

ESPAÑOLES/EXTRANJEROS

JULIO V. GAVIDIA SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Cádiz

SUMARIO

I. LA DISTINCIÓN ESPAÑOL/EXTRANJERO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978: 1.1 *El artículo 13 CE*. 1.2 *La cláusula de igualdad sin discriminación del artículo 14 CE y las contenidas en tratados*. 1.3 *Los derechos y libertades singulares*. 1.4 *Las garantías de los artículos 53-55 CE*.—II. LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN LA LEY REGULADORA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL. 2.1 *Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas*. 2.2 *Derechos civiles y políticos*: 2.2.1 Derecho a la intimidad familiar. 2.2.2 Libertad de circulación. 2.2.3 Derechos de reunión y manifestación. 2.2.4 Derecho de asociación. 2.2.5 Participación pública. 2.2.6 Libertades económicas. 2.3 *Derechos laborales y sociales*: 2.3.1 Derecho al trabajo. 2.3.2 Derecho de huelga. 2.3.3 Derecho a la educación. 2.3.4 Protección social. 2.3.5 Reagrupación familiar. 2.3.6 Fiscalidad. 2.4 *Garantías jurídicas, en especial, el beneficio de justicia gratuita*. 2.5 *Medidas antidiscriminatorias*.—III. CONCLUSIONES.

I. La distinción español/extranjero en la Constitución de 1978¹

1.1 EL ARTÍCULO 13 CE

La Constitución española de 1978 rubrica el capítulo primero de su título primero con la frase «De los españoles y los extranjeros». En lo que más directamente concierne al tema objeto de este estudio es el artículo 13.1 CE el que contiene una regla general, acaso, la más general sobre qué derechos corresponden a los extranjeros: «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley». Si bien está claro que en este precepto se autoriza expresamente el tratamiento desigual de españoles y extranjeros, sin una exigencia constitucional de igualdad en su ámbito de aplicación,

¹ BORRAJO INIESTA, I., «El status constitucional de los extranjeros», en *Estudios sobre la Constitución Española en homenaje al Profesor García de Enterría*, t. II, Madrid 1991, pp. 703-707, esp. 706 y 707, da cuenta de la evolución histórica desde la época liberal.

no son pocas las dudas que suscita la interpretación de esta disposición, tanto en sí misma, como en relación con otros preceptos constitucionales.

Así, para empezar, los extranjeros a los que se refiere pueden ser no sólo los que se encuentren en España, sino también los que no estén, cuando se trate de derechos que no presupongan la presencia física de su titular, como puede suceder, por ejemplo, con el derecho de propiedad (art. 33 CE) o la libertad de empresa (art. 38 CE) y, en consecuencia, con el derecho que permite hacerlos efectivos, esto es, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Pero, ¿y el derecho a entrar en España (art. 19.2 CE)²?

En segundo lugar, la referencia a «las libertades públicas», como el objeto de reconocimiento constitucional para los extranjeros, plantea dudas: si se refiere a todas las libertades públicas por igual y si no se refiere a los derechos fundamentales, ni a los que la propia Constitución reconoce pero no califica como fundamentales. ¿Son sólo las libertades públicas las que pueden no ser reconocidas a los extranjeros, a menos que un tratado o una ley establezca otra cosa? En tal caso, ¿qué sucede con los derechos fundamentales? ¿Los extranjeros gozan de ellos, salvo cuando la propia Constitución los reconoce sólo a los españoles? ¿Pueden los tratados o las leyes extender a los extranjeros el goce de todos estos derechos constitucionalmente sólo reconocidos a los españoles? ¿Y los derechos que la Constitución no reconoce a todos ni sólo a los españoles? Se ha impuesto la interpretación amplia de «libertades públicas», de modo que lo mismo vale para los derechos fundamentales (STC 107/1987 y otras).

Ahora bien, si la regla contenida en el artículo 13.1 CE comprende todos los derechos y libertades garantizados en el título primero de la Constitución, esto implica que están no sólo incluidos los contemplados en el capítulo II en sus dos secciones, sino también los que lo estén en el capítulo III, entre los principios rectores de política social y económica, así como los que no estén reconocidos como tales en estas sedes, sino que deriven de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE, incluido en dicho título), así como sus garantías (arts. 53 y 54 CE) y su eventual suspensión (art. 55 CE).

Otra conclusión se deriva de una de las anteriores. Y es que aquellos derechos que sean exigencia de la dignidad de la persona deberán ser reconocidos a todos, aunque no estén mencionados especialmente en la Constitución, con independencia de su nacionalidad, en aquella parte de su contenido o condiciones de ejercicio que resulten de esa exigencia. En lo demás, la regla contenida en el artículo 13.1 CE da a entender que dependerá de lo que establezcan los tratados y las leyes, por lo tanto, ya sin garantía constitucional de igualdad entre españoles y extranjeros. En esta situación se encuentran derechos de la personalidad tales como el derecho a la identidad sexual y al nombre.

En tercer lugar, la referencia que en el artículo 13.1 CE se hace a los tratados y a las leyes comprende tanto la decisión sobre la titularidad como sobre el contenido y las condiciones de ejercicio de los derechos o, al menos, no las excluye. Por lo tanto, esta remisión a los tratados es para que en ellos se pueda decidir de qué derechos y en qué medida gozan los extranjeros –todos o sólo algunos–, con la eficacia normativa

² La STC 72/2005 parece dar a entender que no corresponde a los extranjeros como derivado de la Constitución, si bien no se excluye que pueda derivar de la ley.

que la propia Constitución reconoce a los tratados (art. 96), con independencia o además de su valor como canon interpretativo de la propia Constitución, para determinar el contenido de los derechos fundamentales en ella reconocidos (art. 10.2 CE).

¿También su titularidad ha de interpretarse conforme a los tratados, si de esto ya se ocupa el artículo 13.1 CE? ¿No es especial esta segunda regla respecto a la formulada en el artículo 10.2 CE? Que sea especial, por referirse a la titularidad, no es del todo exacto, ya que, por ello mismo, hemos de entender que también se refiere al contenido de tales derechos, puesto que las leyes y los tratados pueden decidir extenderlos en todo o en parte a los extranjeros. En mi opinión, no necesariamente hemos de apreciar una contradicción entre las reglas contenidas en los artículos 10.2 y 13.1 CE, que obligue a recurrir al criterio de especialidad. Creo, mejor, que se han de aplicar por el mismo orden en que aparecen formuladas. En primer lugar, si de la propia Constitución se derivan derechos para los extranjeros, bien porque los hay que son reconocidos a todos, bien porque los hay que son reconocidos de modo impersonal, es decir, no sólo a los españoles, los tratados nos proporcionan pautas de interpretación específicamente llamadas a ser seguidas al interpretar y, por lo tanto, configurar los términos del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales³. En segundo lugar, una vez perfilados los términos en los que la Constitución reconoce un derecho fundamental, tanto en su titularidad como en su contenido, los tratados o las leyes pueden extenderlos a los extranjeros, si constitucionalmente no están reconocidos a todos ni de modo impersonal, o para incrementar el contenido que puede corresponderles, o para rebajar las condiciones de su ejercicio, respecto a lo establecido en la Constitución, después de haberla interpretado conforme a los tratados⁴.

En el artículo 13.2 CE se contiene una regla aclaratoria de alguna de las dudas que suscita el artículo 13.1 CE. En aquél se establece que «[s]olamente 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, pues, por un lado, hay una prohibición constitucional, que opera como excepción a la regla general contenida en el artículo 13.1 CE, en virtud de la cual ni los tratados ni las leyes pueden extender a los extranjeros los derechos de participación en los asuntos públicos y de acceso a las funciones y cargos públicos, reconocidos a «los ciudadanos» en el artículo 23 CE. Y, por otro, se formula una excepción a esta excepción, en virtud de la cual se restablece la regla general del artículo 13.1 CE para el derecho de sufragio activo y pasivo de los extranjeros en las elecciones municipales, si bien condicionándolo a la reciprocidad de otros Estados para con los españoles.

De la regla contenida en el artículo 13.2 CE se desprende, «a contrario», que la Constitución no impide que un tratado o una ley reconozca a los extranjeros cuales-

³ Para modificar esa titularidad, ese contenido o esas condiciones de ejercicio haría falta reformar la Constitución o, al menos, los tratados con base a los cuales se ha generado esa interpretación de la Constitución.

⁴ Para modificar esas ampliaciones de derechos de los extranjeros no haría falta reformar la Constitución, sino los tratados o las leyes que las hubieran establecido.

Si la Constitución reconoce un derecho a los españoles, no me parece que sea mediante su interpretación (art. 10.2 CE), sino mediante su integración recurriendo a otra fuente (art. 13.1 CE), como se logra que también los extranjeros tengan reconocido ese derecho.

quiera otros derechos y no sólo libertades públicas, incluido el derecho de asilo (art. 13.4 CE). Ahora bien, subsisten otras muchas dudas, tales como si los extranjeros tienen o no constitucionalmente garantizados algunos derechos fundamentales, cuando su reconocimiento no venga exigido por la dignidad de la persona, y si, en caso de tenerlos, su nivel de garantía es el mismo que el previsto para los españoles.

En el artículo 13.3 CE se garantiza no sólo a los extranjeros que la extradición sólo se concederá si hay tratado o ley que la prevea y a condición de reciprocidad con el Estado que la solicite, excluyendo los delitos políticos, pero no los de terrorismo.

1.2 LA CLÁUSULA DE IGUALDAD SIN DISCRIMINACIÓN DEL ARTÍCULO 14 CE Y LAS CONTENIDAS EN TRATADOS

El precepto inmediatamente siguiente al general sobre derechos de los extranjeros resulta ser, precisamente, la cláusula de igualdad ante la ley y de prohibición de discriminaciones, referida exclusivamente a los españoles: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Esto puede ser cualquier cosa menos una casualidad o una inadvertencia del constituyente.

En coherencia con lo establecido en el artículo 13.1 CE, no hay un mandato constitucional de igualdad de trato de los extranjeros en comparación con los españoles. Pero es que tampoco lo hay siquiera en comparación con otros extranjeros. Por lo menos, no en el artículo 14 CE. Y es que este precepto está comprendido en el ámbito del artículo 13.1 CE, al enunciar un derecho susceptible de ser extendido a los extranjeros, mientras que este artículo 13.1 CE difícilmente puede ser interpretado conforme a una cláusula de igualdad referida exclusivamente a los españoles, como es la contenida en el artículo 14 CE.

En cambio, entiendo que del mismo artículo 14 CE sí se desprende para los españoles el derecho a no ser discriminados respecto a los extranjeros, siendo la nacionalidad una de las circunstancias personales subsumibles en la cláusula antidiscriminatoria, como una condición personal. De esto resultaría que cualquier diferencia de trato favorable a extranjeros –a todos o sólo a algunos– respecto a los españoles habría de superar el test de proporcionalidad⁵, para que fuera admisible, no bastando con que el fin fuera constitucionalmente legítimo, ni con que la distinción estuviera racionalmente indicada para conseguirlo⁶. Ahora bien, considero que en estas condiciones es posible dispensar un trato de favor a los extranjeros, como un supuesto de discriminación positiva, amparado en el mandato a los poderes públicos, contenido en el artículo 9.2 CE, para que promuevan «las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo» –no sólo del ciudadano– «y de los grupos en los que se inte-

⁵ REY MARTÍNEZ, F., «El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo», en *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución Española*, dirigido por VIVAS LARRUY, A., Madrid, p. 44; considera que el juicio de proporcionalidad tiene que ver con las concretas prohibiciones de discriminación y es más estricto que el de razonabilidad, que tendría que ver con el derecho a la igualdad en general.

⁶ En el caso de la STC 220/1988 se alegaba tal discriminación, pero el Tribunal entendió que no la había, no que no fuera aplicable la cláusula general de igualdad sin discriminación de los españoles.

gra sean reales y efectivas» y remuevan «los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud».

La consideración anterior obliga a plantearse si la posibilidad de que un grupo sea beneficiario de políticas activas, como las que tienen su base en el citado mandato contenido en el artículo 9.2 CE, no presupone que le sea aplicable la igualdad ante la ley o, por lo menos, la cláusula antidiscriminatoria, contenidas en el artículo 14 CE. En mi opinión, no necesariamente. En hipótesis, los extranjeros pueden no tener el mismo derecho a la igualdad que los españoles y, sin embargo, poder o deber ser, como grupo social y económica o culturalmente desfavorecido –los que lo estén–, destinatarios de ayudas específicas o de un tratamiento legal especialmente favorable, compensatorio de esas situaciones de partida desfavorables. Esto en modo alguno significa que la Constitución se limite a mandar a los poderes públicos que remedien situaciones de desventaja que ella misma estaría admitiendo, al no reconocerles directamente el derecho a la igualdad sin discriminación. Y es que, por un lado, con independencia de la interpretación que haya de hacerse sobre la protección que el artículo 14 CE dispense a los extranjeros, hay toda una serie de derechos constitucionalmente reconocidos a todos, por lo tanto, también a los extranjeros, o de modo impersonal, esto es, no sólo a los españoles, de lo cual me ocupé después en varias ocasiones. Por otro, la protección que confiere la igualdad sin discriminación admite grados, no necesariamente aplicables todos a todos⁷.

Entonces, si el derecho a la igualdad sin discriminación explícitamente sólo está constitucionalmente reconocido a los españoles, los tratados y las leyes pueden extenderlo a los extranjeros, como permite el artículo 13.1 CE y no impide el mismo artículo 13.2 CE. En ausencia de tratado o de ley que lo haya extendido, un extranjero no puede hacer valer el artículo 14 CE para reaccionar contra una diferencia de trato, ni cabe impugnar la norma o el acto que la produzca, cualquiera que sea el criterio de distinción que se haya utilizado, salvo que sea contraria a la dignidad de la persona, pero entonces se estará haciendo valer el artículo 10.1 CE, no el 14 CE⁸. Del mismo modo, los derechos que la Constitución reconoce a todos también corresponden a los extranjeros, ¿pero en las mismas condiciones de ejercicio que las aplicables a los españoles? ¿Y los derechos que la Constitución no reconoce a todos, pero tampoco sólo a los españoles?

Si esto fuera así, las diferencias de trato entre españoles y extranjeros o entre éstos no habrían de superar el test de proporcionalidad, sino sólo el de racionalidad y sólo al objeto de excluir su arbitrariedad, dada su prohibición, contenida en el artículo 9.3 CE. Bastaría, por lo tanto, con que la diferencia de trato estuviera racionalmente indicada para conseguir el fin propuesto, que habría de ser constitucionalmente legítimo. Eso sí, siempre que esto no suponga trato indigno para los no favorecidos o

⁷ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F.; «De la igualdad como legalidad a la igualdad como dignidad. Reflexiones, en clave constitucional, sobre una sociedad decente», en *Extranjería e inmigración (Actas de las IX Jornadas de la Asociación Nacional de Letrados del Tribunal Constitucional)*, pp. 102-104, al hacer de la cláusula antidiscriminatoria del artículo 14 CE un mandato de prioridad, parece que sí presupone el disfrute de la igualdad en todos sus grados por los que tengan reconocida esa prioridad.

MARÍN GÁMEZ, J. A. («Una visión de los derechos y garantías constitucionales de los extranjeros en España», *Revista de Derecho político*, núm. 61, p. 55) considera que de los artículos 13 y 14 CE, puestos en relación con el artículo 10 CE, resulta que la igualdad «queda atribuida sin paliativos a los extranjeros».

⁸ STC 107/1984.

peor tratados (art. 10.1 CE). Por lo tanto, sostener que del artículo 14 CE, en sí mismo, ninguna protección se desprende para los extranjeros no significa que no tengan derecho a hacer valer la igualdad sin discriminación con base en el propio texto constitucional. Significa que sólo pueden hacerla valer en la medida en que lo exija la interdicción de la arbitrariedad y el respeto a la dignidad de la persona (arts. 9.3 y 10.1 CE). En mi opinión, esa medida no es la que se desprende del artículo 14 CE –el test de razonabilidad o proporcionalidad más o menos estricto⁹–, sino la propia del test de mera racionalidad, para cuya aplicabilidad no hace falta el artículo 14 CE, sino que basta con la interdicción de la arbitrariedad y el respeto a la dignidad de la persona, como base del orden político y de la paz social¹⁰.

Dicho en otros términos: hay una parte o un grado de la igualdad, que ya está garantizado constitucionalmente a todas las personas, por ser una exigencia del respeto a su dignidad, como es que las diferencias de trato no sean arbitrarias, que no deja de estar así garantizado para los extranjeros, por el hecho de que no estén protegidos por el artículo 14 CE, ya que con este precepto no se trata de restarles la protección que se deriva para ellos de otros preceptos, como los que prohíben la arbitrariedad y exigen el respeto a la dignidad de la persona, sino de reforzar esa protección, agregándole la necesidad de superar el test de razonabilidad o de proporcionalidad, en lo cual sí habrá que estar a lo que resulte de la previsión contenida en el artículo 13.1 CE para los extranjeros, en función de lo que decidan las leyes y los tratados.

Ahora bien, ciertamente, no son escasas las cláusulas de igualdad que se contienen en tratados suscritos por España, que, por mandato de la norma contenida en el artículo 13.1 CE, obligan a plantearse si hemos de considerar extendido a los extranjeros el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación, al menos, en rela-

⁹ El test de proporcionalidad, hoy plenamente aceptado, fue considerado uno de los «elementos objetivadores de la diferenciación», según GARCÍA MORILLO, J., «La cláusula general de igualdad», en *Derecho constitucional*, vol. I, Valencia 1994, pp. 165-169. Sin embargo, no faltó algún autor que lo excluyó, por cuanto suponía enjuiciar la oportunidad de la medida (JIMÉNEZ CAMPO, J., «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», *Revista española de Derecho constitucional*, núm. 9, pp. 109-111). ALONSO GARCÍA, E.: «El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española», *Revista de Administración pública*, núms. 100-102, pp. 59-62; entendió que tal control de oportunidad se evita no exigiendo que el legislador haya optado por la alternativa menos gravosa, sino que no haya optado por una que sea excesivamente gravosa. Otros autores parecen excluir cualquier discrecionalidad del legislador, cuando se trata de criterios sospechosos de distinción, comprendidos en la cláusula antidiscriminatoria del artículo 14 CE (así, RODRÍGUEZ PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y no discriminación*, pp. 53, 54, 62, 63, 160, 163 y 164).

Por su parte, HARASS, H. D., «Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3 I GG», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, p. 2549, considera que cuando la diferencia está en la propia Constitución el escrutinio no debe ser el estricto. En la nuestra está en el propio artículo 14.

¹⁰ Es en este sentido en el que considero que debe entenderse la doctrina contenida en la STC 137/2000 (ponente, el magistrado Mendizábal Allende), aunque no integrara la *ratio decidendi* del fallo: «[...] no se puede discriminar en relación con el disfrute de este tipo de permisos penitenciarios por causa de la nacionalidad [...] del solicitante. Pues, a pesar de la literalidad de la redacción que se contiene en el artículo 14 CE, a partir de la doctrina general que este Tribunal Constitucional ha elaborado en materia de extranjeros [...] se garantizan a todas las personas, y no sólo a los españoles, los derechos “imprescriptibles para la garantía de la dignidad humana” (STC 107/1984, F. 3) y no hay duda de que entre éstos debe inducirse el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Cfr. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., *op. cit.*, pp. 104-109.

ción a los derechos reconocidos en tales tratados¹¹. Así, podemos citar las cláusulas contenidas en los artículos 2 de la Declaración universal de derechos del hombre (DUDH) de 1948¹², del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCyP) de 1966¹³ y del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESyC) de 1966¹⁴ y 14 del Convenio europeo de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH) de 1950¹⁵. Es más, en los artículos 7 DUDH y, especialmente, 26 PIDCyP se contienen cláusulas de igualdad y prohibición de la discriminación tan generales, que son similares a la contenida en el artículo 14 CE¹⁶, de modo que el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación habría quedado extendido con carácter general, esto es, no sólo en relación a los derechos reconocidos en este Pacto, sino como prohibición general de discriminar

¹¹ Vide BORRAJO INIESTA, I., *op. cit.*, pp. 759 y 760-762.

VIDAL FUEYO, M. del C., *Constitución y extranjería*, Madrid 2002, p. 161, afirma que «la remisión que el artículo 10.2 CE hace a los textos internacionales disipa cualquier duda que pudiera mantenerse al respecto, pues las distintas declaraciones de derechos predicán una igualdad básica y universal para todos los seres humanos».

En mi opinión, es más bien lo que resulta de los artículos 13.1 y 96 CE, no tanto del artículo 14 más el 10.2 CE.

ARAGÓN REYES, M., «Encuesta en torno a la constitucionalidad de la ley de extranjería», *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 7, p. 12; considera que estos tratados, al reconocer a todas las personas ciertos derechos, no impiden diferencias de trato en el régimen jurídico del ejercicio de tales derechos, es decir, «imponen la igualdad, pero no la exacta paridad».

¹² Esta Declaración entró en vigor el 24 de octubre de 1945.

«1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición» (art. 2.1).

¹³ Este Pacto entró en vigor para España el 2 de junio de 1977.

«1. Cada uno de los Estados Parte del presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social» (art. 2.1).

¹⁴ Este Pacto entró en vigor para España el 27 de julio de 1977.

«2. Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social» (art. 2.2).

¹⁵ Este Convenio entró en vigor para España el 4 de octubre de 1979.

«El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación» (art. 14).

Por su parte, en la Carta Social Europea (CSE) de 1961, en vigor para España desde el 5 de junio de 1980, se dedica un párrafo de su preámbulo a la no discriminación en el goce de los derechos sociales, por motivos de «raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social». Tampoco incluye la nacionalidad entre los elementos de diferenciación sospechosamente discriminatorios.

¹⁶ «Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación» (art. 7 DUDH).

«Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social» (art. 26 PIDCyP).

a los extranjeros o a algunos extranjeros por el hecho de serlo, según obligaría a entender lo establecido en los artículos 13.1 y 96 CE.

Creo que a esto obliga la regla contenida en el mismo artículo 26 pr. PIDCyP –«Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley»–, aunque después no mencione la nacionalidad, sino el origen nacional¹⁷, ni cualquier condición personal, sino social, como criterios sospechosos de discriminación. Por lo tanto, la nacionalidad no es uno de los criterios sospechosos de distinciones discriminatorias, pero no por ello queda fuera del principio de igualdad ante la ley ni de la prohibición general de discriminar en la protección de la ley, aunque sí permite entender que las diferencias de trato basadas en tal criterio no tienen por qué ser sometidas al test más estricto de proporcionalidad –la alternativa menos gravosa–, bastando con que superen el de razonabilidad menos estricto –la alternativa no excesivamente gravosa.

Lo más importante ahora es destacar que ésta es o debe implicar una protección superior para los extranjeros, de la que se desprende de la mera prohibición de arbitrariedad, contenida en el artículo 9.3 CE como base del test de mera racionalidad para enjuiciar diferencias de trato. Así, pues, a los extranjeros, por la vía del artículo 13.1 CE en relación con el artículo 26 pr. PIDCyP, habría quedado extendido, cuanto menos, el derecho a la igualdad ante la ley sin discriminación, reconocido en el artículo 14 CE sólo a los españoles. Si esto debe entrañar algo más que la mera prohibición de arbitrariedad, no debería bastar con que la diferencia de trato superase el test de mera racionalidad. En tal caso, no cabrán diferencias de trato entre nacionales y extranjeros ni entre éstos, si no están justificadas, debiendo superar un test de razonabilidad o proporcionalidad¹⁸ más o menos estricto. No sería suficiente, pues, con que tales diferencias no fuesen contrarias a la dignidad de la persona, ni arbitrarias, pues no bastaría con que superasen el test de mera racionalidad, sino que tampoco podrían resultar excesivamente gravosas¹⁹.

¹⁷ La nacionalidad, como vínculo jurídico-político más fuerte entre una persona y un Estado, puede no coincidir con el origen nacional, relacionado más bien con la pertenencia a una nación, configurada por hechos diferenciales de tipo cultural, lingüístico, etc., no explicitados en cualquiera de los otros criterios de diferenciación sospechosos, de los mencionados en el mismo artículo 26 PIDCyP. Así entendido, el origen nacional puede ser diferente, incluso, entre los nacionales de un mismo Estado y ser el mismo entre nacionales de diferentes Estados. Pues bien, establecer diferencias de trato por razón del origen nacional sí es sospechoso de trato discriminatorio, por lo que tales diferencias han de superar el test de proporcionalidad más estricto –el de la alternativa menos gravosa–, al menos, cuando afecten a la titularidad, al contenido o al ejercicio de un derecho fundamental.

¹⁸ VIDAL FUEYO, M. C., (*op. cit.*, pp. 164-168 y 173-176) considera que ese test debe ser el más estricto cuando las diferencias por razón de la nacionalidad afecten a derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente no sólo a los españoles, en lo cual es consecuente con su aceptación de la premisa de que la cláusula antidiscriminatoria del artículo 14 *in fine* CE no está referida sólo a los españoles. En cambio, cuando la diferencia de trato recae sobre derechos que la Constitución no reconoce a extranjeros, entiende que la ley y los tratados son libres para extenderlos a los extranjeros con las modulaciones que crean oportunas, pudiendo diferenciar también entre extranjeros.

Yo considero improcedente esta distinción, puesto que cualquier diferencia de trato que se establezca por razón de la nacionalidad, que sea desfavorable para extranjeros, queda afectada por la norma contenida en el artículo 26 pr. PIDCyP y, en consecuencia, debe superar el test de razonabilidad o proporcionalidad correspondiente, en mi opinión, no el más estricto.

¹⁹ Es el test menos estricto de razonabilidad, que no llega a exigir que la diferencia de trato sea la menos gravosa posible, por no ser sospechoso de trato discriminatorio el criterio de distinción empleado, como sucede con la nacionalidad, salvo cuando este criterio sea utilizado para tratar peor a un nacional,

Por lo demás, tales diferencias han de superar dicho test, no sólo cuando afecten a la titularidad de un derecho o aparezcan explícitamente referidas a ella, sino también cuando afecten al ejercicio o aparezcan referidas a éste, pues está claro que por esta segunda vía se puede estar negando el derecho a ciertas personas, si no concurren en ellas o en tanto no concurren en ellas las condiciones requeridas para su ejercicio. Cuando dichas condiciones consisten en requisitos de capacidad, no hay problema, siempre que sean razonables. Ahora bien, la capacidad de obrar sólo depende de la aptitud de la persona para gobernarse por sí misma, no de cualquier otra circunstancia o condición (arg. arts. 10.1 CE y 200 CC)²⁰, ni siquiera, por tanto, de cualesquiera estados civiles, como el que resulta de la nacionalidad. En consecuencia, cualquier condición de ejercicio de un derecho implicará su negación a ciertos sujetos, salvo para los supuestos de no plena capacidad de obrar, pues cuando se trata de la incapacidad, existe un régimen de ejercicio específico, consistente en la actuación del propio sujeto con el consentimiento de quien complementa su capacidad o en la actuación de alguien en su nombre como representante legal, según la situación en la que se encuentre el incapacitado (arts. 222, 267, 286-290 CC). Pues bien, los extranjeros, por el hecho de serlo, es obvio que no tienen disminuida su capacidad de obrar, por lo que no están sujetos a un régimen de representación legal ni de complemento de capacidad, sino que tan sólo tienen o pueden tener restringida su libertad, es decir, su autonomía de la voluntad²¹.

pues éste sí está protegido por el artículo 14 CE, incluso, frente a discriminaciones por la nacionalidad, como una condición personal.

²⁰ Vide en extenso GORDILLO CAÑAS, A., *Capacidad, incapacidad y estabilidad de los contratos*, Madrid 1986.

Estamos, en definitiva, ante una exigencia de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad, por lo tanto, para todos y no sólo para los españoles, ni para ciertos extranjeros.

²¹ ARAGÓN REYES, M., (*op. cit.*, p. 31) considera que la distinción entre titularidad y ejercicio introduce confusión, puesto que sólo tiene sentido disociarlas cuando se trata de incapaces.

ASENSI SABATER («Encuesta ...», *cit.*, p. 35) niega que puedan disociarse titularidad y ejercicio de los derechos, situación ésta que se asemejaría a la distinción entre capacidad jurídica y de obrar, de modo que los inmigrantes irregulares quedarían equiparados a los incapaces, menores o dementes, esto es, no plenamente emancipados.

CANO BUESO, J., «Los derechos de los extranjeros en España: una perspectiva constitucional», *Revisita de Derecho político*, núm. 57, pp. 24, 25 y 28, considera falaz distinguir entre la titularidad y el ejercicio de derechos, al objeto de impedir este último en tanto no se tenga una autorización administrativa de estancia o de residencia, ya que entiende que la libertad de ejercicio es inherente a libertades tales como las de reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga, de modo que la privación del ejercicio equivale a la negación de su titularidad, advirtiendo que en los artículos 21, 22 y 28 CE se deja claro que no hace falta autorización previa.

CARRILLO LÓPEZ, M. («Encuesta ...», *cit.*, pp. 26, 27 y 39) advierte claramente que distinguir entre titularidad y ejercicio de derechos conduce a la negación de éstos, cuando se trata de los de reunión, manifestación, asociación, libertad sindical y huelga, siendo ésta una distinción ajena a la Constitución, de modo que tal negación no puede ser sino inconstitucional. Con todo, no excluye la constitucionalidad de diferencias de trato, que impliquen un más restrictivo para los extranjeros, siempre que sean proporcionadas a la finalidad perseguida, no siendo suficientes las razones de tipo jurídico-administrativo.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España», *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 7, pp. 66 y 73, por el contrario, acepta la validez y utilidad de esta distinción entre titularidad y ejercicio de los derechos y, es más, considera que en la STC 115/1987 implícitamente se venía a entender que la exigencia de que el extranjero esté en situación legal en España era perfectamente acorde a la Constitución y a la doctrina jurisprudencial de que no pueden exigirse derechos desde la ilegalidad.

PÉREZ CALVO («Encuesta ...», *cit.*, p. 44) dice que la DUDH y los tratados internacionales distinguen entre titularidad y ejercicio, que puede ser restringido por la ley.

En ese artículo 26 PIDCyP se encontraría, acaso, el precedente más inmediato del artículo 14 CE²², precisamente, por su generalidad, frente a las otras cláusulas de igualdad contenidas en ese y en otros tratados. Así las cosas, considero lo más plausible entender que el constituyente optó deliberadamente por constitucionalizar sólo para los españoles ese derecho a la igualdad en general ante la ley, en todos sus grados de intensidad –racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad de las diferencias de trato–, en tanto que, para los extranjeros sólo lo garantizó en la medida exigida por la interdicción de la arbitrariedad y el respeto a la dignidad de la persona –racionalidad de la diferencia de trato–, dejando que los tratados o las leyes aumentaran este nivel de protección. Ahora bien, como he mostrado y como detallaré más adelante, esto no significa que se dejara a los extranjeros en todo exclusivamente a la suerte de lo que resultara de los avatares del Derecho internacional convencional. En la propia Constitución se les reconocen derechos –los inherentes a la dignidad de la persona y todos los reconocidos de modo impersonal–, que no precisan de la mediación de tratados ni de leyes, para que puedan ejercitarlos, y las diferencias de trato, si las hubiera, no podrían ser arbitrarias [arg. arts. 1.1 (la igualdad como valor), 9.3 (interdicción de la arbitrariedad) y 10.1 (dignidad) CE], ni las restricciones impuestas a la libertad constitucionalmente reconocida podrían responder a fines constitucionalmente ilegítimos o no ser proporcionadas a su consecución [arg. arts. 1.1 (la libertad como valor), 9.3 (interdicción de la arbitrariedad) y 10.1 (libre desarrollo de la personalidad)].

En el artículo 12 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) sí se contiene una expresa prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad, si bien en el ámbito de aplicación del tratado. Con base en esta prohibición sí podemos considerar sospechosa cualquier diferencia de trato entre nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Europea por razón de su nacionalidad, yendo así más allá en la protección de estos extranjeros, no sólo de la que resulta del artículo 14 CE, sino también de las cláusulas antidiscriminatorias contenidas en otros tratados, cuando sólo se refieren al origen nacional, como sucede con la contenida en el artículo 26 PIDCyP. Es así como el test o escrutinio que reclama la prohibición contenida en el artículo 12 TCE, al que ha de someterse cualquier diferencia de trato entre nacionales de Estados miembros de la Comunidad Europea por razón de su nacionalidad, es el mismo que han de superar las diferencias de trato por motivos citados en la cláusula antidiscriminatoria contenida en el artículo 14 CE para los españoles, que sí les protege frente a la discriminación por razón de la nacionalidad como circunstancia personal, o en la del artículo 26 PIDCyP para todos, pero en el que no se menciona la nacionalidad como criterio sospechoso: no bastará con el de mera racionalidad, ni con el de razonabilidad menos estricto, sino que habrá que aplicar el de proporcionalidad más exigente. Así pues, las diferencias de trato que perjudiquen a los españoles o, en el ámbito del TCE, a los nacionales de otros Estados de la Comunidad Europea han de superar el test de proporcionalidad más estricto, mientras que las que perjudiquen a otros extranjeros han de superar el test de razonabilidad menos estricto.

Otro tanto parece desprenderse de las cláusulas de igualdad y no discriminación, contenidas en los artículos 20 y 21 de la Carta de los derechos fundamentales de la

²² Este Pacto está en vigor en nuestro país desde el 27 de junio de 1977, según el artículo 49 del protocolo de adhesión.

Unión Europea (CDFUE). Se formulan tres reglas. En primer lugar, la igualdad de todas las personas ante la ley (art. 20), protectora también de todos los extranjeros, de modo que las diferencias de trato han de superar el test de razonabilidad menos estricto, no bastando con el de racionalidad, que es el exigido por el respeto a la dignidad de la persona (art. 1 CDFUE). En segundo lugar, la prohibición de discriminar por toda una serie de motivos, entre los que se encuentra la pertenencia a una minoría nacional (art. 21.1), pero no la nacionalidad, que, por lo tanto seguiría amparada por la cláusula general de igualdad, pero seguiría sin ser una de las circunstancias sospechosamente discriminatorias, por lo que no debería ser sometida al test más estricto de proporcionalidad. Y, en tercer lugar, la prohibición, ahora sí, de discriminar por razón de la nacionalidad, pero sólo cuando se trate de establecer diferencias en el ámbito de aplicación del TCE y del Tratado de la Unión Europea (art. 21.2), es decir, no cuando perjudiquen a cualquier extranjero, sino cuando el perjudicado sea un nacional de alguno de los Estados de la Comunidad o de la Unión Europea, siendo sólo en este caso cuando esas diferencias habrán de superar el test de proporcionalidad más estricto²³.

Lo dicho hasta ahora vale para el derecho a la igualdad ante la ley. En cuanto al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley por los jueces y tribunales, al consistir, en definitiva, en el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, de la que se desprenda el criterio de decisión seguido, aunque no sea el mismo que el seguido anteriormente en casos similares, hemos de referirla al derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido constitucionalmente a todos, sin distinción alguna por razón de la nacionalidad. Ahora bien, esto no puede ser todo lo que hay que advertir sobre la igualdad en la aplicación de la ley, tanto por los órganos judiciales, como por las Administraciones públicas. Y es que ni órganos judiciales ni administrativos pueden interpretar ni aplicar las normas estableciendo diferencias de trato por razón de la nacionalidad, cuando tales normas no hacen tal distinción²⁴. Y es que no son los jueces ni las Administraciones públicas quienes pueden decidir en qué medida gozan los extranjeros de los derechos fundamentales, sino la propia Constitución, los tratados y las leyes, a los que están sometidos (arts. 13.1, 9.1, 117.1, 103.1 y 106.1 CE).

1.3 LOS DERECHOS Y LIBERTADES SINGULARES

Conforme a la doctrina formulada en la STC 107/1984 (ponente, el magistrado Rubio Llorente), tres son las categorías de derechos y libertades, cuando se trata de

²³ En la STJCE de 15 de marzo de 2005 se formula una doctrina que claramente exige, entre otras condiciones, proporcionalidad para aceptar una diferencia de trato que perjudica a un nacional de otro Estado de la Comunidad Europea: «Dicha diferencia de trato sólo podría estar justificada si se basara en consideraciones objetivas, independientes de la nacionalidad de las personas afectadas y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional [véanse las sentencias, antes citadas, *Bickel y Franz* (TJCE 1998, 290), apartado 27, *D'Hoop* (TJCE 2002, 221), apartado 36, y *García Avello* (TJCE 2003, 314), apartado 31]». Lo que sucede es que, en el caso de autos, la diferencia de trato no superaba siquiera el test de mera racionalidad.

²⁴ Advertía con razón BORRAJO INIESTA, I., (*op. cit.*, p. 760) que «[e]l derecho de los extranjeros a la igualdad implica, de manera inmediata, el pleno derecho a la igual aplicación de la ley. Ninguna autoridad, judicial o administrativa, puede aplicar las leyes de manera discriminatoria en perjuicio de los extranjeros, cuando la Ley no contempla el dato de la nacionalidad».

saber si están reconocidas a extranjeros: los inherentes a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), que han de ser reconocidos a todos; los que la Constitución niega a los extranjeros (arts. 13.2 y 23 CE); y los demás, que pueden ser reconocidos a los extranjeros, si así lo deciden los tratados o las leyes (art. 13.1 CE). Ahora bien, no se hace una relación completa de los que se consideran inherentes a la dignidad de la persona, sino que tan sólo se enuncian algunos: el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica y otros que en esa sentencia no se mencionaron. En otras ocasiones se ha dejado sentado que el derecho a la tutela judicial efectiva también es uno de éstos (STC 99/1985 y otras). En la STC 115/1987 se entendió que los derechos de reunión y asociación son también reconocidos a nacionales y extranjeros, aunque no porque sean inherentes a la dignidad de la persona. En las SSTC 82 y 86/1996, 174/1999 y otras se ha reconocido que también los extranjeros tienen garantizado el derecho a la libertad (art. 17 CE), al menos, en la STC 147/2000, como inherente a la persona.

Sin desechar, en modo alguno, el criterio de la dignidad para precisar qué derechos y libertades han de entenderse constitucionalmente garantizados a todos, debemos atender también a los términos en los que son reconocidos los derechos y libertades y las garantías de que aparecen dotados, entre otras razones, porque, como puede apreciarse, no son sólo los exigidos por la dignidad de la persona aquellos de los que también gozan los extranjeros, sin necesidad de que un tratado o una ley lo establezca.

Así, por un lado, los reconocidos en las secciones primera y segunda del capítulo II y en el capítulo III del título primero creo que pueden ser analizados, atendiendo a lo que se establece en el artículo 53 CE, distinguiendo entre los que tienen eficacia directa y garantía de su contenido esencial (art. 53.1 CE) –los del capítulo II– y los que sólo la tienen programática –los del capítulo III–, puesto que el tratamiento de los primeros podría ser esclarecedor del que merezcan los segundos, atendiendo, de momento, sólo a la propia Constitución.

Por otro lado, básicamente son tres las fórmulas empleadas por la Constitución al reconocer los derechos y libertades dotados de eficacia directa²⁵:

– Los reconocidos a todos o las libertades y garantías de las que nadie puede ser privado: la vida y la integridad física y moral (art. 15)²⁶; la libertad ideológica, religiosa y de cultos (art. 16.1)²⁷; no declarar sobre la propia ideología, religión o creencias (art. 16.2); la libertad y la seguridad (art. 17.1)²⁸; la tutela judicial efectiva, el juez natural, la defensa, la presunción de inocencia (art. 24)²⁹; la tipicidad y legalidad de las penas y sanciones administrativas (art. 25.1)³⁰; la educación (art. 27.1)³¹; la

²⁵ Otras clasificaciones, más o menos coincidentes, en VIDAL FUEYO, M. C., *op. cit.*, pp. 98-102; RUBIO MARÍN, R., «La inclusión del inmigrante: un reto para las democracias occidentales», en *Extranjería e inmigración (Actas de las IX Jornadas de la Asociación Nacional de Letrados del Tribunal Constitucional)*, notas 5-10; ASENSI SABATER, *op. cit.*, p. 21; MARÍN GÁMEZ, J. A., *op. cit.*, pp. 56-61.

²⁶ Artículos 3-5 y 9 DUDH, 6-8 PIDCyP, 2-4 CEDH y 2-5 CDFUE.

²⁷ Artículos 18 DUDH y PIDCyP, 9 CEDH y 10 CDFUE.

²⁸ Artículos 3 y 9 DUDH, 9 PIDCyP, 5 CEDH y 6 CDFUE.

²⁹ Artículos 8, 10 y 11 DUDH, 14 PIDCyP, 3, 6 CEDH y 47 y 48 CDFUE.

³⁰ Artículo 15 PIDCyP, 7 CEDH y 49 y 50 CDFUE.

³¹ Artículos 26 DUDH, 13 PIDEŠyC y 14 CDFUE.

contribución al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1); la garantía expropiatoria (art. 33.3)³².

– Los reconocidos a los españoles o a los ciudadanos³³: la igualdad ante la ley sin discriminación (art. 14)³⁴; la limitación de la informática en garantía del honor y la intimidad personal y familiar (art. 18.4)³⁵; la entrada y salida de España, la libertad de circulación y residencia (art. 19)³⁶; la participación política y el acceso a cargos y funciones públicas (art. 23)³⁷; la petición (art. 29.1)³⁸; la defensa de España (art. 30); el trabajo y la elección de profesión y oficio (art. 35)³⁹; el procedimiento preferente y sumario y, en su caso, el recurso de amparo por la violación de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14-30 (art. 53.2).

– Los reconocidos de forma genérica, esto es, ni explícitamente a todos, ni sólo a los españoles: el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones (art. 18)⁴⁰; las libertades de expresión y de información (art. 20.1)⁴¹; la reunión (art. 21) y la asociación (art. 22)⁴²; la elección por los padres del tipo de educación para sus hijos (art. 27.3)⁴³; la creación de centros docentes (art. 27.6)⁴⁴; la libertad sindical

³² Artículo 17 DUDH y 17 CDFUE.

³³ ¿Qué sucedería con estos y otros derechos, si se llegase a configurar un estatuto propio del ciudadano, diferente y de menor contenido, que el propio del nacional?

Sobre la distinción entre nacionalidad y ciudadanía, entre otros, vide PRESNO LINERA, M. A., «La participación política como forma de integración», en *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, coord. PRESNO LINERA, M. A., Valencia 2004, p. 19 y ss.; y ALÁEZ CORRAL, B., «Nacionalidad y ciudadanía desde la perspectiva de la soberanía democrática», en *Extranjería e inmigración ...*, cit., p. 43 y ss.

³⁴ Artículos 7 DUDH, 26 PIDCyP y 20 y 21 CDFUE.

³⁵ No tiene demasiado sentido que la llamada «libertad informática» sea reconocida a menos sujetos que la intimidad personal en general (art. 18.1 CE). Es más, en la declaración de 13 de diciembre de 1985 la Asamblea General de la ONU incluyó, sin matices, la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la intimidad en la relación de derechos que los individuos deben gozar en el Estado del que no sean nacionales. Tampoco hay tal restricción en el artículo 8 CDFUE.

³⁶ Artículos 13 DUDH, 12, 13 PIDCyP y 36 CDFUE.

³⁷ Artículos 21 DUDH, 25 PIDCyP y 39 y 40 CDFUE.

³⁸ Artículo 44 CDFUE.

³⁹ Artículos 23 DUDH, 6 y ss. PIDESyC y 1 y ss. CSE.

⁴⁰ Artículos 12 DUDH, 17 PIDCyP, 8 CEDH y 7 CDFUE.

⁴¹ Artículos 19 DUDH, 19 PIDCyP, 10 CEDH y 11 y 13 CDFUE.

⁴² Artículos 20 DUDH, 21 y 22 PIDCyP, 11 CEDH y 12 CDFUE.

Cfr. VIDAL FUEYO, M. C., («La nueva ley de extranjería a la luz del texto constitucional», *Revista española de Derecho constitucional*, núm. 62, p. 201), quien afirma que los derechos de reunión y de asociación son reconocidos a todos.

⁴³ Artículos 26 DUDH, 18 PIDCyP, 13 PIDESyC y 14 CDFUE.

⁴⁴ Esta libertad está reconocida a «las personas físicas y jurídicas», por lo que, a primera vista, no sé si esto es más, menos o lo mismo que cuando se reconoce a «todos».

En cualquier caso, se trata de una manifestación especialmente protegida de la libertad de empresa (art. 38 CE), por dos vías. La primera consiste en que su violación sí permite recurrir en amparo (art. 53.2 CE). La segunda resultaría de que no puede dejar de estar reconocida a personas físicas o jurídicas, es decir, no puede circunscribirse sólo a las unas o a las otras, lo cual sólo significa que para emprender este tipo de actividad han de bastar los requisitos generales, pudiendo establecer sólo aquellos específicos cuya exigencia esté justificada por la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, exigibles por igual a todas las personas físicas o a todas las jurídicas. Ahora bien, ¿acaso esto segundo no debería valer igualmente para la libertad de empresa en general? ¿Acaso estaría permitido negar a una confesión religiosa reconocida el desarrollo de cualquier otra actividad empresarial, precisamente, por el hecho de ser religiosa? Quiero pensar que no –otra cosa es que en la realización de tales

(art. 28.1⁴⁵)⁴⁶; la huelga (art. 28.2)⁴⁷; el matrimonio (art. 32)⁴⁸; la propiedad privada y la herencia (art. 33.1)⁴⁹; la fundación (art. 34); la negociación colectiva (art. 37.1)⁵⁰; los conflictos colectivos (art. 37.2)⁵¹; la libertad de empresa (art. 38)⁵².

Pues bien, los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente a todos no podrían dejar de ser reconocidos a los extranjeros, en virtud de un tratado ni de una ley. Son los reconocidos sólo a los españoles los que, salvo los del artículo 23 CE, pueden ser extendidos a los extranjeros, mediante un tratado o una ley (art. 13.1 y 2 CE)⁵³. Y son los del tercer grupo los que podrían plantear más dudas. Ahora bien, hay algunos datos a tener en cuenta: los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, antes referidos, considerando que algunos de éstos son también derechos inherentes a la dignidad de la persona (la intimidad) o que corresponden también a los extranjeros (la reunión y la asociación); la analogía, pues no se aprecian razones que impidan que lo mismo valga para los demás derechos de este mismo grupo, ya que, aunque no todos ellos hayan de ser reconocidos a todos, cuando no sean inherentes a la persona –algunos requieren algo más, como es una cierta capacidad de obrar, en cuyo caso podrán establecerse condiciones específicas de ejercicio por el mismo titular, u otra condición–, es lo cierto que, aun así, se reconocen constitucionalmente, en principio, también a los extranjeros.

actividades queden en todo sometidas a la legislación general, puesto que tampoco tienen derecho a un tratamiento especial en ningún caso–, ya que se la estaría penalizando y se estaría violando la libertad de empresa (arts. 14 y 38 CE), aunque no fuese española, pues esta libertad no está constitucionalmente reconocida sólo a los españoles. Dicho de otro modo: aunque fuera constitucionalmente posible reservar el desarrollo de una determinada actividad económica a personas físicas o jurídicas, la creación de centros docentes siempre ha de ser posible tanto para unas como para otras, aunque, evidentemente, no necesariamente para todas.

Con base en lo anterior, considero que la expresión «las personas físicas y jurídicas» del artículo 27.6 CE no equivale a «todos», ya que no se trata de un derecho o una libertad inherente a la persona, siendo necesaria además una cierta capacidad de obrar para poder ejercerla. Con los matices antes apuntados, estamos ante otro caso más de los de este grupo, como la libertad de empresa en general, esto es, un derecho que no es reconocido a todos ni sólo a los españoles.

En el artículo 14.3 CDFUE esta libertad es reconocida en términos impersonales.

⁴⁵ Aunque esta libertad es reconocida a «todos», está claro que se refiere a todos los trabajadores y no a todas las personas.

⁴⁶ Artículos 23 DUDH, 8 PIDESyC, 5 CSE y 12 CDFUE.

⁴⁷ Artículo 8 PIDESyC.

⁴⁸ Artículos 16 DUDH, 23 PIDCyP, 12 CEDH y 9 CDFUE.

⁴⁹ Artículos 17 DUDH y 17 CDFUE.

⁵⁰ Artículos 6 CSE y 28 CDFUE.

⁵¹ Artículo 28 CDFUE.

⁵² Artículo 16 CDFUE.

⁵³ Cfr. CANO BUESO, J., *op. cit.*, p. 21, para quien la libertad de circulación y de residencia, la igualdad ante la ley, el derecho de petición, el derecho y el deber de defender al Estado, el derecho y el deber de trabajar y el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada «son configurados por nuestra Constitución de manera que parece excluir explícitamente que los extranjeros puedan ser titulares de estos derechos».

VIDAL FUEYO, M. C., *Constitución ... cit.*, pp. 308 y 309, afirma que el artículo 13.1 CE encuentra sentido si lo referimos a aquellos derechos que la Constitución no reconoce a los extranjeros, permitiendo que la ley o un tratado sí se los reconozcan.

En mi opinión, esto no agota el sentido del artículo 13.1 CE, puesto que también permite establecer distinciones por razón de la nacionalidad en la regulación de las condiciones de ejercicio de derechos reconocidos a todos o de modo impersonal.

Con todo, no son pocas las dudas que se suscitan y los matices que se han de realizar. ¿Los reconocidos a todos o de forma genérica han de serlo en la misma medida para todos o cabe introducir diferencias de trato por razón de la nacionalidad o de la situación de cada extranjero en España? Los que sean inherentes a la persona, cuyo reconocimiento venga exigido por su dignidad, está claro que no pueden dejar de ser reconocidos a ningún extranjero, sea cual sea su situación en España. Pero, ¿y los demás, que estén constitucionalmente reconocidos no a todos, ni sólo a los españoles, es decir, los del tercer grupo, cuando no sean inherentes a la persona? ¿Podrían ser reconocidos a los extranjeros sólo a condición de reciprocidad, o sólo a los residentes o sólo a los que hubieran entrado y se hallaren legalmente en España? No olvidemos que en el artículo 27 CC se ha reconocido a los extranjeros los derechos civiles de los españoles, salvo que por tratado o ley se estableciera otra cosa⁵⁴. ¿Es ésta una regla inversa a la del artículo 13.1 CE? ¿Es éste el tratamiento constitucional implícito para los derechos del tercer grupo, que es donde se encontraría la mayor parte de los derechos civiles no inherentes a la persona? ¿Son reconocidos de forma genérica también a los extranjeros, dejando abierta la posibilidad de que los tratados o las leyes fijen el umbral de capacidad de obrar que se exija para su ejercicio por el mismo titular y, además, su residencia o su entrada y estancia legales en España u otras condiciones específicas para su ejercicio? Al tratar de las garantías volveré a plantear algunas de estas cuestiones, pero creo que éste es el lugar en el que se pueden abordar otras. Concretamente, la que ahora se impone es si los extranjeros gozan *ex Constitutione* de los derechos y libertades reconocidos de modo impersonal, ni a todos ni sólo a los españoles, cuando no sean inherentes a la persona, estando claro que, al menos, en principio, no gozan así de los que la Constitución reconoce sólo a los españoles, sino sólo por decisión de un tratado o de una ley.

La respuesta negativa, que sería la preconizada por la STC 107/1984, dejaría la decisión a los tratados o las leyes, con arreglo al artículo 13.1 CE, con lo cual esos derechos y libertades tendrían o podrían tener un ámbito constitucional de reconocimiento igual o más reducido que el de algunos de los reconocidos sólo a los españoles, por cuanto ni siquiera todos los españoles los tendrían reconocidos o no todos estarían en condiciones de ejercitarlos por sí mismos, al establecerse condiciones de capacidad de obrar, por ejemplo. No considero aceptable esta interpretación⁵⁵, por varias razones. En primer lugar, porque esta categoría de derechos y libertades perdería autonomía, ya que quedaría embebida en la de los reconocidos a los españoles,

⁵⁴ En esta línea, para uno de los derechos civiles económicos, tan emblemático, como es el ejercicio de actividades comerciales –la libertad de comercio–, el artículo 15 CCOM ha venido estableciendo lo siguiente: «Los extranjeros y las Compañías constituidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en España con sujeción a las Leyes de su país, en lo que se refiera a su capacidad para contratar, y a las disposiciones de este Código, en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales de la nación. Lo prescrito en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo que en casos particulares pueda establecerse por los Tratados y Convenios con las demás potencias».

⁵⁵ Téngase en cuenta, con todo, que la STC 107/1984 recayó sobre un recurso de amparo, en el que se alegó la violación del derecho a la igualdad sin discriminación en el derecho al trabajo de un extranjero (arts. 14 y 35.1 CE), es decir, no sobre derechos reconocidos constitucionalmente de modo impersonal, sino sólo a los españoles, por lo que las afirmaciones contenidas en ella sobre derechos de otro tipo no integran la *ratio decidendi* del fallo.

puesto que no todos los que son reconocidos a los nacionales lo son a todos ellos, ni siquiera aunque así lo diga la Constitución; pensemos en los derechos al trabajo y a la libertad de elección de profesión y oficio (art. 35.1 CE), nominalmente reconocidos a «todos los españoles», cuando está claro que harán falta requisitos de capacidad de obrar para ejercitarlos. En segundo lugar, porque hay doctrina del propio Tribunal Constitucional sobre algunos de los derechos de este grupo, de los no reconocidos a todos ni sólo a los españoles, de la que claramente resulta que los extranjeros gozan de ellos antes y por encima de lo que las leyes establezcan, esto es, con base directa en la Constitución y no en los tratados o las leyes (STC 115/1987, derechos de reunión y asociación).

La respuesta afirmativa –los derechos reconocidos de modo impersonal derivan de la propia Constitución, directamente, aunque no sean inherentes a la persona, no de los tratados o de las leyes– no obliga necesariamente a que tales derechos y libertades queden embebidos en los que la Constitución reconoce a todos, salvo cuando sean inherentes a la persona, es decir, como exigencia de la dignidad humana, por ejemplo, la intimidad personal y familiar, pues entonces tal asimilación es una exigencia de la propia Constitución. Y es que se trata de derechos y libertades que, cuando no presenten esa inherencia, no son reconocidos a todos ni sólo a los españoles, sino a todos aquellos que reúnan las condiciones exigidas por la ley que regule su ejercicio, sean o no españoles. Se trata de derechos para los que puede requerirse una cierta capacidad de obrar para su ejercicio (asociación, matrimonio, negociación colectiva, libertad de empresa, etc.), o haberlos adquirido (y no perdido) mediante alguno de los modos legalmente previstos (propiedad privada, herencia). Son, por lo tanto, derechos y libertades que, aun cuando no sean inherentes a la persona, derivan de la propia Constitución, en principio, para todos (nacionales y extranjeros) aquellos que reúnan las condiciones establecidas por la ley. Esto se parece a lo que venía estableciendo el artículo 27 CC. Las cuestiones a plantear ahora son dos: ¿puede la ley o un tratado establecer cualesquiera condiciones de ejercicio? ¿Pueden ser diferentes esas condiciones para los nacionales y para los extranjeros o según para qué extranjeros? Algunas cosas sí me parecen claras al respecto.

A diferencia de los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente sólo a los españoles, el legislador, respetando los tratados, no tiene plena libertad para dejar de reconocer a los extranjeros aquellos reconocidos de modo impersonal –ni a todos, ni sólo a los españoles–, sino que, al establecer las condiciones para su ejercicio, éstas han de estar constitucionalmente justificadas y ser razonables, también las impuestas a los extranjeros, como las impuestas a los españoles, es decir, no tanto por exigirlo la cláusula de igualdad del artículo 14 CE, inaplicable a los extranjeros según ella misma, sino porque esos derechos y libertades están constitucionalmente reconocidos, en principio, también a los extranjeros, salvo las excepciones que la ley o los tratados puedan establecer, si están justificadas por perseguir un fin constitucionalmente legítimo y ser esta restricción proporcionada (razonable) a la consecución de tal fin. No se trataría en este momento tanto de una cuestión de igualdad ante la ley, cuanto de legitimidad de las condiciones a las que la ley sujeta el ejercicio de los derechos, no estando constitucionalmente excluido que puedan ser diferentes para los extranjeros, como advertirían los artículos 13.1 y 14 CE. Dicho con otras palabras, las condiciones de ejercicio de los derechos y libertades no inherentes a la persona, que

la Constitución no ha reconocido a todos, pero tampoco sólo a los españoles, han de ser enjuiciadas, en primer lugar, desde la misma Constitución y en sí mismas, también cuando afectan específicamente a extranjeros, sin necesidad de compararlas, en este primer momento, con las impuestas a los españoles o a otros extranjeros. Si tales condiciones, específicamente impuestas a extranjeros para el ejercicio de tales derechos, superan ese test de legitimidad, ahora sí, habrán de superar, además, el de igualdad, que proceda aplicar, por lo que resulta de los artículos 13.1 CE y 26 pr. PIDCyP⁵⁶, siendo en este segundo momento cuando procederá la comparación entre españoles y extranjeros o entre éstos.

En definitiva, estos derechos y libertades, cuando no sean inherentes a la persona, habrían mantenido el tratamiento que les venía dispensando el artículo 27 CC, si bien, ahora, sujetando la libertad del legislador para limitarlos o no reconocerlos a las exigencias constitucionales requeridas en general para la restricción de libertades, así como a la prohibición de discriminar a los españoles (*ex arts.* 14 CE y 26 pr. PIDCyP) y a los extranjeros (*ex arts.* 13.1 CE y 26 pr. PIDCyP), también por razón de la nacionalidad.

Adviértase cómo la norma contenida en el artículo 13.1 CE opera de modo distinto, según se trate de derechos y libertades reconocidos constitucionalmente sólo a los españoles o no a todos pero tampoco sólo a los españoles. De los primeros los extranjeros sólo gozarán si así lo decide y en la medida en que así lo decida un tratado o una ley. De los segundos, aunque no sean inherentes a la persona, los extranjeros gozan, en principio, en las mismas condiciones de ejercicio que los españoles, a menos que un tratado o una ley imponga condiciones diferentes⁵⁷. Ahora bien, todas las diferencias de trato que resulten de las leyes habrán de estar justificadas, ser razonables y no ser discriminatorias, tanto cuando se trate de derechos reconocidos constitucionalmente a todos o de modo impersonal, como cuando se trate de los reconocidos a los españoles (arg. arts. 13.1 CE y 26 pr. PIDCyP). En cuanto a la posibilidad de establecer diferencias de trato por razón de la nacionalidad mediante tratados internacionales, habría que distinguir. Las que discriminen a los españoles están prohibidas por los artículos 14 CE y 26 pr. PIDCyP, por lo que habrían de superar el test de proporcionalidad.

⁵⁶ Podría entenderse que, tratándose de derechos fundamentales, las diferencias de trato desfavorables a los españoles han de superar el test más estricto de proporcionalidad –la alternativa menos gravosa–, pues estarían incluidas en la cláusula antidiscriminatoria del artículo 14 CE, que protege a los españoles frente a las discriminaciones basadas en la nacionalidad, como una condición personal, mientras que las desfavorables a los extranjeros habrían de superar el test de razonabilidad menos estricto –la alternativa no excesivamente gravosa–, ya que la nacionalidad no está entre los criterios de diferenciación sospechosos enunciados en el artículo 26 PIDCyP, que es, a tenor del artículo 13.1 CE, la norma en la que los extranjeros encontrarían el parámetro de constitucionalidad de esas diferencias de trato.

⁵⁷ Pensemos, por ejemplo, en el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión y oficio, reconocido en el artículo 35.1 CE sólo a los españoles, en comparación con la libertad de empresa, reconocida en el artículo 38 CE de modo impersonal, esto es, ni a todos ni sólo a los españoles. Es lo lógico, cuando se trata de un país con escasez de trabajo –netamente exportador de mano de obra– y de iniciativas empresariales, es decir, necesitado de inversiones extranjeras directas, para emprender actividades económicas. Lo coherente con esa situación es, por un lado, otorgar a los nacionales preferencia en el acceso a los puestos de trabajo, a la vez que se abre el país a la importación de capitales y al establecimiento de empresas extranjeras. Por esto, no es de extrañar que los términos impersonales, en los que se reconoce la libertad de empresa en el artículo 38 CE, estén en perfecta sintonía con lo que se ha venido estableciendo en los artículos 27 CC y 15 CCOM. Lo que sucede es que, al menos, en relación al trabajo la situación ha cambiado radicalmente después de elaborarse la Constitución.

lidad, acaso, el más estricto, tratándose de derechos fundamentales. Las que discriminan a los extranjeros o a algunos extranjeros están prohibidas, en general, por el artículo 26 pr. PIDCyP, en tanto no fuera este precepto derogado, conforme a este mismo tratado o a las reglas de Derecho internacional (arg. art. 96.1 CE), advirtiendo que, aun así, tratándose de derechos constitucionalmente reconocidos a todos o no sólo a los españoles, cualquier restricción habría de superar, de entrada, el test de legitimidad, de modo que responda a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y ser adecuada o proporcionada para conseguirlo, ya que se trata de derechos, es decir, de ámbitos de libertad que la propia Constitución reconoce también a los extranjeros, aun antes de que así lo decida un tratado o una ley (arg. arts. 1.1, 9.3 y 10.1 CE).

Si, en el plano constitucional, los derechos y libertades reconocidos a los españoles pueden ser extendidos o no por tratado o ley a los extranjeros⁵⁸, salvo los del artículo 23 CE (art. 13.1 y 2 CE), pueden también tales instrumentos normativos modular el contenido y las condiciones en las que los extranjeros –todos o algunos– podrán ejercitarlos, ya que el derecho a la igualdad sin discriminación no está constitucionalmente reconocido a los extranjeros (art. 14 CE). Ahora bien, ya hemos visto cómo tratados suscritos por España han introducido cláusulas de igualdad sin discrimi-

⁵⁸ Son fundamentales las SSTs de 25 de junio y 3 de julio de 1980 y 22 de mayo de 1981, sobre libertad de circulación de extranjeros, considerando que su derecho a circular libremente sólo depende de que se encuentren legalmente en España. Vide BORRAJO INIESTA, I., *op. cit.*, pp. 718-722, por todos.

En la STC 94/1993 (ponente, el magistrado De la Vega Benayas) se dijo por dos veces que el artículo 19 CE reconoce el derecho a la libertad de circulación a los extranjeros que se hallen legalmente en territorio español, lo cual podría interpretarse como una desautorización al más alto nivel de la interpretación literal. Una lectura más atenta de la sentencia no permite llegar tan lejos.

En ella se dice que la libertad de circulación, reconocida en el artículo 19 CE a los españoles, no es una exigencia de la dignidad de la persona, por lo que también se puede reconocer a los extranjeros, si así lo establecen las leyes o los tratados (art. 13.1 CE), como así ha sucedido en los artículos 12 y 13 PIDCyP para los que residen legalmente en el país. Por lo tanto, se puede expulsar a un extranjero si concurre una causa legalmente tipificada y si se observan las garantías procesales mínimas del artículo 13 PIDCyP.

Pues bien, se concedió el amparo porque la orden de expulsión fue dada prescindiendo de si el extranjero tenía o no derecho a residir en España. En el caso de autos habían caducado los permisos de residencia y de trabajo, pero había sido solicitada su renovación cuando se incoó el expediente de expulsión, y ya se había concedido el de trabajo cuando se dictó esa orden. Debí, por lo tanto, analizarse si se tenía o no derecho a la renovación del permiso de residencia, que había sido solicitado. Estoy plenamente de acuerdo con este razonamiento, que proporciona la *ratio decidendi* al fallo.

Por lo tanto, la decisión fue la correcta, no por lo que resulta sólo del artículo 19 CE en sí mismo considerado, sino por lo que resulta del conjunto de los artículos 13.1 y 19 CE, 12 y 13 PIDCyP. Dicho con otras palabras: a la misma solución se habría llegado sin afirmar que el artículo 19 CE resulta ya un derecho a la libertad de circulación para extranjeros, por lo que ésta no es sino una consideración a mayor abundamiento, que no integra la *ratio decidendi* del fallo.

Otras opiniones sobre esta sentencia, por ejemplo: APARICIO WILHELMI, M., «El reconocimiento constitucional de los derechos de las personas extranjeras: breve aproximación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Derecho de la inmigración y derecho de la integración. Una visión múltiple: Unión Europea, Canadá, España, Quebec y Cataluña*, Girona, 2002, pp. 112-116; ASENSI SABATER, *op. cit.*, pp. 21 y 22, si bien afirma en la p. 23 que en la STC 95/2000 se otorgó amparo a un extranjero que no era residente legal, cuando, sin embargo, su situación no era ilegal; VIDAL FUEYO, M. C., *Constitución ...*, *cit.*, pp. 194, 195, 202 y 204, para quien los extranjeros que hayan entrado legalmente en España tienen, derivado de la propia Constitución (art. 19, interpretado conforme a los artículos 13 DUDH y 12.1 PIDCyP), el derecho a circular, residir y salir libremente del país, a diferencia del derecho a entrar, que es la ley la que puede extenderlo a los extranjeros, mientras que yo entiendo que no basta con interpretarlo, sino que ha de ser completado por lo establecido en esos otros preceptos.

minación al reconocer ciertos derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales e, incluso, cláusulas genéricas de igualdad ante la ley y no discriminación (arts. 2 DUDH y 26 PIDCyP), que exigen someter esas diferencias de trato entre españoles y extranjeros o entre extranjeros, si las hubiera, al test de razonabilidad, más o menos estricto, que proceda, según los casos, como resulta del artículo 13.1 CE.

Dicho de otro modo: del artículo 26 pr. PIDCyP ha resultado, por lo que se impone en los artículos 13.1 y 96 CE, que, con la excepción que implica lo establecido en el artículo 13.2 CE, los derechos constitucionalmente no reconocidos a los extranjeros, sino a los españoles, de los que aquéllos gozarían si y en la medida en que lo admitiesen los tratados o las leyes –¿eficacia meramente programática para los extranjeros, aunque se tratase de derechos reconocidos en el capítulo II del título primero?–, quedaron como los reconocidos constitucionalmente sin referencias a la nacionalidad de sus titulares. Así las cosas, cabrían diferencias de trato, a establecer por tratado o ley, pero siempre que no fuesen discriminatorias, esto es, siempre que superasen el correspondiente test de razonabilidad. En consecuencia, los extranjeros gozarían también de los derechos reconocidos constitucional o legalmente a los españoles, en principio, en las mismas condiciones que éstos, en tanto no se establecieran diferencias, que no podrían ser discriminatorias, por lo que, ahora, el silencio de la ley o de otros tratados no implicaría que los extranjeros no tuvieran esos derechos, sino que los tendrían en las mismas condiciones que los españoles.

Lo que sucede es que no se quiso consagrar esa igualdad en la Constitución, ni explícita ni implícitamente. Ahora bien, tampoco se quiso dejarla como una opción más, a decidir en el futuro por la mayoría parlamentaria de cada momento, puesto que este Pacto internacional de derechos civiles y políticos estaba en vigor en nuestro país antes de la propia Constitución⁵⁹, por lo que, al conferir a los tratados el papel que para los derechos de los extranjeros –más allá de los derechos inherentes de la persona, por el respeto debido a su dignidad– resulta de los artículos 13.1 y 96 CE, no se puede decir que no fuera ésta la solución contemplada por el constituyente, cuya subsistencia favoreció claramente, aun sin constitucionalizarla, pero cuya modificación, sin embargo, no se quiso hacer pasar por el procedimiento de reforma de la Constitución, sino por el procedimiento de reforma de los tratados.

Pues bien, si hemos visto cómo, en el plano constitucional, hay derechos reconocidos sólo a los españoles, con eficacia directa y cuyo contenido esencial ha de ser respetado por la ley, a la que se reserva la regulación de su ejercicio, que se encuentran en el capítulo II del título primero (art. 53.1 CE), que pueden no ser reconocidos a los extranjeros o serlo con un contenido o condiciones de ejercicio diferentes, ¿qué hemos de decir a este respecto de aquellos otros derechos que, como los reconocidos en el capítulo III del mismo título, carecen de eficacia directa, dependiendo del desarrollo que de ellos haga el legislador la medida en que los mismos españoles podrán hacerlos valer, por tener eficacia sólo programática (art. 53.3 CE)? Pues parece que hemos de entender, con mayor motivo, que dependerá de los tratados y de las leyes que sean reconocidos a los extranjeros, así como su contenido y las condiciones para

⁵⁹ Es más, la cláusula de igualdad contenida en el artículo 26 PIDCyP políticamente resultaba, acaso, más vistosa como enunciación de la igualdad ante la ley y de la prohibición de discriminación de los mismos españoles, frente a su situación en el régimen anterior.

su ejercicio. Ahora bien, las cláusulas de igualdad sin discriminación, contenidas en tratados suscritos por España, referidas o no específicamente a los derechos reconocidos en cada tratado, obligarán a someter al test de razonabilidad, que proceda según los casos, las diferencias de trato que se establezcan entre españoles y extranjeros o entre extranjeros en el contenido o las condiciones de ejercicio de tales derechos (arg. arts. 13.1 CE y 26 pr. PIDCyP).

1.4 LAS GARANTÍAS DE LOS ARTÍCULOS 53-55 CE

Considero que debe tratarse por separado cada una de las garantías, pues presentan notables diferencias entre sí, a la hora de precisar su alcance en relación a los derechos de los extranjeros⁶⁰.

En cuanto a la reserva de ley, está fuera de toda duda que ésta rige igualmente para los derechos y libertades constitucionales, con independencia de que hayan sido constitucionalmente reconocidos a todos, a los españoles, o no a todos pero tampoco sólo a los españoles. Tanto si se trata de la reserva de ley ordinaria (art. 53.1 CE), como de la de ley orgánica (art. 81 CE), ha de ser respetada por la norma que, al amparo de la previsión contenida en el artículo 13.1 CE, extienda a los extranjeros el goce de un derecho reconocido constitucionalmente sólo a los españoles o regule las condiciones para el ejercicio por españoles y extranjeros de derechos y libertades reconocidos a todos o de modo impersonal, esto es, no a todos pero tampoco sólo a los españoles.

Por lo que concierne al respeto al contenido esencial de los derechos reconocidos en el capítulo II del título primero, partimos de que no se trata del núcleo irreductible del contenido constitucional, sino todo éste, pues, de lo contrario, se estaría rebajando el nivel de protección a una parte del contenido constitucional, en lugar de imponer al legislador el respeto al contenido constitucional íntegro de cada derecho o libertad. ¿Es ésta una garantía que opera también frente a las leyes y los tratados que regulen el ejercicio por los extranjeros de derechos reconocidos en el capítulo II del título primero de la Constitución?

En la STC 104/1984 se dijo que los derechos inherentes a la persona no admiten un tratamiento desigual en función de la nacionalidad. El recurso de amparo fallado entonces, sin embargo, no versaba sobre la lesión de uno de tales derechos. Además, habría que precisar qué parte del contenido de los derechos inherentes a la persona es una exigencia de su dignidad, pues está claro que en tal ámbito no caben diferencias

⁶⁰ Afirma CANO BUESO, J., *op. cit.*, p. 29, que a los extranjeros debe ser aplicable el régimen de garantías previsto constitucionalmente para los derechos, sin diferencias respecto a los españoles, por ser éste un elemento determinante de los derechos fundamentales.

VIDAL FUEYO, M. C., *Constitución ... cit.*, pp. 309-311, aunque considera que los derechos que la Constitución no reconozca los extranjeros, pueden serles extendidos en la medida, si alguna, en que lo decida una ley o un tratado, afirma que, una vez que les sean reconocidos, tienen todas las garantías constitucionales, por la fuerza expansiva del artículo 13.1 CE.

En mi opinión, es la cláusula de igualdad e igual protección, contenida en el artículo 26 pr. PIDCyP, lo que, por lo que dispone el artículo 13.1 CE, hace posible esa equiparación en garantías, y no el artículo 13.1 CE por sí solo. Además, con base en estos dos preceptos, no puede admitirse cualquier diferencia de trato por razón de la nacionalidad, ni siquiera cuando se trata de derechos constitucionalmente no reconocidos a los extranjeros.

de trato, mientras que en lo demás, si lo hubiere, hasta donde alcance el contenido esencial, es donde hay que plantearse si los extranjeros gozan de esta garantía.

En la STC 115/1985 (ponente, el magistrado Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer) se consideró que también los extranjeros tienen garantizado el respeto al contenido esencial de derechos, que no están constitucionalmente reconocidos a todos ni sólo a los españoles, que no son inherentes a la persona, como los de reunión y asociación. Conforme a este criterio, dentro del ámbito del contenido esencial, no pueden establecerse diferencias de trato entre españoles y extranjeros. En este ámbito las condiciones de ejercicio habrían de ser las mismas para todos.

Con base, pues, en estos dos fallos, podría decirse que los extranjeros sí tienen reconocida la garantía del respeto al contenido esencial, por parte de las leyes que regulen el ejercicio de derechos constitucionalmente reconocidos a todos o no a todos pero tampoco sólo a los españoles, bien porque son inherentes a la persona, bien porque no caben distinciones en el ámbito del contenido esencial de los que no lo son. Quedarían, en tal caso, los reconocidos constitucionalmente sólo a los españoles, como los únicos cuyo contenido esencial no habría de ser respetado por los tratados o las leyes que los reconocieran a extranjeros, puesto que, incluso, podrían no reconocérselos en modo alguno⁶¹.

Sin embargo, en el voto particular de la STC 115/1987, que firmaron tres magistrados (Rubio Llorente, Tomás y Valiente y García Mon), se sostuvo que la extensión de esta garantía a los extranjeros vaciaría de contenido la regla del artículo 13.1 CE, puesto que el artículo 14 CE permite no tratar a los extranjeros como a los españoles. Y bien cierto es, puesto que el margen de decisión quedaría reducido a los derechos reconocidos sólo a los españoles, en todo su ámbito, y a los reconocidos de modo impersonal –ni a todos ni sólo a los españoles–, sólo en lo que excediera de su contenido esencial.

En el artículo 53.1 CE, ciertamente, se dice que las leyes que regulen el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título primero de la Constitución habrán de respetar «en todo caso» su contenido esencial. ¿Quiere esto decir que esta garantía rige cualquiera que sea el derecho del que se trate y tanto para los españoles como para los extranjeros? No me parece acertado responder afirmativamente, en lo relativo a los extranjeros, por cuanto esto presupondría que también éstos tuvieran constitucionalmente reconocidos todos los derechos y libertades reconocidos en tal capítulo, lo cual sí resulta claramente inaceptable, cuando en tal capítulo se reconocen derechos y libertades sólo a los españoles. Si así fuera, resultaría que el ámbito del artículo 13.1 CE quedaría restringido a los derechos reconocidos en el capítulo III del título primero, esto es, entre los principios rectores de política social y económica, en todo su contenido, y a los reconocidos en el capítulo II del mismo título sólo en lo que excediera de su contenido esencial. En tal caso, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 14 y 53.3 CE, carecería de toda virtualidad la regla

⁶¹ Adviértase que en la STC 94/1993, al sostener que la libertad de circulación está garantizada por el artículo 19 CE a los extranjeros que se hallen legalmente en territorio español, obliga a plantear igualmente la cuestión de si también los extranjeros –¿todos?– tienen garantizado constitucionalmente el respeto al contenido esencial de los derechos reconocidos a los españoles.

En nota anterior ya advertí que no es el artículo 19 CE el que les reconoce ese derecho, sino lo que resulta de lo dispuesto en los artículos 13.1 y 19 CE, 12 y 13 PIDCyP.

contenida en el artículo 13.1 CE. No me parece de recibo afirmar que la garantía del respeto al contenido esencial, referida a los extranjeros, sólo opera si les llegan a ser reconocidos derechos que constitucionalmente lo están sólo a los españoles, ya que si se les pueden no reconocer, ¿cómo no se les van a poder reconocer con un contenido inferior al esencial?

Parece, pues, que si el artículo 13.1 CE ha de significar algo por sí mismo, a la luz de lo establecido en el artículo 14 CE, hemos de entender que la garantía del respeto al contenido esencial por las leyes que regulen el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título primero de la Constitución no rige para los extranjeros. Esta consideración va acompañada de las siguientes puntualizaciones:

En primer lugar, esta afirmación ha de entenderse referida a cualesquiera derechos o libertades, es decir, también a los reconocidos constitucionalmente a todos y, en general, a los que sean inherentes a la persona, por venir su reconocimiento exigido por el respeto a su dignidad, aunque no estén mencionados en la Constitución. Ahora bien, en aquella parte de su contenido que sea exigencia inherente a la dignidad humana (art. 10.1 CE) está fuera de duda que no cabrán distinciones entre españoles y extranjeros ni entre estos últimos.

En segundo lugar, los derechos y libertades, como ámbitos o concreción de la libertad, no pueden ser objeto de restricciones que no se justifiquen por estar dirigidas a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y, además, por ser proporcionadas a la consecución de tal finalidad, pues está prohibida la arbitrariedad y no se puede comprimir irrazonablemente el libre desarrollo de la personalidad, como autonomía de la voluntad (arg. arts. 1.1, 9.3 y 10.1 CE). Esta regla vale para cualquier restricción de la libertad, tanto si se trata de la de los españoles, como de la de los extranjeros.

Sólo ya con base en estas dos consideraciones, obsérvese cómo la Constitución no ha dejado en los tratados y las leyes todo lo relativo al goce de derechos en ella reconocidos por parte de los extranjeros, al menos, cuando se trata de los reconocidos en el capítulo II de su título primero, que es para los que impone la garantía del respeto a su contenido esencial, si bien sólo para cuando sus titulares sean los españoles. Los reconocidos en el capítulo III del mismo título ni siquiera están constitucionalmente garantizados a los españoles, dependiendo de la legislación que los desarrolle (art. 53.3 CE).

En tercer lugar, si se trata de restricciones a derechos o libertades reconocidos en tratados internacionales firmados por España, los artículos 13.1 y 96 CE exigen que tales restricciones sean respetuosas con el contenido de tales derechos y libertades, garantizado en cada tratado, o, si se prefiere, sin rebasar las limitaciones allí admitidas en cada caso. Y esto vale tanto para las restricciones impuestas a los derechos reconocidos a los españoles, que cuentan con la garantía interna adicional del respeto al contenido esencial, como para las impuestas específicamente a los extranjeros.

En cuarto lugar, aunque el artículo 14 CE, por sí solo, nada dice sobre las restricciones de la libertad específicamente impuestas a los extranjeros o a algunos extranjeros, la igualdad ante la ley y la prohibición genérica de discriminar, proclamadas en el artículo 26 pr. PIDCyP, obligan, en virtud de lo establecido en los artículos 13.1 y 96 CE, a someter tales diferencias de trato al test de igualdad que proceda, según el caso, en mi opinión, al menos estricto de razonabilidad, según tengo explicado. Este control no es alternativo, sino adicional al de legitimidad de cualquier restricción de la libertad.

Finalmente, en quinto lugar, nada impide que la garantía del respeto al contenido esencial por las leyes que regulen el ejercicio de un derecho sea extendida a los extranjeros, bien por tratado, bien por ley –la misma que regule su ejercicio u otra general, claro está, respetuosa con los términos en los que se configura la reserva de ley orgánica (art. 81 CE)–, conforme a lo previsto en el artículo 13.1 CE, salvo para los derechos que no pueden ser reconocidos a los extranjeros (art. 13.2 en relación con el 23 CE). Esa extensión puede hacerse para todos esos derechos o sólo para algunos de ellos. Si es un tratado el que decide tal extensión, la ley que, al regular su ejercicio por los extranjeros, no respete su contenido esencial, será inconstitucional (arg. arts. 13.1 y 96 CE). Si es una ley la que lo ha establecido, podrá ser derogada por otra posterior, claro está, pero, entre tanto, obligará a entender reconocido a los extranjeros el contenido esencial del derecho o libertad en cuestión, quedando expeditas las vías de reparación por las violaciones que se causen; esa derogación no siempre dejará al extranjero sin ese derecho, como explico a continuación.

Las anteriores consideraciones podrían obligar a matizar la eficacia directa de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título primero de la Constitución, cuando se trate de precisar en qué medida corresponden a extranjeros o pueden ser ejercitados por extranjeros, tal y como aquí se propone interpretar la norma contenida en el artículo 13.1 CE, en relación con todo su contexto, especialmente, el artículo 14 CE y la garantía del respeto al contenido esencial de tales derechos, contenida en el artículo 53.1 CE. Entendemos por tal eficacia que puedan ser alegados ante la jurisdicción ordinaria y ante los poderes públicos, como fundamento de acciones y de excepciones, solicitudes y reclamaciones (arg. arts. 9.1 y 53.3 pr. y, *a contrario*, 53.3 *in fine* CE). Entiendo que ahora habría que realizar también algunas precisiones.

Si se trata de derechos inherentes a la persona, todos pueden hacer valer su contenido constitucional, también, en principio, los extranjeros, si bien los tratados o las leyes podrían regular su ejercicio de modo diferente para unos y otros, pero sólo en aquello que no venga exigido por el respeto a la dignidad de la persona, según se ha visto, si bien, entre tanto no lo regulen o no establezcan tales diferencias, el contenido constitucional de estos derechos vale igual para todos, a la hora de ejercitarlos. Por lo tanto, aun en ese ámbito, aunque la norma contenida en el artículo 13.1 CE opera posibilitando un trato diferente a los extranjeros, no es posible dejar de reconocer a alguien estos derechos, pues su reconocimiento a todos es una exigencia de la dignidad de la persona. Podemos afirmar, pues, que no se desmiente la eficacia directa de tales derechos para los extranjeros.

Si no son derechos inherentes a la persona, pero están reconocidos de modo impersonal, tanto españoles como extranjeros podrán ejercitarlos, si reúnen las condiciones requeridas para ello; en principio, si tienen plena capacidad de obrar o si se dan las condiciones o modos de adquisición y ejercicio legalmente requeridos. Teniendo en cuenta que ya en la propia Constitución (art. 12) se establece que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años por los españoles, está fuera de toda duda que éstos podrán ejercitar desde entonces esos derechos y libertades, sin necesidad de que la ley lo prevea, si bien ésta podría establecer condiciones de capacidad menos o, con justificación suficiente, más exigentes. Esa justificación habrá de consistir en que esa mayor exigencia responda a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y

sea proporcionada a su consecución. Pues bien, cuando se trata de extranjeros, su capacidad de obrar será apreciada por lo que establezca su ley personal, que viene determinada por su nacionalidad (art. 9.1 CC), de modo que, en principio, tales derechos y libertades, no reconocidos constitucionalmente a todos ni sólo a los españoles, podrán ser ejercitados por los extranjeros en las mismas condiciones que los españoles, es decir, si tienen plena capacidad de obrar, a apreciar según su ley nacional, a menos que en otra ley o en un tratado se prevea otra cosa para el ejercicio de algún derecho y a salvo la excepción de orden público internacional español⁶². Por lo tanto, en este ámbito, la norma contenida en el artículo 13.1 CE opera posibilitando un trato diferente a los extranjeros, incluso, para dejar de reconocerles esos derechos a algu-

⁶² La resolución-circular de la DGRN de 29 de julio de 2005 considera, acertadamente, que la regla contenida en el artículo 9.1 CC no atenta al principio constitucional de igualdad, por el trato diferente que pueda derivarse para los extranjeros y los españoles, «en función de la utilización del criterio de conexión “estatuto personal”».

Está fuera de duda que no es discriminatorio en sí mismo establecer que la capacidad para contraer matrimonio se rija por la ley personal de cada contrayente y que ésta sea la que venga determinada por su nacionalidad (arg. arts. 9.1 y 107.1 CC). Del mismo modo, no se cuestiona que el orden público internacional español impida admitir ciertas normas extranjeras sobre capacidad –en sentido estricto, como capacidad de obrar, es decir, como madurez psicofísica, y en sentido impropio, como impedimentos relativos a la libertad de elección de consorte– para contraer matrimonio, si chocan con principios constitucionales (art. 12.3 CC), debiendo aplicar en tal caso la norma material española, es decir, la misma que para los españoles.

Tratándose de matrimonios entre personas del mismo sexo, tengo claro lo siguiente:

1.º Nuestra Constitución no impone (garantiza) ni prohíbe tales matrimonios, sino que su admisión es una opción de política legislativa (arg. art. 32.1 en relación con los arts. 10.1 y, sobre todo, 14 CE, ATC 222/1994). Sobre esto remito al lector interesado a lo que expuse en «Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, p. 11 y ss.

2.º En consecuencia, nuestro orden público internacional no impide reconocer eficacia a tales matrimonios, cuando hayan sido celebrados conforme a leyes extranjeras que los admitan, por cierto, antes y con independencia de que la ley española 13/2005 los admitiese –ya lo advertí en «Uniones homosexuales...», *cit.*, p. 56–, tanto cuando ambos contrayentes fuesen extranjeros como cuando uno o ambos fuesen españoles. Siendo el matrimonio una institución esencialmente diferente a las uniones libres, carece de relevancia a estos efectos que en España hubiese leyes de parejas no casadas que no excluyesen uniones entre personas del mismo sexo. Sobre la improcedencia de la analogía entre matrimonio y uniones libres, por la existencia de una diferencia esencial, como es la exclusión de la libre ruptura en los matrimonios y su respeto en las demás uniones, remito al lector interesado a lo que extensamente y con detalle tengo expuesto, principalmente, en «¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 32, pp. 199-355, así como en «Analogía entre el matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales [La unión libre en la jurisprudencia (II)]», *Aranzadi Civil*; 2002-I, pp. 2355-2418.

3.º Está pendiente de demostrar que la diversidad de sexo de los contrayentes no era o, donde subsista, no es un impedimento para contraer matrimonio, como pueda serlo el relativo al parentesco no dispensable (exogamia/endogamia) o el vínculo previo (monogamia/poligamia-poliandria), que afecte a la libertad de elección de consorte, si nos atenemos al concepto constitucional de matrimonio, puesto que no incorpora como uno de sus elementos tal diversidad, mientras que sí hay base para considerar constitucionalmente vedada la endogamia, dentro de ciertos grados de parentesco, por cuanto vulneraría el mandato constitucional de proteger la familia (art. 39.1 CE), como advertí en «Uniones homosexuales...», *cit.*, p. 24. En consecuencia, no puede sostenerse que la endogamia sólo genere un impedimento para contraer matrimonio, mientras que la diversidad o la identidad de sexo de los contrayentes esté vinculada «directamente con la naturaleza del derecho a contraer matrimonio y, por extensión, de la institución matrimonial, y no necesariamente con la capacidad nupcial subjetivamente considerada», como, en cambio, se afirma en la citada resolución-circular.

4.º La ley 13/2005 no ha creado una nueva institución, sino que se ha limitado a ampliar la libertad de elección de cónyuge, poniendo fin a la restricción que impedía elegir como tal a otra persona del mismo sexo. No se ha creado una institución similar, ni distinta, ni paralela, como puedan serlo los partenerios registrados escandinavos, holandeses y alemanes, o las uniones civiles británicas o norteamericanas.

nos, puesto que tampoco todos los españoles los tienen garantizados, sino sólo los que reúnan la capacidad suficiente u otras condiciones o modos de adquisición y ejercicio legalmente requeridos. El artículo 13.1 CE obliga a entender que la Constitución no excluye que tales condiciones o modos sean diferentes, en función de la nacionalidad. Ahora bien, en tanto no se impongan tales diferencias por tratado o ley, hemos de entender que la capacidad requerida u otras condiciones o modos de adquisición o ejercicio son las mismas para todos. Podemos afirmar, pues, que tampoco se desmienta la eficacia directa de tales derechos para los extranjeros.

Advierto, por si hiciera falta, una vez más que cualquier restricción de la libertad ha de ir dirigida a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y, además, ser proporcionada a su consecución, lo cual vale tanto cuando la padecen españoles como extranjeros (arg. arts. 1.1, 9.3 y 10.1 CE). Y esto vale claramente para la libertad que resulta de la propia Constitución, cuando reconoce derechos a todos o no sólo a los españoles.

Si se trata de derechos reconocidos constitucionalmente sólo a los españoles, sí hemos de entender que depende de los tratados o las leyes que los extranjeros puedan ser titulares de los mismos y ejercitarlos. Por lo tanto, ahora sí es el artículo 13.1 CE el que obliga a entender que tienen eficacia programática para los extranjeros. Esto implica, en primer lugar, que los extranjeros sólo podrán alegarlos ante la jurisdicción ordinaria si un tratado o una ley se los reconoce y sólo en esa misma medida, si bien su reconocimiento, respeto y protección informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, como resulta de lo dispuesto en el artículo 53.3 CE, al que nos remitiría el artículo 13.1 CE, así interpretado, cuando se trata del disfrute de estos derechos por extranjeros.

Si se trata de derechos cuya eficacia es programática para todos, incluso para los españoles, como son los reconocidos en el capítulo III del título primero de la Constitución (art. 53.3), no hace falta decir que, en principio, no sólo podrán establecerse condiciones de disfrute diferentes para unos y otros, sino también la exclusión de todos o de algunos extranjeros.

Ahora bien, advierto una vez más que los artículos 13.1 y 96 CE permiten entender que la prohibición genérica de discriminar, contenida en el artículo 26 pr. PIDCyP, obliga a someter cualquier diferencia de trato entre españoles y extranjeros o entre extranjeros en la titularidad o las condiciones de ejercicio de derechos reconocidos en la Constitución a un test de razonabilidad, no bastando con que la restricción de la libertad sea legítima⁶³. Si esto es así, ¿acaso no implica esta exigencia que hemos de

5.º La Constitución no impide que el legislador, al admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, establezca que puede ser contraído por extranjeros, con independencia de que su ley nacional admita o no tales matrimonios. Ante el silencio del legislador, hemos de acudir a lo que resulta del artículo 9.1 CC, pues tal norma, según las premisas anteriores, comprendería también la cuestión de la diversidad o identidad de sexo de los contrayentes.

6.º Si el matrimonio entre personas del mismo sexo no está garantizado constitucionalmente, sino que es una opción del legislador, parece no fácil entender que el orden público internacional español rechaza leyes extranjeras que no lo admitan, si la española podría perfectamente no admitirlo, frente al criterio de la DGRN, manifestado en la citada resolución-circular.

⁶³ Me parece bastante dudoso que deba entenderse que el test a aplicar deba ser el más estricto cuando las diferencias de trato afecten a derechos inherentes a la persona, por cuanto tales diferencias no pueden afectar en modo alguno a aquella parte de su contenido que esté exigida por el respeto a la digni-

entender que los extranjeros, en principio, también gozan de los derechos reconocidos constitucionalmente sólo a los españoles, al igual que de cualquier otro que a éstos sea reconocido por la ley, en tanto un tratado o una ley no establezcan diferencias de trato entre españoles y extranjeros o entre éstos? En mi opinión, la respuesta afirmativa se impone, sin duda, con todas sus consecuencias, también con la consecuencia de que esas diferencias de trato habrán de superar el test de razonabilidad que resulte adecuado.

Y es así como, una eficacia que parecía que era programática en relación a los extranjeros para los derechos reconocidos constitucionalmente sólo a los españoles, por quedar la decisión de su reconocimiento a los extranjeros a lo que establecieran los tratados o las leyes, como obliga a entender la norma contenida en el artículo 13.1 CE, quedó, desde la entrada misma en vigor de la Constitución, convertida en eficacia directa, quedando a salvo la posibilidad de introducir diferencias de trato no discriminatorias, como exigencia derivada de la norma contenida en el artículo 26 pr. PIDCyP, porque, precisamente, el artículo 13.1 CE, así como el 96 CE, lo imponen, por cierto, dada su generalidad, también cuando se trata de derechos no reconocidos específicamente en dicho Pacto. Y digo desde la entrada en vigor de la Constitución, porque ya antes había entrado tal Pacto en vigor en España. Así, pues, tal carácter programático no han llegado a tener para los extranjeros otros derechos que los previstos en el capítulo III del título primero de la Constitución, cuya eficacia también es programática para los españoles, no los demás, ni siquiera los que son reconocidos sólo a los españoles⁶⁴.

Aun así, so pena de hacer de la regla contenida en el artículo 13.1 CE un precepto irrelevante, hemos de considerar que la garantía del respeto al contenido esencial sigue estando reservada a las leyes o los tratados que regulen el ejercicio por los españoles de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título primero de la Constitución. Lo que ha sucedido es que una cláusula de igualdad sin discriminación, como es la contenida en el artículo 26 pr. PIDCyP, nos obliga a entender que, de entrada, los extranjeros han sido equiparados a los españoles, en tanto no se establezcan diferencias de trato por razón de la nacionalidad, que no podrán ser discriminatorias, pues no otro resultado parece conforme a lo establecido en los artículos 13.1 y 96 CE. Y, antes aun, tampoco puede restringirse la libertad de nadie, con independencia de su nacionalidad, si tal restricción no persigue un fin constitucionalmente legítimo y si es proporcionada a la consecución de ese objetivo, como exigencia de la propia Constitución (arg. arts. 1.1, 9.3 y 10.1).

dad de la persona. Dígase otro tanto para las diferencias que afecten a derechos no inherentes a la persona, aunque estén reconocidos constitucionalmente de modo impersonal, esto es, no sólo a los españoles. Y es que el artículo 14 CE, desde luego, por sí solo no lo impone, salvo que la diferencia de trato sea desfavorable a los españoles, como tampoco si lo ponemos en relación con el artículo 26 PIDCyP, al no incluir éste la nacionalidad entre los criterios de diferenciación sospechosos de trato discriminatorio.

⁶⁴ Cfr. MARÍN GÁMEZ, J. A., *op. cit.*, p. 55, para quien, a pesar de que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por lo tanto, están dotados de la protección constitucional, en cuanto a su contenido, «todos esos derechos están precisados de configuración legal o, dicho de otro modo, necesitados de desarrollo normativo específico». No estoy de acuerdo y, además, es contradictorio con su afirmación de que la igualdad del artículo 14 CE queda «atribuida sin paliativos a los extranjeros» (p. 55).

En lo que respecta a la garantía consistente en el procedimiento preferente y sumario ante la jurisdicción ordinaria y, en su caso, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, está constitucionalmente reconocida a los ciudadanos –por lo tanto, no a todos ni de modo impersonal, aunque no tendría necesariamente que ser sólo a los españoles⁶⁵–, cuando se trate de derechos y libertades reconocidos en la sección primera del capítulo II del título primero, más el derecho a la igualdad ante la ley sin discriminación (art. 14 CE) y, para el amparo, también el derecho a la objeción de conciencia (art. 53.2 CE). Por lo tanto, le es aplicable la regla del artículo 13.1 CE, de modo que un tratado o una ley podría extenderla a los extranjeros. Y considero que debe entenderse que así ha sucedido, al menos, en virtud de la cláusula general de igual protección, contenida en el artículo 26 pr. PIDCyP, aunque el artículo 41.2 LOTC sólo se refiera a los ciudadanos, como los protegidos por el recurso de amparo, pues esta ley no puede derogar dicho tratado (art. 96 CE)⁶⁶. Ahora bien, el contenido de tales derechos, que pueda estar garantizado a los extranjeros, podría no ser el mismo que el garantizado a los españoles, en todo aquello que exceda de lo exigido por la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), si bien sólo si se superan las exigencias del test de legitimidad de las restricciones de la libertad, así como su conformidad con la prohibición de discriminar (arg. arts. 26 PIDCyP, 13.1 y 96 CE). Con estas condiciones, cuando se trata de derechos inherentes a la persona o reconocidos constitucionalmente no sólo a los españoles, ese contenido es, en principio, el constitucional, salvo que haya sido modificado –acaso, restringido– por los tratados o las leyes, mientras que, cuando se trata de derechos reconocidos sólo a los españoles, ese contenido es el que resulta de los tratados o las leyes, como obliga a entender el artículo 13.1 en relación con el 53.2 CE.

Lo mismo valdría para la garantía relativa al Defensor del Pueblo (art. 54 CE).

Finalmente, en cuanto a la suspensión de derechos y libertades (art. 55.1 CE), lo coherente con lo hasta aquí defendido es admitir que, en el ámbito en el que puede operar la regla contenida en el artículo 13.1 CE –en lo que no venga exigido por el respeto a la dignidad de la persona–, tal garantía pueda no comprender para los extranjeros los mismos derechos y libertades que para los españoles o no con el mismo contenido ni en la misma medida⁶⁷. Ahora bien, también aquí habrá que partir, por exigirlo la norma contenida en el artículo 26 pr. PIDCyP, de la regla de equipara-

⁶⁵ Es o podría ser éste un punto de partida para reinterpretar el ordenamiento, al objeto de entresacar un estatuto del ciudadano, no coincidente con el del nacional, pero de mayor contenido que el del extranjero extracomunitario y no ciudadano. Ahora bien, ¿cuántas categorías es conveniente tipificar y con qué contenido? ¿Españoles, nacionales de otros Estados de la Unión Europea, otros ciudadanos –los residentes, por ejemplo– y los demás extranjeros?

Sin perjuicio de lo anterior, el sentido que se da en el texto al empleo de la expresión «ciudadanos» es el coherente con el que se da hace de los preceptos en los que se reconocen tales derechos, por contraste con las alternativas de reconocer esta garantía de modo impersonal o a todos (los titulares de los mismos, con independencia de que lo fueran directamente por la Constitución, o por un tratado o por una ley).

⁶⁶ Esto no implica la inconstitucionalidad de cualquier diferencia en la protección de derechos, sino dos cosas: que no hay que esperar a que una ley extienda a los extranjeros esta protección, pues ya lo hace un tratado (arg. arts. 13.1 y 96 CE), y que tal diferencia, si la hubiere, ha de responder a un fin constitucionalmente legítimo y ser proporcionada a su consecución.

⁶⁷ CANO BUESO, J., *op. cit.*, p. 30, coherente con su premisa general de equiparación de extranjeros y nacionales en el régimen de garantía de los derechos, considera que aquéllos no pueden ser sometidos a suspensiones de sus derechos no previstas para los españoles.

ción, salvo diferencias de trato, que puedan establecer los tratados o las leyes, no sólo cuando se trate de derechos constitucionalmente reconocidos sólo a los españoles, sino también para todos los demás. Y, claro está, tales diferencias habrán de superar el test de razonabilidad o de proporcionalidad, es decir, responder a un fin constitucionalmente legítimo y ser adecuadas a su consecución.

II. Los derechos de los extranjeros en la Ley reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁶⁸

2.1 DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS E INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS

Ha de advertirse que esta ley no se aplica por igual a todos los extranjeros. Hemos de distinguir entre una regla general, por la que se establece su aplicación directa, en principio, a todos los que no tienen la nacionalidad española (art. 1.1 LE), y otra especial, que prevé su aplicación supletoria o cuando sea más favorable, para aquellos extranjeros a los que sea de aplicación el régimen comunitario (art. 1.2 LE)⁶⁹. En consecuencia, si hay norma comunitaria aplicable, esta ley sólo se aplica a tales ciudadanos, si es más favorable.

El artículo 3.1 pr. LE coincide con lo previsto en el artículo 13.1 CE, por lo que es irrelevante, salvo que con él se pretenda advertir que no se opta por un principio o regla de equiparación salvo excepciones, sino por el tratamiento específico de cada derecho, a diferencia de lo que se establecía en su redacción originaria⁷⁰. Lo que sucede es que, atendiendo al bloque de constitucionalidad, es decir, a lo que resulta, sobre todo, de la cláusula general de igualdad sin discriminación, contenida en el

⁶⁸ Una comparación entre las Leyes 4 y 8/2000, puede verse en CANO BUESO, J., *op. cit.*, p. 20.

⁶⁹ «Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes les sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables» (art. 2.1 LE).

Esa legislación o parte de ella ha sido desarrollada por el RD 178/2003, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como de nacionales de Suiza (Acuerdo de libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por un lado, y la Confederación Helvética, por otro, de 21 de mayo de 1999, en vigor desde junio de 2002), aplicable también a ciertos familiares de estos extranjeros y de españoles, con independencia de cuál sea su nacionalidad, según prevé el artículo 2 de este mismo RD: «El presente Real Decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que a continuación se relacionan, y siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con éstos: a) A su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho. b) A sus descendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, menores de veintinueve años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas. c) A sus ascendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, que vivan a sus expensas, con la excepción de los ascendientes de los estudiantes y de sus cónyuges».

⁷⁰ «Los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley orgánica» (art. 3.1 LE). Aquí sí se formulaba una regla general de equiparación de los extranjeros a los españoles, salvo las excepciones o modulaciones que se previeran en la propia ley.

artículo 26 pr. PIDCyP, la ley puede establecer diferencias de trato por razón de la nacionalidad –otra cosa es que superen los tests de legitimidad de restricción de la libertad y de no discriminación–, pero no puede sentar como principio o regla general la no equiparación. Así las cosas, la llamada a los tratados, que se hace en el artículo 3.1 LE no puede sino implicar dicha regla general de equiparación, salvo diferencias no discriminatorias.

El artículo 3.1 *in fine* LE parece pretender dejar claro que tampoco por vía interpretativa se establece esa equiparación, ni siquiera como presunción para resolver dudas en la interpretación de las reglas de la propia ley. Es más, lo que permite es presumir que los extranjeros no tienen obstáculos reales específicos, que les impidan el ejercicio de los derechos que se les reconocen, sino que los vienen ejercitando en las mismas condiciones que los españoles, por lo que no procedería presumir su discriminación ni, acaso, implementar, salvo que se demuestre otra cosa, medidas de apoyo específico ni, mucho menos, discriminaciones positivas, posibles al amparo del artículo 9.2 CE⁷¹. Como pondré de manifiesto al final, esta perspectiva puede que sea la que explique parte del contenido de las medidas anti-discriminatorias, previstas en el artículo 23 LE. Pues bien, más allá de establecer esta presunción, que ha de ser vencida sólo para que normas de rango inferior favorezcan a los extranjeros, lo que está fuera de toda duda es que la ley no puede excluir medidas de discriminación positiva, amparadas en el artículo 9.2 CE, sino condicionar su legalidad a la existencia de una situación real de desventaja de los extranjeros favorecidos por tales medidas.

El artículo 3.2 LE reitera la previsión contenida en el artículo 10.2 CE para las normas de la propia ley o de otras leyes sobre derechos fundamentales de los extranjeros.

2.2 DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

2.2.1 *Derecho a la intimidad familiar*

Junto a la vida en familia es reconocido el derecho a la intimidad familiar sólo a los extranjeros residentes (art. 16.1 LE). Esta restricción a los residentes es claramente inconstitucional. Al tratarse de un derecho inherente a la dignidad de la persona, reconocido constitucionalmente de modo impersonal (art. 18 CE), está fuera de toda duda que corresponde a toda persona, con independencia de que la familia en la que se inserte sea la formada en el país de origen –tras su reagrupación a España– o la que haya formado en España. Así, pues, todo extranjero goza de la protección que le dispensa el artículo 18 CE, la Ley Orgánica 5/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, así como los artículos 197 y ss. CP frente a intromisiones ilegítimas. El contenido esencial de este derecho resulta, además de lo que prevé la propia Constitución, de los artículos 12 DUDH, 17 PIDCyP y 8 CEDH.

⁷¹ FERNÁNDEZ SEGADO, F., *op. cit.*, p. 67, por el contrario, sostiene que esta regla del artículo 3.1 LE confirma el principio de igualdad de ejercicio de los derechos por españoles y extranjeros que hayan obtenido autorización de estancia o de residencia en España.

2.2.2 Libertad de circulación

Reconocido en el artículo 5.1 LE junto a la libertad de elección de residencia sólo a los extranjeros que se hallen en España en situación regular –igual en la redacción originaria–, no plantea problema alguno, puesto que en el artículo 19.1 CE este derecho está reconocido sólo a los españoles. Sin embargo, en el artículo 13.1 DUDH este derecho es reconocido a «toda persona». Lo que sucede es que en el artículo 12.1 PIDCyP es reconocido a «toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado». Esta libertad de circulación sí está claramente relacionada con la regularidad de la situación de su titular, pero es de los pocos derechos que presentan o admiten tal vinculación, de entre aquellos cuyo ejercicio la ley se ocupa de regular.

Las medidas limitativas de estos derechos, contempladas en el artículo 5.2 LE, requieren más garantías que las de la redacción originaria, tanto en general, en cuanto a su duración, como en especial, cuando hayan sido impuestas por resolución del Ministro del Interior.

2.2.3 Derechos de reunión y manifestación

El derecho de reunión es reconocido a los extranjeros, como a los españoles, pero se condiciona su ejercicio a que hayan obtenido autorización de estancia o de residencia en España (art. 7.1 LE).

No tratándose de un derecho inherente a la persona, como en el artículo 21.1 CE es reconocido no a todos, pero tampoco sólo a los españoles, habría que analizar si esta condición, que no se exigía en la redacción originaria, está justificada por la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y si es proporcionada a su consecución⁷². En el artículo 20.1 DUDH este derecho es reconocido a «toda persona», pero

⁷² ARAGÓN REYES, M., *op. cit.*, p. 13, considera que no es inconstitucional no reconocer estos derechos a extranjeros que se encuentren en situación ilegal en España, ya que no se trata de derechos inmediatamente conectados con la dignidad de la persona.

BIGLINO CAMPOS, («Encuesta ...», *cit.*, pp. 42 y 43) considera que el ejercicio de este derecho no puede estar sometido a ningún tipo de autorización previa (arg. art. 21.1 CE y STC 115/1987), tampoco la que implica la de estancia o residencia, forzando a los extranjeros a reunirse de modo clandestino e impidiéndoles su integración.

También por la inconstitucionalidad de la restricción legal: CANO BUESO, J., *op. cit.*, pp. 24, 25 y 28; CARRILLO LÓPEZ, F., *op. cit.*, pp. 26, 27 y 39.

En cambio, FERNÁNDEZ SEGADO, M. *op. cit.*, pp. 83-85, no aprecia inconstitucionalidad en la solución legal, atendida una serie de elementos de juicio, tales como tratados internacionales, Derecho comunitario, la Ley de Extranjería de 1985, la lucha contra la inmigración ilegal, la seguridad pública, las normas sobre expulsión.

PÉREZ CALVO, *op. cit.*, pp. 45 y 47, tras advertir que el criterio seguido por la Ley 7/1985 fue el de exigir la estancia o residencia legal para estos y otros derechos, afirma que la posibilidad jurídica de que sean ejercitados por extranjeros que se hallen en situación ilegal en España supondría una desigualdad respecto a otros extranjeros en situación legal, así como en relación a los españoles, además de las consecuencias que de esto se derivarían para la identificación de extranjeros.

VIDAL FUEYO, M. C., «La nueva ley ...», *cit.*, pp. 202 y 203, se pregunta, por ejemplo, por qué un trabajador extranjero, al que se ha denegado la prórroga de estancia, y que está a la espera de que se resuelva su recurso contra esta denegación, no puede reunirse, tratándose de un derecho directamente relacionado con el libre desarrollo de la personalidad. Sí ve sentido que para promover o convocar reuniones el extranjero deba tener autorización de estancia o de residencia, puesto que el artículo 4 de la ley que regula el ejercicio de este derecho (9/1993) exige que las reuniones sean promovidas por quienes se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, lo cual ha de valer tanto para los españoles como para los extranjeros.

en el artículo 21 PIDCyP se autorizan restricciones, si están previstas en la ley y si «son necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás». En el artículo 11.2 CEDH también se admiten restricciones, si están previstas en la ley, que «constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos». Aquí se contienen parámetros, con los que valorar si exigir al extranjero que haya obtenido autorización de estancia o de residencia en España para ejercer el derecho de reunión está justificado y es proporcionado a la consecución de alguno de estos objetivos.

Recordemos que en la STC 115/1987 se exigió que en el ámbito del contenido esencial de este derecho no hubiera distinciones entre españoles y extranjeros. Por lo tanto, habría que valorar si de esto se desprende que no puede ser negado el ejercicio de este derecho a aquellos extranjeros que no hayan obtenido autorización de estancia o de residencia en España.

Podría argumentarse que, al exigir tal autorización, se está, precisamente, equiparando a los extranjeros con los españoles, puesto que éstos, por el hecho de serlo, tienen derecho a circular libremente y residir en España (art. 19.1 CE), mientras que aquéllos no tienen reconocido ese derecho constitucionalmente, sino por esta ley, si su situación en España es acorde a lo previsto en esta misma ley (arts. 13.2 y 19.1 CE y 5.1 LE). En definitiva, se habría optado por vincular el derecho de reunión y manifestación a la libertad de circulación y residencia en España, de modo que este derecho sólo podría ser ejercitado por quienes, con independencia de su nacionalidad, tengan derecho a estar, circular y residir en España. Otra cosa es que ésta sea la única opción constitucionalmente admisible, ni la más acorde con la relevancia política de estos derechos en una sociedad democrática.

Los promotores de reuniones en lugares de tránsito público habrán de comunicarlo previamente a la autoridad competente (art. 7.2 LE). Es una exigencia prevista ya en el mismo artículo 21.2 CE.

2.2.4 *Derecho de asociación*

Es reconocido a los extranjeros en los mismos términos que el derecho de reunión, es decir, como a los españoles, siempre que el extranjero haya obtenido autorización de estancia o de residencia en España.

Los términos del reconocimiento constitucional de la libertad de asociación en general son los mismos que los del derecho de reunión, es decir, no a todos, pero tampoco sólo a los españoles (art. 22.1 CE), así como los de su reconocimiento por acuerdos internacionales (arts. 20.1 DUDH, 22 PIDCyP y 11 CEDH), siéndole de aplicación igualmente la doctrina contenida en la STC 115/1987.

En cambio, la libertad de asociación sindical es reconocida constitucionalmente a «todos» (art. 28.1). Igual sucede en los artículos 23.4 DUDH y 8.1.a) PIDESyP. Aun así, al requerirse una cierta capacidad de obrar, no pueden todas las personas ejercitar este derecho. Se trata, en realidad, de un derecho de reconocimiento impersonal, como los de reunión y de asociación en general, por lo que considero que valen para

éste las consideraciones relativas a aquéllos. Tan es así, que en el último precepto se admiten restricciones para este derecho, con tal que estén prescritas por la ley y «que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de derechos y libertades ajenos», similares a las previstas para aquellos otros derechos.

Me parece difícilmente aceptable que ahora esté igualmente justificado exigir como condición para el ejercicio del derecho de asociación que el extranjero haya obtenido autorización de estancia o de residencia en España. Sí lo tiene o puede tenerlo en el caso del derecho de reunión y manifestación, puesto que implica o puede presuponer libertad de movimientos en el territorio nacional, pero no así en relación al derecho de asociación⁷³. En la redacción originaria no se exigía tal condición, aunque sí la de residente para promover asociaciones. Es más, tampoco me parece justificado que un extranjero no residente en España no tenga reconocido por el ordenamiento español el derecho a asociarse, incluida la facultad de promover y constituir asociaciones, sin matices, que permitieran apreciar la concurrencia de alguna de las causas de restricción previstas en los tratados.

A este respecto considero conveniente poner de manifiesto la diferencia existente con la posibilidad de constituir e integrar sociedades españolas, para lo cual basta con que no se les excluya (arg. arts. 27 y 28.1 CC, por todos). Y, entonces, me planteo, entre otras⁷⁴, cuestiones tales como la siguiente: ¿estarán estos extranjeros no resi-

⁷³ ARAGÓN REYES, M., *op. cit.*, pp. 14 y 15, a pesar de que considera que este derecho está íntimamente conectado con el libre desarrollo de la personalidad, afirma que puede no ser reconocido a los extranjeros que se encuentren en situación ilegal; con mayor motivo el derecho a la afiliación sindical.

BIGLINO CAMPOS, *op. cit.*, pp. 42 y 43, considera que el ejercicio de este derecho no puede estar sometido a ningún tipo de autorización previa (arg. art. 22.3 CE y STC 115/1987), tampoco la que implica la de estancia o residencia, forzando a los extranjeros a asociarse de modo clandestino e impidiéndoles su integración.

También por la inconstitucionalidad de la restricción legal: CANO BUESO, J., *op. cit.*, pp. 24, 25 y 28; CARRILLO LÓPEZ, M., *op. cit.*, pp. 26, 27 y 39.

En cambio, FERNÁNDEZ SEGADO, F., *op. cit.*, pp. 83-88, no aprecia inconstitucionalidad en la solución legal, con base en los datos indicados en nota anterior, citando convenios de la OIT.

En el mismo sentido que el anterior, PÉREZ CALVO, *op. cit.*, p. 46, proporciona como argumento en contra de la inconstitucionalidad de la restricción que en el artículo 22.2 CE se establece que sean declaradas ilegales aquellas asociaciones que persigan fines o utilicen medios delictivos, argumento éste que me parece inaceptable, pues nada tiene que ver. En cambio, aunque no los comparta, sí son atendibles los que este mismo autor proporciona (*op. cit.*, pp. 45, 47 y 53), al advertir que el criterio seguido por la Ley 7/1985 fue el de exigir la estancia o residencia legal para estos y otros derechos y que la posibilidad jurídica de que sean ejercitados por extranjeros que se hallen en situación ilegal en España supondría una desigualdad respecto a otros extranjeros en situación legal, así como en relación a los españoles, además de las consecuencias que de esto se derivarían para la identificación de extranjeros.

VIDAL FUEYO, M. C., «La nueva ley ...», *cit.*, pp. 202 y 203, se pregunta con razón por qué un científico extranjero que no reside en España no puede formar parte de una asociación científica española, o por qué los padres extranjeros y sin permiso de residencia pueden escolarizar a sus hijos menores de edad y, sin embargo, no pueden formar parte de la asociación de padres de alumnos de ese mismo centro escolar.

VIDAL FUEYO, M. C., *Constitución ...*, *cit.*, p. 294, considera lógico exigir autorización de estancia o de residencia para que los extranjeros puedan ejercer o ser titulares del derecho a sindicarse, ya que se trata de un requisito exigido para poder ser sujeto de una relación laboral. En cambio, esta misma autora entiende («La nueva ley ...», *cit.*, p. 209) que sí pueden fundar sindicatos.

⁷⁴ A tenor de estas reglas, un extranjero que desee invertir capitales o promover actividades económicas en España no tendría necesidad de residir en nuestro país, mientras que los que promoviesen actividades de otro tipo sí tendrían que estar al alcance de la acción policial interna, pues esas otras actividades

dentes, pero miembros de tales entidades, protegidos como los demás socios en la relación societaria (interna), frente a la violación de su derecho fundamental, comprendido en el de asociación, reconocido en el artículo 22 CE, susceptible de protección también a través del recurso de amparo? ¿O sólo tendrán la protección predisuelta para el contenido económico de sus derechos como socios, por la vía de la propiedad privada (art. 33.3 CE) y la libertad de empresa (art. 38 CE), en la que no cabe ese recurso, como no sea por el trato discriminatorio, si ese extranjero no pudiera reaccionar contra los abusos de los que fuera objeto en su relación con otros socios? No tengo duda alguna al respecto, entre otras cosas, por lo que resulta de la interpretación del término «asociación», tal y como resulta de los artículos 28 y 35 CC, claramente comprensivo de las sociedades, tras el filtro, que no exclusión, que supone el artículo 22 CE, como claramente pone de manifiesto la ley de asociaciones⁷⁵, sin que quepa trato discriminatorio hacia los extranjeros (art. 26 pr. PIDCYP). Por lo demás, ¿qué impacto tendría en las inversiones extranjeras no reconocer a los socios extranjeros no residentes la protección íntegra de los aspectos asociativos de la relación societaria?

Pues bien, la libertad de asociación, a la que se refiere el artículo 8 LE –en mi opinión, igual que la libertad de sindicación–, no es sólo la de promover o integrar asociaciones, sino que también comprende los aspectos asociativos de las sociedades. Si los extranjeros no residentes no pueden ser privados por ley de un derecho constitucional, cuando integran sociedades, ¿sí van a poder serlo en el ámbito más inmediato del mismo derecho constitucional de asociación? La respuesta negativa se impone, sin duda.

Por su parte, en el artículo 1 de la Ley 6/2002, Orgánica de Partidos Políticos, se limita a los españoles el derecho a crearlos. En la STC 48/2003 (ponente, el magistrado Jiménez de Parga y Cabrera) se entendió que no es inconstitucional reservar a los españoles el derecho a crear partidos políticos, puesto que se trata de «asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones», concretamente, por ser «instrumento privilegiado de participación política, actividad ésta cuyo ejercicio se constituye en un derecho que, garantizado por el artículo 23 CE, tiene por titulares únicamente a los españoles (art. 13.2 CE)», si bien esta «restricción ha de ser interpretada en sus estrictos términos», esto es, «no puede afectar al derecho de los extranjeros a afiliarse a los partidos políticos ya constituidos, ni traducirse en ninguna limitación de los derechos derivados de la afiliación». Esta fundamentación podría superar el test de racionalidad de la diferencia de trato, pero no está claro que superase el de razonabilidad o proporcionalidad –conforme a la STC 115/1987, éste sería el aplicable, por cuanto establece una diferencia de trato entre nacionales y extranjeros en el ejercicio de un derecho, como es el de asociación, constitucionalmente reconocido no

son más peligrosas socialmente –¿también políticamente? ¿Es esto coherente con una sociedad democrática, basada en el respeto a los derechos humanos?

⁷⁵ «La presente Ley Orgánica, siguiendo nuestra tradición jurídica, limita su ámbito a las asociaciones sin fin de lucro, lo que permite dejar fuera del ámbito de aplicación de la misma a las sociedades civiles, mercantiles, industriales y laborales, a las cooperativas y mutualidades, y a las comunidades de bienes o de propietarios, cuyas finalidades y naturaleza no responden a la esencia comúnmente aceptada de las asociaciones, sin perjuicio de reconocer que el artículo 22 de la Constitución puede proyectar, tangencialmente, su ámbito protector cuando en este tipo de entidades se contemplen derechos que no tengan carácter patrimonial» (exposición de motivos de la ley).

sólo a los españoles, sino de modo impersonal, como los de reunión y manifestación, objeto de dicha sentencia—, dado que hay extranjeros que sí tienen el derecho de participación política, incluso el de sufragio activo y pasivo en elecciones (municipales), por lo que resulta excesivo negarles la facultad de crear partidos políticos. Y es que no me parece contradictorio, por un lado, permitir a alguien fundar un partido y, por otro, no reconocerle el derecho de sufragio, mientras que sí me lo parece admitir la afiliación y no la fundación de uno.

2.2.5 *Participación pública*

A los extranjeros residentes se les reconoce el derecho de sufragio en las elecciones municipales, a condición de reciprocidad para con los españoles en el correspondiente país de origen⁷⁶ (art. 6.1 LE). Plenamente conforme a los artículos 13.2 y 23.1 CE.

Se contiene un mandato a los Ayuntamientos para que incorporen a su padrón a los extranjeros residentes en ellos, de lo que resultarán para éstos todos los derechos que por tal concepto reconozca la legislación de bases de régimen local, incluido el derecho de audiencia en los asuntos que les afecten (art. 6.2 y 3 LE). Si «por tal concepto» se refiere a los derechos que correspondan a los españoles residentes empadronados, hemos de tener en cuenta que, lógicamente, habrá de tratarse de derechos que permitan un grado de participación en los asuntos municipales, nunca de superior entidad al derecho de sufragio activo y pasivo.

Se manda igualmente a los poderes públicos que faciliten a los extranjeros, con independencia de su situación en España, el ejercicio del derecho de sufragio en los procesos electorales democráticos⁷⁷ en su respectivo país de origen (art. 6. 4 LE).

2.2.6 *Libertades económicas*

Se considera discriminatorio impedir el ejercicio de actividades económicas a extranjeros con residencia legal en España⁷⁸, lo cual parece un reconocimiento implícito a los extranjeros de la libertad de empresa, en principio, en las mismas condiciones que a los españoles. En el artículo 38 CE este derecho es reconocido de modo impersonal, por lo tanto, sin distinción entre españoles y extranjeros, aunque los tratados y las leyes pueden establecerlas, siempre que, según he explicado, no impliquen restricciones ilegítimas ni sean discriminatorias. Ahora bien, de esto no puede derivarse que no será discriminatorio, en ningún caso, impedir el desarrollo de actividades económicas a extranjeros que no se encuentren en España, no porque haya que analizar caso por caso cada una de las actividades económicas, sino, antes incluso, porque se estaría comprimiendo en exceso este ámbito de libertad, reconocido no sólo a los españoles, invirtiendo además la regla general constitucional de equiparación

⁷⁶ En la redacción originaria de esta ley no se exigía esta condición, violando así lo exigido en el artículo 13.2 CE.

⁷⁷ ¿Podría, entonces, impedirse a los extranjeros el sufragio en procesos electorales por no ser democráticos?

⁷⁸ «En cualquier caso, constituyen actos de discriminación:

d) Todos los que impidan, a través de acciones u omisiones, el ejercicio de una actividad económica emprendida legítimamente por un extranjero residente legalmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad» [art. 23.2.d) LE].

con los españoles. ¿O es que, acaso, se exige a éstos que sean residentes para desarrollar cualquier actividad económica?

A diferencia de lo que se establecía en la redacción originaria, se reconoce sólo a los extranjeros residentes el derecho a crear y dirigir centros docentes, también con remisión a las disposiciones vigentes (art. 9.5 *in fine* LE). Haber impuesto la condición de residencia para que un extranjero pueda crear un centro docente implica una restricción del derecho reconocido en el artículo 27.6 CE a «las personas físicas y jurídicas» a la libertad de creación de centros docentes, que, siendo una manifestación de la libertad de empresa, reconocida de modo impersonal en el artículo 38 CE, debe estar justificada por la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y ser proporcionada a su consecución. No veo razón suficiente para esta restricción, ni siquiera aunque se impusiera también a los españoles ¿Qué interés se persigue, al negar a no residentes que puedan crear centros de este tipo?⁷⁹ Esto en cuanto a la titularidad del centro, puede que otra cosa sea su dirección.

Se reconoce el derecho a realizar transferencias, sin límite, para los ingresos y ahorros obtenidos en España, con destino a cualquier otro país, claro está, conforme a los procedimientos previstos en la legislación española y conforme a los acuerdos internacionales aplicables (art. 15.2 LE). No es una exigencia constitucional la libertad de exportación de capitales, pero tampoco parece que esta libertad de transferencia de ingresos y ahorros implique necesariamente esa libertad de circulación de capitales, puesto que, aunque se refiere a cualesquiera ingresos y ahorros, han de haberse generado en España, de modo que no se trata de capitales ingresados, invertidos, desinvertidos y exportados, sino de la transferencia de ganancias obtenidas en España.

2.3 DERECHOS LABORALES Y SOCIALES

2.3.1 *Derecho al trabajo*⁸⁰

El derecho al trabajo por cuenta propia o ajena está condicionado a que el extranjero obtenga la correspondiente autorización administrativa (arts. 10.1 y 36-43 LE, 48-70 y 75-99 RLE). Ésta es una regla general, que admite excepciones que resulten de un tratado o de otra ley (arg. arts. 13.1 y 35.1 CE, SSTC 107/1984 y 150/1994). No cabe hacer reproche de inconstitucionalidad alguno a esta exigencia legal, puesto que el derecho al trabajo sólo está reconocido constitucionalmente a los españoles⁸¹.

⁷⁹ Esta exclusión de los extranjeros no residentes se puede eludir, recurriendo a la creación de entidades dotadas de personalidad jurídica o, lo que es peor, mediante testafierros. No es sólo o no tanto una cuestión de integración social del extranjero, cuanto de transparencia.

⁸⁰ Estrechamente relacionado con este derecho está el reconocimiento de diplomas profesionales, certificados y otros títulos, que desde el 23 de enero de 2006 debería realizarse a los extranjeros residentes con permiso de residencia de larga duración, obtenido en cualquier Estado de la Unión, en igualdad de condiciones que las previstas para los españoles [art. 11.1.c) de la directiva 2003/109].

⁸¹ BIGLINO CAMPOS, *op. cit.*, p. 51, considera legítimo exigir tal autorización (arg. arts. 40 CE y 39 LE y STC 107/1984), por la relación existente entre la situación nacional de empleo y la fijación de contingentes de trabajadores.

Dígase otro tanto de la equiparación de los extranjeros residentes a los ciudadanos comunitarios en el acceso como personal laboral al servicio de las Administraciones públicas (art. 10.2 LE). Recordemos que en el artículo 13.2 CE se reserva a los españoles el derecho de acceder a cargos y funciones públicos.

2.3.2 *Derecho de huelga*

Queda condicionado a que el extranjero esté autorizado a trabajar, condición que no se exigía en la redacción originaria, pues bastaba con el hecho de trabajar, sin tener que contar con esa autorización. Como en el artículo 28.2 CE este derecho es reconocido no a todos pero tampoco sólo a los españoles y no es inherente a la persona, habría que valorar si esa condición que se impone a los extranjeros está justificada por perseguir un fin constitucionalmente legítimo y ser proporcionada a su consecución. No se puede afirmar, sin más, que, por no tener derecho a trabajar, tampoco se tiene derecho a la huelga si, a pesar de todo, se trabaja. Si existe la obligación de trabajar, no se puede dejar de reconocer el derecho de huelga⁸².

La regla contenida en el artículo 36.3 *in fine* LE no sanciona con la nulidad el contrato de trabajo por carecer de la correspondiente autorización administrativa, sino que se limita a advertir que se salvan las responsabilidades a que hubiere lugar, así como los derechos y prestaciones que pudieran corresponder al trabajador.

PÉREZ CALVO, *op. cit.*, pp. 54 y 55, considera que exigir la autorización para trabajar tiene cabida en la jurisprudencia constitucional, puesto que no afecta al contenido esencial de este derecho, sino que es un requisito para poder ejercerlo. Lo que sucede es que después califica este requisito como de capacidad, para poder firmar un contrato de trabajo y llegar a ser considerado trabajador por el ordenamiento jurídico español, citando como apoyo el artículo 36.1 LE.

La nacionalidad es uno de los estados civiles que no afectan ni modifican la capacidad de obrar de la persona, sino, como estamos comprobando, su autonomía de la voluntad, es decir, su libertad. Sólo la edad y las enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas que impidan o disminuyan la aptitud de la persona para gobernarse por sí misma afectan a la capacidad de obrar, además de implicar —éstas también— una restricción de la libertad del sujeto.

VIDAL FUEYO, M. C., *Constitución ... cit.*, pp. 283, 285 y 287-292, distingue entre el acceso al trabajo y las condiciones de trabajo. En cuanto a lo primero, no considera discriminatorio exigir autorización para trabajar a los extranjeros o a ciertos extranjeros, puesto que del artículo 35 CE no nace para ellos el derecho a acceder a un puesto de trabajo. En cambio, entiende que no podría diferenciarse por razón de la nacionalidad en las condiciones de trabajo, debiendo superar tales diferencias un escrutinio estricto (arg. arts. 23 DUDH, 7 PIDESyC, la Carta social europea, el Convenio europeo sobre el estatuto del trabajador migrante y el Convenio núm. 111 OIT sobre discriminación en materia de empleo y ocupación, y los arts. 17 del Estatuto de los trabajadores y 23.2 LE).

⁸² ARAGÓN REYES, M., *op. cit.*, p. 15, considera que no es inconstitucional esta restricción, puesto que el Tribunal Constitucional tiene reiteradamente declarado que no pueden exigirse derechos desde la ilegalidad.

Por la inconstitucionalidad de la restricción legal: CANO BUESO, J., *op. cit.*, pp. 24, 25 y 28; CARRILLO LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 26, 27, 39, 51 y 52, para quien la autorización administrativa previa para ejercer la libertad sindical y el derecho de huelga es un control preventivo, extraño al sistema democrático de garantías de los derechos fundamentales.

En cambio, FERNÁNDEZ SEGADO, F., *op. cit.*, pp. 89 y 90, no aprecia inconstitucionalidad en la solución legal, atendidos tratados internacionales, convenio de la OIT, ...

PÉREZ CALVO, *op. cit.*, p. 55, considera constitucional exigir la autorización para trabajar como condición para poder ejercer el derecho de huelga, pues así se coloca al extranjero al mismo nivel que a los españoles, que tienen ese derecho en la medida en que son trabajadores, puesto que este autor califica dicho requisito como de capacidad, como indiqué y critiqué en nota anterior.

Estas previsiones no prejuzgan cuál sea la sanción que merezca el contrato, sino que se limitan a salvar ciertos efectos –los favorables al trabajador– y responsabilidades. Sí está claro que no se trata de un contrato inexistente. Puede ser válido, en cuyo caso, no sólo se mantienen los efectos favorables producidos para el trabajador, sino todos y, además, también para el futuro, en cuyo caso subsiste la obligación de trabajar, por lo que no puede negarse el derecho de huelga. Puede ser nulo, pero salvando los efectos favorables para el trabajador, producidos con anterioridad a su declaración de nulidad, de modo que no subsistiría la obligación de trabajar⁸³. Puede ser válido, pero ineficaz en tanto no se obtenga la autorización administrativa, en cuyo caso, de momento, no existiría tal obligación, subsistiendo los efectos producidos anteriormente a favor del trabajador.

La sanción de nulidad no puede basarse en lo establecido en el artículo 6.3 CC, por cuanto considero que sólo es aplicable cuando se ha infringido un límite a la libertad contractual –el contenido de lo pactado es contrario a leyes imperativas, a la moral o al orden público–, no cuando se ha infringido una limitación de dicha libertad, como es la necesidad de contar con una autorización⁸⁴. En principio, con base en esta interpretación del artículo 6.3 CC, a falta de otra norma específica, lo más adecuado es entender que el contrato de trabajo es válido, pero ineficaz en tanto no se obtenga la correspondiente autorización, sin que proceda considerar inválido el contrato por falta de capacidad –de ser éste el problema, sería anulable (arg. arts. 1300 y ss. CC)–, pues no podemos entender que los extranjeros tengan, por el hecho de serlo, afectada su aptitud para gobernarse por sí mismos.

Las SSTS (Sala de lo Social) de 09.06 y 29.09.2003⁸⁵ afirman la validez del contrato, con base en el artículo 36.3 LE. Me parece que es mejor en la inaplicabilidad del artículo 6.3 CC en lo que se basaría tal validez. No se dice en ellas que el contrato sea, con todo, ineficaz, en tanto no se obtenga la correspondiente autorización. Sin embargo, una interpretación conjunta de las reglas contenidas en los artículos 11.2 y 36.3 LE reforzaría esta interpretación, ya que así se explicaría que, entre tanto no llegue a nacer la obligación de trabajar, no tenga el trabajador derecho a la huelga. Es más, la presunción de constitucionalidad de las leyes o, si se prefiere, el principio de conservación de los actos jurídicos obligaría a realizar esta interpretación, ya que, de considerar que el contrato de trabajo es válido y eficaz, tendríamos que considerar inconstitucional la exclusión del derecho de huelga de estos trabajadores, contratados sin contar con la preceptiva autorización administrativa.

VIDAL FUEYO, M. C., *Constitución ...*, cit., pp. 296 y 297, tampoco ve problema en exigir autorización para trabajar para que un extranjero pueda ejercer el derecho de huelga.

⁸³ La nulidad del matrimonio tampoco implica la desaparición retroactiva de todos los efectos ya producidos, puesto que los hijos, en todo caso, y el cónyuge o los cónyuges de buena fe tienen derecho a conservar los ya producidos (art. 79 CC, situación de matrimonio putativo).

⁸⁴ Sobre límites y limitaciones a la autonomía de la voluntad remito al lector interesado a lo expuesto en extenso por BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., «Limitaciones a la autonomía de la voluntad», *libro en homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, vol. II, p. 7 y ss., y por mí, más escuetamente, si bien desde una perspectiva general, pero aplicada a la sanción por falta de autorización en diversos supuestos, en el prólogo al libro *Las fundaciones: Patrimonio, funcionamiento y actividades*, de LINARES ANDRÉS, L., Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 13-22.

⁸⁵ Antonio Álvarez del Cuvillo me ha facilitado las referencias.

2.3.3 *Derecho a la educación*⁸⁶

Se reconoce a todos los extranjeros menores de edad, con independencia, por lo tanto, de cuál sea su situación en España, el derecho y el deber de acceder a la educación obligatoria en las mismas condiciones que a los españoles, con acceso a las ayudas públicas y a la correspondiente titulación (art. 9.1 LE). Ninguna objeción cabe hacer desde el punto de vista constitucional, puesto que se reconoce sin distinción este derecho en lo que, sin duda, integra su contenido esencial (art. 27.1 y 4 CE). Dígase otro tanto, por lo que establecen los artículos 26.1 DUDH, 13 y 14 PIDESyC.

Se reconoce sólo a los extranjeros residentes el derecho a la educación no obligatoria en las mismas condiciones que a los españoles, salvo el acceso a las ayudas públicas para la educación infantil, nivel en el que sólo se manda a las Administraciones públicas que garanticen que se oferten plazas suficientes para quienes las soliciten, pero sin compromiso de gratuidad, es más, ni siquiera de igualdad en las condiciones de acceso respecto a los españoles (art. 9.2 y 3 LE)⁸⁷. Aquí sólo podría plantearse un problema de discriminación⁸⁸, no de violación del derecho a la educación, ya que ni siquiera los españoles tienen garantizado constitucionalmente el acceso a niveles de enseñanza no obligatoria con un sistema de ayudas públicas⁸⁹. La posible discriminación sería, sobre todo, en cuanto al acceso a las ayudas públicas para la enseñanza infantil no obligatoria, por lo que se establece no sólo en el artículo 26 PIDCyP, sino por lo que impone el artículo 24.1 del mismo Pacto, acerca de no

⁸⁶ Estrechamente relacionado con este derecho, especialmente, en relación a las condiciones de acceso a niveles de educación medios y superiores, está el reconocimiento de certificados y otros títulos, que desde el 23 de enero de 2006 debería realizarse a los extranjeros residentes con permiso de residencia de larga duración, obtenido en cualquier Estado de la Unión, en igualdad de condiciones que las previstas para los españoles [art. 11.1.c) de la directiva 2003/109].

⁸⁷ En la redacción originaria (art. 9.2) todos los extranjeros tenían reconocido el acceso a la educación en los niveles de enseñanza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles.

⁸⁸ Es una discriminación admitida por la propia ley, por lo tanto, no salvable acudiendo a sus propias disposiciones antidiscriminatorias, contenidas en su artículo 23.1 y 2.b) y c), donde, por cierto, se contiene una mención expresa a la educación.

La discriminación de extranjeros residentes en España con permiso de residencia de larga duración, obtenido en cualquier Estado de la Unión, en cuanto a la educación, es desde el 23 de enero de 2006 contraria al artículo 11.1.b) de la directiva 2003/109, a menos que deba entenderse que las ayudas públicas a la educación infantil no obligatoria pertenecen al ámbito de la asistencia y protección social [arg. art. 11.3.b) y 4 de la misma directiva].

⁸⁹ ARAGÓN REYES, M., *op. cit.*, p. 15, considera que la exclusión de los extranjeros no residentes pero en situación de estancia legal puede ser inconstitucional, no respecto a los que se encuentren en situación ilegal.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., *op. cit.*, pp. 74 y 75, en relación con la no equiparación de españoles y extranjeros en la educación infantil no obligatoria, advierte que el artículo 7.2 LOGSE (1990) tampoco extiende el derecho a la educación infantil a toda la población infantil española, sino que sólo obliga a las Administraciones públicas educativas a garantizar un número de plazas suficiente para asegurar la escolarización de la población que lo solicite, de modo que en el artículo 9.2 LE se contendría una previsión idéntica a la del artículo 7.2 LOGSE, para los extranjeros que lo soliciten, concluyendo que es ahora cuando se da una situación de igualdad entre españoles y extranjeros, no en la redacción anterior de la ley, cuando se reconocía a los extranjeros el derecho a acceder al nivel de educación infantil.

Yo considero que en la redacción anterior no se privilegiaba a los extranjeros, sino que tan sólo se les equiparaba a los españoles, con independencia de la situación en que éstos se encontrasen, según la legislación educativa vigente en cada momento. Con la actual redacción esa equiparación puede darse, pero de modo casual, por simple coincidencia, no por principio.

discriminar a los niños, aunque no mencione entre los motivos sospechosos la nacionalidad, sino el origen nacional⁹⁰.

Se formula un mandato a los poderes públicos, para que promuevan una enseñanza para la integración social de los extranjeros residentes —¿y de los demás, como los menores de edad, contemplados en el mismo art. 9.1 LE?—, con reconocimiento y respeto a su identidad cultural (art. 9.4 LE). Esto no tiene por qué implicar concesión alguna a ciertas formas de entender el multiculturalismo, como fundamento de una excepción al mandato constitucional, contenido en el artículo 27.2, según el cual «[l]a educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales»; prescripción ésta plenamente conforme a lo declarado en los artículos 26.2 DUDH y 13.1 PIDESyC.

Se permite el acceso de los extranjeros residentes a actividades docentes e investigadoras, si bien sólo con una remisión a las disposiciones vigentes (art. 9.5 pr. LE).

2.3.4 *Protección social*

En cuanto a la asistencia sanitaria, se identifican cuatro supuestos. En primer lugar, los extranjeros empadronados en el municipio en el que residen habitualmente, que tienen derecho a dicha asistencia en las mismas condiciones que los españoles (art. 12.1 LE). En segundo lugar, todo extranjero que se encuentre en España tiene derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia, por accidente o enfermedad grave, hasta el alta médica (art. 12.2 LE). En tercer lugar, los extranjeros menores de edad que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria igual que los españoles (art. 12.3 LE). Finalmente, las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tienen derecho a esta asistencia durante el embarazo, parto y postparto (art. 12.4 LE). En definitiva, sólo se restringe significativamente esta asistencia para los extranjeros no empadronados, mayores de edad, fuera de las urgencias y embarazos, lo cual satisface sin problemas las previsiones constitucionales sobre protección de las madres con independencia de su estado civil (art. 39.2 CE), de los niños (art. 39.4 CE) y el derecho a la salud (art. 43 CE), cuya eficacia es programática, incluso, para los españoles (art. 53.3 CE).

⁹⁰ «Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado».

Sin embargo, tal discriminación podría no vulnerar la Convención de Naciones Unidas sobre derechos del niño de 1989, en vigor para España desde el 5 de enero de 1991, a tenor de cuyo artículo 28.1 pueden no tener derecho a la educación infantil de nivel inferior a la primaria, puesto que la cláusula antidiscriminatoria, contenida en su artículo 2.1, va referida sólo a los derechos enunciados en la misma Convención, aunque sí permita incluir la nacionalidad entre los motivos sospechosos de discriminación, como una condición del niño, de sus padres o de sus representantes:

«1. Los Estados Parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o representantes legales.

2. Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares».

Hay que advertir que la asistencia sanitaria a la que se refiere el artículo 12 LE es aquella que puede exigir un extranjero por sí mismo. Además, está aquella a la que tenga derecho, por ejemplo, como familiar de otro (STC 95/2000), como una forma de protección de la familia.

Se reconoce a los extranjeros residentes en España el derecho a acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda, en las mismas condiciones que los españoles (art. 13 LE). En la redacción originaria también tenían acceso a estas ayudas los extranjeros empadronados. Ningún reproche cabe hacer desde la propia Constitución, ya que el derecho a una vivienda digna y adecuada es uno de los principios rectores de política económica y social, dotado, lógicamente, de eficacia meramente programática, incluso, para los españoles (arts. 47.1 y 53.3 CE).

Finalmente, en cuanto a las prestaciones del sistema de Seguridad Social y demás servicios sociales, los extranjeros residentes en España son equiparados a los españoles (art. 14.1 y 2 LE), si bien todos ellos tienen reconocido el derecho a las prestaciones sociales básicas (art. 14.3 LE). Con todo, se trata de una regla general, que no impide, por ejemplo, que un tratado o una ley prevean supuestos en los que no se requiera la residencia para acceder a prestaciones diferentes a las básicas (STC 130/1995). Ningún reproche cabe hacer desde la propia Constitución, que reconoce el derecho a la Seguridad Social sólo a los ciudadanos y en la medida en que lo prevea la legislación que lo desarrolle (arts. 41 y 53.3 CE)⁹¹.

Este cuadro de protección social de los extranjeros respeta igualmente los Tratados suscritos por España, tanto en lo que respecta al contenido de los derechos reconocidos en sí mismos, como en comparación con los reconocidos a los españoles, por lo que resulta de los artículos 22 y 25 DUDH y 10-12 PIDEsYP. Con todo, las diferencias de trato que se establecen respecto a los españoles han de superar el test de razonabilidad menos estricto (arg. art. 26 pr. PIDCyP).

2.3.5 Reagrupación familiar⁹²

El derecho a la reagrupación familiar, incorrectamente incluido en la rúbrica del derecho a la intimidad familiar⁹³, puede ser ejercitado sólo por los extranjeros residentes en España, cuando su residencia sea legal y se haya prolongado al menos un año, si hay autorización para residir al menos otro año (arts. 16.2 y 18.2 LE y 42.1 RLE)⁹⁴. Hace falta solicitar una autorización de residencia a favor de los familiares

⁹¹ Ha de tenerse en cuenta que los extranjeros residentes que hayan obtenido en España o en otro Estado de la Unión un permiso de residencia de larga duración deben tener derecho desde el 23 de enero de 2006 a la igualdad de trato con los españoles en las prestaciones de la Seguridad Social [art. 11.1.d) de la Directiva 2003/109].

⁹² COIG MARTÍNEZ, J. M., «El derecho a la reagrupación familiar de los inmigrantes», *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 14, p. 262-264, compara la regulación de este derecho en las Leyes 4 y 8/2000.

⁹³ COIG MARTÍNEZ, J. M., *op. cit.*, p. 244 y 245, advierte que la reagrupación familiar no integra el derecho a la intimidad familiar, sino la protección de la familia, ya que no se trata de proteger la privacidad de las relaciones familiares, sino tales relaciones en sí mismas consideradas.

Es más, considera este mismo autor (p. 253), atendiendo al CEDH, que la reagrupación familiar no implica el derecho a entrar o permanecer en el territorio de un Estado, sino el derecho de los extranjeros residentes a reunirse con sus familiares, para disfrutar del derecho a la vida familiar.

⁹⁴ La Directiva 2003/86 no exige en su artículo 3.1 que el reagrupante haya residido un cierto tiempo, sino que tenga un permiso de residencia de, al menos, un año, pero también que tenga la perspectiva

que van a ser reagrupados, aportando prueba de que se dispone de alojamiento y medios de subsistencia suficientes para atender las necesidades de la familia una vez reagrupada (arts. 18.1 LE y 42.2 RLE)⁹⁵; si el reagrupado es cónyuge, se requiere también declaración jurada del reagrupante de que con él no reside otro cónyuge en España [art. 42.2.f) RLE].

Los familiares reagrupables son los enumerados en el artículo 17.1 LE y 39 RLE⁹⁶. Se trata, con matices, de los siguientes familiares: (un) cónyuge no separado del residente⁹⁷, hijos menores o incapacitados del residente o de su cónyuge, menores o incapaces de los que el residente ostente su representación legal y ascendientes a cargo del residente o de su cónyuge.

La directiva 2003/86 ha fijado un plazo de nueve meses desde la presentación de la solicitud para notificar la resolución, salvo que concurran circunstancias excepcionales por razón de la complejidad de la solicitud (art. 5.4). Esta directiva permite que los Estados denieguen una solicitud de entrada y de residencia de miembros de la familia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública (art. 6.1).

La autorización de residencia será expedida por el mismo tiempo que reste a la autorización de residencia del reagrupante (art. 18.3 LE); y si éste tiene autorización de residencia permanente, hasta la fecha de validez de la tarjeta de identidad de extranjero del reagrupante, si bien una autorización posterior de residencia del reagrupado será ya de carácter permanente (art. 42.7 RLE)⁹⁸. El cónyuge del extranjero y

fundada de obtener un derecho a la residencia permanente. No exigir lo segundo es posible, pues caben disposiciones nacionales más favorables (art. 3.5). Exigir el año previo de residencia del reagrupante entra dentro del margen de dos años dejado por el artículo 8.1.

Sin embargo, está pendiente de adaptarse a la Directiva 2003/109, por cuanto no se debe exigir desde el 23 de enero de 2006 tiempo previo de residencia ni autorización para seguir residiendo durante un cierto tiempo a los extranjeros extracomunitarios residentes en España, que hayan obtenido en otro Estado de la Unión un permiso de residencia de larga duración, para que les acompañen o se reúnan con su cónyuge e hijos menores del reagrupante o de su cónyuge (art. 16.1).

⁹⁵ La Directiva 2003/86 permite exigir también seguro de enfermedad con cobertura para todos los miembros de la familia (art. 7.1).

⁹⁶ La exclusión del cónyuge del reagrupante separado de hecho o de Derecho no está expresamente prevista en la Directiva 2003/86 [art. 4.1.a)], pero sí responde al espíritu y finalidad de la misma, que es la de mantener la unidad familiar [art. 2.d)]. Debemos entender, pues, que la separación de hecho ha de haberse producido por causa diferente a la emigración del reagrupante y haberse prolongado durante un tiempo tal, que permita considerar rota la unidad familiar preexistente.

⁹⁷ Ese cónyuge podía ser del mismo sexo que el reagrupante, aun antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, puesto que nuestro orden público internacional no rechazaba la identidad de sexo de los cónyuges, ya que el concepto constitucional de matrimonio no incorporaba como uno de sus elementos la diversidad de sexo de los contrayentes. Así lo sostuvo en «Uniones homosexuales ...», *cit.*, p. 56.

Otra cosa es que pueda serlo la otra parte de una unión no denominada matrimonio, en la que quede excluida la libre ruptura, si tal unión no genera los mismos efectos que el matrimonio en el país correspondiente (los partenariados escandinavos, por ejemplo). En cambio, si sólo cambia el nombre, pero el estatuto jurídico es el mismo (uniones civiles británicas, probablemente), nada impide respetar esa equiparación en efectos al matrimonio, también a estos efectos.

⁹⁸ La Directiva 2003/86 exige que la duración del permiso de residencia sea de un año como mínimo (art. 13.2), pero también establece que, en principio, no superará la duración del permiso de residencia del reagrupante (art. 13.3). ¿Puede entenderse que la duración será, como mínimo, de un año, salvo que sea menor la duración del permiso de residencia del reagrupante? ¿Ha de entenderse que el mínimo es un año, salvo que sea mayor la duración del permiso de residencia del reagrupante? Considero que hay una regla general: la duración del permiso de residencia del familiar del reagrupante será la misma que la del permiso de éste; si es superior al año, puede limitarse a un año la duración del permiso de residencia del familiar del reagrupante; si es inferior al año, no se impone que la duración del permiso de

sus familiares reagrupados con él conservarán su autorización de residencia, aunque se rompa el vínculo matrimonial que dio lugar a la reagrupación (art. 16.3 LE), si bien no por más tiempo que el inicialmente autorizado, haciéndose depender su renovación de la situación del miembro de la familia con el que convivan (art. 41.3 RLE).

Los familiares reagrupados podrán obtener autorización de residencia independiente de la del que los reagrupó, en los siguientes casos y condiciones (art. 19 LE):

- el cónyuge, si obtiene autorización para trabajar, o si se hubiera dictado orden de protección a su favor por violencia doméstica⁹⁹, o (art. 41.1 RLE) si ya ha residido en España sin separarse durante cinco años¹⁰⁰, o [art. 41.2.a) RLE] cuando se haya separado judicialmente o divorciado del que lo reagrupó, si la convivencia en España duró al menos dos años, o [art. 41.2.c) RLE] por muerte del reagrupante;
- los hijos, si han alcanzado la mayoría de edad y, o bien obtienen autorización para trabajar, o bien (art. 41.4 RLE) han residido en España durante cinco años¹⁰¹;
- los menores de los que el reagrupante tenga la representación legal, igual que los hijos (art. 41.4 RLE);
- y los ascendientes, si obtienen autorización para trabajar, acreditando solvencia económica.

El familiar residente por reagrupación podrá reagrupar a familiares propios, si, además de reunir las condiciones que fueron requeridas para solicitar su reagrupación, cuenta el que va a ser ahora reagrupado con autorización de residencia independiente y de trabajo, solicitando la correspondiente autorización de residencia para esos familiares y probando que disponen de alojamiento y medios de subsistencia suficientes (arts. 17.2 y 18.1 LE). Cuando se trata de ascendientes reagrupados, habrán de haber conseguido la residencia permanente y acreditado solvencia económica, como regla general, salvo que tengan hijo menor o incapacitado a su cargo, en cuyo caso se aplicará la regla general del artículo 17.2 LE (art. 17.3 LE).

Ningún reproche de inconstitucionalidad puede hacerse a estas previsiones, puesto que en el artículo 39.1 CE se manda proteger a la familia, pero su eficacia es programática, incluso, para los españoles (art. 53.3 CE). Tampoco se violan los artículos 16.3 DUDH y 23.1 PIDCyP. Al admitir la reagrupación de hijos menores se respeta la exigencia contenida en el artículo 10.1 de la Convención sobre derechos del niño¹⁰², si bien faltaría admitir la reagrupación del otro progenitor, con el que convi-

residencia del familiar del reagrupante sea de un año. Así interpretada la directiva, es respetada por el artículo 18.3 LE.

⁹⁹ Que la orden de protección haya sido dictada «a favor de la misma» (art. 19.1 LE) debe ser entendido como referido a la víctima, con independencia de su género, ya que no hay otro sustantivo femenino al que referirlo, ni base suficiente como para considerar que se pretendía establecer una protección específica de las mujeres víctimas de tal violencia. Un propósito tal no se puede presumir, al menos, no con sólo estos datos. En el artículo 41.2.b) RLE, por lo tanto, no se amplía la protección prevista en la ley.

¹⁰⁰ La previsión reglamentaria a favor del cónyuge no separado del reagrupante, que haya residido cinco años en España, no prevista por la ley –por lo tanto, de legalidad más que dudosa–, permite, sin embargo, cumplir una exigencia de la Directiva 2003/86 (art. 15.1).

¹⁰¹ La previsión reglamentaria a favor de los hijos del reagrupante, que hayan residido cinco años en España y sean mayores de edad, no prevista por la ley –por lo tanto, de legalidad más que dudosa–, permite, sin embargo, cumplir una exigencia de la Directiva 2003/86 (art. 15.1).

¹⁰² «De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Parte a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte

viera el reagrupante sin estar casados¹⁰³ (arg. arts. 9.1 y 10.1 de la Convención y 39.4 CE). Que en los demás supuestos no se haya incluido al conviviente del reagrupante no merece reproche de inconstitucionalidad por trato discriminatorio respecto al cónyuge, ya que no son equiparables tales situaciones y no se admite la reagrupación de otros familiares que los mencionados¹⁰⁴. Otra cosa es que tal diferencia de trato coarcte irrazonablemente el derecho a permanecer unido a otra persona sin contraer matrimonio, es decir, la libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre, exigencia de la autonomía de la voluntad, como manifestación del libre desarrollo de la personalidad (STC 184/1990, arg. arts. 10.1 y 32.1, éste en negativo, CE), dada la enorme incidencia que este derecho de reagrupación tendrá en muchos casos en la continuación misma de esta relación familiar. De entenderse así, la consecuencia sería la obligada inclusión –si se prefiere, su no exclusión, puesto que la lista es cerrada– del conviviente en la lista de familiares con derecho a reagrupación familiar, con independencia de que la unión no matrimonial genere una relación jurídico-familiar en el país de procedencia.

La protección de la vida familiar que se dispensa en esta ley sí presenta, con todo, un importante déficit, en relación con alguna exigencia del Derecho comunitario, por cierto, plenamente acorde con el mandato contenido en el artículo 39.1 CE. Se trata de la falta de consideración hacia la existencia de lazos familiares como posible excepción a la sanción de expulsión, tal y como está redactado el artículo 57.5 LE –a diferencia de la previsión contenida en el artículo 57.6 LE–, puesto que en el artículo 17 de la directiva 2003/86 se exige que tales lazos sean tenidos en cuenta¹⁰⁵. Trátándose de una relación vertical, esto es, de un particular con un poder público, debe entenderse que, terminado el plazo de transposición de la directiva, el extranjero tiene derecho a que, entre las circunstancias a considerar para decidir su expulsión, se haya tenido en cuenta la naturaleza y la solidez de sus vínculos familiares en España y con su país de origen¹⁰⁶.

o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva».

¹⁰³ Esa convivencia puede haber tenido lugar en otro país o en España. En este último caso, antes que poder reagrupar, habría, por ejemplo, que tomar en consideración la existencia de estos lazos familiares al decidir sobre la expulsión, no tanto o no sólo por la relación de pareja, cuanto o sobre todo en aras de la protección del niño.

¹⁰⁴ En la redacción originaria se admitía la reagrupación de «cualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias» [art. 17.1.e) LE]. Por esta vía podía autorizarse la reagrupación del conviviente del residente, al menos, cuando hubieran hijos menores comunes, como vía para satisfacer la exigencia de permitir la reagrupación del niño y sus padres, con independencia de que éstos estuvieran casados, si convivían. Sobre esto ya me pronuncié en «¿Es la unión libre ...», *cit.*, pp. 312 y 313.

¹⁰⁵ «Al denegar una solicitud, al retirar el permiso de residencia o denegar su renovación, así como al dictar una decisión de devolver al reagrupante o un miembro de su familia, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta la naturaleza y la solidez de los vínculos familiares de la persona y la duración de su residencia en el Estado miembro, así como la existencia de lazos familiares, culturales o sociales con su país de origen».

¹⁰⁶ No sé hasta qué punto la solución propuesta en el texto difiere de la consistente en cubrir este déficit de protección legal de la vida familiar mediante una reinterpretación de la legislación conforme a tal exigencia comunitaria, entendiendo que la toma en consideración de la existencia de vínculos familiares no es tanto una (quinta) excepción a agregar a las tipificadas en el artículo 57.5 LE, cuanto un elemento previo (negativo) a integrar en los apartados 1 y 2 del mismo artículo 57 LE, es decir, a tomar en consideración.

Lo que tampoco se ha hecho –sólo lo constato– es optar por otros sistemas, más abiertos o flexibles, como, por ejemplo, remitirse al concepto de familia del país de procedencia o de residencia de los familiares a reagrupar, excluyendo, en su caso, relaciones que fueran inadmisibles por nuestro orden público internacional, entendiéndose por tal, el que resulta de los principios constitucionales, en este caso, los relativos a las relaciones familiares.

Sí considero conveniente advertir, finalmente, que cuando se tome en consideración la existencia de relaciones familiares, como son las generadas por el matrimonio y el parentesco, para derivar algún derecho o alguna protección de la vida familiar (art. 8 CEDH), ha de tenerse en cuenta que en nuestro Derecho la unión no matrimonial es también ya una fuente de relaciones familiares. En tal caso, no será por analogía (*legis*) con el matrimonio ni con el parentesco, sino por la aplicación directa de normas que protegen a la familia o de principios generales como en tales uniones se accederá a esa protección¹⁰⁷.

2.3.6 *Fiscalidad*

Se establece una regla general de equiparación a los españoles, a salvo convenios de doble imposición, en cuanto a impuestos (art. 15.1 LE), que, por lo tanto, nada predetermina en relación a otros tributos, como las tasas, salvo que se haya adoptado una concepción amplia del término «impuesto», englobando cualquier tributo. Teniendo en cuenta el principio de legalidad en esta materia (art. 31.3 CE), hemos de entender que la eficacia práctica de esta regla sería advertir que, salvo que en la ley reguladora de cada impuesto se prevea otra cosa, no caben diferencias de trato por la nacionalidad del sujeto pasivo. En cambio, cuando se trate de otros tributos, esta ley no establece regla general alguna, por lo que la posibilidad de establecer tales diferencias de trato dependerá de lo que prevea a este respecto cada ley que regule el tributo del que se trate, siendo posible establecerlas si la ley no lo excluye.

Si una ley establece o permite diferencias de trato por la nacionalidad, no podrán ser discriminatorias, por lo que habrán de superar el test de razonabilidad, no tanto por exigirlo el artículo 14 CE, cuanto porque en el propio artículo 31.1 CE se impone a «todos» el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, mediante un sistema tributario inspirado, entre otros principios, en el de igualdad, que ahora sí hay base en este mismo precepto para entender que está referido a todos y no sólo a los españoles. A la misma solución se llega con base en la cláusula general de igualdad sin discriminación, contenida en el artículo 26 PIDCyP.

Ahora bien, ¿no debemos entender que ese principio de igualdad, que ha de inspirar el sistema tributario, conforme al artículo 31.1 CE, ya obliga a presumir que los extranjeros y los españoles serán tratados sin otras diferencias que las que se establezcan caso por caso? Si, como he dicho, «todos» son también los extranjeros, no hace falta que una ley recoja esa regla general de igualdad sin distinción por la nacionalidad, sin perjuicio de excepciones, siempre que no sean discriminatorias, con lo cual, la regla contenida en el artículo 15.1 LE sería superflua. Pero puede que no lo sea, si

¹⁰⁷ Remito al lector interesado a lo que expuse en «La unión libre: familia, no matrimonio», *La Ley*, 2004-3, pp. 1871-1874.

con ella se ha pretendido circunscribir esa regla general de igualdad fiscal de españoles y extranjeros a los impuestos, excluyendo otros tributos. Si así fuera, resultaría inconstitucional, pues la ley no puede rebajar el contenido del principio constitucional de igualdad del sistema tributario, tal y como ha quedado recogido en el artículo 31.1 CE. Es decir, no puede entenderse que, por ejemplo, en las tasas o en las contribuciones especiales la regla general no sea la igualdad sin distinción por la nacionalidad. La consecuencia, de no entenderlo así, sería que, ante el silencio de la ley reguladora de cada tributo, los extranjeros sólo estarían equiparados a los españoles en los impuestos, no en las demás figuras impositivas.

Para salvar esta objeción habría que interpretar que la igualdad exigida en el artículo 31.1 CE como uno de los principios informadores del sistema tributario no protege a los extranjeros, puesto que su contenido sería el mismo que el de la cláusula general de igualdad sin discriminación, formulada en el artículo 14 CE, que sólo protege a los españoles. Así interpretado el artículo 31.1 CE, resultaría que, si bien todos –españoles y extranjeros– deben contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, los extranjeros no quedan protegidos por la igualdad sin discriminación en el sistema tributario, a menos que una ley o un tratado les extienda ese derecho (arg. arts. 13.1, 14 y 31.1 CE). En tal caso, el artículo 15.1 LE no sería suplerfluo, puesto que en él se encontraría la ley que les extiende el derecho a la igualdad sin discriminación, pero sólo en los impuestos, no en los demás tributos. Aun así, esa igualdad sin discriminación les habría sido extendida antes, por el artículo 26 PIDCyP, por lo que la regla del artículo 15.1 LE ahora sería inconstitucional por restringir a los impuestos la igualdad sin discriminación que para los extranjeros resulta del citado precepto del Pacto internacional, pues debe valer para todas las figuras impositivas.

Yo voy más allá al entender que el principio de igualdad, que ha de informar el sistema tributario, tal y como se recoge en el artículo 31.1 CE, presenta un contenido especial, que prevalece sobre el contenido de la cláusula general de igualdad ante la ley sin discriminación, formulada en el artículo 14 CE. Es cierto que las disposiciones normativas han de interpretarse conforme a su contexto, pero no lo es menos que el contexto más próximo a la referencia que se hace en el artículo 31.1 CE a la igualdad es el sometimiento de «todos» al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. Es algo tan claro como que los protegidos por la igualdad en el sistema tributario son todos los que están sometidos al mismo. Harían falta más elementos para poder entender plausiblemente que todos –españoles y extranjeros– están sometidos al sistema tributario, pero sólo los españoles tienen garantizada la igualdad, en tanto que por ley o tratado no sea extendida esa protección a los extranjeros.

Mi planteamiento es, en resumen, que la igualdad que ha de informar el sistema tributario, según exige el artículo 31.1 CE, no sólo prohíbe las diferencias de trato discriminatorias, sino que, antes aun de tener que analizar si hay discriminación, impide no partir como regla general de la igualdad de trato sin diferencias por razón de la nacionalidad en todos los tributos y no sólo en los impuestos. En el artículo 15.1 LE no se viola la prohibición de discriminar por la nacionalidad, sino la exigencia de que la igualdad sin diferencias por razón de la nacionalidad sea la regla general, salvo excepciones singulares previstas por la ley reguladora de cada tributo, también en los tributos diferentes a los impuestos. En definitiva, entiendo que ha de

ser en la ley reguladora de cada tributo donde se contengan o se permitan tales diferencias, no en otra ley que las haya admitido con carácter general, como resultaría del artículo 15.1 LE, para los tributos diferentes a los impuestos. La regla general del sistema tributario no puede dejar de ser la igualdad sin distinción por la nacionalidad, siendo posible que la ley que regule cada tributo establezca tales diferencias, siempre que no sean discriminatorias.

¿Comprende esta regla de equiparación el disfrute de las ventajas fiscales, en cualquiera de sus modalidades? Si se trata de desgravaciones o cualquier tipo de beneficio fiscal, entiendo que sí. Pero esto no implica que los extranjeros tengan derecho a cualquier subvención por desarrollar una actividad empresarial, pues dependerá de las condiciones de ejercicio de la libertad de empresa, derecho reconocido de modo impersonal (art. 38 CE), por lo tanto, con equiparación a los españoles, en tanto no se establezca un trato diferente, que, sin embargo, deberá perseguir en la medida adecuada un fin constitucionalmente legítimo y no ser discriminatorio¹⁰⁸.

2.4 GARANTÍAS JURÍDICAS, EN ESPECIAL, EL BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA

Se reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 20.1 LE), que lo está constitucionalmente a «todas las personas» (art. 24.1 CE), por lo que no podía dejar de ser reconocido a todos los extranjeros, puesto que es uno de los inherentes a la persona (SSTC 11/1983, 99/1985, 82/1996, 91, 95, 134, 162 y 163/2000, 227/2001, 32 y 95/2003, 148/2004). Este derecho comprende, básicamente, los de acceso a la jurisdicción, a defenderse, a proponer y practicar la prueba, a una resolución fundada en Derecho, a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes. Está reconocido en los artículos 10 DUDH, 14 PIDCyP y 6 CEDH.

Se reconocen las garantías en los procedimientos administrativos previstas en la legislación general (art. 20.2 LE).

Se reconoce legitimación para intervenir en procedimientos administrativos y en los procesos contenciosos relativos a extranjería a organizaciones creadas para la defensa de los derechos de extranjeros (art. 20.3 y 4 LE).

Se reconoce el derecho a recurrir actos y resoluciones administrativos, conforme a la legislación vigente¹⁰⁹, así como el régimen de ejecución de actos administrativos dictados en materia de extranjería, sin otras especialidades que las previstas en la misma ley para los procedimientos de expulsión (art. 21 LE)¹¹⁰.

¹⁰⁸ Téngase en cuenta que los extranjeros residentes que hayan obtenido en España o en otro Estado de la Unión un permiso de residencia de larga duración deben tener derecho desde el 23 de enero de 2006 a la igualdad de trato con los españoles en los beneficios fiscales [arts. 11.1.e) y 21.1 de la Directiva 2003/109].

¹⁰⁹ VIDAL FUEYO, M. C., «La nueva ley ...», *cit.*, pp. 204 y 205, considera criticable, aunque no sea inconstitucional, que no sea necesario motivar la denegación de visado (art. 27.4 LE), por cuanto resta posibilidades de recurrir el acto administrativo, aunque esto no viole ningún derecho fundamental.

¹¹⁰ CANO BUESO, J., *op. cit.*, p. 27, considera inconstitucional la norma contenida en el artículo 63.4 LE, puesta en relación con la del artículo 21.1 LE, en la medida en que la ejecución inmediata de un acto administrativo impide el acceso a la tutela judicial efectiva, ya que este derecho «se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste resuelva sobre la suspensión del acto» (arg. STC 78/1996).

FERNÁNDEZ SEGADO, F., *op. cit.*, pp. 93 y 94, en cambio, no aprecia inconstitucionalidad, con base en la doctrina contenida en la STC 115/1987.

Se reconoce sólo a los extranjeros residentes el derecho a la justicia gratuita en las mismas condiciones que a los españoles en cualesquiera procesos (art. 22.2 LE). En cambio, sí se reconoce a todo extranjero que se encuentre en España, en las mismas condiciones que a los españoles, el derecho a la justicia gratuita en «los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo», teniendo en este caso derecho a intérprete, si no comprenden ni hablan la lengua oficial que se utilice (art. 22.1 LE).

En la STC 95/2003 (ponente, el magistrado Giménez Sánchez) se declaró inconstitucional el artículo 2.a) de la ley de asistencia jurídica gratuita, por considerar que de ese beneficio no se podía privar a cualquier persona que, encontrándose en España, reuniese las condiciones exigidas para los españoles, en todo tipo de procesos y con independencia de la legalidad o ilegalidad de su situación. Esta decisión se fundamentó en que el beneficio de justicia gratuita, aunque no está mencionado entre los derechos recogidos en el título primero de la Constitución, sino en su artículo 119, es instrumental respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, inherente a la persona. Hubo, sin embargo, tres magistrados que formularon otros tantos votos particulares. Conde Martín de Hijas advirtió que el beneficio de justicia gratuita no se encuentra en el artículo 24 CE, sino en el artículo 119 CE, por lo tanto, como un mandato de configuración legal, y que los textos internacionales no contemplaban dicho beneficio, por lo que el legislador podía o no reconocerlo a los extranjeros, conforme al artículo 13.1 CE. García-Calvo y Montiel admitió que, si bien este beneficio no puede negarse a todo extranjero, tampoco ha de reconocerse a todo extranjero, esto es, con independencia de la legalidad de su residencia en España, de modo que, una vez que la ley de asistencia jurídica gratuita ya lo concedió para litigar en procesos contencioso-administrativos, no era obligado extenderlo a todos los extranjeros ni a todos los procesos. Por su parte, Rodríguez-Zapata Pérez formuló otro voto, pero concurrente, advirtiendo que la Constitución no impone la identidad entre españoles y extranjeros en relación con el beneficio de justicia gratuita, por lo que son posibles diferencias de trato razonables y proporcionadas entre unos y otros.

En mi opinión, siendo coherente con las premisas que he sentado, no estando el beneficio de justicia gratuita reconocido en el artículo 24 CE, como uno de los derechos reconocidos a todos, y no siendo inherente a la dignidad de la persona, sino que está formulado en términos genéricos, puesto que no está referido a todos ni sólo a los españoles, la Constitución no impide que se establezcan condiciones específicas para los extranjeros, siempre que no produzcan como resultado una denegación de acceso a la justicia, pues es instrumental respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, y si persiguen un fin constitucionalmente legítimo y son proporcionadas a ese fin. Ahora bien, considero que la cláusula general de igual protección contenida en el artículo 26 PIDCyP obliga a someter al test de razonabilidad cualquier diferencia de trato por razón de la nacionalidad, también en el acceso al beneficio de justicia gratuita, aunque en dicho Pacto no se mencione como uno de los derechos en él reconocidos. Lo que sucede es que, si, como ordena esta sentencia, el requisito de residencia en España es interpretado como situación de hecho, con independencia de que sea legal o no, parece que ningún extranjero que se encuentre en España verá denegado su acceso a la justicia por insuficiencia de recursos económicos, por aplicación del artículo 22 LE.

Ahora bien, ¿y los extranjeros que no se encuentren en España? ¿No gozan éstos del beneficio de justicia gratuita, cuando hayan de litigar ante la Administración de justicia española, por cualquier causa? Si, siguiendo la lógica de la STC 95/2003, tal beneficio es instrumental respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la justicia, y si este derecho es uno de los inherentes a la persona, como exigencia del respeto a su dignidad, la conclusión no puede ser otra que no excluir a nadie, tampoco a los extranjeros, siendo indiferente el lugar en el que residen y cuál sea la cuestión litigiosa o el objeto del proceso, cuando litiguen ante la Justicia española ¹¹¹.

Además, en el propio artículo 119 CE se ordena que la justicia sea gratuita «[...] en todo caso, para quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar», de lo que no cabe deducir que a este beneficio sólo puedan acceder los españoles y aquellos extranjeros a quienes un tratado o una ley lo extiendan, como si se tratara de un beneficio constitucionalmente reconocido a los españoles. Ese «en todo caso» impide excluir a cualquier categoría de personas, de aquellas que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, aunque no creo que prohíba cualquier distinción ¹¹². La llamada que en ese precepto se hace a la ley es para impedirle que excluya del beneficio a alguien que acredite dicha insuficiencia, así como para permitirle que puedan gozar de ese beneficio no sólo aquellos que acrediten insuficiencia de recursos. Entonces, la ley no podría negar a extranjeros dicho beneficio, si acreditan insuficiencia de recursos, pues se estaría violando el mandato contenido en el artículo 119 CE y, según la STC 95/2003, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), así como la prohibición de discriminación contenida en el artículo 26 pr. PIDCyP. Ahora bien, si la ley reconociera sólo a los españoles el beneficio de justicia gratuita, en todo caso, mientras que a los extranjeros sólo se lo reconociera si probasen insuficiencia de recursos, no se estaría violando el artículo 119 CE, ni el derecho a la tutela judicial efectiva, sino, acaso, la prohibición de discriminar contenida en el artículo 26 pr. PIDCyP ¹¹³ y, por esto, el artículo 96 CE. Ahora bien, he de advertir inmediatamente que, tratándose de algo que no está constitucionalmente reconocido sólo a los españoles, si la ley que regula el beneficio de justicia gratuita no hace distinción por razón de la nacionalidad, todos los que acrediten recursos inferiores al umbral que establezca, tendrán derecho a gozar de él.

¹¹¹ Certestamente lo ha advertido AMORES CONRADI, M. A., «Constitución española y proceso civil internacional. Un balance», en *Pacis artes, Obra homenaje al profesor J. D. González Campos*, t. II, pp. 1203-1207, poniendo de manifiesto la inconsecuencia de esta sentencia con sus propias premisas y, además, que el ámbito propio de aplicación de la Constitución española no es el territorio español, sino el ámbito de actuación del poder público español, «con completa independencia de que los sujetos del proceso sean o no españoles y estén o no en España, y con completa independencia también de que las situaciones a enjuiciar se hayan desarrollado o no total o parcialmente en España o en el extranjero», si ese poder es también la Administración de justicia española. Es difícil no estar de acuerdo con estas afirmaciones.

¹¹² La fijación de ese umbral, en la medida en que pueda o deba tener en cuenta el mínimo vital necesario, podría extraer consecuencias de las diferencias en el coste de la vida o de la configuración más o menos amplia de la unidad familiar según el país de residencia, en cuanto a la determinación de ese mínimo y, en tal caso, podría ser diferente ese umbral, en función de que se tratase de residentes y no residentes en España y, en relación a estos últimos, en función de cuál fuera su país de residencia.

¹¹³ Téngase en cuenta que tal diferencia de trato no negaría, ni impediría ni obstaculizaría el derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros con recursos suficientes para litigar, sino que «tan sólo» afectaría al coste económico de su acceso a la jurisdicción.

Pues bien, como, tanto el artículo 2.a) de la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita, como el artículo 22 LE niegan, antes y después de interpretarlas conforme a la STC 95/2003, el beneficio de justicia gratuita a extranjeros que no se encuentren en España, aunque carezcan de recursos suficientes para litigar, estamos ante una regla que viola los artículos 24.1 y 119 CE, 26 pr. PIDCyP y 96 CE, pero que no parece posible resolver sin modificar esas normas o sin su declaración de inconstitucionalidad.

La doctrina contenida en dicha sentencia, en fin, sólo es aprovechable para poner de manifiesto, por si hiciera falta, la conexión entre el beneficio de justicia gratuita y el derecho a la tutela judicial efectiva, al menos, en los casos de personas que acrediten insuficiencia de recursos para litigar. Sin embargo, resulta completamente desafortunada, por no decir irrazonable, al admitir como criterio de distinción que el extranjero se encuentre o no en España¹¹⁴. Esa doctrina sólo pone las cosas en su sitio para los extranjeros que, encontrándose en situación irregular en España, carezcan de recursos para litigar.

2.5 MEDIDAS ANTIDISCRIMINATORIAS

En el artículo 23.1 LE se contiene una cláusula general antidiscriminatoria, comprensiva de algunas discriminaciones directas e indirectas, que afecten a los derechos humanos y a las libertades fundamentales¹¹⁵, cuyo sentido no se comprende bien, teniendo en cuenta la protección que se les dispensa por lo que resulta del artículo 13.1 CE, puesto en relación con las cláusulas antidiscriminatorias contenidas en textos internacionales (arts. 2.1 y 7 DUDH, 2.1 y 26 PIDCyP, 2.2 y 3 PIDESyC y 14 CEDH). Algunas consideraciones merece, pues, esta cláusula general.

La primera consiste en que entre los criterios de distinción prohibidos no se encuentra el del sexo, ni el del nacimiento, por citar dos de los incluidos en la cláusula del artículo 14 CE, como tampoco el de la lengua, ni otros mencionados en el artículo 26 PIDCyP, como son las opiniones, el origen social, la posición económica o cualquier otra condición social. La ley puede no extender a los extranjeros la cláusula antidiscriminatoria, contenida en el artículo 14 CE, en todo o parte de su contenido, pero lo que no puede es recortarles la protección que ya tenían, con base en la cláusula antidiscriminatoria, contenida en el artículo 26 PIDCyP, o en las contenidas en otros tratados¹¹⁶ (arts. 10.2, 13.1 y 96 CE). Lo que sucede es que esa protección la mantienen, puesto que esta ley no impide hacer valer tales tratados, como, por lo demás, resulta del artículo 3.1 LE.

¹¹⁴ ¿Bastaría con que el extranjero acreditase que se encuentra en España el día que interpone la demanda o el día en que la contesta?

¹¹⁵ «A los efectos de esta Ley, representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones o prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural» (art. 23.1 LE).

¹¹⁶ Por ejemplo, sobre el sexo como criterio de diferenciación, ha de tenerse presente, específicamente, la Convención de Naciones Unidas de 1979 sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, vigente en España desde el 4 de febrero de 1984.

Por lo tanto, criterios de distinción sospechosos de discriminación no son sólo los citados en el artículo 23.1 LE, sino todos los que lo han sido en los tratados suscritos por España. La consecuencia de emplear uno de estos criterios para establecer diferencias de trato en perjuicio de extranjeros es que tales diferencias habrán de superar el test de proporcionalidad más estricto. Es más, podría entenderse, para dar un sentido protector a la cláusula antidiscriminatoria contenida en esta ley, que no la haga irrelevante ni inconstitucional, que los criterios de distinción que menciona no pueden ser empleados, es decir, que generan distinciones prohibidas, sin necesidad de someterlas a test alguno.

La segunda consiste en que tampoco ahora se ha introducido la nacionalidad como criterio sospechoso de discriminación. No se prohíbe distinguir entre nacionales y extranjeros, ni entre éstos, por razón de su nacionalidad. Seguimos, pues, con la cláusula general de igualdad sin discriminación, contenida en el artículo 26 pr. PIDCyP, y las contenidas en los demás tratados, ninguno de los cuales menciona la nacionalidad como uno de tales criterios.

En consecuencia, las distinciones por razón de la nacionalidad seguirían, también en el plano infralegal, sujetas al test menos estricto de razonabilidad, a menos que perjudiquen a españoles, por cuanto a éstos sí les es aplicable la cláusula antidiscriminatoria, contenida en el artículo 14 CE, que sí comprende cualquier condición, de modo que el test a aplicar sería el más estricto, cuando afecten a derechos fundamentales. Respecto a los demás criterios diferenciadores, el test a aplicar es el mismo para cuando sean perjudicados españoles o extranjeros, por lo que resulta de los artículos 14 CE y 26 PIDCyP.

En el artículo 23.2 LE se contiene una lista de conductas que, en todo caso, son discriminatorias. Su sentido lógico sería reforzar la cláusula general antidiscriminatoria, especificando algunas conductas que, en todo caso, están prohibidas, sin necesidad de plantearse si quedan o no comprendidas en la cláusula general. Pues bien, no es exactamente esto lo que resulta de esta lista.

En primer lugar, se refiere a los actos llevados a cabo por funcionarios o personal encargado de servicios públicos, pero parece que sólo quedan prohibidos cuando se trate de aquellos que sean en sí mismos discriminatorios y estén prohibidos por la ley, con lo cual la propia ley desactivaría su cláusula general antidiscriminatoria, ya que no se trata de actos que se califican de discriminatorios por ir dirigidos contra un extranjero por su condición de tal, por su nacionalidad, raza, etnia o religión, sino que se trata de actos discriminatorios, que no serán ilícitos sin más, sino cuando, además, estén prohibidos por la ley y perjudiquen a un extranjero, pero sólo cuando se emplee alguno de estos criterios diferenciadores, con lo cual, se podrían salvar discriminaciones de extranjeros cuando no estén explícitamente prohibidas por la ley o cuando respondan a otros criterios de diferenciación¹¹⁷. Considero que, como mínimo, éstos

¹¹⁷ «En cualquier caso, constituyen actos de discriminación:

a) Los efectuados por la autoridad o funcionario público o personal encargados de un servicio público, que en el ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, realice cualquier acto discriminatorio prohibido por la ley contra un ciudadano extranjero sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad» [art. 23.2.a) LE].

pueden hacer valer la cláusula general antidiscriminatoria, así como las genéricas o específicas de los tratados firmados por España ¹¹⁸.

En segundo lugar menciona los actos que impliquen denegación, imposición de condiciones más gravosas o resistencia a proporcionar bienes o servicios ofertados al público ¹¹⁹. Pero resulta que, en tercer lugar, se refiere a la denegación, mayor gravosidad, limitación o resistencia a facilitar acceso al trabajo, la vivienda, la educación ¹²⁰, la formación profesional, cualquier servicio social o socioasistencial y cualquier otro derecho reconocido en la propia ley, si bien sólo cuando sean llevadas a cabo en perjuicio de extranjeros que se encuentren regularmente en España y si esas conductas no están justificadas ¹²¹, lo cual, o va dirigido a dejar sin efecto la cláusula general antidiscriminatoria o hace irrelevante el supuesto, dado que ya la cláusula general permite considerar discriminatorias esas conductas cuando afecten a derechos humanos o libertades fundamentales, a menos que se deba entender que las discriminaciones relativas a los derechos reconocidos en la propia ley no están comprendidas en la cláusula general del artículo 23.1 LE, con lo que no estoy de acuerdo, al menos, cuando se trate de tales derechos o libertades fundamentales.

En cuarto lugar, se considera discriminatorio impedir el ejercicio de actividades económicas a extranjeros con residencia legal en España ¹²², lo cual me parece, como ya dije anteriormente, no sé si un reconocimiento a algunos extranjeros de la libertad de empresa, en principio, en las mismas condiciones que a los españoles, o una nega-

¹¹⁸ Así las cosas, carecería de sentido plantearse si genera responsabilidad adoptar el criterio de pertenencia a una raza para que un agente de policía pida la documentación, ya que pedir la documentación no es un acto discriminatorio prohibido en general por la ley, por el que un extranjero tenga derecho a sentirse discriminado, ya que su objeto es, precisamente, comprobar si es o no extranjero y, si lo es, si tiene el permiso de residencia.

En cambio, en la STC 13/2001 se resolvió un amparo, en el que se discutía si adoptar ese criterio de selección era o no discriminatorio. Discusión que no tendría relevancia alguna ya, tal y como está redactado el artículo 23.2.a) LE. Sí la tendría si se suprimiera la frase «prohibido por la ley» o si se entendiera que con esa frase no se agrega una condición adicional a la de que el acto sea discriminatorio, como obliga a entender la cláusula general antidiscriminatoria del artículo 23.1 LE. Habría, por lo tanto, que recurrir a las cláusulas generales de igualdad sin discriminación, contenidas en los tratados suscritos por España.

Esta sentencia, con todo, no proporciona argumento en contra de la consideración aquí sostenida, en virtud de la cual el artículo 14 CE, en sí mismo considerado, sólo ampara a los españoles, ya que en el caso de autos la recurrente en amparo, a quien se pidió la documentación por el color de su piel, resultó ser española.

¹¹⁹ «En cualquier caso, constituyen actos de discriminación:

b) Todos los que impongan condiciones más gravosas que a los españoles, o que impliquen resistencia a facilitar a un extranjero bienes o servicios ofrecidos al público, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad» [art. 23.2.b) LE].

¹²⁰ Adviértase que la propia ley admite o no impide la discriminación de extranjeros residentes en el acceso a la educación infantil no obligatoria y al sistema de ayudas a este nivel de educación (art. 9.2 y 3).

¹²¹ «En cualquier caso, constituyen actos de discriminación:

c) Todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales y socioasistenciales, así como a cualquier otro derecho reconocido en la presente Ley Orgánica, al extranjero que se encuentre en situación regular en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad» [art. 23.2.c) LE].

¹²² «En cualquier caso, constituyen actos de discriminación:

d) Todos los que impidan, a través de acciones u omisiones, el ejercicio de una actividad económica emprendida legítimamente por un extranjero residente legalmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad» [art. 23.2.d) LE].

ción de esta libertad a los extranjeros no residentes –esto no está justificado como regla general– o residentes ilegales.

Finalmente, se proporciona un concepto de discriminación indirecta de trabajadores¹²³. Se sigue sin incluir los criterios de sexo, nacimiento, etc., citados en el artículo 26 PIDCyP, como tampoco los del artículo 2.2 PIDESyC, cuyo artículo 6 recoge el derecho al trabajo. Pues bien, una vez más, he de afirmar que esta regla, contenida en el artículo 23.2.e) LE, no puede recortar la protección de los extranjeros, que resulta de los citados Pactos, por exigirlo lo establecido en los artículos 10.2, 13.1 y 96 CE.

Constátase, por lo expuesto, en primer lugar, que en las reglas específicas, contenidas en el artículo 23.2.a) y c) LE se limita la protección que resulta de la cláusula general contenida en el mismo artículo 23.1 LE, en lugar de reforzarla. En segundo lugar, recuérdese que esta cláusula general ya recortaba la protección que para los extranjeros resulta de la contenida en el artículo 26 PIDCyP y otras contenidas en otros tratados. Sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad de tales recortes, las normas contenidas en los artículos 10.2, 13.1 y 96 CE permiten garantizar la protección que resulta de los tratados, puesto que impiden considerar que sólo es discriminatorio lo que esta ley dice que lo es: lo será todo aquello que lo sea según tales tratados. En tercer lugar, adviértase que en estas reglas específicas sí se ha introducido el criterio de la nacionalidad o el hecho de ser extranjero como una de las distinciones discriminatorias, en lo cual sí se va más allá de lo que se establece en la cláusula general del artículo 23.1 LE y de las contenidas en los tratados. Y, finalmente, observar que, en cambio, se ha seguido omitiendo la inclusión de criterios de distinción tan sospechosos de discriminación, como son el sexo, el nacimiento, las opiniones, la situación social, la lengua, etc., de los mencionados en el artículo 26 PIDCyP y demás cláusulas antidiscriminatorias contenidas en tratados suscritos por España, que no por esto dejan de ser alegables y aplicables (arg. arts. 10.2, 13.1 y 96 CE).

Por lo demás, cualesquiera infracciones, tanto las tipificadas singularmente como las encuadrables sólo en la cláusula genérica, son calificadas como muy graves, cuando se basen en motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos [art. 54.1.c) LE]. ¿Y cuando sea por otros motivos? No están tipificadas como infracciones. La sanción de las muy graves consiste en la imposición de una multa de entre 6.001 y 60.000 € [art. 55.1.c) LE]. En la medida en que la falta de sanción de las discriminaciones de extranjeros contrarias a los tratados suscritos por España, pero no tipificadas como infracción por esta ley, implique una menor protección de los extranjeros, se violaría el artículo 26 PIDCyP y, por esto mismo, serían inconstitucionales (arg. arts. 13.1 y 96 CE). Aunque no hubiera sanción administrativa, frente a tales conductas se tendría la protección que frente a la discriminación proporciona la legislación especial sobre consumidores¹²⁴ o trabajadores, o la general por la vía de la responsa-

¹²³ «Constituye discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad» [art. 23.2.e) LE].

¹²⁴ Por ejemplo, el derecho del consumidor o usuario a optar entre las condiciones pactadas singularmente, las contenidas en las condiciones generales y las incluidas en la publicidad (art. 8 LGCU 26/1984). Pero también la sanción administrativa, por la infracción tipificada en el artículo 3.2.8 del RD 1945/1983, por la negativa infundada a satisfacer las demandas del consumidor o usuario y de expendedores o distribuidores, producidas de buena fe o conforme al uso establecido, cuando su satisfacción

bilidad civil, que, en modo alguno, pueden entenderse excluidas por los artículos 23, 54 y 55 LE, para aquellas conductas que no tipifica como discriminatorias, pero que lo son conforme a los tratados suscritos por España.

Por último, en el artículo 24 LE se amplía a los extranjeros la facultad de acudir al procedimiento previsto en el artículo 53.2 CE para la tutela judicial frente a discriminaciones que impliquen vulnerar derechos y libertades fundamentales. No comprende, por lo tanto, otras lesiones de esos mismos derechos, es decir, cuando no haya habido discriminación. Esta extensión parcial es posible a tenor del artículo 13.1 CE, ya que el artículo 53.2 CE sólo se refiere a los ciudadanos. Ahora bien, como ya advertí, pudiera ser que tal equiparación a los españoles viniera exigida por las cláusulas de igualdad contenidas en tratados, especialmente, la de igual protección del artículo 26 pr. PIDCyP.

III. CONCLUSIONES

I

Si sólo tuviéramos en cuenta el texto constitucional, la distinción nacional/extranjero quedaría como sigue:

– En aquello que es inherente a la dignidad de la persona todos están equiparados y deben seguir equiparados, sin diferencia alguna (arg. art. 10.1 CE).

– En lo demás, cuando se trata de derechos constitucionalmente reconocidos a todos o no sólo a los españoles, los extranjeros están, en principio, equiparados a los españoles, siendo posible que tratados o leyes introduzcan diferencias de trato, que pueden afectar, incluso, a su contenido esencial (arg. arts. 13.1, 14 *a contrario* y 53.1 también *a contrario* CE). Si tales diferencias son favorables a extranjeros, en perjuicio de españoles, éstos sí pueden invocar la cláusula antidiscriminatoria del artículo 14 CE (condición personal), de modo que habrían de superar un test estricto de proporcionalidad, si bien son posibles medidas de discriminación positiva de extranjeros (arg. art. 9.2 CE). Si tales diferencias son desfavorables para los extranjeros, no pueden ser arbitrarias, ni contrarias a la dignidad de la persona y habrán de superar el test de legitimidad de restricción de la libertad (arg. arts. 1.1, 9.3 y 10.1 CE).

– Cuando se trata de derechos reconocidos constitucionalmente sólo a los españoles, los extranjeros, de entrada, no gozan de ellos, en tanto no lo establezca un tratado o una ley, pudiendo extenderse en condiciones no comparables con las de los españoles, incluso, cuando se trate de derechos reconocidos en el capítulo II del título primero de la Constitución (arg. arts. 13.1 y 14, éste *a contrario*, CE), con

esté dentro de las disponibilidades del vendedor o prestador habitual, así como cualquier forma de discriminación con respecto a las referidas demandas». Y, por supuesto, también se podrá hacer valer el derecho a contratar con el prestador del servicio, cuando así esté establecido (ya lo establecían los RRDD 1457/1986 y 58/1988, sobre reparación de vehículos automóviles y aparatos de uso doméstico). Me remito a lo que expuse en «Protección de los intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios. Comentario a los artículos 9 y 10 del Estatuto de consumidores y usuarios de la Comunidad Valenciana», coord. por CUÑAT EDO, V., Valencia, 1993, p. 76-81.

mayor motivo, cuando se trate de cualesquiera de los recogidos en el capítulo III (arg. arts. 13.1, 14 *a contrario* y 53.3 *a fortiori* CE).

– Excepción a la posible equiparación de extranjeros y españoles: derechos reconocidos sólo a los españoles, cuya extensión a los extranjeros está prohibida por la propia Constitución (arts. 13.2 y 23 CE).

II

En cambio, teniendo en cuenta no sólo el texto constitucional, sino también las cláusulas de igualdad contenidas en tratados suscritos por España, como imponen los artículos 13.1, 10.2 y 96 CE, atendiendo especialmente a la cláusula general de igualdad sin discriminación, formulada en el artículo 26 pr. PIDCyP, la distinción nacional/extranjero queda como sigue:

– Regla general de equiparación de los extranjeros a los españoles, salvo diferencias de trato no discriminatorias, que puedan introducir tratados o leyes –hasta aquí, es lo previsto en el artículo 27 CC, generalizándolo a todos los derechos–, que habrán de superar un test de razonabilidad más –las favorables a los extranjeros– o menos –las favorables a españoles o sólo a algunos extranjeros– estricto, siempre que superen el de legitimidad de la restricción de la libertad, si ésta se ve afectada, aunque sin la garantía del respeto al contenido esencial (arg. arts. 1.1, 9.3, 10.1, 14 y 53.1, éste *a contrario*, CE).

– Excepción a la regla general de equiparación: derechos reconocidos sólo a los españoles, cuya extensión a los extranjeros está prohibida por la propia Constitución (arts. 13.2 y 23 CE).

– Excepción a la regla, también general, de posibles diferencias de trato por razón de la nacionalidad: en todo aquello que es inherente a la dignidad de la persona todos están equiparados y deben seguir equiparados, sin diferencia alguna (arg. art. 10.1 CE).

El «cambio» y el progreso producidos son apreciables: pasar del trato diferente, con posibilidad de equiparación por tratados o leyes, como regla general, a la equiparación como tal regla, salvo diferencias de trato que puedan introducirse por tratados o leyes.

En mi opinión, el bloque de constitucionalidad ha asumido y generalizado el criterio formulado en la legislación liberal¹²⁵. También lo ha constitucionalizado, en el sentido de exigir que eventuales restricciones de la libertad superen el tests de legitimidad, así como que las diferencias de trato que puedan establecerse por razón de la nacionalidad superen el de no discriminación.

¹²⁵ RD de extranjería de 17 de noviembre de 1852, artículos 27 CC y 15 CCOM, por citar sólo las normas sustantivas.

Sin embargo, esa legislación no impidió, sino que convivió o, al menos, coexistió a lo largo de buena parte del siglo pasado con una normativa que instauró la arbitrariedad administrativo-policial en lo relativo a la entrada, permanencia y salida/expulsión de extranjeros, y que siguió informando la práctica «administrativa» aun después de entrar en vigor la Constitución y, por supuesto, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, por lo menos hasta la toma de postura claramente garantista en esta materia por parte del Tribunal Supremo, como puso de manifiesto BORRAJO INIESTA, I., *op. cit.*, p. 706, 707 y 718-722.

Adviértase, sin embargo, que tal cambio no se produjo tras la entrada en vigor de la Constitución, esto es, en virtud de una opción del legislador sino en ese mismo momento, ya que con anterioridad ya estaba en vigor la cláusula general de igualdad sin discriminación contenida en el artículo 26 pr. PIDCyP. No nos equivocamos si entendemos que se trató de una decisión del mismo constituyente, si bien descompuesta en distintos niveles normativos.

III

La ley reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros no contiene una regla general de equiparación de los extranjeros a los españoles. Sólo por esto no es inconstitucional, ya que no desmiente la regla general de igualdad e igual protección, que resulta de la Constitución más los tratados.

La distinción que en esta ley se impone en tantas ocasiones entre titularidad y ejercicio de los derechos por los extranjeros, haciendo de su situación legal en España una condición de ejercicio, conduce a la negación de derechos a extranjeros, en no pocas ocasiones, en contra de lo que resulta de las exigencias constitucionales, bien porque niega derechos inherentes a la persona, bien porque, al adoptar ese criterio de la legalidad de la situación en España, comprime ilegítimamente ámbitos de libertad constitucionalmente garantizados a todos o de modo impersonal, o genera diferencias de trato injustificadas respecto a los españoles, que no superan en ocasiones ni siquiera el test de mera racionalidad (ejemplo, intimidación familiar). Esto es lo que, como regla general, sucede cuando se ocupa de derechos y libertades no directamente concernidos por la protección social: intimidación familiar, asociación, especialmente. Esta ley parece ignorar a los extranjeros que no se encuentran en España, tanto en el ámbito de esos derechos como en el de la protección social: asociación, libertad de empresa, beneficio de justicia gratuita, por ejemplo.

Las medidas antidiscriminatorias previstas en esta ley –sobre todo, las específicas– aparecen formuladas en términos tales, que, en muchos casos, no sólo no incrementan la protección de los extranjeros frente a conductas discriminatorias especialmente perjudiciales para sus intereses vitales, sino que, además, parecen restringir no sólo la prohibición de discriminación que resulta de la Constitución más el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, sino, incluso, la ya poco generosa cláusula general antidiscriminatoria contenida en la propia ley, cuando se trata de extranjeros que no se encuentran en España o que se encuentran en situación ilegal. Éstos parecen ser los destinatarios de unas reglas, en ocasiones, dirigidas a desprotegerles.

ABSTRACT

The Spanish Constitution does not contain a general clause of equality between the foreigners and the Spaniards, although it prohibits the abuse (art. 9.3) and guarantees the respect to the dignity (art. 10.1), reason why the negative differences of treatment to the foreigners or some foreigners would only have to pass the rational basis scrutiny. As the equality before the law is recognized only the Spaniards (art. 14), it allows to understand that the treatment differences that are to them negative because of the nationality will have to pass one more or less strict scrutiny of reasonability.

The Constitution also recognizes certain rights all people or in impersonal way, this is, independently of the nationality, although some rights are only recognized the Spaniards. When the Constitution appeals in art. 13.1 to treaties and laws, so that they establish the terms in which the foreigners will enjoy the rights and freedoms constitutionally recognized, allows to differentiate two areas: the one of the rights recognized all or in impersonal way, which the foreigners will enjoy, with no need of law nor treaty, in principle, in the same conditions that the Spaniards, in as much a law or a treaty does not establish different conditions of exercise; and the one of the rights recognized the Spaniards, whom the foreigners but in the conditions anticipated by treaties and the laws will not enjoy. That second rule last also for guarantees such as the one of the respect to the essential content of the rights (art. 53.1), in spite of the doctrine contained in STC 115/1987. Yet, any restriction of one freedom constitutionally guaranteed –the rights recognized all or not only the Spaniards– it will only be possible if it is directed to obtain a legitimate aim and if it is adequate to his attainment.

As when taking effect the Constitution already were it the International Civil and Political Rights Pact (New York 1966), we have to understand that the foreigners remained protected by the general clause of equality without discrimination, contained in art. 26 of this Pact, so that the treatment differences would have to pass the reasonability scrutiny, although in this clause the difference of treatment based on the nationality is not considered specially suspicious, like something possibly different from the national origin.

The Spanish law of rights and freedoms of the foreigners either does not contain a general rule of equality between the foreigners and the Spaniards. Is extremely insidious the generalization such law does of the legality or not of the situation of the foreigner in Spain, like differentiating criterion for the recognition of rights and freedoms constitutionally recognized sometimes not only the Spaniards. In addition, it ignores and, therefore, not having opted for the equality as the general rule, it denies the foreigners who are not in Spain rights and benefits constitutionally recognized not only the Spaniards. And, finally, it contains like measures against discrimination some directed to notice that the foreigners who are not in Spain in legal situation does not deserve any protection by such way. All this generates numerous unconstitutional rules.

RÉSUMÉ

La Constitution espagnole ne contient pas une clause générale d'équiparation des étrangers aux Espagnols, bien qu'en effet elle interdise l'arbitraire (art. 9.3) et garantit le respect à la dignité (art. 10.1), ce pourquoi les différences de traitement défavorables aux étrangers ou à quelques étrangers doivent seulement dépasser l'essai de rationalité. Comme l'égalité devant la loi est reconnue seulement aux Espagnols (art. 14), il permet de comprendre que les différences de traitement qui leur sont défavorables pour raisons de la nationalité en effet devront dépasser un essai de raisonabilité ou proportionnalité, plus ou moins strict.

La Constitution reconnaît des droits à tous et aussi de manière impersonnelle, c'est-à-dire, indépendamment de la nationalité, bien qu'elle reconnaisse quelques seulement aux Espagnols. En étant remis dans son art. 13.1 aux traités et aux lois, pour qu'ils établissent les termes dans lesquels les étrangers jouiront les droits et les libertés constitutionnellement reconnus, il permet de différencier deux domaines: celui des droits reconnus à tous ou de manière impersonnelle, dont jouiront les étrangers, sans avoir besoin de loi ni de traité, en principe, dans les mêmes conditions que les Espagnols, à moins qu'une loi ou un traité n'établissent pas de conditions d'exercice différentes; et celui des droits reconnus aux Espagnols, dont ne jouiront pas les étrangers mais dans les conditions prévues par les traités et les lois. Ceci dernier vaut aussi pour garanties comme celle du respect au contenu essentiel des droits (art. 53.1), malgré la doctrine contenue dans la STC 115/1987. Cependant, toute restriction des domaines de liberté constitutionnellement garantis –les droits reconnus à tous ou non seulement aux Espagnols– sera seulement possible si elle est dirigée à obtenir une fin légitime et si elle est adéquate à sa réalisation.

Comme en entrant en vigueur la Constitution l'était déjà l'Accord international de droits civils et politiques (New York 1966), nous devons soutenir que les étrangers sont restés encore protégés par la clause générale d'égalité sans discrimination, contenue dans l'art. 26 de cet Accord, de sorte que les différences de traitement qui leur étaient défavorables aient dû dépasser un essai de raisonabilité ou proportionnalité, même si dans cette clause on ne considère pas spécialement suspecte la différence de traitement pour motif de nationalité, comme quelque chose possiblement différente à l'origine nationale.

La loi espagnole sur droits et libertés des étrangers ne contient pas non plus une règle générale d'équiparation des étrangers aux Espagnols. Il s'avère suprêmement critiquable la généralisation que fait de la légalité ou non de la situation de l'étranger en Espagne, comme critère différenciateur pour la reconnaissance de droits et libertés constitutionnellement reconnus parfois non seulement aux Espagnols. En outre, elle ignore et, par conséquent, n'optant pas pour l'équiparation comme règle générale, nie aux étrangers qui ne sont pas trouvés légalement en Espagne des droits et des bénéfices reconnus constitutionnellement non seulement aux Espagnols. Et, finalement, elle présente comme mesures antidiscriminatoires quelques visantes à signaler que ne sont pas protégés les étrangers qui ne se trouvent pas en Espagne en situation légale. Tout ça produit des nombreuses règles inconstitutionnelles.

