

DL

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY ORGÁNICA DE EXTRANJERÍA

Consuelo Nieto Roales-Nieto
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS: II.1. Derecho de reunión, manifestación y asociación. II.2. Derecho de sindicación y huelga.—III. OTROS PRECEPTOS IMPUGNADOS.—IV CONCLUSIONES.

RESUMEN

El 22 de mayo de 2001, el Tribunal Constitucional admite a trámite varios recursos sobre la posible inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. La reforma operada afecta principalmente al ejercicio de los derechos de reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga y va dirigida a un colectivo determinado dentro de los extranjeros, aquellos que se encuentran en situación irregular. La reforma llevada a cabo, lejos de establecer una modulación del ejercicio de estos derechos, niega su total reconocimiento a todo aquel que carezca de autorización de estancia o residencia. Con la STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, el Tribunal resuelve sobre la mayoría de los preceptos impugnados de la Ley que han sido objeto de los diferentes recursos con un pronunciamiento en el que se pierde nuevamente la oportunidad de hacer real la virtual proclamación de estos derechos como universales.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Por primera vez, un pronunciamiento del Tribunal Constitucional ha resuelto la posible inconstitucionalidad de una ley que niega el ejercicio, o como se verá más adelante, el reconocimiento de ciertos derechos a los extranjeros que carecen de autorización de residencia o estancia en España. Hasta este momento, los pronunciamientos sobre la materia han ido siempre dirigidos a la posible inconstitucionalidad de preceptos que afectaban a los extranjeros en general. La modificación de la Ley Orgánica establece un recorte sustancial de derechos con un objetivo definido, los extranjeros en situación irregular. Esto evidencia la existencia de dos grupos diferenciados, los que se encuentran en situación legal en el país y los que no, y del tratamiento legal que pretende darse a estos últimos. La solución no ha sido ni será pacífica. Disociar la titularidad de los derechos de su ejercicio es entender que «todos los extranjeros son titulares de los derechos» pero que «sólo los residentes los pueden ejercer», lo que es, además de una impropiedad jurídico-dogmática, un lenguaje confuso para encubrir una realidad: la de que si se tiene la titularidad y no el ejercicio del derecho, no se tiene entonces, en el presente, derecho alguno¹.

Para situar el recurso y el alcance de su contenido es necesario recordar el contexto en el que se promulgó esta Ley². Con la reforma de la ley 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, se aspiraba primordialmente a un mayor reconocimiento y protección de los derechos fundamentales del extranjero³; incluso, no se limitaba el reconocimiento de ciertos derechos a inmigrantes en situación irregular por entender que son derechos inherentes a la persona y que su ejercicio no podía condicionarse a situaciones administrativas.

¹ Manuel ARAGÓN: «¿Es constitucional la nueva Ley de Extranjería?» *Revista Claves de la Razón Práctica*. Madrid, mayo 2001 págs. 11-12.

² Ley Orgánica 4/2000, de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

³ Aurelia ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: «La nueva ley española de extranjería, ¿ruptura e incumplimiento de Tampere? ¿Innovación o seguimiento del modelo italiano?» *Revista Migraciones*, Madrid, núm. 7, 2000, págs. 92-93.

Este sentimiento aperturista e integrador manifiesto en la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, iba a tener una existencia breve. En escasos meses, la modificación vendría de la mano de la Ley Orgánica 8/2000. Las justificaciones de la reforma se referían, por un lado, al denominado «efecto llamada» y, por otro y ante todo, a las Conclusiones alcanzadas en la Cumbre de Tempere por el Consejo Europeo en octubre de 1999. En esta se reconocía la necesidad de una política de integración a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros en un nivel de derechos comparable a los de los ciudadanos de la Unión. La alusión a la residencia legal no implicaba la exclusión de todo reconocimiento de derechos a los que se encontraran en situación irregular, supuesto al que no se hacía referencia en las Conclusiones.

La Ley 4/2000 seguía las mismas pautas, integración y extensión en el reconocimiento de derechos; por ello, no solo no estaba en contradicción, sino que coincidían en sus líneas básicas. Al margen de la incongruencia de justificar la reforma en las Conclusiones de Tempere la modificación operó una cuestión controvertida. La reforma llevada a cabo por la Ley implica modificaciones encaminadas a un recorte sustancial del ejercicio de los derechos, disociándolo de la titularidad de los mismos, lo que vacía de contenido cualquier retórica de integración⁴.

Los planteamientos sobre la posible inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley no se hicieron esperar. La reforma operada, que limita el ejercicio de los derechos de reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga, que serán objeto de un análisis posterior, a los extranjeros que tengan autorización de estancia o residencia, motivó la presentación de varios recursos al Tribunal Constitucional⁵.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

La STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, resuelve al fin sobre el recurso de inconstitucionalidad planteado contra varios puntos del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley

⁴ Javier DE LUCAS, Ángeles SOLANES, Salomé PEÑA: *Trabajadores migrantes. Inmigrantes: Una aproximación jurídica a sus derechos*. Germanía. Valencia, 2001, op. cit., pág. 53.

⁵ Recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, Junta de las Comunidades de Castilla-La Mancha, Comunidad de las Islas Baleares, Junta de Extremadura y Principado de Asturias, por el Parlamento Vasco y por el de Navarra, por la Diputación General de Aragón y por el Grupo parlamentario PSOE en el Congreso. Cfr. Salomé PEÑA: «La historia reciente de la legislación española sobre derechos y libertades de los extranjeros y algunas de las actuaciones que ha provocado», en J. DE LUCAS, Ángeles SOLANES, Salomé PEÑA: op.cit., pág. 24. Exceptuando el recurso de la Comunidad de Islas Baleares, que desistió, el resto han sido resueltos por el TC.

Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Este no ha sido el único pronunciamiento del Tribunal en relación a la posible inconstitucionalidad de determinados preceptos de esta Ley, si bien, el nexo común a todos ellos, es la pretendida inconstitucionalidad de la regulación establecida para el ejercicio de los derechos de reunión, manifestación, asociación y sindicación. Al margen de ellos, en las diferentes sentencias el Alto Tribunal ha tenido que pronunciarse sobre otros preceptos de la Ley también objeto de los recursos presentados y admitidos a trámite.

Antes de entrar en el examen de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las restricciones operadas por la Ley 8/2000 es conveniente establecer unas pautas previas, sobre todo, teniendo en cuenta, los argumentos en los que se sustenta el recurso de inconstitucionalidad. El primero de ellos hace referencia a la libertad que el artículo 13.1 CE concede al legislador para regular el ejercicio de los derechos y libertades públicas de los extranjeros en España y de los límites a los que esta sometido al hacerlo. Y el segundo, aunque no aparece formulado expresamente, sostiene que los preceptos impugnados están en contradicción con los tratados internacionales ratificados por España en esta materia⁶. Partiendo de estas premisas el análisis debe comenzar recordando que existe un modelo constitucional de atribución de los derechos fundamentales a los extranjeros y que en él no se establece un régimen diferenciado en función de la situación en la que éstos se encuentren en el país.

En este sentido, el artículo 13 de la Constitución es el núcleo central desde el cual hay que partir para analizar el reconocimiento de derechos constitucionalmente reconocidos a los extranjeros aunque, para obtener una definición del estatuto jurídico-constitucional de los mismos, deba ser puesto en relación con otros preceptos constitucionales. Al mismo tiempo es necesario aclarar que la remisión contenida en el artículo 13 a los Tratados y la ley no implica, por un lado y según el Tribunal, la desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros respecto a los derechos y libertades públicas. Si bien se trata de derechos de configuración legal, en cuanto a su contenido, siguen siendo derechos constitucionales⁷. Por otro lado, el valor que se atribuye a los tratados y acuerdos no los convierte en «un canon autónomo de validez»; al contrario, constituyen una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos fundamentales⁸. Esto no impide que, en la práctica y a pesar de su dimensión interpretativa, lo que acaba sucediendo es que, el contenido de los tratados y acuerdos internacionales «se convierte en cierto modo en el contenido consti-

⁶ STC 236/2007 FJ 2.

⁷ STC 107/198, STC 99/1985, STC 115/1987.

⁸ STC 236/2007 FJ 5 en relación a la STC 64/1991 FJ 4 a.

tucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el Capítulo Segundo del Título I de nuestra Constitución»⁹.

Llegados a este punto es de obligada referencia la división tripartita que el Tribunal Constitucional¹⁰ realiza de la atribución de los derechos fundamentales a los extranjeros. En la primera categoría se encuentran aquellos derechos fundamentales que corresponden de igual forma a españoles y extranjeros. «Los extranjeros gozan en nuestro país, en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana»¹¹. En palabras de Tribunal, se trata de aquellos derechos que corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación con los españoles. Los derechos que integran esta categoría no constituyen *numerus clausus*¹².

En segundo lugar, existen derechos fundamentales que quedan excluidos de ser titularizados por los extranjeros, los del artículo 23 y con la salvedad que contienen. Y finalmente existe un tercer grupo de derechos de los que podrán ser titulares o no, según los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio¹³. En este último caso, el legislador goza de una mayor libertad, aunque ésta no es en modo alguna absoluta¹⁴.

Con carácter general, se puede decir que la problemática de esta distinción, esta en que el Tribunal hace una categorización de derechos, que salvando la exclusión expresa del artículo 23, no acota los derechos que pertenecen a las dos categorías restantes. Determinar si un derecho pertenece a una u otra «ofrece algunas dificultades por cuanto todos los derechos fundamentales, por su misma naturaleza, están vinculados a la dignidad humana»¹⁵. La determinación final dependerá, en todo caso, del derecho

⁹ STC36/1991.

¹⁰ STC107/1984.

¹¹ STC 107/1984

¹² Derechos incluidos en esta categoría: el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad la libertad ideológica (STC 107/1984 FJ 3), el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985 FJ2), el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003 FJ4), el derecho a la libertad y a la seguridad (STC 144/1990 FJ 5) y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000 FJ1. STC 236/2007 FJ3).

¹³ STC 107/1984 de 23.11.1984 BOE n.305 En esta categoría se incluyen los derechos «relativos al trabajo, a la protección de la Seguridad Social y a la asistencia sanitaria. Maria Emilia CASAS BAAMONDE: «Evolución Constitucional Y Derecho del Trabajo». Puntos críticos interdisciplinarios en las relaciones laborales. A.PEDRAJAS. MORENO (dir.), Valladolid, Lex Nova, 2000, pág. 106. Se hace mención a las Sentencias del TC 107/84, 99/1985, 115/87, 94/1993,130/1995 y 95/2000.

¹⁴ STC 94/1993.

¹⁵ STC 236/2007 FJ3.

afectado¹⁶, atendiendo su identificación al tipo abstracto del mismo y a los intereses que básicamente protege, es decir, a su contenido esencial. En este proceso de determinación adquiere especial relevancia «la Declaración universal de derechos humanos y los demás Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el artículo 10.2 CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales»¹⁷.

Aclarados estos extremos, el recurso deberá determinar si las limitaciones impuestas por el legislador a los extranjeros sin autorización de residencia o estancia en España para el ejercicio de los derechos de reunión, asociación, manifestación y sindicación han respetado los límites impuestos por la Constitución. Para ello, el Tribunal Constitucional ha mantenido la misma lógica sistemática que en anteriores pronunciamientos. Se analiza, por tanto, la conexión del derecho impugnado con la garantía de la dignidad humana, recurriendo a la interpretación que del mismo se hace en la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás tratados y acuerdos internacionales ratificados por España sobre la misma materia¹⁸.

II.1. Derecho de reunión, manifestación y asociación

«Los extranjeros tendrán el derecho de reunión y manifestación, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España»¹⁹.

No es la primera vez que se alega la inconstitucionalidad de la regulación del derecho de reunión o asociación. La STC 115/1987 declaraba nulo el inciso del artículo 7 de la LO 7/1985 que establecía la necesidad de obtener autorización previa del órgano competente para ejercer el derecho de reunión y manifestación. En aquel entonces, también se establecía como requisito para el ejercicio de los derechos la situación de legalidad, pero este extremo no fue recurrido. En lo que al derecho de asociación se refiere, la alegada inconstitucionalidad iba dirigida a la posibilidad de la suspensión administrativa de las asociaciones integradas mayoritariamente por extranjeros, también declarado inconstitucional y nulo por el Tribunal. Al margen de que los condicionamientos establecidos por el legislador al ejercicio de estos derechos, objeto de aquel recurso, fueran otros a los que ahora se enfrenta el Tribunal, ya entonces se dejaba constancia de que se trataba de derechos que venían directamente reconocidos a los extranjeros por la Constitución. Así debió entenderlo la Ley Orgánica 4/2000 al no establecer dife-

¹⁶ STC 107/1984 FJ4.

¹⁷ STC 91/2000 FJ 7.

¹⁸ STC 236/2007 FJ 6.

¹⁹ Punto 5 del artículo primero, que da una nueva redacción al apartado 1 del artículo 7 de la LO 4/2000.

renciaciones en atención a la situación administrativa de los extranjeros en España.

El Tribunal Constitucional se ha mantenido en esta línea. El artículo 21 CE establece que los extranjeros gozan del derecho de reunión y manifestación «conforme a las leyes que lo regulan para los españoles» estableciendo así una equiparación en cuanto a su titularidad y ejercicio²⁰. El grado de conexión del derecho de reunión con la dignidad humana ha sido reiteradamente puesto de manifiesto en diversas sentencias del TC²¹, al tratarse de una «manifestación colectiva de la libertad de expresión»²². Este «principio de libertad, del que es una manifestación, exige que las limitaciones que a él se establezcan respondan a supuestos derivados de la Constitución»²³. En este sentido, el Tribunal entiende que la limitación impuesta por el legislador no constituye un condicionamiento adicional al ejercicio del derecho de reunión o manifestación; al contrario, se trata de la negación absoluta del derecho para aquellos que carecen de autorización de estancia o residencia.

En consonancia con lo anterior, tanto la Declaración de Derechos Humanos como los tratados internacionales ratificados por España sobre la materia parecen vincular, del mismo modo, el derecho de reunión con la dignidad humana²⁴.

Por tanto, el Tribunal declara inconstitucional la nueva redacción que da el artículo 1, punto 5, de la Ley Orgánica 8/2000 al artículo 7 de la LO 4/2000, por entender que vulnera el artículo 21 de la CE en su contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el artículo

²⁰ STC 236/2007 FJ 6.

²¹ STC 195/2003 FFJJ 3 y 4, STC 196/2002 FJ 4, 66/1995 FJ 3.

²² STC 284/2005, STC 236/2007 FJ 6. La vinculación de la libertad de expresión-libertad de reunión ha sido igualmente destacada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en muchas de sus sentencias (STEDH caso Stankov, de 13 de febrero de 2003, § 85, STEDH caso Rekvényi, de 20 de mayo de 1999, § 58) STC 236/2007 FJ 6.

²³ STC 101/1985, STC 236/2007 FJ 6.

²⁴ Artículo 20.1 DUDH: «Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y asociación pacíficas». El Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966 (PIDCP) dispone en su artículo 21: «Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean 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». Finalmente, el artículo 11 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH) establece en su apartado 1: «Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos en defensa de sus intereses». Y en el apartado 2: «El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas en la ley, 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».

10.2 CE. Sin embargo, no declara la nulidad del inciso «que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia»²⁵.

En lo que al derecho de asociación se refiere el Tribunal mantiene la misma línea argumentativa. Se parte del contenido fundamental del derecho de asociación que «comprende tanto la libertad positiva de asociación como la negativa de no asociarse» y de la vinculación que existe entre este derecho y «la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad por cuanto protege el valor de la sociabilidad como dimensión esencial de la persona y en cuanto elemento necesario para [...] una sociedad democrática»²⁶.

Por lo demás, el derecho de asociación es un derecho reconocido directamente a los extranjeros por la Constitución, en su artículo 22.1²⁷. Esto no impide que el legislador pueda establecer condicionamientos adicionales a su ejercicio, sin embargo, no se puede entender «esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales»²⁸, y más aún como una autorización para negar su reconocimiento y ejercicio en cualquiera de sus formas.

Este mismo entendimiento se desprende de la Declaración Universal de derechos humanos y de los demás tratados internacionales ratificados por España sobre la materia²⁹, que comparten la comprensión de la proyección universal del derecho de asociación, por lo que el Tribunal declara la inconstitucionalidad, no la nulidad, de la nueva redacción dada por el artículo 1, punto 6, al artículo 8 de la LO 4/2000, por vulnerar el artículo 22 CE en su contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el artículo 10.2 CE³⁰.

2.2. Derecho de sindicación y huelga

«Los extranjeros tendrán derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles», derecho «que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España».

Probablemente estamos en presencia de uno de los aspectos más controvertido de la Ley. En el caso de la libertad sindical y del derecho de huelga, confluyen dos realidades diversas: a la situación de irregularidad se suma el hecho de, si una persona que esta realizando un trabajo para el que

²⁵ STC 236/2007 FJ 17.

²⁶ STC 236/2007 FJ 7.

²⁷ «Se reconoce el derecho de asociación», artículo 22.1 CE.

²⁸ STC115/1987 FJ 3.

²⁹ Art 20.1 DUDH, Art 11 CEDH, artículo 22.1 PIDCP.

³⁰ STC 236/2007 FFJJ 6 y 7.

no esta jurídicamente habilitado, puede gozar de un status de trabajador con el fin de ejercitar los derechos de libertad sindical y de huelga. Se trata, por tanto, de determinar si el derecho a la libertad sindical es un derecho inherente a la dignidad de la persona o, por el contrario, es un derecho de configuración legal, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio. En relación a este aspecto, el derecho de libertad sindical se presenta especialmente problemático.

La libertad sindical es un derecho complejo que comprende no sólo la posibilidad de afiliación o no a un sindicato, sino también el derecho a fundarlos. Esto en lo que se refiere a la dimensión individual del derecho. En su dimensión colectiva, comprende «el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas». Contenido que ha sido ampliado por la doctrina del Tribunal Constitucional más acorde a la configuración del derecho que en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical se establece, incluyendo en el ejercicio de la actividad sindical, el derecho a la negociación colectiva y el ejercicio del derecho de huelga. Sin embargo, el recurso se circunscribe al derecho a sindicarse libremente sin hacer referencia a la afiliación a organizaciones profesionales ni tampoco al ejercicio del derecho de huelga, aunque este último si ha sido objeto de otro recurso interpuesto ante el Tribunal Constitucional y resuelto en su STC 259/2007 de 19 de diciembre de 2007.

A pesar de esto, el Tribunal en coherencia con el contenido esencial del derecho de libertad sindical ampliamente definido por él, entiende que esa «interpretación restrictiva del contenido del precepto impugnado no es posible», siendo preciso un pronunciamiento sobre su constitucionalidad en la inteligencia de que la exclusión alcanza a todos aquellos aspectos que forman parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical y «no sólo del derecho de afiliación a los sindicatos ya creados»³¹.

En cuanto al ámbito subjetivo del derecho, la Constitución³² otorga un alcance general al mismo. Esta asignación universal se entiende, sin embargo, atribuida a todos en cuanto trabajadores, delimitación que ha sido perfilada por la jurisprudencia, sobre la vinculación de la libertad sindical al ejercicio de la actividad laboral. La referencia a todos los trabajadores se da «en su caracterización material y no jurídico-formal»³³, por tanto, se reserva el derecho en el plano individual a éstos, «libertad sindical individual», y en el plano colectivo, a los sindicatos de trabajadores, «libertad sindical colectiva», que afecta a los derechos inherentes de los sindicatos constituidos³⁴ acorde a la doble dimensión del derecho. El Tribunal entiende de este modo «la

³¹ STC 236/2007 FJ 9.

³² Artículo 28.1 CE.

³³ STC 236/2007 FJ 9.

³⁴ Denominaciones utilizadas por Tomás SALA FRANCO, Ignacio ALBIOL MONTESINOS: *Derecho sindical*, Valencia, Tirant lo Blanch, 5ª ed., 1998, pág. 48.

proyección universal subjetiva»³⁵ que del derecho de libertad sindical se recoge en los diferentes tratados internacionales.

En este sentido y siguiendo el criterio interpretativo del artículo 10.2 CE pone de manifiesto como la libertad sindical es objeto de varios instrumentos internacionales y comunitarios, figurando prácticamente al día de hoy en la totalidad de los que se refieren a los derechos humanos. La tutela otorgada en todos ellos coincide en dos aspectos fundamentales: por un lado, se establece un reconocimiento del derecho con carácter general, por otro, y en consonancia con lo anterior, ninguno hace referencia a restricciones por razón de la nacionalidad. La libertad sindical consta expresamente, entre otros, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, de 1966, en el Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de 1950, en la Carta Social Europea, de 1961, en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales, de 1989, y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000³⁶. A estos se suma los convenios internacionales sobre libertad sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en especial los números 87 y 98³⁷. La aprobación de estos convenios en la misma época que la Declaración Universal de los Derechos Humanos es el resultado de la interdependencia entre los derechos que forman estos dos documentos³⁸. Con su adopción el derecho de libertad sindical pasó a formar parte de un contexto de revalorización de los derechos humanos como un todo.

Con todo esto se podría argumentar, no sin dificultades, que la consagración de la libertad sindical en todos los ordenamientos jurídicos democráticos y en la práctica totalidad de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos prueba la vinculación de este derecho con la dignidad humana, en términos de no admitir una tutela diferenciada. A pesar de esto, el Tribunal parece entender que estamos ante un derecho de configuración legal, que si bien no admite intromisiones en su contenido esencial, nada impide que se puedan establecer condiciones específicas para su ejercicio por los extran-

³⁵ STC 236/2007 FJ 9.

³⁶ La Declaración Universal de Derechos Humanos (23.4.2.1) Los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y Económicos, Sociales y culturales (arts. 22 y 8.1, respectivamente), el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas (art. 11.1), la Carta Social Europea, núm 5, parte primera, y el artículo 5, parte segunda.

³⁷ El Convenio núm. 87 de la OIT es contundente en este sentido. En su artículo 2 se establece que el derecho a afiliarse no tiene «ninguna distinción», a lo que sigue el artículo 3.2, que dispone que es obligación de los Estados «abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o entorpecer su ejercicio legal», para lo que se reconoce a los trabajadores, sin distinción y sin autorización previa, el derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes.

³⁸ Cfr. Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO: «OIT, derechos humanos y libertad sindical». *Relaciones laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, Tomo I, 1999, pág. 3.

jeros sin la correspondiente autorización de estancia o residencia «siempre y cuando respete un contenido del mismo que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona independientemente de la situación en la que se encuentre»³⁹.

Por los razonamientos expuestos y ciñéndose al derecho a sindicarse libremente el Alto Tribunal declara la inconstitucionalidad, no la nulidad, del artículo 11.1 de la LO 4/2000 en la redacción dada por el artículo 1, punto 9, de la LO 8/2000, por ser contrario al artículo 28.1 CE.

En lo que se refiere al derecho de huelga, supeditado su ejercicio por la Ley Orgánica a la autorización para trabajar, ha sido objeto de pronunciamiento del Tribunal en su sentencia 259/2007 de 19 diciembre de 2007. Partiendo de la premisa de que el derecho de libertad sindical consagrado en la CE alcanza tanto un genérico derecho de negociación colectiva, como de huelga⁴⁰, los argumentos esgrimidos para declarar la inconstitucionalidad de la limitación impuesta al derecho de libertad sindical se hacen extensibles al derecho de huelga. El nexo entre ambos derechos ha sido puesto de manifiesto por el Tribunal que si bien señala que el derecho de huelga corresponde a los trabajadores *uti singuli*, tiene que ser ejercitado colectivamente mediante concierto entre ellos. Esta acción colectiva y concertada en que consiste el derecho de huelga corresponde «tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales»⁴¹.

Este entendimiento esta en conexión con el reconocimiento general que la CE en su artículo 28.2 consagra estableciendo el derecho de huelga para todos los trabajadores, sin distinción, como medio de defensa de sus intereses, situándose, en la misma línea, los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España sobre la materia⁴².

En este caso como en el del derecho a la libertad sindical, la limitación impuesta por el legislador orgánico no se compadece con el derecho proclamado constitucionalmente ni con el contenido esencial delimitado jurisprudencialmente. El Tribunal define el derecho de huelga como «un derecho subjetivo del trabajador que simultáneamente se configura como un derecho fundamental constitucionalmente consagrado, en coherencia con la idea del Estado social y democrático de derecho»⁴³. A través del derecho de huelga

³⁹ STC 236/2007 FJ 9.

⁴⁰ Cfr. Fernando VALDÉS DAL-RE: «El derecho a la Negociación Colectiva en la Jurisprudencia Constitucional». *Relaciones Laborales, Negociación Colectiva y Pluralismo Social*. Madrid, MTAS, 1996, págs. 119 y ss.

⁴¹ STC 11/1981 FJ 11.

⁴² Art 8.1 d 9) del PIDESC reconoce el derecho de huelga de conformidad con las leyes de cada país. El artículo 6 de la Carta Social Europea reconoce el derecho de los trabajadores y empleadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga.

⁴³ STC 123/1992 FJ 4.

se busca legitimar medios de defensa de los intereses de los trabajadores y el Estado social no solo no puede ignorarlos y menos aún negarlos sino, al contrario, debe proporcionar los cauces adecuados para su desarrollo.

El ámbito subjetivo del derecho, al igual que para el ejercicio de la libertad sindical, comprende al trabajador en su caracterización material y no jurídico-formal. El Tribunal entiende que la existencia material de la prestación de trabajo, sin autorización para ello, no niega esta realidad. El hecho de no reconocer estos derechos implica convertir a los extranjeros en situación administrativa irregular en no-sujetos y condenarles a vivir y a trabajar en condiciones de explotación y marginalidad⁴⁴. En la misma línea la LO 4/2000 en su artículo 36.3 establece que la ausencia de autorización para trabajar no invalida el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero. Entre estos derechos, la libertad sindical y el derecho de huelga, constituyen una vía para que aquellos que por su situación se encuentran con una desprotección de sus derechos en el plano individual gocen, al menos, de una posibilidad de defensa de sus derechos, en una dimensión colectiva. El Tribunal así lo entiende, cuando establece que «la condición de trabajador en sentido legal [...] no se corresponde con la titularidad del derecho fundamental, ejercitable, entre otras finalidades posibles en la defensa de los intereses de los trabajadores, para llegar a ostentar tal condición jurídico-formal»⁴⁵.

III. OTROS PRECEPTOS IMPUGNADOS

El TC ha tenido también que pronunciarse sobre otros aspectos de la LO. El punto 7 del artículo primero de la ley recurrida⁴⁶ establece que «los extranjeros residentes tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en la mismas condiciones que los españoles [...]», por tanto se impide el acceso a la enseñanza no básica a los extranjeros menores de dieciocho años que no tengan residencia legal en España. Al margen de la contradicción existente entre este punto y el apartado primero del artículo, que garantiza el derecho a la educación a los menores de dieciocho años, independientemente de su situación legal, el pronunciamiento del Tribunal en este sentido ha sido claro, declarando inconstitucional y nulo el inciso «residentes» por ser contrario al derecho a la educación garantizado en el artículo 27.1 CE en el que se reconoce un derecho a la educación con carácter general, con independencia de la condición de nacional o extranjero o de la situación de legalidad o ilegalidad en España. Este entendimiento estaría en

⁴⁴ Ángeles SOLANES. «Sujetos al margen del ordenamiento jurídico: inmigrantes sin papeles». *Inmigrantes: una aproximación jurídica a sus derechos...*, cit., pág. 57.

⁴⁵ STC 236/2007 FJ 9.

⁴⁶ Este punto también ha sido objeto de pronunciamiento en la STC 262/2007.

consonancia con los diferentes instrumentos nacionales e internacionales que informan nuestro ordenamiento jurídico⁴⁷ y que ponen de manifiesto «la inequívoca vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana»⁴⁸.

Otros aspectos de la ley que han sido impugnados son el derecho a la intimidad familiar y al reagrupamiento familiar⁴⁹, regulado en los puntos 12 y 13 del artículo primero y en el nuevo artículo 18. La impugnación se basa en la remisión reglamentaria contenida en estos preceptos por ser contraria al contenido del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE, el cual es objeto de las reservas de ley establecidas en los artículos 81.1 y 53.1 CE. El problema se circunscribe a sí la reagrupación familiar forma parte o no del contenido esencial del derecho a la intimidad familiar. El Tribunal pone de manifiesto que la intimidad familiar consagrada en el artículo 18.1 CE lo es «como una dimensión adicional de la intimidad personal»⁵⁰ y así lo ha manifestado en diversas sentencias⁵¹. Del mismo modo, el análisis de los diferentes Tratados internacionales⁵² sobre la materia tampoco conduce a la interpretación de que el derecho a la reagrupación familiar forme parte del contenido esencial del derecho a la intimidad familiar, por lo que el TC desestima este motivo de inconstitucionalidad.

Los siguientes preceptos impugnados son, el punto 14 del artículo primero, inciso final del apartado 2 del nuevo artículo 20 y la nueva redacción dada por la LO 8/2000 al apartado 5 del artículo 27, que establece que la denegación de visado será motivada cuando se trate de visados de residencia para la reagrupación familiar, para trabajar por cuenta ajena o cuando el solicitante se encuentre en la lista de personas no admisibles prevista en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y, el punto 16 del artículo primero que, sólo reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita cuando se acredite

⁴⁷ Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo, de educación (art. 4.2), Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 26): «Toda persona tiene derecho a la educación [...]», PIDESC (art. 13) Apartado 1. «Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación». Artículo 2 del Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 20 de marzo de 1952: «A nadie se le puede negar el derecho a la educación [...]».

⁴⁸ STC 236/2007 FJ 8.

⁴⁹ También ha sido objeto de pronunciamiento en la STC 260/2007.

⁵⁰ STC 236/2007 FJ 11.

⁵¹ STC 231/1988, STC 231/1988, STC 197/1991.

⁵² El artículo 8.1 CEDH establece que «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar [...]». El Tribunal Europeo de Derecho Humanos deduce de este precepto un derecho a la vida familiar, pero no ha llegado a reconocer explícitamente un auténtico derecho a la reagrupación familiar derivado de este artículo (SSTEDH caso Abdulaziz, de 28 de mayo de 1985 § 68, caso Ahmut, de 28 de noviembre de 1996, § 67). Del mismo modo, el artículo 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el 23.1 PIDCP disponen igualmente que «La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado», pero sin referencia a la reagrupación familiar como parte de este derecho. STC 236/2007 FJ11.

insuficiencia de recursos económicos a los extranjeros residentes⁵³. El motivo de la impugnación, en el primer caso, se basa en que para el resto de los supuestos no se exige la motivación de la resolución administrativa, impidiendo su control jurisdiccional siendo contrario a los artículos 24.1, en relación con el artículo 9.3 y 106.1 CE y, en el segundo, por ser contrario al artículo 119 CE en relación con el artículo 24.1 CE. Ambos serán tratados conjuntamente por su relación con el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva aunque con resultados diversos. Partiendo de la premisa de que el derecho a la tutela judicial constituye uno de los derechos fundamentales «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano»⁵⁴ se trata de determinar en ambos supuestos si el legislador orgánico ha traspasado los límites constitucionalmente impuestos para salvaguardar este derecho. En el primer caso, el Tribunal pone de manifiesto que la exoneración del deber de motivación para los casos no contemplados en el precepto impugnado, son referidos a resoluciones administrativas y no a resoluciones judiciales. Esto no implica, por tanto, una restricción a un derecho, porque la obtención de un visado no es un derecho reglado del extranjero. A esto se suma que la LO deja a salvo el control de esta actividad administrativa por los Tribunales «en todo caso, cuando el extranjero no se encuentre en España»⁵⁵.

Distinta postura adopta el Tribunal con la exigencia de legalidad para poder acceder a la asistencia jurídica gratuita cuando hay insuficiencia de recursos económicos. En este sentido determina «la conexión instrumental» que existe «entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho a la tutela judicial efectiva»⁵⁶ con independencia de la situación jurídica en la que se encuentre el sujeto. Por tanto, declara la inconstitucionalidad del precepto impugnado, al impedir el acceso de facto a la jurisdicción por afectar directamente al contenido esencial del derecho de tutela judicial efectiva.

Para concluir con la STC 236/2007 los últimos aspectos de la LO impugnados son los apartados 50, 53 y 56 al artículo primero relativos a infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador. En el primer caso, la impugnación se centra en la vulneración del artículo 25.1 CE por suponer una infracción del principio *non bis in idem* y del artículo 25.2 CE por ser contrario a los principios de reeducación y reinserción social, al establecer como causa de expulsión, el hecho de que un extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, con pena privativa de libertad superior a un año. El Tribunal pone de manifiesto, según su reiterada jurisprudencia⁵⁷, que para que pueda hablarse de infracción del principio *non bis in idem*, se

⁵³ También ha sido objeto de pronunciamiento en las STC 259/2007, 261/2007, 262/2007, 263/2007, 264/2007 y 265/2007.

⁵⁴ STC 107/1984 de 23 de noviembre, FJ 3.

⁵⁵ Art 65.2 LO.

⁵⁶ STC 95/2003 FFJJ 3 y 5, STC 236/2007 FJ 13.

⁵⁷ STC 2/1981, STC 154/1990, STC 2/2003.

requiere identidad del sujeto, hecho y fundamento⁵⁸ y que en el caso enjuiciado hay una «falta de identidad entre el fundamento de la sanción penal y el de la expulsión», ya que las dos medidas «persiguen la protección de bienes o intereses jurídicos diferentes»⁵⁹. En lo que se refiere a la infracción de los principios de reeducación y reinserción social, el Tribunal considera improcedente la impugnación del precepto, porque el mandato constitucional que se reconoce en el artículo 25.2 esta referido a penas privativas de libertad pero no a supuestos de expulsión de extranjeros. A esto se suma que se trata de un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la Administración pero no al legislador que establece medidas administrativas en el marco de la política de extranjería⁶⁰.

En relación al punto 53⁶¹ se impugna que, en los casos de retorno no se garantice más allá del plazo de setenta y dos horas que el órgano judicial tenga posibilidad de decidir otra cosa distinta al internamiento y por tanto se estaría vulnerando el artículo 17.1 y 2 CE. La parte recurrente entiende que esta es la única interpretación posible del precepto, sin embargo, el Tribunal, partiendo de que «solo cabe declarar la derogación de los preceptos cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación»⁶², pone de manifiesto que el precepto admite otra interpretación, que no es otra, que «la voluntad de la ley y [...] de la Constitución, es que, más allá, de las setenta y dos horas, corresponda a un órgano judicial la decisión sobre el mantenimiento o no de la limitación de libertad»⁶³.

Por último, en relación al punto 56⁶⁴ del artículo primero el motivo de impugnación se dirige a que el plazo de cuarenta y ocho horas que se le concede al interesado para formular alegaciones en su defensa, una vez que se da la incoación del procedimiento sancionador de expulsión preferente, vulnera el artículo 24.1 CE en relación con el artículo 6 CEDH al producir indefensión. Para la determinación de la constitucionalidad de este precepto el Tribunal aclara que, en este caso, el principio de celeridad esta en consonancia con los supuestos contemplados en la Ley para que proceda la

⁵⁸ STC 2/1981 FJ 4.

⁵⁹ STC 236/2007 FJ 14.

⁶⁰ STC 236/2007 FJ 14.

⁶¹ Punto 53 del artículo primero de la Ley 8/2000 que da la siguiente redacción al Artículo 60. 1 «Los extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país serán retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible. La autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno».

⁶² STC 93/1984 FJ1, STC 236/2007 FJ 15.

⁶³ STC 115/1987 FJ 1, STC 236/2007 FJ 15.

⁶⁴ Punto 56 del artículo primero de la LO 8/2000 que añade el artículo 63 a la LO 4/2000, apartado 2: «Cuando de las investigaciones se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión, se dará traslado de la propuesta motivada por escrito al interesado, para que alegue lo que considere adecuado en el plazo de cuarenta y ocho horas [...]».

expulsión con carácter preferente, al tratarse de causas de fácil apreciación o de especial gravedad. Por tanto, determina que la brevedad de los plazos no implica una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, si con la celeridad del proceso se persigue una finalidad razonable y necesaria⁶⁵. Al mismo tiempo argumenta que se le conceden al interesado las garantías esenciales de todo procedimiento administrativo, como el derecho de audiencia o el derecho a una resolución motivada, por lo que declara que no procede su inconstitucionalidad.

Al margen de los preceptos de la LO recurridos en esta Sentencia y que han sido impugnados igualmente en otros recursos interpuestos ante el Tribunal, también han sido objeto de otros recursos, el apartado 15 del artículo primero⁶⁶, en relación a la ejecutividad de la resolución de expulsión en el procedimiento preferente, el apartado 54 y 55 del artículo primero⁶⁷, relativos respectivamente, a la medida cautelar consistente en la residencia obligatoria en un determinado lugar cuando existan procedimientos sancionadores que propongan la expulsión del extranjero y a la fijación de un plazo de cuarenta días como medida cautelar de internamiento, por considerarlo excesivo al tratarse de una privación de libertad. Y por último, el apartado 57 del artículo primero⁶⁸, sobre la ejecutividad de la resolución de expulsión acordada en un procedimiento preferente, todos ellos y en cualquier caso, desestimados por el Tribunal.

IV. CONCLUSIONES

Como se ha puesto de manifiesto el Tribunal solo declara la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «residentes» en dos de los supuestos impugnados. En el caso del derecho de reunión, asociación, sindicación y huelga se limita a establecer la inconstitucionalidad del inciso «y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España» y en el de huelga, «cuando tengan autorización para trabajar» basando su decisión en una argumentación que cuando menos genera incertidumbre sobre el futuro ejercicio de estos derechos por los extranjeros en situación irregular. La opción elegida por el Tribunal responde, según su planteamiento, a que no siempre es necesaria la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad, cosa que ocurre cuando «la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual de éste, sino en su omisión»⁶⁹, supuesto que no viene al caso que nos ocupa.

⁶⁵ STC 14/1992 FJ 8, STC 335/1994 FJ 3, STC 130/1998 FJ5, STC 85/2003 FJ 11.

⁶⁶ STC 259/2007 y 262/2007.

⁶⁷ STC 260/2007.

⁶⁸ STC 262/2007.

⁶⁹ STC 236/2007 FJ 17, haciendo referencia a la STC 45/1989 FJ 11.

Por lo demás, el Tribunal entiende que declarar la nulidad de los mencionados incisos alteraría la voluntad del legislador y equipararía plenamente a todos los extranjeros con independencia de su situación administrativa en el ejercicio de estos derechos. La remisión que hace al legislador para que en un plazo razonable establezca las condiciones del ejercicio de estos derechos deja de nuevo la situación sin resolver. Podría pensarse que la vinculación de unos u otros derechos con la dignidad humana haya sido determinante para esta decisión pero sería de igual forma, difícilmente justificable. Es claro, que todos los derechos fundamentales están conectados en mayor o menor grado con la dignidad de la persona y que la posición del Alto Tribunal, en este sentido, se dirige a preservar aquellos derechos que considera que tienen una conexión más inmediata. Sin embargo, llama la atención que tratándose de derechos como el de reunión, asociación, sindicación o huelga, todos y cada uno de ellos, demostrada su vinculación con la dignidad humana, no sólo por su previsión en la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos democráticos y en los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos, sino también porque constituyen un importante elemento de justificación del modelo de Estado de Derecho basado en la autonomía de la voluntad.

La prudencia del Tribunal parece, más bien, dirigida por otro tipo de condicionantes, sobre todo en lo que se refiere al derecho de libertad sindical y el derecho de huelga. El reconocimiento de ambos derechos a los extranjeros en situación irregular encubre una realidad más compleja, la prestación de un trabajo al margen de la ley. El reconocimiento de estos derechos en los mismos términos que a los que están autorizados, posibilita la organización de estas personas para la defensa de los intereses que les son comunes en virtud de la realización de su trabajo, entre otros, como apunta el Tribunal, para la obtención de la condición jurídico-formal de trabajador. Este probablemente haya sido el mayor condicionante.

Sin embargo, hubiera sido deseable una pretensión de igualdad en este sentido, que en términos de legitimidad, es válida, ya que se trata de derechos que por su especial significación no admiten una tutela diferenciada y, menos aún, la negación de la misma basándose en una determinada situación administrativa. El problema de fondo que subyace es más profundo, el reconocimiento de estos derechos podría ser entendido como una forma de instrumentar la posibilidad de establecer la validez jurídica de un vínculo laboral, viciado en su origen, por no darse las condiciones legales necesarias para su establecimiento. Pero este no tendría porque ser su sentido, ya que no tiene porque constituirse en una vía para generar canales de regularización, al contrario, el reconocimiento de estos derechos significa la constatación de un hecho que afecta al trabajo humano y que reclama providencias jurídicas reparadoras.

En cualquier caso, habrá que esperar a la determinación del ejercicio de estos derechos por el legislador y a que ésta se realice dentro de los límites

establecidos constitucionalmente para obtener una visión clara de que tipo de reconocimiento van a tener aquellos que se encuentran en situación irregular. Las previsiones legales deberían ir dirigidas a erradicar el problema en su origen, que no es tanto la existencia de trabajadores sin autorización, como la de aquellos que son los verdaderamente beneficiarios del funcionamiento de la economía informal. Son éstos y no aquellos los que se lucran con este tipo de situación. El reconocimiento de los derechos de sindicación, de huelga, de reunión o asociación, posibilita a los que se encuentran en situación irregular a alcanzar un mínimo de dignificación, ya que de otro modo, se les convierte en sujetos aislados y desprotegidos, o lo que es lo mismo, en no-sujetos.

Es por ello, que hubiera sido deseable una mayor concreción del Tribunal en este sentido, máxime cuando toda su argumentación no deja lugar a dudas de la vinculación entre estos derechos y la dignidad humana. La elección de esta opción habría tenido cobertura constitucional e internacional pero, una vez más, se ha perdido la oportunidad de hacer real la virtual proclamación universalista de los derechos fundamentales.