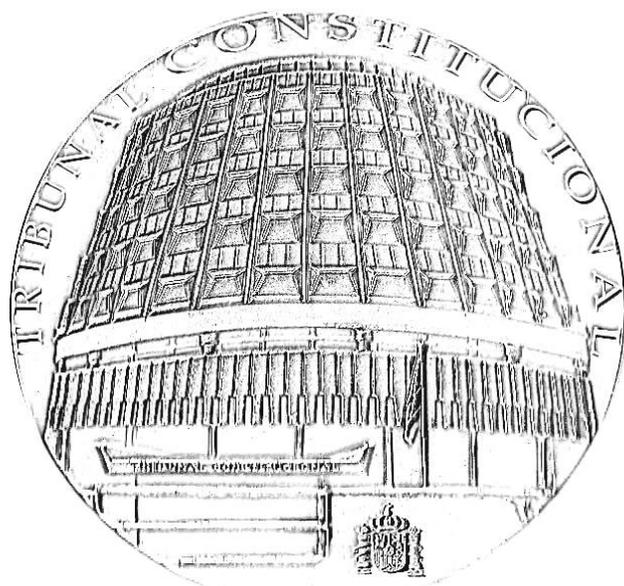


X Conferencia Trilateral

25-27 de septiembre 2008

Madrid



**El Tribunal Constitucional ante el
fenómeno de la extranjería**

España

**SEMINARIO DE TRABAJO
TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DE ITALIA, PORTUGAL Y
ESPAÑA**

**“EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE EL FENÓMENO DE LA
EXTRANJERÍA”**

Madrid, 25, 26 y 27 de septiembre de 2008

PONENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

María Emilia Casas Baamonde
Presidenta del Tribunal Constitucional

I. Introducción

En el análisis del tema que nos reúne en nuestro encuentro trilateral este año quiero destacar de entrada su complejidad, tanto desde un punto de vista cuantitativo relativo a la irrupción de esta problemática ante la jurisdicción constitucional, como con una perspectiva analítica de la jurisprudencia dictada hasta el momento por el Tribunal Constitucional de España.

El punto de vista cuantitativo arroja tanta complejidad como, me parece, el conocimiento de la doctrina del Tribunal Constitucional. Porque, e insistiré en ello, no obstante el dictado de la Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, que contiene una exposición sintética de la doctrina del Tribunal Constitucional y su apertura al análisis de nuevas cuestiones, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre este fenómeno no es una doctrina acabada, no es una doctrina cerrada. No podría serlo dada la naturaleza del fenómeno contemplado. Es una doctrina que ha fijado criterios interpretativos firmes, pero según una evolución intensificada como consecuencia de la irrupción, a la que he

aludido, del fenómeno de la inmigración ante la jurisdicción constitucional, con caracteres de significación masiva o importante a partir de 2003, lo cual no significa, evidentemente, que el Tribunal no haya dictado sentencias sobre esta materia con anterioridad. Pero, como expondré, con una perspectiva de interpretación de la Constitución distinta, porque distintos eran los problemas que se planteaban, diferentes a los que se han planteado en los últimos años.

II. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre extranjería : perspectivas cuantitativa y procesal

El Tribunal Constitucional ha dictado en torno a 40 sentencias sobre los derechos constitucionales de los extranjeros, cifra que, teniendo en cuenta el volumen total de sentencias dictadas por el Tribunal (en torno a 7.000 sentencias) no significa un porcentaje cuantitativamente elevado de su jurisprudencia. Ha dictado un número superior de autos en esta materia, en torno 70 autos, y ha dictado, en cambio, más de 5.000 providencias de inadmisión; providencias aprobadas en estos últimos años (mayoritariamente en los dos últimos), mientras que, en cambio, las Sentencias mencionadas lo han sido desde los años 80 (la primera fue la Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, hasta esta bien reciente que acabo de citar de 7 de noviembre de 2007). Esto significa que temáticamente las impugnaciones han sido distintas. Las Sentencias dichas abordan la posición jurídico-constitucional de los extranjeros en España, esto es, interpretan el artículo 13 de la Constitución española, un artículo de una complejidad notoria sobre el que se ha escrito mucho desde diversas perspectivas y cuya interpretación en el Tribunal Constitucional, en los casos verdaderamente importantes, ha dado lugar siempre a votos particulares, de manera que la interpretación del precepto ofrece complejidad, deparando entendimientos diferentes (caso de las Sentencias 115/1987, de 7 de julio; 95/2003, de 22 de mayo; y 236/2007, de 7 de noviembre). Otras Sentencias -más allá de éstas a las que me he referido-, así como los autos y providencias, contemplan problemas nuevos, nuevas familias de problemas que desde el año 2003 han llegado masivamente al Tribunal Constitucional. Se refieren a temas de detención, internamiento, *hábeas corpus* de extranjeros y reclamaciones sobre dilaciones indebidas en procedimientos de denegación de entrada y expulsión, familias de asuntos muy abultadas que el Tribunal ha resuelto en algún caso mediante sentencia

y, en términos mayoritarios, a través de providencias de inadmisión de los correspondientes recursos de amparo. Las vulneraciones de derechos fundamentales que se formulan con mayor frecuencia son, pues, aquellas que se basan en los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 17 (libertad personal y *habeas corpus*), 24.1 y 2 (derechos a la tutela judicial efectiva y a los recursos, derecho al proceso debido y reclamaciones frente a dilaciones indebidas) y 19 de la Constitución (derechos de libre entrada y residencia en España, que dicho precepto constitucional reconoce en principio únicamente a los españoles, según ha afirmado la Sentencia 72/2005, de 4 de abril, sin perjuicio, evidentemente, de que el legislador pueda extender la titularidad de esos derechos a los extranjeros y, además, al producir ese fenómeno extensivo, el legislador pueda tener en cuenta el estatuto jurídico y la situación de regularidad o irregularidad del extranjero en España). Llamo la atención acerca de que en este conjunto de asuntos la mayor parte de los procesos de origen, previos a la demanda de amparo constitucional, son de *habeas corpus* y contencioso-administrativos (abreviados), mientras que el proceso penal tiene una importancia menor en estos asuntos propiamente de extranjería.

En esta serie de decisiones no se comprenden, obviamente, todas las dictadas por el Tribunal Constitucional en procesos promovidos o que han afectado a extranjeros (extradiciones, procedimientos de *exequatur* y demandas de amparo promovidas frente a presuntas vulneraciones de derechos procesales o a la presunción de inocencia de extranjeros en procesos penales). La doctrina constitucional sobre la extranjería se contiene en aquellas decisiones que han resuelto procesos en que precisamente se ha cuestionado la constitucionalidad de la regulación legal de la extranjería o el tratamiento dado a los extranjeros en nuestro país, pero no el hecho de que un extranjero protagonice una impugnación, un recurso de amparo, convierte ese recurso en una cuestión de extranjería si en el enjuiciamiento constitucional no se suscita el régimen jurídico o de hecho referido al tratamiento de la situación de los extranjeros en España. Desde este otro punto de vista, es evidente que las decisiones del Tribunal Constitucional arrojarían un número muy superior al señalado.

El cuerpo doctrinal contenido en las sentencias sobre la posición jurídico-constitucional de los extranjeros desde los años 80 hasta nuestros días han resuelto casi todas ellas recursos de amparo, a excepción de tres sentencias: la Sentencia 115/1987,

de 7 de julio, que resolvió un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo frente a la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España; la Sentencia 95/2003, de 22 de mayo, que resolvió un recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, y declaró inconstitucional el inciso del apartado a) de su artículo 2 ("que residan legalmente en España"), que condicionaba el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita a la residencia legal de los extranjeros en España, y la Sentencia que he citado en dos ocasiones, la Sentencia 236/2007, que resuelve la impugnación presentada por el Parlamento de Navarra frente a diversos preceptos de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, o, si prefieren, frente a la Ley Orgánica 8/2000, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

No se ha planteado ninguna cuestión de inconstitucionalidad. Los dos recursos de inconstitucionalidad primeros que he citado fueron formalizados por el Defensor del Pueblo; el último por el Parlamento de Navarra, al que seguían una serie de impugnaciones resueltas con arreglo a la doctrina sentada en la citada Sentencia 236/2007, procedentes de distintos gobiernos o parlamentos autonómicos y de la oposición parlamentaria (la Junta de Andalucía, el Parlamento Vasco, sesenta y cuatro Diputados del Grupo Parlamentario del PSOE en el Congreso, la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón, la Junta de Extremadura y la Junta del Principado de Asturias), frente a algunos preceptos iguales a los impugnados por el Parlamento de Navarra. La impugnación del Parlamento de Navarra era la más completa, pues abarcaba un mayor número de preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000. De ahí que el Tribunal tomara la decisión de resolver esta impugnación en primer lugar, para, una vez dictada la sentencia correspondiente, resolver las demás impugnaciones con los mismos criterios al ser en algún caso los mismos los preceptos impugnados.

En un análisis de los sujetos legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley no deja de ser significativo que en dos casos haya sido el Defensor del Pueblo quien ha ejercido el control de constitucionalidad de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (Sentencia 115/1987, de 7 de julio), y de la

Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (Sentencia 95/2003, de 22 de mayo). El grueso de los recursos de amparo en materia de extranjería que ha irrumpido en los últimos años con un peso propio relevante (en 2005 significaron el 22,7 por 100 del total de recursos de amparo, en 2006 el 34,55 por 100, siendo en 2007 el 24,54 por 100) afectan a personas carentes de la condición de nacionales en situación de irregularidad atendiendo a la regulación de la legislación de extranjería. De ahí que aunque todos estos pronunciamientos que estoy destacando se refieran a una categoría de personas, los inmigrantes, pueda decirse que hasta la irrupción de estos recursos de amparo y hasta la Sentencia 236/2007, la aproximación de la jurisprudencia constitucional a la situación de los extranjeros atendía al tratamiento del extranjero en la Constitución española en relación o en comparación a los ciudadanos españoles, pero sin tener en cuenta la complejidad de situaciones jurídicas en las que pueden encontrarse los extranjeros. Fue una jurisprudencia bidimensional que contraponía el estatuto jurídico-constitucional del nacional frente al extranjero.

III. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos fundamentales de los extranjeros

La primera jurisprudencia constitucional se dictó atendiendo a la situación de extranjería, pero sin considerar otros elementos con capacidad de discriminar dentro de la situación de extranjería, como es, la exigencia de autorizaciones administrativas de estancia y residencia en España. Aquella primera jurisprudencia analizó normas legales y supuestos sobre extranjeros en situación regular y de extranjeros en situación de irregularidad (si bien se centró en los derechos de los extranjeros con autorización de estancia o de residencia en España, caso de las Sentencias 107/1984, 115/1987, o 94/1993, de 22 de marzo), pero ese elemento no fue un elemento significativo en esa jurisprudencia, que ante todo se ocupó de determinar la posición jurídica del extranjero frente al nacional como dos categorías uniformes, sin necesidad de tener en cuenta que dentro de la segunda categoría la complejidad ha ido creciendo progresivamente como consecuencia de la evolución jurídica (paradigmáticamente representada por el Derecho comunitario europeo) y social del fenómeno de la inmigración. No es preciso recordar que los flujos de inmigración han cambiado decisivamente desde los años 80 a este nuevo siglo y que, dentro de esos flujos de inmigración, la presencia de extranjeros en

situación de irregularidad o en situación de ilegalidad, es decir, en situación de incumplimiento de la legislación que un Estado soberano dicta para regular el fenómeno de la extranjería o de la inmigración -aunque sean cuestiones cualitativamente separables y separadas, como por lo demás demuestra el análisis del Derecho comunitario y del comparado-, constituye una realidad que no puede dejar de ser tenida en cuenta. Tampoco creo necesaria una explicación mayor acerca de un cambio tan importante en nuestra sociedad y, en consecuencia, sobre la proyección de ese cambio, del concepto de extranjero en el marco de la inmigración, en la jurisprudencia constitucional, obligada la más reciente a afrontar un tratamiento más complejo de los fenómenos de la extranjería y de la inmigración, y en concreto de los inmigrantes que pretenden entrar y permanecer en España sin las correspondientes autorizaciones (casos de las Sentencias 99/1985, de 30 de septiembre; 116/1993, de 29 de marzo; 96/1995, de 19 de junio; 242/1994, de 20 de julio; 174/1999, de 27 de septiembre; 24/2000, de 31 de enero; 137/2000, de 29 de mayo; 179/2000, de 26 de junio, 169/2001; de 16 de julio; 95/2003, de 22 de mayo; 72/2005, de 4 de abril; 303/2005, de 29 de noviembre; 201 a 213/2006, de 3 de julio). Todo ello sin perjuicio de que la jurisprudencia constitucional desde su primera decisión al respecto haya recordado que “es claro que quien pretende ser amparado en el ejercicio de los derechos que el Ordenamiento español le concede ha de satisfacer también las obligaciones que de él dimanar” (Sentencia 107/1984, FJ 1).

1. La interpretación del artículo 13.1 de la Constitución en las primeras decisiones del Tribunal Constitucional

El punto de partida del análisis debe ser la Constitución y su interpretación por el Tribunal Constitucional desde su primera sentencia en la materia, la Sentencia 107/1984, que resolvió el recurso de amparo de un extranjero de nacionalidad uruguaya en relación con la resolución de su contrato de trabajo por carecer del requisito de autorización de residencia exigible para trabajar en España, hasta la doctrina más reciente contenida en la Sentencia 236/2007.

El artículo 13.1 de la Constitución señala que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley”. Y ya en aquella primera decisión (dictada, por cierto, a propósito de un extranjero hispanoamericano en situación irregular al carecer de

autorización de residencia con la perspectiva del derecho a la igualdad de los españoles del art. 14 de la Constitución y de la inexistencia de una declaración constitucional que proclame la igualdad de los extranjeros y españoles) el Tribunal Constitucional construyó la conocida clasificación tripartita de los derechos constitucionales de los extranjeros en nuestro país, clasificación, aceptada y criticada en términos doctrinales, que el Tribunal ha mantenido con una cierta evolución en su construcción doctrinal.

Partió el Tribunal Constitucional de que, no obstante la dicción del 13.1 de la Constitución, los extranjeros gozan en España *ex constitutione* de los derechos y libertades públicas (“el término <<libertades públicas>> no tiene, obviamente, un significado restrictivo”: Sentencia 107/1984, FJ 3) garantizados en el Título I de la Constitución, eso sí de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en los Tratados y en la ley interna española; esto es, de que la reproducida previsión constitucional “no supone ... que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la ley, sino de las libertades <<que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley, de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados –dentro de su específica regulación– de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal” (STC 107/1984, FJ 3). Derechos constitucionales de configuración legal, por tanto. Por decirlo tan significativamente como lo dice la posterior Sentencia 99/1985, de 30 de septiembre, es verdad que “nuestra Constitución <<es obra de españoles>>, pero ya no lo es afirmar que es sólo “para españoles” (FJ 2). Lo que significa, ahora con las palabras de la Sentencia 236/2007, que la Constitución consagra “un estatuto constitucional de los extranjeros” (FJ 3).

Sin embargo, la libertad de configuración de los tratados y la ley no es absoluta, sino que la Constitución impone límites a esa libertad de regulación de la titularidad y del ejercicio, goce o disfrute de los derechos de los extranjeros en España. Así, esa libertad de configuración “puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que

efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, si se rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español ...”. O puede “introducir la nacionalidad como elemento para la definición del supuesto de hecho al que ha de anudarse la consecuencia jurídica establecida”, caso en el que queda excluida la aplicación del principio de igualdad en relación a los españoles, dependiendo del derecho afectado. Y es que, afirma el Tribunal Constitucional, “existen derechos que corresponden por igual a los españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio” (Sentencia 107/1984, FJ 4). A este tercer grupo pertenece el derecho al trabajo, entendido como el derecho de celebración válida de un contrato de trabajo y de acceso a un puesto de trabajo, que el art. 35.1 de la Constitución reconoce a los españoles; grupo en el que también se integran el derecho de residencia y desplazamiento en España (Sentencia 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3, y otras posteriores), el derecho a percibir prestaciones de desempleo (Sentencia 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2) y el derecho a la salud (Sentencia 95/2000, de 10 de abril, FJ 3).

En consecuencia, el reconocimiento del derecho a la igualdad con exclusividad a los españoles que efectúa el art. 14 de la Constitución no conlleva que la desigualdad de trato entre españoles y extranjeros resulte en todo caso constitucionalmente admisible. No lo resulta en el primer grupo de derechos, “imprescindibles” o “inherentes” a la dignidad de la persona. Entre ellos situó la Sentencia 107/1984 ejemplificativamente los siguientes. “Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación con los españoles” (FJ 3). La Sentencia 99/1985 añadió el derecho a la tutela judicial efectiva (FJ 2), respecto de cuya titularidad (“todas las personas...”: art. 24.1 de la Constitución) es irrelevante la condición de extranjería. Las Sentencias 115/1987 y 144/1990, de 26 de septiembre, hicieron lo propio con el derecho a la libertad personal

del art. 17.1 de la Constitución (reiterando la inclusión en este primer grupo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva); la Sentencia 137/2000, de 29 de mayo, con el derecho a no sufrir discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (FJ 1); y la Sentencia 95/2003, de 22 de mayo, con el derecho a la asistencia jurídica gratuita, instrumental al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (FJ 4).

En cuanto a los derechos del segundo grupo, será preciso recordar el tenor literal del apartado 2 del 13 de la Constitución, según el cual “solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”, así como su modificación como consecuencia de la firma por España del Tratado de la Unión Europea y, en consecuencia, de la reforma de la Constitución española y previamente de la declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992. Respecto de estos derechos, la Constitución misma prohíbe que el legislador los extienda a los extranjeros.

El Tribunal dirá en sentencias posteriores que el legislador, a su vez, está subordinado al contenido constitucionalmente declarado de los derechos fundamentales y libertades públicas que la propia Constitución reconoce a los extranjeros a partir de la delimitación de sus titulares mediante expresiones genéricas, universales o impersonales como “todos”, “todas las personas”, “nadie”, “se reconoce” o “se garantiza” por contraposición a otras concretas como “los españoles” o “los ciudadanos” (Sentencia 115/1987); y que el tratado internacional actúa en el sistema de fuentes propio de esta materia de manera muy potente, por dos razones: primera, como consecuencia de la llamada directa que efectúa el 13.1 para delimitar los términos del disfrute de los derechos y libertades de los extranjeros en España; y, en segundo lugar, por la vía de entrada de la norma internacional en nuestro ordenamiento constitucional que constituye el art. 10.2 de la Constitución. El art. 10.2 llama al valor interpretativo cualificado de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España sobre los derechos fundamentales y libertades que reconoce la Constitución española para la mejor definición de su contenido constitucional, aunque, naturalmente, sin convertirlos en canon autónomo de validez constitucional de las normas y actos de los poderes públicos y sin dar rango

constitucional a los derechos y libertades proclamados internacionalmente. Por tanto, en materia de extranjería el tratado internacional tiene una posición cualificada a la que queda sujeto el legislador. Esa posición cualificada tiene una función distinta según las dos vías señaladas: o bien el tratado internacional define los términos de los derechos y libertades que la Constitución garantiza a los extranjeros respetando la Constitución española, delimitación a la que queda sujeto el legislador español (aunque lógicamente la eventual contradicción de los tratados por las leyes no fundamente una pretensión de inconstitucionalidad) (Sentencia 242/1994, de 20 de julio, FJ 3); o bien el tratado internacional no se dirige a definir los términos del disfrute de los derechos constitucionales de los extranjeros en España, sino que es un tratado sobre derechos reconocidos en la Constitución española y, en consecuencia, coadyuva a delimitar el contenido constitucionalmente declarado de ese derecho y su titularidad, atendiendo o no a la nacionalidad (Sentencia 99/1985, FJ 2).

2. La Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre , y los derechos fundamentales de los extranjeros en situación irregular en España

En el seno de esta construcción doctrinal la Sentencia 236/2007 se enfrenta al problema nuevo de determinar si la libertad de configuración del legislador le permite condicionar el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas que el título I de la Constitución garantiza a los extranjeros a la obtención por éstos de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España, limitando su disfrute a los extranjeros que se encuentren en una situación de regularidad y excluyendo a los extranjeros carentes de las autorizaciones administrativas legalmente exigidas. “Se plantea así por primera vez ante este Tribunal la posible inconstitucionalidad de una ley que niega el ejercicio de determinados derechos no a los extranjeros en general, sino a aquéllos que no dispongan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España” (FJ 2). La cuestión abordada es, pues, la de si la diferencia de situación jurídico-administrativa de los inmigrantes es constitucionalmente legítima para autorizar al legislador bien efectuar un reconocimiento diferenciado de derechos, bien introducir condiciones diferentes en el ejercicio de esos derechos. Para lo cual es preciso despejar si la clasificación tripartita inicial de la jurisprudencia constitucional sobre los derechos constitucionales de los extranjeros es también aplicable al fenómeno de la inmigración irregular porque los derechos que el art. 13 de la Constitución reconoce a los

extranjeros, a todos los extranjeros, no son disponibles absolutamente (por los tratados y) por la ley o si, por el contrario, el art. 13 de la Constitución se refiere exclusivamente a los extranjeros en situación legal en España porque han superado los requisitos de entrada en España y de estancia o permanencia válida en nuestro país.

La respuesta del Tribunal Constitucional se sostiene sobre las siguientes dos premisas:

1ª.- La Constitución, su art. 13, no distingue entre los extranjeros en razón de la regularidad o irregularidad de su estancia o residencia en España. Así se deduce de la literalidad del precepto, que se refiere a todos los extranjeros, por contraposición a los españoles, y de su ubicación en el capítulo primero (“De los españoles y extranjeros”) de su título I. La mención del art. 13 de la Constitución no acoge únicamente a los extranjeros que han obtenido las preceptivas autorizaciones de entrada, estancia y residencia en España.

2ª.- Sin embargo, esa diferencia puede ser legítimamente acogida por el legislador para diferenciar el estatuto de derechos y libertades de los extranjeros en España siempre que al hacerlo respete las normas y principios constitucionales. Dicho de otro modo, la Constitución trata por igual a todos los extranjeros, pero no impide que el legislador pueda distinguir, a la luz de la creciente diversidad de estatus jurídicos de quienes no gozan de la condición de españoles, entre grupos de extranjeros en virtud de criterios de diferenciación constitucionalmente válidos como la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo y la regularidad o irregularidad de la situación administrativa de los extranjeros no comunitarios en España. Esa libertad del legislador tiene que desarrollarse dentro de los preceptos constitucionales sobre los derechos fundamentales y libertades públicas.

A estas dos premisas se añaden dos precisiones lógicas:

1ª.- El art. 13 de la Constitución garantiza los derechos y libertades de su título I a los extranjeros “en España”; la estancia en España, regular o irregular, es “presupuesto de la extensión que lleva a cabo” el citado precepto constitucional, no siendo el derecho a entrar en España “un derecho fundamental del que sean titulares los

extranjeros con apoyo en el art. 19 CE” (Sentencia 72/2005, de 4 de abril, FJ 6 y FJ 8; Sentencia 236/2007, FJ 4, FJ 12 y FJ 14). La propia Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, establece los requisitos para la entrada en el territorio español y las causas de prohibición de dicha entrada (arts. 25 y 26).

2ª.- La utilización por el legislador del criterio de diferenciación de los derechos y libertades de los extranjeros según su situación legal o de regularidad administrativa en España, además de ser constitucionalmente legítimo en la regulación de determinados derechos o contenidos de derechos constitucionales, puede ser “presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales que por su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma ley establece para entrar y permanecer en territorio español” (Sentencia 236/2007, FJ 4).

A partir de aquí la Sentencia entra en la determinación de cuáles son los derechos que la Constitución –los preceptos de su título I interpretados sistemáticamente– garantiza a los extranjeros por igual o permite diferencias de trato según su estatuto jurídico para, en un momento posterior, analizar la ley impugnada y precisar cuándo la ley respeta o no el estatuto constitucional de los extranjeros. Para ello acepta la clasificación tripartita, si bien matiza inmediatamente que “ofrece algunas dificultades” (FJ 3), ya que todos los derechos fundamentales, por su misma naturaleza, están vinculados a la dignidad humana. En un sistema democrático los derechos fundamentales se basan en la dignidad humana, que es el sustento de la libertad personal y el fundamento del sistema político español (art. 10.1 de la Constitución). Por tanto, no es que haya derechos fundamentales que no tengan relación con la dignidad personal, todos la tienen atendiendo a la configuración de la noción misma de derecho fundamental, si bien unos presentan una conexión más estrecha con esa dimensión radicalmente básica, esencial, de la persona, mientras que otros, sin abandonar esa relación insuprimible, se vinculan más a su libre desarrollo (al “libre desarrollo de la personalidad” a que se refiere el citado art. 10.1 de la Constitución) y a su participación en la sociedad, dimensión igualmente esencial de la persona.

Se recordará que el primer grupo de derechos que, según la interpretación del Tribunal Constitucional, la Constitución reconoce a los extranjeros son los que les corresponden, por propio mandato constitucional, por su condición de persona por ser imprescindibles para la garantía de la dignidad humana. Insisto en que para la Sentencia 236/2007 no existen derechos fundamentales que no se vinculen a la garantía de la dignidad personal; todos los derechos fundamentales se proclaman relacionados con la condición de persona, con la dignidad humana, todos los derechos fundamentales se basan y relacionan con la dignidad de la persona. El canon o parámetro constitucional para delimitar la libertad de configuración del legislador (orgánico, en su caso: art. 81.1 de la Constitución) *ex art. 13* de la Constitución es entonces de “grado de conexión con la dignidad humana” de cada concreto derecho de modo que aquellos que se relacionan directamente o derivan directamente de la garantía de la dignidad persona y, en tal sentido, son consustanciales o imprescindibles para ésta, constituyen un límite absoluto a la libertad del legislador, que no puede modular su contenido y, menos, negar su ejercicio a los extranjeros con independencia de su situación. Tales derechos se reconocen por la Constitución a cualquier persona por el hecho de serlo, con independencia de cuál sea la situación jurídica de esa persona (nacional, extranjero comunitario, extranjero de un tercer país en situación regular o en situación irregular). Para determinar esa conexión más estrecha, hay que acudir a dos vías interpretativas: a la naturaleza del derecho y al contenido del derecho, al bien jurídico protegido por el derecho, interpretado como el art. 10.2 de la Constitución manda, que determina una relación más o menos estrecha con ese valor de dignidad.

Reconoce la Sentencia 236/2007 como tales derechos los que la jurisprudencia constitucional ha venido situando en aquel primer grupo de derechos en una lista que, sin embargo, no es “cerrada” ni “exhaustiva”, reiterando la pertenencia a dicha lista del derecho a la tutela judicial efectiva, que constituye uno de los derechos fundamentales que pertenecen a la persona como tal y no como ciudadano por ser imprescindible para la garantía de la dignidad humana (derecho de todas las personas según el art. 24.1 de la Constitución, coincidente con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España), al que sirve el derecho a la asistencia jurídica gratuita (FJ 12 y FJ 13). De acuerdo con ello erige a la dignidad de la persona en el “primer límite” a la libertad del legislador para regular los derechos y libertades de los extranjeros en España y, por no respetarla y contradecir el art. 24.1 de la Constitución, declara la inconstitucionalidad de

la reserva legal a los “extranjeros residentes” del derecho a la asistencia jurídica gratuita “en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan” (declarando la nulidad del inciso “residentes” del apartado 2 del art. 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en la redacción dada por el art. 1, punto 16, de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre).

Añade la Sentencia 236/2007 que este primer grupo de derechos se complementará con aquéllos que presenten ese grado de conexión directo o imprescindible para la dignidad determinado, como ya dije, “a partir de su contenido y naturaleza” (esto es, a partir de los intereses que protege y del tipo abstracto de derecho de que se trate), interpretado conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales a que remite el art. 10.2 de la Constitución (FJ 3).

Ese grado de conexión directo e imprescindible con la garantía de la dignidad humana, así como con el pleno y libre desarrollo de la personalidad, presenta el derecho de los menores de edad a la educación obligatoria y postobligatoria, que el art. 27.1 de la Constitución reconoce a “todos”, reconocimiento universal que igualmente resulta de las normas internacionales ratificadas por España y que no se limita a la enseñanza básica, sino que alcanza también a los niveles superiores aunque en ellos no se imponga la obligatoriedad y gratuidad (así resulta del art. 26 de la Declaración universal de derechos humanos, del art. 13 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, y del art. 2 del protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos). El legislador no puede condicionar, atendiendo a la titularidad y contenido constitucionalmente garantizados del derecho a la educación, su ejercicio *–rectius:* el ejercicio de ese contenido constitucionalmente garantizado del derecho fundamental- por razón de la nacionalidad del menor o por la situación administrativa regular o irregular en España del menor extranjero. La Sentencia 236/2007 declara la inconstitucionalidad y nulidad de la expresión “residentes” del art. 9.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en la redacción dada por el art. 1, punto 7, de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, pues el derecho de los

menores de edad a la educación no obligatoria se reconoce “constitucionalmente por igual a todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa” (FJ 8 y 17).

El segundo límite para el legislador resulta de aquellos derechos que, como dijo la Sentencia 115/1987 para los derechos de reunión y asociación, “la Constitución reconoce directamente a los extranjeros” (FJ 2). Este límite impide al legislador negar tales derechos a los extranjeros, pero no impide que el legislador pueda establecer “condicionamientos adicionales” a su ejercicio por parte de los extranjeros, estableciendo diferencias de tratamientos con los españoles o entre los extranjeros en función de su situación de estancia o residencia legal en España, pero, en todo caso, con respeto a los mandatos constitucionales a propósito del contenido de tales derechos y de su vinculación con la dignidad humana (primer límite), en su interpretación por las normas internacionales y la jurisprudencia de los Tribunales de su ámbito. Porque una cosa es “autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales” (volviendo una vez mas a la doctrina de la Sentencia 115/1987, sobre los derechos fundamentales de reunión y asociación).

Así es, de nuevo acerca de los derechos de reunión y asociación a los que se añade en la Sentencia 236/2007 el derecho fundamental de libertad sindical del art. 28.1 de la Constitución, respecto de los que, pudiendo el legislador establecer como condición de su ejercicio por los extranjeros el requisito de haber obtenido la correspondiente autorización de estancia o residencia en España, no puede, en cambio, impedir “radicalmente” su ejercicio a los extranjeros que se encuentren en España en situación irregular. La definición constitucional de estos derechos y su conexión con la dignidad humana, según la jurisprudencia constitucional y los textos internacionales ratificados por España, exigen del legislador “el reconocimiento de un contenido mínimo” de tales derechos que la Constitución reserva a las personas en cuanto tales, cualquiera que sea la situación en que se encuentren (“se reconoce el derecho de reunión...”: art. 21; “Se reconoce el derecho de asociación”: art. 22.1; “Todos tienen derecho a sindicarse libremente”: art. 28.1). La Sentencia 236/2007 declara la inconstitucionalidad *sin nulidad* de los arts. 7.1, 8 y 11.1 (únicamente sobre el derecho a sindicarse libremente) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y

libertades de los extranjeros en España y su integración social, en la redacción dada por el art. 1, puntos 5, 6 y 9 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. La razón de la inconstitucionalidad es en los tres casos que el legislador orgánico no modula el ejercicio de tales derechos, estableciendo condiciones específicas para los extranjeros en situación ilegal o irregular, sino que “*niega*” tales derechos a los extranjeros que no dispongan de una autorización de estancia o residencia en España (FJ 6), produce su “*exclusión total*” de dichos derechos y de su ejercicio (FJ 9), esto es, la ablación de la titularidad de los citados derechos, porque sin la autorización administrativa de estancia o residencia no se pueden ejercer por los extranjeros en su contenido constitucionalmente declarado, interpretado conforme a las normas internacionales ratificadas por España; además de producir limitaciones indebidas, en el caso del derecho fundamental de libertad sindical, en el derechos de los sindicatos de defender y promover los derechos de estos trabajadores extranjeros (FJ 9).

No quiere decir ello que estos derechos sean absolutos y que el legislador no pueda establecer límites a su ejercicio por parte de los extranjeros en situación irregular. A la libertad de configuración del legislador democrático corresponde establecer esas condiciones de ejercicio de los derechos de reunión, asociación y sindicación por parte de los extranjeros sin la correspondiente autorización de estancia o residencia en España. Por ello a su declaración de inconstitucionalidad de los mencionados preceptos legales no apareja la Sentencia 236/2007 el efecto de la nulidad, pues su expulsión del ordenamiento jurídico conduciría a la denegación de tales derechos a todos los extranjeros en España; también a los provistos de la preceptiva autorización de su estancia o residencia. Por otra parte, la declaración de nulidad de la parte de los citados preceptos legales que condicionan el ejercicio de tales derechos a la obtención de la autorización de estancia o residencia en España significaría equiparar plenamente a los extranjeros en situación irregular con los extranjeros en situación regular, contra lo que el legislador ha querido y ocupando el Tribunal Constitucional de este modo la posición activa o positiva que sólo al legislador corresponde.

El legislador debe "en un plazo razonable" colmar las insuficiencias normativas de los preceptos legales declarados inconstitucionales por la Sentencia 236/2007 (FJ 17), estableciendo las condiciones de ejercicio de los derechos de reunión, asociación y sindicación por los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de

estancia o residencia en España, sin perjuicio, claro es, de la jurisdicción del Tribunal Constitucional para enjuiciar la constitucionalidad de esa futura regulación legal.

Mayor libertad tiene el legislador lógicamente para regular los derechos que la Constitución no atribuye directamente a los extranjeros en España, sin impedir tampoco su disfrute por éstos (no, obviamente, cuando la Constitución no lo permite, estableciendo una reserva exclusiva para los nacionales no disponible por el tratado internacional y el legislador: Declaración del Tribunal Constitucional 1/1992, de 1 de julio, FJ 3.b)).

Son estos derechos de atribución y configuración legal, y no solo, como los anteriores, derechos de configuración legal. En tales casos el legislador puede modular las condiciones de ejercicio de tales derechos en función de la nacionalidad o de la situación administrativa de los extranjeros, lo que puede arrojar un tratamiento diferenciado, estableciendo restricciones o limitaciones para los extranjeros frente a los nacionales o para aquéllos según la diversidad de su estatuto jurídico. Sin embargo, esa libertad no es absoluta, pues los límites constitucionales antes expuestos se aplican también a esta acción del legislador (la dignidad personal y el respeto al contenido del derecho de que se trate declarado por la Constitución y los tratados internacionales suscritos por España), debiendo además dirigirse las condiciones de ejercicio establecidas por el legislador a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardar la debida relación de proporcionalidad con la finalidad perseguida.

Estos derechos atribuidos a los extranjeros en los términos fijados por los tratados y las leyes son, entre otros, los que la primera jurisprudencia constitucional había situado en el segundo grupo de la tradicional clasificación tripartita. A ellos han de añadirse los derechos de libre residencia y libre desplazamiento o circulación en España de extranjeros, que el art. 19 de la Constitución reconoce exclusivamente a los españoles, los cuales pueden ser extendidos a los extranjeros según la doctrina de las Sentencias 169/2001 (con cita de las Sentencias 94/1993 y 116/1993) y 72/2005. Bien es verdad que aunque en estas decisiones el Tribunal todavía no se plantea frontalmente el problema de si cabe o no que el legislador utilice como criterio legítimo de diferenciación de los derechos de los extranjeros el relativo a la regularidad o

irregularidad de su estancia en España, de la doctrina constitucional contenida en las citadas sentencias se deduce que la extensión legal de tales derechos se limita "por naturaleza" a los extranjeros residentes (además de, obviamente, a los comunitarios). Esta doctrina es ya inequívoca en la Sentencia 236/2007, que, con apoyo interpretativo en Directivas comunitarias, considera lícito que la ley española de extranjería "subordine el derecho a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones", como son las autorizaciones de estancia y residencia y la exigencia de no incurrir en las causas legalmente previstas para su expulsión (como la comisión de delitos de cierta gravedad) (FJ 14). De manera que nuestra legislación de extranjería, que así lo ha hecho como consecuencia también de normas comunitarias europeas que se dirigen a equiparar el estatuto jurídico de los extranjeros con residencia legal de larga duración en los países de la Unión Europea con los derechos de los nacionales comunitarios y en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concede a los poderes públicos españoles amplias potestades de control de la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en el territorio español, lo que cabe legítimamente dentro del artículo 19 de la Constitución. Cabe, por tanto, perfectamente dentro de la Constitución una política de inmigración dirigida al control de los flujos migratorios con el fin de procurar la integración social de los inmigrantes y la convivencia armónica en el territorio español.

Aún es mayor la libertad del legislador para regular como derechos de los extranjeros, condicionando su disfrute a la obtención de la autorización de estancia o residencia en España, derechos que la Constitución no configura como tales. Es el caso del derecho legal a afiliarse a organizaciones profesionales, pues la Constitución se limita a remitir a la ley la regulación de "las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios", exigiendo que su estructura interna y funcionamiento sean democráticos (art. 52; Sentencia 236/2007, FJ 9); y del derecho legal a la reagrupación familiar, que no forma parte del contenido del derecho a la intimidad personal y familiar que consagra el art. 18 de la Constitución sin reconocer, como en cambio hace el art. 8.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, un derecho a la vida familiar, "y menos aún un derecho fundamental a la reagrupación familiar, pues ninguno de estos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el art. 18.1 CE" (Sentencia 236/2007, FJ 11).

IV. Conclusiones

La Sentencia 236/2007 es, pues, una decisión importante que se integra con continuidad en la jurisprudencia constitucional, permitiendo al Tribunal Constitucional efectuar una interpretación evolucionada, a la altura de 2007, del art. 13 de nuestro texto constitucional; interpretación evolucionada que reconoce la relevancia constitucional de la diferencia significada por la situación administrativa de estancia y residencia regular o irregular de los extranjeros en España. Tal criterio de diferenciación es razonable y proporcionado para la consecución de determinadas finalidades, lo que, convendría reiterarlo, es tanto como reconocer la legitimidad constitucional de una política de inmigración, encauzada a través de una ley de extranjería, que se oriente, de un lado, a la virtual equiparación con los nacionales de los derechos de los extranjeros con estancia o residencia legal en España y, de otro, a la contención y lucha frente a la inmigración ilegal, política que por, lo demás, es la armonizada por la Unión Europea y como tal coincidente con las de otros países europeos (sin perjuicio de las diferencias de grado o intensidad tanto en la equiparación de los inmigrantes legales con los nacionales como en la lucha frente a la inmigración ilegal). Pero sin desconocer a los extranjeros que se encuentran en España desprovistos de las preceptivas autorizaciones de estancia y residencia (situación a la que se avoca por distintas causas, dando lugar esas causas y el incumplimiento de los requisitos legales de entrada, estancia y residencia en España a diversas situaciones: denegación de entrada, expulsión, devolución, retorno e internamiento) los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución les garantiza por ser derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana en cualquier estatuto jurídico que la persona se halle y por estar reconocidos por la propia Constitución directamente a todas las personas, por tanto también a los inmigrantes ilegales, en el contenido mínimo de tales derechos declarado constitucionalmente e interpretado por el Tribunal Constitucional conforme a las normas internacionales ratificadas por España.

Esta Sentencia ha sido cabecera de otras que han resuelto impugnaciones frente a la Ley Orgánica 8/2000 de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 como han sido las STC 259 hasta la 265/2007.

En 2008 cabría mencionar dos Sentencias, STC 93 y 94/2008 de 21 de julio ambas sobre una supuesta vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en un procedimiento abreviado contencioso-administrativo en materia de extranjería.

Concluyo llamando la atención sobre el interesante momento en que se encuentra la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los derechos constitucionales de los extranjeros. Su doctrina, inacabada, sigue la línea que marca la buena vida de las Constituciones: la evolución en la continuidad.

La evolución de la sociedad significa también la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, siempre con absoluto respeto a la Constitución, evidentemente, y a los procesos de reforma constitucional, en ella regulados, que no competen al Tribunal Constitucional. Pero, sin producir la reforma de la Constitución, la interpretación constitucional que lleva a cabo el Tribunal Constitucional evoluciona a medida que evoluciona la sociedad y sus necesidades a las que atienden las sucesivas y diferentes regulaciones legales, que el Tribunal Constitucional enjuicia sin cerrar el paso a las diversas opciones o variantes políticas que caben dentro de la Constitución, entendida como "marco de coincidencias" (Sentencia 11/1981, de 8 de abril, fundamento jurídico 7). Sabido es que el Tribunal Constitucional es juez de la constitucionalidad, es el supremo intérprete de la Constitución y de la constitucionalidad de la ley; ni es legislador positivo, ni le corresponde reformar los preceptos constitucionales. Su interpretación de la Constitución fija el contenido y sentido de los preceptos constitucionales, resolviendo los problemas constitucionales -el relativo al estatuto constitucional de los extranjeros y, en concreto, de los inmigrantes irregulares, ha ocupado también a la Corte Constitucional italiana, al Tribunal Constitucional Federal alemán, y al Consejo Constitucional francés- que en cada momento llaman a la puerta de la justicia y de su nivel más alto, la jurisdicción constitucional.