claras: por un lado, los extranjeros gozarán de los «derechos fundamentales» enunciados en términos genéricos por la Constitución, de forma similar a como gozan de ellos los nacionales. La ley, en la regulación y desarrollo de estos derechos, estaría limitada por el contenido esencial de los mismos. Por otro lado, y aquí radica la peculiaridad del voto particular, las libertades públicas, que van a constituir una categoría distinta a la de derechos fundamentales, podrán ser configuradas, cuando de extranjeros se trate y en virtud del tenor literal del artículo 13.1 CE, del modo en que el legislador crea oportuno, es decir, no tendrán más contenido que el que establezcan la ley o los tratados.

Esta es una clasificación que se hace en el año 1984, pero a la que el Tribunal se remite insistentemente, hasta el día de hoy, a lo largo de prácticamente toda su jurisprudencia en materia de derechos y libertades de los extranjeros. Sin embargo, creo que es importante tener en cuenta el contexto en el que se elabora esta fórmula.

Corren los primeros años de la década de los ochenta y estamos ante el segundo pronunciamiento del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros (el primero no había planteado ningún problema, pues se había centrado en el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, y el Tribunal partió de una lectura amplia del art. 24 CE respecto de los titulares) (8), pero en este segundo caso el demandante planteaba un problema de igualdad respecto de los españoles en relación con el derecho de acceso a un puesto de trabajo (considerando que estaba exento de las exigencias de permiso de trabajo y residencia) y lo que hace el Tribunal es afirmar *que la titularidad y ejercicio de los derechos por parte de los extranjeros dependerá del derecho afectado*, e ilustra esta afirmación elaborando la teoría tripartita que, en el caso concreto, resultaba significativa para explicar que hay determinados derechos que la Constitución no reconoce directamente a los extranjeros (por ejemplo el derecho al trabajo del art. 35, en conexión con el art. 14 CE) pero a los que podrán acceder, si así lo disponen los tratados y las leyes.

El problema se produce cuando, a partir de este pronunciamiento, el Tribunal erige la teoría tripartita en la síntesis dogmática del régimen de derechos fundamentales de los extranjeros en España, y la utiliza como telón de fondo para la resolución de todos los conflictos sobre esta materia. Hablo de problema por las siguientes razones, entre otras:

1. En primer lugar, el Tribunal introduce un criterio material, «la dignidad de la persona», esto es, la mayor o menor vinculación de los derechos fundamentales con tal «dignidad», como punto de apoyo para hacer una clasificación de los derechos fundamentales de los extranjeros.

Desde luego, no es mi intención poner en duda el indiscutible fundamento axiológico, material por tanto, de los derechos fundamentales que nuestra

(8) Se trata de la STC 11/1983. La condición de extranjero del recurrente resulta irrelevante en esta primera sentencia, tanto a los efectos de legitimación activa, como en relación con la titularidad de los derechos recogidos en el artículo 24 CE, pues para el Tribunal queda claro que el primer apartado de este precepto, relativo a la tutela judicial efectiva, así como el segundo, que contiene una serie de derechos fundamentales de carácter procesal, se extienden, *ex artículo 24 CE*, tanto a los ciudadanos españoles como a los extranjeros.

Constitución consagra, pero elaborar una clasificación de estos derechos según su mayor o menor vinculación con dicha dignidad me parece extremadamente arriesgado. Y es arriesgado porque no se considera lo frágil del concepto «dignidad de la persona», que se convierte fácilmente en una idea «pre» y «meta»-constitucional, que puede descansar en argumentos muy respetables desde una perspectiva ética, pero poco consistentes desde una óptica estrictamente jurídica, y desde luego, no son las percepciones subjetivas sobre lo que la «dignidad de la persona» sea las que pueden garantizar un ámbito de seguridad jurídica y excluir la arbitrariedad del intérprete.

Pues bien, y como se analizará más adelante, el pilar principal de la argumentación de las ocho sentencias de 2007 (lo que se comprueba principalmente en la STC 236/2007, que es la primera, y que puede calificarse como el *leading case* de todas ellas) se apoya, de nuevo, en este argumento.

2. Un segundo problema que creo ha acarreado esta clasificación (al menos desde el punto de vista de la seguridad jurídica) es su gran flexibilidad. Pues aunque no hay duda respecto de los derechos que forman parte del segundo grupo, esto es, *respecto de los que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (que son los reconocidos en el art. 23 CE, con la salvedad que contiene el art. 13.2 CE)*, siguen existiendo interrogantes en relación con el exacto elenco de derechos que forman parte de los otros dos grupos y, lo que es más importante, siguen existiendo serias dudas respecto de las consecuencias jurídicas que se derivan de la pertenencia a uno u a otro grupo, pues el Tribunal, utilizando retóricamente esta clasificación, ha elaborado argumentaciones jurídicas y fallos radicalmente distintos.

A) Así, por ejemplo, desde sus primeros pronunciamientos (a partir de 1984) sitúa los derechos recogidos en el artículo 19 CE (derechos de entrada, salida, libre circulación y residencia) dentro del tercer grupo, es decir, se trata de derechos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio. Sin embargo, partiendo de esta afirmación, emite fallos muy diferentes.

Concretamente, desde noviembre de 1984 (fecha en que se elaboró la teoría tripartita) hasta marzo de 1993, el Tribunal no admite a trámite ningún recurso de amparo interpuesto por un extranjero cuyas pretensiones recaigan en la supuesta vulneración de los derechos reconocidos en el artículo 19 CE (pues lo considera una materia de estricta legalidad para los no nacionales). Valga por

todos, pues se utiliza la misma argumentación, el fundamento jurídico tercero del Auto 182/1985, de 13 de marzo (9).

Sin embargo, a partir de 1993, sin abandonar la teoría tripartita y sin hacer referencia a un cambio de línea interpretativa, las SSTC 94/1993, 116/1993 y 242/1994 abren una nueva línea jurisprudencial y resuelven recursos interpuestos por razón de expulsión del territorio español, planteando la cuestión previa de si un extranjero puede ser considerado titular de los derechos del artículo 19 CE y, en su caso, con qué alcance. El problema es resuelto de forma favorable. El Tribunal no sólo admite a trámite los recursos, sino que los estima y declara nulas las resoluciones de expulsión, llegando a la conclusión de que los derechos «del tercer grupo» son de libre configuración legal, pero

«los extranjeros que por disposición de una ley o de un tratado, o por autorización concedida por una autoridad competente, tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el artículo 19 CE, aun cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles, sino en los que determinen las leyes y los tratados a los que se remite el artículo 13 CE».

Y hace cuatro años, también con ocasión de un recurso de amparo en el que un extranjero alega vulneración del artículo 19 CE, el Tribunal en Sentencia 72/2005, de 4 de abril, desestima el recurso alegando que la cuestión de fondo se centra en la consideración del permiso de residencia como válido o inválido, lo que constituye una cuestión de mera legalidad ordinaria que no es objeto de recurso de amparo (cuando anteriormente consideraba imprescindible el estudio de la legalidad, como llave para que el extranjero accediera a los derechos del art. 19 CE) (10). Y todo ello, sin abandonar ni expresa ni tácitamente, la clasificación tripartita de 1984. De manera que seguimos sin tener claro, no sólo cuáles son los derechos que pertenecen a esta tercera categoría, sino también cuáles son las garantías constitucionales con las que cuentan, toda vez que se trata de derechos de plena configuración legal.

(9) Que dispone, en relación con el artículo 19 CE: «tal precepto no puede servir de apoyo para fundamentar las pretensiones del recurrente; pues lo que se establece en el mencionado precepto constitucional no es sino el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia y a circular libremente por el territorio nacional, así como entrar y salir libremente de España en los términos legalmente previstos».

(10) Vid. C. VIDAL FUEYO, «La STC 72/2005, de 4 de abril, en materia de libertad de entrada y residencia de los extranjeros en España», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18, UNED, 2006, págs. 429-441, y J. GOIZUETA VÉRTIZ, *El derecho a la libre circulación y residencia en la Constitución española*, Valencia, Institut de Dret Public y Tirant, 2007.

B) En cuanto a los derechos que pertenecen al primer grupo, esto es, aquellos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos al estar, en palabras del Tribunal, «directamente vinculados con la dignidad de la persona», también encontramos peculiaridades importantes por las siguientes razones.

Por un lado, nuestro Intérprete Supremo no especifica el conjunto de derechos que forman parte de esta primera clasificación, sino que algunos se van deduciendo a lo largo de su jurisprudencia. Ahora bien, introduce en este apartado tanto aquellos derechos que —como la tutela judicial efectiva (art. 24), o el derecho a la libertad persona (art. 17)— considera especialmente vinculados con la dignidad de la persona y, por tanto, su regulación ha de ser exactamente igual para españoles y extranjeros, sin que puedan existir diferencias (SSTC 99/1985, 115/1987, entre otras); como aquellos otros —como los de reunión (art. 21) y asociación (art. 22)— que por estar también especialmente vinculados con la dignidad humana son predicables de todas las personas pero que, a juicio del Tribunal, van a poder sufrir un mayor margen de libertad de configuración por parte del legislador orgánico cuando se predicán de los extranjeros. Con respecto a estos últimos, una vez respetado un contenido esencial mínimo, el legislador podrá fijar «condiciones específicas para su ejercicio por parte de los extranjeros», estando por tanto justificada una regulación distinta entre los extranjeros en función de la regularidad de su estancia o residencia en España (STC 236/2007, FJ 17).

Este *plus* de libertad que el Tribunal otorga al legislador orgánico, dando una nueva dimensión a la teoría tripartita (que en realidad se convierte en cuatripartita, al dividir en dos sectores los derechos que forman parte del primer grupo), en ninguna sentencia parte del examen de la razonabilidad de la inclusión de la extranjería como factor diferencial en el contenido de la ley, ni se aplica un test de igualdad (cosa que sería lo lógico si estamos hablando de derechos del primer grupo y, por tanto, de derechos que se predicán de todas las personas por su especial vinculación con la dignidad humana), sino que la libertad del legislador para establecer diferencias parece derivarse de la remisión que se hace a la ley en el artículo 13.1 CE, sin que el Tribunal aporte más argumentos de fondo al respecto, y sin que explique por qué en unos casos (regulación de los derechos de reunión, asociación y sindicación, por ejemplo) esta libertad es más amplia que en los casos en que se regulan los derechos a la educación, a la tutela judicial efectiva o a la libertad personal.

Sirvan estas pinceladas para poner de relieve que la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros necesitaba una reformulación que la dotara de más solidez y de más coherencia. Necesitaba de una interpretación clara del texto constitucional que sirviera para

orientar la labor de la jurisprudencia ordinaria y también del legislador, terminando con esa permanente tensión entre Ley y Constitución que emerge cada vez que la Ley Orgánica de Extranjería sufre una nueva reforma, cosa bastante frecuente. Por eso eran muchas las esperanzas depositadas en la sentencia o sentencias con las que el Tribunal resolvería los diferentes recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra varios preceptos de nuestra Ley de Extranjería, esperanza alimentada por el paso de los años, pues se ha tenido que esperar cerca de siete años para obtener una resolución al respecto.

Pues bien, por razones de síntesis, me centraré básicamente en uno de los ocho pronunciamientos del Tribunal, la Sentencia 236/2007, que, como ya apunté, se trata del *leading case*, en el que se resuelve a lo largo de 17 extensos fundamentos jurídicos la mayor parte de las dudas de constitucionalidad que se plantean y donde se proyecta, de una forma más clara, la última posición del Tribunal sobre la materia. De hecho, son muy pocas las novedades de fondo que aportan las sentencias posteriores a ella, por lo que resulta llamativo que el Tribunal Constitucional dicte ocho pronunciamientos para resolver otros tantos recursos de inconstitucionalidad que recaen, sustancialmente, sobre los mismos preceptos de la LO 4/2000, tras la reforma de la LO 8/2000, pudiendo acumularlos de acuerdo con lo previsto en el artículo 83 LOTC, dada la conexión del objeto material y la coincidencia de las razones de inconstitucionalidad alegadas (11).

3. LECTURA CRÍTICA DE LA STC 236/2007

3.1. *Algunas consideraciones de carácter general*

La sentencia parte de una elogiabile voluntad por establecer unos criterios generales para concretar el régimen jurídico-constitucional de los extranjeros en España, a partir de una interpretación del artículo 13 CE, y a esta causa dedica cuatro extensos fundamentos jurídicos (del 2 al 5). Sin embargo, estos «criterios generales» (tal y como los califica el propio Tribunal), en mi opinión y como intentaré argumentar a continuación, no resuelven con nitidez los problemas

(11) Un interesante estudio crítico de la STC 236/2007 en el que se analiza esta cuestión, entre otras muchas, en A. VIANA GARCÉS e I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, «El puente está quebrado: reflexiones sobre las causas y consecuencias de la STC 236/2007», *REDE*, núm. 27, 2008, págs. 347-377. Véase también, F. BALAGUER CALLEJÓN, «El contenido esencial de los derechos constitucionales y el régimen jurídico de la inmigración. Un comentario a la STC 236/2007», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 10.

interpretativos que plantea dicho régimen jurídico, ni añaden más argumentos a los que ya se desprenden de la jurisprudencia existente sobre la materia, por las siguientes razones.

3.1.1. *El argumento del grado de conexión con la dignidad humana*

El Tribunal centra el objeto del recurso en determinar «si los preceptos de la Ley sometidos a nuestro enjuiciamiento han excedido o no los límites impuestos por la Constitución» (FJ 3) y, en este sentido, comienza a tomar posiciones con base en la siguiente argumentación:

«A tales efectos, resulta decisivo el grado de conexión con la dignidad humana que mantiene un concreto derecho dado que el legislador goza de una limitada libertad de configuración al regular los derechos “imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”. Y ello porque al legislar sobre ellos no podrá modular o atemperar su contenido (STC 99/1985, FJ 2) ni por supuesto negar su ejercicio a los extranjeros, cualquiera que sea su situación, ya que se trata de derechos “que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano” (FJ 3).»

Ya me he referido anteriormente a lo frágil y poco esclarecedora que resulta esta pauta interpretativa si tenemos en cuenta, entre otras cosas, que todo derecho fundamental, por definición, guarda una estrecha conexión con la dignidad de la persona y que establecer «grados» de «dignidad» nos aleja del terreno de la seguridad jurídica y nos coloca en el campo de la subjetividad.

¿No es demasiado arriesgado afirmar —como hace el Tribunal Constitucional— que degrada más tal «dignidad» la privación del derecho a asociarse, que la del derecho a circular libremente por el territorio nacional, a residir o a trabajar en condiciones de igualdad?

En mi opinión, la «mera» condición de persona es, de acuerdo con el artículo 10.1 CE, el único requisito para estar en posesión del tal «dignidad» y para ser un potencial titular de todos los derechos fundamentales garantizados en nuestra Constitución. Cosa distinta es que la adquisición de la concreta titularidad jurídica de un derecho fundamental y, por ende, la condición de beneficiario del mismo para hacerlo valer frente a poderes públicos y, en su caso, frente a particulares, pueda depender en ocasiones, y porque así lo exige la propia Constitución, de determinados requisitos o condiciones (por ejemplo, la condición de español para ser titular del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones a Cortes Generales y a las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas), lo que nada tiene que ver, creo, con una mayor o menor vinculación de

ese derecho con la dignidad humana, ¿o es que tiene una mayor conexión con la dignidad humana el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, que en las autonómicas o en las generales?

Un ejemplo de lo peligroso, por subjetivo, que resulta este criterio clasificatorio lo encontramos en el voto particular que formula en esta sentencia el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, y al que se adhieren los Magistrados don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez y don Roberto García-Calvo y Montiel, en el que se afirma:

«Y descendiendo ya de la generalidad del planteamiento a la consideración de los derechos de reunión, asociación y sindicación, en cuando inherentes a la dignidad humana, que es planteamiento básico de la Sentencia, tal planteamiento me parece exagerado. O mejor, considero exagerado que la condición exigida a los extranjeros para que puedan disfrutar en España de los derechos de reunión, asociación y sindicación pueda estimarse lesiva de la dignidad humana.»

Párrafo significativo para ilustrar lo que ocurre cuando, fuera de toda lógica inductiva, nos alejamos del texto constitucional, nos apartamos de los contenidos jurídicos de los preceptos constitucionales, prescindimos de una interpretación estrictamente jurídica y optamos por una jurisprudencia axiológica o de valores. El resultado es éste: la discusión dogmática se centra en si resulta o no «exagerado» vincular más o menos un derecho fundamental con la dignidad humana; o si resulta o no «exagerado» exigir determinados requisitos administrativos para que un extranjero pueda ejercitar un determinado derecho fundamental.

Si pongo especial énfasis en esta crítica es porque, insisto, el Tribunal centra toda su argumentación en esta idea en la mayor parte de los fundamentos jurídicos de la sentencia, partiendo de una remisión expresa (en el FJ 3) a la STC 107/1984 y a la teoría tripartita a la que antes me he referido.

3.1.2. *El papel de los tratados internacionales*

Siguiendo un esquema con cierto contenido didáctico, el Tribunal dedica todo el fundamento jurídico quinto a recordar el importante papel que juegan los textos internacionales ratificados por España para configurar el sentido y alcance de los derechos fundamentales, recordando el importante valor hermenéutico del artículo 10.2 CE.

Y, en este sentido, insiste en que, como cualquier otro poder público, también el legislador está obligado a interpretar los correspondientes preceptos

constitucionales de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, que se convierte así en el «contenido constitucionalmente declarado» de los derechos y libertades que enuncia el Capítulo segundo del Título I de nuestra Constitución. Se vuelve a hacer referencia a la remisión que el artículo 13.1 CE hace a la ley y a los tratados, afirmando que «el artículo 13 CE autoriza al legislador a establecer restricciones y limitaciones a los derechos de los extranjeros en España, pero sin afectar “al contenido delimitado para el derecho por [...] los Tratados Internacionales” (STC 242/1994, FJ 4), que debe observar para configurar el sentido y alcance de los derechos fundamentales. Como cualquier otro poder público, también el legislador está obligado a interpretar los correspondientes preceptos constitucionales de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, que se convierte así en el contenido constitucionalmente declarado».

Por supuesto, nada que objetar a estas declaraciones que, por otra parte, se limitan a recordar una jurisprudencia ya asentada sobre esta materia. Lo paradójico, como se comprueba al examinar los fundamentos jurídicos 6, 7, 8 y 9, es que el Tribunal trae a colación los tratados internacionales no para ayudar a interpretar el contenido constitucionalmente reconocido de un concreto derecho fundamental, o para ayudar a determinar el conjunto de titulares del mismo, sino que los utiliza exclusivamente para justificar una mayor o menor «conexión» del derecho en cuestión con la dignidad humana, como argumento definitivo en orden a extender, o no, dicha titularidad a los extranjeros. Cito textualmente un párrafo del fundamento jurídico 6, en relación con el derecho de reunión:

«Su vinculación con la dignidad de la persona, derivada de los textos internacionales, imponen al legislador el reconocimiento de un contenido mínimo de aquel derecho de la persona en cuanto tal, cualquiera que sea la situación en que se encuentre.»

3.1.3. *La función del artículo 13.1 CE*

Puesto que la Constitución no distingue entre extranjeros con o sin permiso de estancia o residencia legal en España, el Tribunal se encuentra ante la tesitura de desvelar si la remisión expresa al legislador que hace el artículo 13.1 CE justifica que una eventual mayoría parlamentaria atienda a esa diferencia para condicionar la titularidad y ejercicio de determinados derechos fundamentales a los extranjeros. Dicho de otro modo, lo que se plantea ante el Tribunal es si resulta constitucionalmente admisible (cuando se trata de extranjeros) condicionar el reconocimiento de la titularidad y, por ende, del ejercicio de derechos

fundamentales como el derecho de reunión, asociación, sindicación, huelga o educación no obligatoria, entre otros, a la obtención de una previa autorización de estancia o residencia en España y, por tanto, si resulta admisible circunscribir su disfrute exclusivamente a los extranjeros que se encuentren en una situación de regularidad administrativa dentro del país.

En este sentido, encontramos las siguientes afirmaciones a lo largo del fundamento jurídico tercero de la STC 236/2007: «el legislador al que remite el artículo 13.1 CE no goza de igual libertad para regular la titularidad y el ejercicio de los distintos derechos del Título I, pues aquélla depende del concreto derecho afectado».

Más adelante: «existen derechos del Título I que “corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles” (STC 107/1984, FJ 3) puesto que gozan de ellos “en condiciones plenamente equiparables [a los españoles]” (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3)». Estos derechos son los que «pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, o dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución es el fundamento del orden político español (SSTC 107/1984, FJ 3; 99/1985, FJ 2, y 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2)».

De manera que el Tribunal vuelve a redundar en la jurisprudencia dictada con anterioridad, recordando que la libertad del legislador es limitada cuando se trata de determinados derechos, pero ¿cuál es el exacto elenco de estos derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana? Se concluye con un párrafo que, por la acumulación de planos y de argumentos, reproduzco íntegramente:

«Debemos afirmar que el artículo 13.1 CE concede al legislador una notable libertad para regular los derechos de los extranjeros en España, pudiendo establecer determinadas condiciones para su ejercicio. Sin embargo, una regulación de este tenor deberá tener en cuenta, en primer lugar, el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad humana, según los criterios expuestos; en segundo lugar, el contenido preceptivo del derecho, cuando éste venga reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución; en tercer lugar, y en todo caso, el contenido delimitado para el derecho por la Constitución y los Tratados Internacionales. Por último, las condiciones de ejercicio establecidas por la Ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida» (FJ 4).

Este párrafo comienza otorgando al legislador, con carácter general, «una notable libertad para regular los derechos de los extranjeros» para terminar con

una alusión a la esencia de la teoría de los límites de los derechos fundamentales que, precisamente, desactiva esa supuesta libertad del legislador y aparentemente coloca a los extranjeros en la misma posición que a los españoles en el disfrute de los derechos fundamentales (sin embargo, en ninguna de las sentencias analizadas se aplica el principio de proporcionalidad, ni se analiza la posible justificación objetiva y razonable de la inclusión del requisito de autorización de estancia o residencia para el pleno ejercicio, por parte de los extranjeros, de determinados derechos que la Constitución reconoce a todas las personas). Por el contrario, y como principal argumento, se alude una vez más al grado de conexión de los derechos con dignidad de la personas y, curiosamente, sólo en segunda instancia se tiene en cuenta el contenido preceptivo del derecho reconocido en la Constitución.

En todo caso, lo que se deduce claramente de este fundamento jurídico tercero es que el legislador pierde libertad de configuración cuando se trata de regular el ejercicio de derechos fundamentales especialmente vinculados con la dignidad de la persona, pues «no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles».

3.2. *Análisis de los principales preceptos impugnados*

3.2.1. *Los derechos de reunión y asociación*

Los criterios generales expuestos se proyectan con distinta intensidad a lo largo de la Sentencia. En un primer bloque, se cuestiona la constitucionalidad de los artículos 7.1 y 8 de la LO 4/2000 (tras la reforma operada por la LO 8/2000), pues excluyen a los extranjeros que no tengan autorización de estancia o residencia del ejercicio de los derechos de reunión y asociación, respectivamente.

El Tribunal, en la línea antes apuntada, inicia su análisis desde un planteamiento axiológico: «debemos, por tanto, determinar en primer lugar la conexión del derecho de reunión con la garantía de la dignidad humana», para posteriormente determinar «en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona».

Partiendo de esta premisa, el Tribunal pasa a delimitar el contenido y el significado del derecho de reunión. En este sentido, se vincula el derecho de reunión al derecho a la libertad de expresión (en la línea fijada por una ya reiterada jurisprudencia del TEDH), al principio democrático, a la protección de las opiniones, etc., y se invocan diferentes tratados Internacionales que, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 20.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 21) o el Convenio Europeo para la

protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (art. 11), reconocen a favor de «todas las personas» ese derecho.

Apoyándose en estos argumentos, el Tribunal llega a la conclusión de que «la definición constitucional del derecho de reunión realizada por nuestra jurisprudencia, y su vinculación con la dignidad de la persona, derivada de los textos internacionales, imponen al legislador el reconocimiento de un contenido mínimo de aquel derecho a la persona en cuanto tal, cualquiera que sea la situación en que se encuentre» (FJ 6) y, en consecuencia, declara inconstitucional la exigencia de autorización de estancia o residencia en España para que los extranjeros puedan ejercer el derecho de reunión.

En términos idénticos se analiza el derecho de asociación y se llega a la misma conclusión, constatando su importante grado de conexión con la dignidad humana (FJ 7).

En definitiva, lo que debería plantearse como una correcta interpretación sistemática y literal del texto constitucional, a la luz de los tratados internacionales suscritos por España, para el Tribunal Constitucional es la búsqueda, en términos cuantitativos, del grado de dignidad humana que lleva aparejado un determinado derecho. Sea como fuere, el resultado final es el mismo, y se declara la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados.

El verdadero problema de este pronunciamiento creo que surge a renglón seguido, cuando el Tribunal matiza esta afirmación y añade:

«El legislador orgánico puede fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de reunión por parte de los extranjeros que se encuentran en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, siempre y cuando respete un contenido del mismo que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre» (FJ 6) (12).

Es decir, el Tribunal otorga un «plus» de libertad de configuración al legislador orgánico e introduce el cumplimiento de un requisito administrativo como legítimo factor de diferenciación en el contenido de la norma, por lo que la perplejidad del lector es considerable: ¿no habíamos concluido que los derechos de reunión y asociación son derechos que la Constitución reconoce a todas las personas?, ¿no se había afirmado, en el fundamento jurídico tercero, que en relación con estos derechos «no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles», puesto que gozan de ellos «en condiciones plenamente

(12) El mismo párrafo se reproduce en el fundamento jurídico siguiente respecto del derecho de asociación.

equiparables»?), ¿dónde está la argumentación jurídica según la cual, una vez respetado el contenido esencial, la irregularidad administrativa del extranjero justifica un trato legislativo distinto cuando se trata del ejercicio de derechos que la Constitución extiende a todas las personas?

En la sentencia que analizamos no encontramos respuesta a estas preguntas, sino importantes contradicciones que revelan la ausencia de una interpretación coherente del régimen de derechos fundamentales de los extranjeros. Pero la perplejidad sigue en aumento al leer el fallo de la sentencia, pues a pesar de haber declarado inconstitucional la exigencia de autorización de estancia o residencia en España para que los extranjeros puedan ejercer los derechos de reunión y asociación, a juicio del Tribunal:

«En el presente caso no procede declarar la nulidad de los artículos de la Ley 8/2000 que garantizan los derechos de reunión, asociación y sindicación a los extranjeros que hayan obtenido autorización de estancia o residencia en España [...] puesto que ello entrañaría una clara alteración de la voluntad del legislador ya que de este modo se equipararía plenamente a todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, en el ejercicio de los señalados derechos» (FJ 17, la cursiva es nuestra).

En mi opinión, la única voluntad del legislador que se trasluce en los preceptos impugnados es la de privar a los extranjeros sin permiso de estancia o residencia del ejercicio de un derecho que la Constitución les reconoce y, como ha quedado claro, esa voluntad se escapa de su ámbito de libertad de configuración, siendo precisamente la función del Tribunal Constitucional recordar al legislador que su específica libertad democrática encuentra un freno en el respeto al contenido esencial de los derechos y libertades reconocidos en el texto constitucional (art. 53.1 CE). Quizá, lo lógico sería anular los incisos que niegan *a priori* el ejercicio de estos derechos fundamentales a todos los extranjeros «sin papeles», sin perjuicio de que con posterioridad el legislador (una vez respetado el contenido esencial, en la confusa línea marcada por el Tribunal) pudiera establecer (o no) límites específicos a los extranjeros sin autorización administrativa.

Es cierto que se han dado casos excepcionales en los que la declaración de inconstitucionalidad no implica la nulidad de un precepto legal, pero se trata de supuestos en que «la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en una determinación textual de éste, sino en su omisión», y tienen su lógica pues convertiría al Tribunal Constitucional en un «legislador positivo», suplantando a las Cortes Generales. Pero no es el caso que nos ocupa, en el que no hay ninguna omisión, sino un claro posicionamiento del legislador que decide excluir a

determinados extranjeros del ejercicio de un derecho que, según el Tribunal, les corresponde (al menos en su contenido esencial). Tampoco pueden deducirse de la nulidad de los incisos referidos consecuencias negativas de ninguna naturaleza, ni para el Estado democrático, ni para el orden constitucional, ni para los Presupuestos Generales del Estado, sino todo lo contrario, pues se depura el ordenamiento de preceptos declarados inconstitucionales porque atentan directamente contra derechos subjetivos.

3.2.2. *El derecho de sindicación*

También se impugna el artículo 11.1 de la LO 4/2000, que excluye a los extranjeros sin autorización de estancia o residencia del ejercicio del derecho de sindicación. El análisis de la posible inconstitucionalidad parte de un planteamiento, en mi opinión, más razonable que en los casos anteriores, pues sin aludir a la posible vinculación de este derecho con la dignidad humana (y, por tanto, rompiendo la línea argumental que el Tribunal había seguido hasta el momento), se examina directamente el contenido constitucionalmente declarado del derecho a la libertad sindical.

Como criterio interpretativo se traen a colación los principales tratados internacionales reconocedores de derechos humanos, así como la propia jurisprudencia del Tribunal que siempre ha vinculado «la titularidad del derecho de libertad sindical a *todos* los trabajadores en su caracterización material, y no jurídico-formal, y a *todos* los sindicatos, entendiéndose de este modo la proyección universal subjetiva que de dicho derecho efectúan los tratados internacionales» (FJ 9), para llegar a la conclusión de que no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para que un trabajador extranjero pueda ejercer el derecho de libertad sindical (aunque tal requisito sí sea necesario para la celebración válida de un contrato de trabajo y, en consecuencia, para que el extranjero obtenga la condición jurídico-formal de trabajador).

Hasta aquí, y en mi opinión, una secuencia lógica y una argumentación inobjetable, pues, como si de compartimentos estancos se tratara, en el fundamento jurídico 9 se deduce del artículo 28 CE el reconocimiento del derecho fundamental a la libertad de sindicación de «todos los trabajadores», sin necesidad de acudir al argumento del «grado de vinculación con la dignidad humana».

Como objeción importante, la misma que señalé anteriormente: tras reconocer este derecho a todos los extranjeros, se otorga un incomprensible margen de libertad al legislador orgánico que, una vez respetado el contenido esencial

del derecho, «podrá fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de sindicación por parte de los extranjeros que se encuentran en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia» (FJ 9). Objeción que se hace extensiva al fallo, que no anula el inciso del precepto impugnado en pro de una, de nuevo, militante defensa de la «voluntad del legislador».

De manera que el Tribunal llega a la conclusión de que la Constitución reconoce a favor de *todas las personas* los derechos de reunión, asociación y sindicación y, en consecuencia, declara inconstitucionales los preceptos impugnados pero no declara su nulidad.

3.2.3. *El derecho de huelga*

En la STC 269/2007 se cuestiona la nueva redacción que el apartado 9 del artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, da al artículo 11.2 (derecho de huelga) de la Ley Orgánica 4/2000. La impugnación reside, igual que ocurría en los casos anteriores, en la circunstancia de que se haga depender el derecho de huelga de los extranjeros a la previa autorización para trabajar, la cual se condiciona a la previa obtención del permiso de residencia o de autorización de estancia. El Tribunal, tras conectar este derecho con el derecho de libertad sindical consagrado en el artículo 28.1 CE, considera que el concepto de trabajador, relevante para la determinación del ámbito subjetivo del derecho de huelga, ha de entenderse en línea con lo que ya ha afirmado en la STC 236/2007 (FJ 9), en su caracterización material, independientemente de la legalidad o ilegalidad de la situación. Siendo ello así, para el Tribunal no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores extranjeros, aunque la anterior situación resulte exigible para la celebración válida de su contrato de trabajo. Por ello, declara la inconstitucionalidad del inciso «cuando estén autorizados a trabajar» del precepto impugnado y, curiosamente, en este caso el Tribunal declara también la nulidad del mismo.

3.2.4. *El derecho a la educación*

Se impugna la redacción del artículo 9.3 de la LO 4/2000, tras la reforma operada por la LO 8/2000, que establecía:

«Los extranjeros residentes tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. En concreto, tendrán

derecho a acceder a los niveles de educación y enseñanza no previstos en el apartado anterior y a la obtención de las titulaciones que correspondan al caso, y al acceso al sistema público de becas y ayudas.»

A juicio de los recurrentes, esta redacción vulnera el artículo 27.1 CE al impedir el acceso a la enseñanza no básica a los extranjeros menores de 18 años que no tengan residencia legal en España.

El Tribunal Constitucional no se aparta de su esquema argumentativo inicial y trayendo a colación los principales tratados internacionales relativos a la materia, deduce «la inequívoca» vinculación del derecho a la educación con la dignidad humana, dada su innegable trascendencia para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, y para la misma convivencia en sociedad (FJ 8). Argumento que le sirve de base para afirmar que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho, en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad y que «debe entenderse que incluye también a aquellas personas no nacionales que se encuentren en una situación irregular o ilegal» (FJ 8).

Por las razones ya expuestas, coincidimos en el fallo, aunque no en la argumentación. En mi opinión, la función de los tratados internacionales no es, como pretende el Tribunal, servir de pauta para determinar la mayor o menor vinculación del derecho con la dignidad humana, sino que sirven de instrumento hermenéutico para ayudar a perfilar el contenido y, en su caso, los titulares del derecho a la educación que nuestra Constitución consagra. La Constitución reconoce el derecho a la educación (en su más amplio significado) a «todos», pero se llega a esta conclusión tras una interpretación sistemática del artículo 27 CE a la luz de lo dispuesto en los tratados internacionales, blindando así las garantías jurídicas de este derecho, que ya no queda a merced de apreciaciones subjetivas.

En este caso el Tribunal no otorga un margen de libertad al legislador orgánico (una vez respetado un contenido esencial mínimo) y, en consecuencia, anula el precepto impugnado. Quizá es porque considera que el derecho a la educación está más cerca de la dignidad humana que la asociación, la reunión y la sindicación y, correlativamente, la libertad del legislador disminuye. Pero se trata de meras especulaciones, pues no se encuentra una respuesta concreta en la sentencia que comentamos.

3.2.5. *Intimidación familiar y reagrupación familiar*

Desde estas líneas se sostiene que el reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar, como derecho subjetivo del inmigrante que ha obtenido un permiso de residencia, es coherente con los principios y valores que inspiran nuestro régimen democrático y, en definitiva, con la protección social y jurídica de la familia que recoge el artículo 39.1 CE. Por otro lado, facilitar el ejercicio del derecho de reagrupación es un requisito que ha de exigirse a todo legislador que busque la integración de los inmigrantes y defienda una política de avance en el modelo de Estado social que consagra la Constitución española.

Ahora bien, conectar el derecho de reagrupación familiar con el contenido del derecho fundamental a la intimidad recogido en el artículo 18.1 CE y, más en concreto, con el derecho a la intimidad familiar entendida como una dimensión específica de la intimidad personal (como hacen los recurrentes), creo que cuenta con dificultades jurídicas importantes si nos atenemos a la jurisprudencia del Tribunal hasta la fecha. Desde luego, los extranjeros, independientemente de su situación administrativa, gozan del derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en las mismas condiciones que los españoles, pero las facultades que les otorga ese derecho (que son las mismas que para los españoles) se refieren a la protección «de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás» (STC 231/1988, FJ 3). Es decir, el derecho está protegiendo ámbitos de privacidad frente a intromisiones ilegítimas, pero no habilita a sus titulares a exigir de los poderes públicos que les aseguren una vida en común con sus familiares más cercanos. Es cierto, como indica el propio Tribunal en el FJ 11 de la Sentencia que comentamos, que aunque el TEDH no ha deducido expresamente del derecho a la intimidad familiar (art. 8.1 CEDH) un derecho a la reagrupación familiar, sí ha considerado que tal vinculación es posible en los casos en que «la vida familiar no fuera posible en ningún otro lugar, por impedimento legal o fáctico» (SSTEDH caso *Sen*, de 21 de diciembre de 2001; caso *Boultif*, de 2 de agosto de 2001), pero se trata de supuestos de reagrupación muy concretos conectados con situaciones de asilo o refugio que se alejan de los casos impugnados ante el Tribunal Constitucional por falta de regulación legal.

No obstante, otorgar un cheque en blanco al Reglamento para que libremente determine las condiciones y los requisitos de la reagrupación familiar en determinados supuestos, punto que denuncian los recurrentes [aunque no afecte al contenido y límites del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) tal y como afirma el Tribunal, lo que le lleva a declarar la constitucionalidad del artículo], es probable que choque con otros preceptos constitucionales. Quizá se contradice con el tenor del artículo 13.1 CE (que aquí sí puede ser necesario traer a

colación), pues este precepto se remite a la ley y a los tratados como normas que regularán el ejercicio de los derechos reconocidos a lo largo del Título I. En mi opinión, el derecho de reagrupación familiar se conecta con el artículo 19 CE (entrada y establecimiento) y, como ya he señalado, con la defensa de la familia que hace el artículo 39, que como principio rector de la política social y económica, necesitará de un desarrollo legislativo (art. 53.3), lo que unido a los tratados internacionales que recogen el derecho a la reagrupación familiar, a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la materia y a la Directiva 2004/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, mediante la que se armoniza el régimen de reagrupación familiar de nacionales no comunitarios residentes en un Estado miembro, creo que se trata de argumentos importantes como para considerar que estamos ante una materia que ha de regularse necesariamente mediante ley.

3.2.6. *La falta de motivación en la denegación de visados*

EL Tribunal no considera inconstitucional que la denegación de visado no necesite motivación en algunos supuestos (en concreto cuando no se refiera a la reagrupación familiar o a la solicitud de permiso de trabajo por cuenta ajena). Desde estas líneas se disiente con la postura y la argumentación del Tribunal.

En primer lugar, la no motivación de una denegación de visado se encuentra en abierta contradicción con lo dispuesto en el artículo 54.1 LRJAPyPAC (13), que exige la motivación, «con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho», de «todos los actos administrativos que limiten derechos subjetivos e intereses legítimos» [art. 54.1.a)], así como «los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales» [art. 54.1.f)]. Pues si bien la mayoría de las veces el extranjero no es titular de un derecho subjetivo a la obtención de visado, no se puede negar que sí tiene un interés legítimo en que dicho visado le sea concedido, causa que, tal y como se ha señalado, es suficiente para exigir la motivación de su denegación. Pero si este argumento no fuera suficiente, la Ley 30/1992 exige la motivación de todo acto discrecional, calificativo que puede extenderse a muchos de los actos administrativos que resuelven las solicitudes de visado.

Pero además, creo que es posible afirmar la dimensión constitucional del deber de motivación en el caso que nos ocupa, pues aunque el Tribunal Constitucional ha manifestado que dicha dimensión sólo es predicable de aquellos

(13) Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

actos administrativos que limiten o restrinjan el ejercicio de derechos fundamentales o impongan sanciones (14), lo cierto es que la falta de motivación dificulta al interesado la posibilidad de recurrir dicho acto administrativo (15), lo que iría en contra del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

Por otro lado, aunque el derecho de entrada y establecimiento en España de los extranjeros no nace directamente *ex constitutione*, lo cierto es que una vez que éstos reúnen los requisitos legales para entrar y residir en España, gozan de un derecho subjetivo al que se le otorgan todas las garantías constitucionales (incluidos el recurso de amparo ordinario y, en su caso, el recurso de amparo constitucional) (16), lo que otorga a la concesión o denegación de visado una cierta dimensión constitucional.

Resulta conveniente recordar la postura del Tribunal Supremo al respecto, producto ya de una consolidada jurisprudencia, que viene a destacar que la motivación en el orden administrativo tendría como finalidad primordial evitar la indefensión del interesado, concepto este último que como este Tribunal subraya «es necesario interpretarlo en el amplio sentido de limitar en lo posible la perplejidad de aquéllos (los interesados) ante decisiones administrativas cuyos fundamentos les resulten incomprensibles, por no hacerse explícitos y que por eso se vean obligados a acudir a ciegas a su impugnación» (17); posibilitando a su vez, que los órganos jurisdiccionales conozcan «los datos fácticos y normativos que les permitan resolver la impugnación judicial del acto, en el juicio de su facultad de revisión y control de la actividad administrativa, sancionada en el artículo 106 de nuestra Constitución» (18); siendo, además, clave «para el logro de la seguridad jurídica que debe imperar tanto *a priori* como *a posteriori*, en las relaciones entre la Administración y los administrados» (19). Semejantes fines vienen a reforzar la crítica de tal omisión.

(14) Por todas STC 7/1998, de 13 de enero, fundamento jurídico 6.

(15) Por ejemplo, si no existe motivación difícilmente los tribunales podrán constatar actuaciones administrativas discriminatorias, contrarias al artículo 62 LRJAPyPAC y al artículo 23.2.e) de la LO 4/2000, reformada por la LO 8/2000, que prohíbe todo acto discriminatorio contra un ciudadano extranjero realizado por la autoridad, funcionario público o personal encargado de un servicio público en el ejercicio de sus funciones.

(16) Así se desprende de la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional. *Vid.*, entre otras, SSTC 94/1993, 116/1993 y 24/1994.

(17) SSTS de 27 de diciembre de 1999 (Ar. 9641), fundamento jurídico 4.

(18) STS de 15 de diciembre de 1999 (Ar. 8994), fundamento jurídico 2.

(19) *Ibidem*. Reproduciendo en su totalidad o parcialmente los fines citados véanse también las SSTS de 15 de julio de 1999 (Ar. 6190), fundamento jurídico 2; 25 de junio de 1999 (Ar. 4343), fundamento jurídico 2; 12 de mayo de 1999 (Ar. 4220), fundamento jurídico 5; 11 de marzo de 1999 (Ar. 2633), fundamento jurídico 2; 19 de noviembre de 1998 (Ar. 9575), fundamento jurídico 4, y la jurisprudencia en ellas citada.

En este sentido, el Tribunal Supremo siempre ha optado por una interpretación restrictiva del tenor literal del antiguo artículo 12.3 LO 7/1985, abriendo una línea jurisprudencial que exige la motivación de la denegación del visado (20), que se mantiene hasta nuestros días.

3.2.7. *Justicia gratuita*

La LO 4/2000 introduce un límite al derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros (exige la condición de residentes), lo que, *de facto*, impide el acceso a la jurisdicción y el pleno ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de aquellos extranjeros no residentes que carezcan de recursos económicos para litigar. El Tribunal, en el fundamento jurídico 13, se remite a lo ya declarado en la STC 95/2003, de 22 de mayo, y partiendo de la conexión instrumental entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho a la tutela judicial efectiva, y afirmando la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva de todos los extranjeros, con independencia de su situación jurídica (STC 95/2003, FJ 5), deduce la inconstitucionalidad del precepto impugnado.

Nada que objetar, desde estas líneas, ni al fallo ni a la argumentación del Tribunal en este punto, pues se aleja del esquema que criticamos anteriormente para limitarse a hacer una interpretación constitucional del artículo 24 CE, en el que se reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva de «todas» las personas.

3.2.8. *Expulsión*

En cuanto a las dudas de constitucionalidad que plantea la expulsión de los condenados por delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, por considerar los recurrentes que se vulnera el principio de *non bis in idem*, el Tribunal separa la sanción penal de la administrativa, señalando que las dos medidas no responden a un mismo fundamento porque persiguen la protección de bienes o intereses jurídicos distintos. A lo largo del fundamento jurídico 14 avala su postura a partir de la afirmación de que la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras que la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranje-

(20) Sentencias de 13 de junio de 1991 (Ar. 5286), 24 de septiembre de 1991 (Ar. 6865) (en estos casos el extranjero ya se encontraba dentro de España), 1 de octubre de 1992 (Ar. 7742) y 22 de diciembre de 1995 (Ar. 9515).

ría, que son ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes (ATC 331/1997).

En mi opinión, hay que aceptar que el legislador tiene un amplio margen de libertad a la hora de recoger las causas de expulsión y que tales medidas obedecen a objetivos propios de la política de extranjería que, en ocasiones, puede adoptar un sesgo especialmente restrictivo en el control de las personas que pueden entrar o que pueden permanecer en nuestro país. Se puede criticar esta política de extranjería con argumentos de diferente carácter, pero desde estas líneas se comparte el fallo del Tribunal Constitucional, en el sentido de que no procede el argumento de la inconstitucionalidad.

4. CONCLUSIONES

Las alegaciones de inconstitucionalidad que se plantean en el recurso conducen necesariamente a la interpretación del artículo 13.1 CE y, más en concreto, a la búsqueda del objeto que tiene la reserva de ley con que finaliza su primer apartado. En esencia, el Tribunal Constitucional ha tenido que dar respuesta a preguntas como ¿cuál es el margen de libertad de configuración con que cuenta el legislador cuando se trata de regular las libertades de reunión, de asociación, de sindicación o de huelga de los extranjeros que se encuentran irregularmente en España?, ¿puede una autorización de carácter administrativo (permiso de estancia o residencia) condicionar la titularidad y, por ende, el ejercicio del derecho a la educación no obligatoria de los extranjeros? y, en última instancia, ¿qué añade o en qué se diferencia la reserva del ley del artículo 13.1 CE a la establecida, con carácter general, en el artículo 53.1 CE?

Desde luego, no es labor de nuestro Tribunal ir más allá del aparato dogmático imprescindible para resolver la cuestión controvertida desde el principio de congruencia procesal, pero la labor interpretativa que se le solicita en los ocho recursos de inconstitucionalidad que se interponen contra la LO 4/2000, tras la reforma operada por la LO 8/2000, y que encuentran su principal respuesta en la STC 236/2007, están instando al máximo intérprete constitucional a que indique cuáles son las claves que ha de tener en cuenta el legislador para discernir qué derechos reconoce la Constitución a todos los extranjeros, independientemente de su situación legal y, correlativamente, en qué casos la ley puede condicionar el ejercicio de determinados derechos fundamentales por parte de los extranjeros a la obtención de una autorización de estancia o residencia en España. Sin embargo, en mi opinión y como he intentado argumentar, la tan esperada resolución del Tribunal Constitucional sobre esta materia no ha hecho

más que reiterar, en esencia, la jurisprudencia precedente y, con ella, los interrogantes que ya existían.

El Tribunal superpone planos y enfoques y otorga, en cada caso, un distinto margen de libertad de configuración al legislador en función de un criterio tan lábil como el de la mayor o menor conexión del derecho con la dignidad humana. Sin duda, el criterio axiológico no puede ser indiferente para el proceso de interpretación jurídica, pero cuestión distinta es independizar el concepto y, fuera de toda lógica inductiva, deducir de él los contenidos jurídicos concretos de los distintos preceptos constitucionales o, como en este caso, deducir a partir de él el conjunto de derechos fundamentales de los que gozan los extranjeros.

Ahora bien, aun aceptando que el criterio de la conexión con dignidad humana es determinante para establecer el elenco de derechos que la Constitución reconoce a todos los extranjeros. Aun aceptando que se pueda establecer un baremo según el cual, y de acuerdo con el discurso del Tribunal, el derecho de asociación está más vinculado con la dignidad humana que el derecho a circular libremente y a residir en el territorio nacional; o que el derecho a sindicarse tiene más conexión con la dignidad humana que el derecho a acceder a un puesto de trabajo en condiciones de igualdad, el Tribunal no aporta argumentación alguna para justificar por qué dentro del conjunto de derechos que considera «con un alto grado de conexión con la dignidad humana», en unos casos el legislador sólo está obligado a respetar un contenido esencial mínimo, pudiendo después distinguir entre extranjeros según su situación administrativa (como ocurre con los derechos de reunión, asociación y sindicación) y, en otros casos, dicha diferencia está constitucionalmente prohibida y la regulación ha de ser exactamente igual para españoles y para extranjeros, cualquiera que sea la situación legal de éstos (derecho a la tutela judicial efectiva o derecho a la educación, entre otros).

En ningún momento el Tribunal lleva a cabo un juicio de razonabilidad para justificar la inclusión de la situación administrativa del extranjero como elemento diferencial en el contenido de la norma, ni somete los preceptos cuestionados a un test de proporcionalidad, y ello a pesar de que se está refiriendo a derechos que, de acuerdo con su argumentación, la Constitución reconoce a favor de «todas las personas» y que, por tanto, convertirían en exigible el sometimiento de la norma a un *strict scrutiny*, utilizando la terminología norteamericana, es decir, a un estricto juicio de razonabilidad y proporcionalidad.

En resumen, y a pesar de que en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia que comentamos nuestro intérprete constitucional manifiesta su voluntad de llevar a cabo una interpretación sistemática del Título I, lo cierto es que no toma como principal punto de apoyo de su argumentación el propio texto constitucional, sino la búsqueda, en términos cuantitativos, del grado de dignidad

humana que lleva aparejado un determinado derecho, con lo que más que ante una interpretación estamos ante una construcción teórica que gira en torno a un frágil criterio material. Por otro lado, se sigue utilizando de forma retórica, sin una clara voluntad dogmática, la clasificación tripartita de los derechos fundamentales de los extranjeros y, en definitiva, se renuncia a buscar un sentido autónomo al artículo 13.1 CE, que evite un vacío en el contenido del precepto.