

El Debate Constitucional sobre la Regulación de los Derechos de Participación Política de los Extranjeros “Ilegales” en España

Sonia García Vázquez¹

“La función de un auténtico Estado es asegurar el mínimo de restricciones y salvaguardar el máximo de libertades; nunca considerando a la persona como una cosa”

Emmanuel Kant, 1788

I. INTRODUCCIÓN

Despejar la incógnita de qué debemos entender por “derechos políticos” no resulta tarea sencilla. Esta expresión engloba los medios que permiten participar en la vida pública y política de un Estado, de forma directa o indirecta, orientándola o influyendo en su marcha. Sin duda, expresan la sociabilidad de la persona, y están ligados directamente al libre desarrollo de la misma. Por ello, en la medida de lo posible, habrían de reconocerse, en términos de sustancial igualdad, independientemente de la nacionalidad del individuo.

Pretendemos abordar un escueto análisis de los posibles vicios de inconstitucionalidad en los que pudiera haber incurrido la regulación de algunos derechos de participación en el marco de la legislación española de extranjería, como consecuencia de que el tenor literal de los preceptos de la Ley Orgánica 14/2003, que contemplan los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga, impide *de facto* su ejercicio a aquellos extranjeros que se encuentren en una situación administrativa irregular.

Pues bien, incluso sobre la base de admitir una interpretación restrictiva de todos los derechos de los extranjeros, entendiéndolos como derechos de configuración legal (opción con la que nos mostramos en total desacuerdo puesto que supondría un peligroso acercamiento a la “desconstitucionalización” de su estatuto jurídico), autorizando, de este modo, amplias limitaciones; consideramos que esto no le otorgaría jamás una libertad ilimitada al legislador, puesto que una cosa es autorizar diferencias entre nacionales

¹ Profesora de Derecho Político y Constitucional, Universidad de A Coruña.

y extranjeros, y otra muy diferente legislar ignorando los mandatos constitucionales. Es indiscutible que el legislador español está compelido a respetar el contenido esencial del derecho, entendido como aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito. Con carácter general, puede afirmarse que una regulación legal desconoce el contenido esencial de un derecho cuando éste queda sometido a recortes que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de su necesaria protección. A nuestro juicio, nos encontramos ante un paradigmático ejemplo de ello.

El artículo 13.1 de la Constitución española (CE) reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio, por parte de los extranjeros, de determinados derechos fundamentales; pero éste ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede considerar esta afirmación como un cheque en blanco que le habilite para configurar libremente el contenido de los derechos.

El Tribunal Constitucional (TC) ha venido repitiendo insistentemente la necesidad de diferenciar entre tres tipos de derechos: los derechos que por estar directamente vinculados a la dignidad humana, consagrada por el art. 10.1 de la Constitución española, resulten inherentes a toda persona por el hecho de serlo (sería el caso del derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad o a la libertad ideológica); aquellos cuya titularidad queda reservada a los españoles (derechos vinculados al art. 23 CE); y, finalmente, todos aquellos derechos respecto de los que el legislador simplemente podrá “atemperar” (STC 99/1985, F.J. 2º) su disfrute por parte de los extranjeros. En este sentido se ha expresado recientemente el TC en su STC de 10 de abril de 2000, en cuyo FJ 3º reproduce jurisprudencia pretérita contenida en sentencias como la 107/1984, de 23 de noviembre; la 99/1985, de 30 de septiembre; o la 130/1995, de 11 de septiembre.

Sin ningún género de dudas, los derechos de asociación, reunión, manifestación, sindicación y huelga se reconocen por la Constitución también para las personas extranjeras. Esta inclusión se deriva, en primera instancia, de la propia literalidad de los enunciados constitucionales: de su redacción explícita (“todos tienen derecho”, en los derechos de sindicación y huelga del art. 28 CE), o deliberadamente impersonal (“se reconoce”, para los derechos de reunión y manifestación de los art. 21 CE, y de asociación del art. 22 CE). Del mismo modo, los tratados internacionales que informan la interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas de la Constitución en virtud del artículo 10.2 CE, parten de la consideración de todos ellos como derechos humanos predicables de los extranjeros mediante una descripción amplia de su ámbito

subjetivo. Finalmente, el propio TC ha declarado que los extranjeros son titulares plenos de algunos de estos derechos; entre ellos, los de reunión y manifestación, como atestigua la dicción literal de algunos fragmentos de los FJ 2º y 3º de la STC 115/1987: "El artículo 21.1 de la Constitución afirma genéricamente que "se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas", sin ninguna referencia a la nacionalidad de la persona que ejerce este derecho, a diferencia de otros artículos contenidos en el Título I, donde se menciona expresamente a los "españoles", y a diferencia también de otras Constituciones comparadas donde este derecho se reserva a los ciudadanos".

En este marco normativo, la legislación de extranjería reconoce la titularidad de los derechos de reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga a todos los ciudadanos extranjeros con una particular fórmula que repiten, casi sin variaciones, los artículos 7.1, 7.2, 8, 11.1 y 11.2 de la Ley de Extranjería 14/2003, aunque con una redacción un tanto distinta, supeditando su ejercicio a un mismo requisito: la permanencia administrativa en España de forma regular, es decir, autorizada por la Administración ("los extranjeros podrán ejercer el derecho cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España").

Con esta peculiar formulación legal se instaura una dualidad de regímenes en el disfrute de tales derechos: por un lado, los extranjeros en situación administrativa regular son titulares de estos derechos y pueden ejercerlos libremente en igualdad de condiciones con los españoles; y por otro lado, los extranjeros en situación administrativa irregular son titulares de tales derechos, pero no pueden ejercerlos hasta que obtengan autorización de residencia (o de trabajo en el supuesto concreto del derecho de huelga). En el fondo, tal fórmula jurídica provoca la exclusión del colectivo de extranjeros en situación irregular del disfrute de estos derechos fundamentales, puesto que la restricción introducida, lejos de estar referida simplemente a las condiciones de ejercicio, supone la negación de la titularidad misma, porque parece bastante evidente que la titularidad es, en este caso, inescindible del ejercicio del derecho.

Cabe resaltar que la posibilidad de introducir limitaciones relativas al disfrute de los derechos ha sido admitida por las disposiciones constitucionales e internacionales, bajo determinadas condiciones. Tal y como establece el art. 13.1 CE, y como se deriva del propio Derecho que emana de los tratados y se materializa por medio del art. 10.2 CE, la normativa internacional suscrita por España delimita las posibilidades del legislador a la hora de regular las condiciones de ejercicio de algunos derechos. Y en referencia a los derechos de reunión, asociación y sindicación, tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como los Pactos Internacionales de Derechos de 1966 los reconocen indistintamente para todas las personas, permitiendo que los Estados sujeten su ejercicio "a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una

sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública, del orden público, para proteger la salud y la moral pública, o los derechos y libertades de los demás”. Además de ello, el Convenio Europeo de Derechos Humanos establece en su art. 16 la posibilidad de aplicar “restricciones a la actividad política de los extranjeros”, señalando que, entre otros, el art. 11 no puede ser interpretado “en el sentido de que prohíbe a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros”, sin precisar hasta qué punto podrá restringirse dicha actividad, que, no hay que olvidar, está reconocida a “toda persona”.

Al hilo de lo expuesto, cualquier restricción a estos derechos debe ser entendida en un sentido estricto; es decir, sólo razones convincentes e imperativas podrían justificarla, ya que los Estados tienen un reducido margen de apreciación. Por si no hubiese quedado suficientemente claro, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se desprende que cualquier limitación debe responder a una necesidad social imperiosa en el marco de una sociedad democrática, y no a simples motivos de utilidad o oportunidad. En cualquier caso, creemos que no se puede considerar, en un análisis excesivamente lineal, que una situación de carácter administrativo (la falta de autorización de residencia) haga peligrar, de manera general y en todo caso, la seguridad nacional, la seguridad pública o el orden público; ni que la negación absoluta de los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga a los extranjeros irregulares “sea necesaria en una sociedad democrática” o “para proteger la salud, la moral pública o los derechos y libertades de los demás ciudadanos”.

La negación a un colectivo de personas determinado, en base a una situación de carácter administrativo, de la posibilidad de ejercer derechos fundamentales como los de reunión y asociación, “fundamento del orden político y de la paz social” (art. 10.1 CE), y directamente relacionados con el pleno desarrollo de la personalidad, resulta, a nuestro humilde parecer, inaceptable constitucionalmente, más aún si se tiene en cuenta que esta situación puede perdurar en el tiempo durante años.

Históricamente, el derecho de reunión, potente instrumento creador y afianzador de una sociedad pluralista, surge como derecho autónomo intermedio entre los derechos de libre expresión y de asociación; manteniendo en la actualidad tal conexión doctrinal y real. Bien puede afirmarse que este derecho es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria, siendo concebido por la doctrina científica como un derecho individual en cuanto a sus titulares, y colectivo en cuanto a su ejercicio. En definitiva, opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses, o la publicidad de problemas y reivindicaciones, constituyendo, por tanto, un cauce del principio democrático participativo, puesto que, sin duda, reunirse y manifestarse son actividades

vehículo de gran parte de las inquietudes que puedan sentir los ciudadanos; y una organización política que no reconozca estos derechos, o que los someta a limitaciones que atenten contra su contenido esencial, estaría gravemente enferma e incapacitada para responder a los desafíos que presentan las modernas democracias².

Navegando en la efervescencia de los cambios legislativos, nos encontramos situados ante una artificiosa diferencia entre titularidad y ejercicio que puede llevar a recortes injustificados en el contenido esencial de estos derechos. La regulación legal de la legislación de extranjería, en su artículo 7, no priva directamente a los inmigrantes en situación irregular del derecho de reunión, porque tal prohibición sería inconstitucional, y por esta razón no se formula de un modo expreso; pero lo consigue, igualmente, de forma más sibilina.

Desde otra perspectiva, A. TOCQUEVILLE, ardiente partidario del asociacionismo, sostenía que el privilegio más natural del hombre, además del derecho de actuar por sí mismo, es el derecho de unir sus acciones con las de otros hombres. No cabe duda de que la libertad de asociación constituye el apoyo de la mayoría de las libertades colectivas y favorece la participación de los ciudadanos en el poder, mientras contrapesa lo que éste pudiera tener de excesivo, permitiendo limitar las desigualdades existentes³. Nos situamos en una antesala de los derechos de participación, como consecuencia de que en las democracias actuales, la participación política se canaliza, preferentemente, a través de peculiares asociaciones, entre las que se encuentran los partidos políticos y sindicatos, que son piezas esenciales del tablero de ajedrez de la democracia.

Como destaca J. M. BILBAO UBILLOS⁴, si repasamos los hitos básicos de la evolución legislativa, administrativa y judicial española comprobaremos cómo el camino que las normas positivas y la protección judicial fueron abriendo a las asociaciones y reuniones ha sido particularmente tortuoso. En España se registraron tendencias contrarias al fenómeno asociativo, y en los primeros momentos de existencia del sistema político surgido de la revolución liberal burguesa, los derechos de reunión y asociación se confunden⁵. El rechazo a las asociaciones no tenía otro efecto, como ha señalado

2 I. TORRES MURO, El derecho de reunión y manifestación, Civitas, Madrid, 1991, pág. 21. Vid. también, N. PÉREZ SOLA, "Libertades de reunión y manifestación", en A. Rodríguez Benot y C. Hornero (Coord.), El nuevo Derecho de extranjería, Granada, 2001; J. GONZÁLEZ PÉREZ, Derecho de reunión y manifestación, Civitas, Madrid, 2002; y M. J. RODRÍGUEZ SANTAMARÍA, "El derecho de reunión, manifestación y el derecho de asociación", en J. C. Gavara (Ed.), Constitución y desarrollo, rasgos de identidad y valoración, Bosch Editor, Barcelona, 2004, págs. 145-161.

3 J. MORANGE, "Les étrangers et la liberté d'association", *AJDA*, 1980, págs. 141-144.

4 J. M. BILBAO UBILLOS, Libertad de asociación y derechos de los socios, Universidad de Valladolid, 1997.

5 Para un análisis histórico, en profundidad, véase M. ARTOLA, Partidos y Programas Políticos. 1808-1936, II. Manifiestos y programas políticos, Alianza, Madrid, 1991, pág. 160-161. G. ROJAS SANCHEZ, Los derechos políticos de asociación y reunión en la España contemporánea (1811-1936), Universidad de Navarra, Pamplona, 1981.

el Prof. JOSÉ A. PORTERO MOLINA⁶, que poner freno a las actividades propias de esas entidades: instruir, ejercer la crítica, representar al pueblo en sus peticiones y organizar políticamente la sociedad. Tras el tiempo de silencio que marcó la Guerra Civil española, fueron prohibidos todos los partidos políticos y asociaciones que habían apoyado la causa de la República, iniciándose un período de ausencia e, incluso, de persecución de la libertad de asociación y, en general, de todos los derechos, individuales y colectivos. En suma, el derecho de asociación reconocido en las modernas Constituciones supone, como reza la STC 67/1985, de 24 de mayo, la superación definitiva del recelo con que el Estado liberal contempló, en principio, este fenómeno participativo.

La antigua Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, nacida bajo la égida de una lógica policial, contempla en su artículo 8.1 el derecho de asociación de los extranjeros conforme a las leyes que lo regulen. Sin embargo, tras ese reconocimiento genérico, el apartado 2 del mismo artículo 8 introdujo una restricción de importancia al ejercicio del derecho al admitir la suspensión gubernativa, por un plazo no superior a seis meses, de las asociaciones promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros cuando atentasen gravemente contra la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud, la moral pública o los derechos y libertades de los españoles.

El Tribunal Constitucional en la célebre STC 115/1987 se pronunció sobre la constitucionalidad de este precepto legislativo afirmando que debe admitirse que “el artículo 22 de la Constitución, en contraste con otras Constituciones comparadas, reconoce directamente a todos, incluidos los extranjeros, el derecho de asociación”, entendiendo que todos los extranjeros son titulares de este derecho constitucional, aunque la Ley pueda introducir condicionamientos adicionales a su ejercicio, sin perder de vista que es un derecho donde titularidad y ejercicio son indivisibles.

En medio del caos reinante, paradójicamente, los poderes públicos han optado, entre las diferentes medidas que se han propuesto para fomentar la participación de los inmigrantes y su integración social, por impulsar y reforzar el movimiento asociativo de los mismos. El antiguo artículo 62 de la Ley Orgánica 4/2000, es ahora el artículo 69 de la Ley de Extranjería 14/2003 que señala que los poderes públicos impulsarán el fortalecimiento del movimiento asociativo entre los inmigrantes y apoyarán a los sindicatos y a las organizaciones no gubernamentales que, sin ánimo de lucro, favorezcan su integración social, facilitándoles recursos materiales y ayuda económica, tanto a través de los programas generales, como en relación con sus actividades específicas.

6 Vid. J. A. PORTERO, “La constitucionalización de los partidos políticos en la historia constitucional española”, Revista Española de Investigaciones Sociológicas, nº 1, 1978, pág. 256 y sg.

El legislador es consciente del destacado papel que estos actores juegan en el proceso de integración social del extranjero en la sociedad de acogida. En virtud de este precepto, se pone de manifiesto el firme compromiso del Estado de promocionar las vías de participación instauradas en el artículo 9.2 CE, que señala que "corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo, y de los grupos en que se integra, sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". Bajo esta teleología, nace en 1995 el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, órgano especializado de carácter consultivo, de información y asesoramiento, que se alza como cauce de consulta y diálogo entre Administraciones públicas, organizaciones sociales y asociaciones de inmigrantes.

Después de que el Convenio del Consejo de Europa de 1992, sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local, dedicara un capítulo a los organismos y consejos consultivos de extranjeros, independiente del tratamiento del derecho de asociación, quedó claro el trascendente y singular papel histórico que estos organismos han desarrollado en la defensa, promoción de los derechos, e integración de los extranjeros en la sociedad receptora. En este sentido, el mencionado Convenio comprometió a todos los Estados firmantes para que fomenten y faciliten la creación de tales entidades como vía para la representación de los extranjeros en las colectividades locales, con el fin de vincularlos a las mismas y ofrecer un foro abierto para la discusión.

Resulta axiomático que la creación de vías alternativas de participación de los extranjeros demuestra la importancia del papel que tienen los órganos consultivos para profundizar en la integración política; aunque partiendo del radicalismo democrático, no debemos conformarnos con ese sucedáneo de la verdadera participación que, en ocasiones, ni siquiera resulta representativo de los colectivos de extranjeros a los que supuestamente personifica. No obstante, la atribución a este colectivo del derecho de participación en los cuerpos políticos (Consejos municipales, por ejemplo), con voz pero sin voto, constituyó una interesante opción de algunos Estados europeos, durante los años sesenta y setenta, con la intención de integrar en un programa de política general a los que habían sido tradicionalmente excluidos.

En otro orden de cosas, respecto de la libertad sindical, sólo cabe decir que entre las modificaciones que el principio del Estado social produce en el sistema de derechos propio del Estado liberal, es de justicia destacar el reforzamiento de ciertos derechos

fundamentales configurados en el marco histórico del movimiento obrero⁷ como medios de lucha del trabajador frente al empresario, y, eventualmente, frente a cualquier otro sujeto público o privado⁸.

El artículo 28.1 CE reconoce a los trabajadores extranjeros el derecho a la libertad sindical, que comprende, primariamente, tanto la posibilidad de fundar sindicatos, como la facultad de afiliarse al sindicato de su elección⁹. A pesar de que pueda parecer que el artículo 28.1 CE ciñe la libertad sindical a aspectos estrictamente organizativos o asociativos, hay que señalar que su contenido comprende no sólo el derecho de los individuos a fundar sindicatos y a afiliarse a los de su elección, sino también el derecho a que los sindicatos fundados desempeñen el papel y las funciones que les reconoce el artículo 7 CE, de manera que participen en la defensa y promoción de los intereses de todos los trabajadores¹⁰, lo que incluye su derecho a formar confederaciones, a fundar organizaciones sindicales internacionales o a unirse a las mismas.

Por lo que se refiere a la titularidad de la libertad sindical, el art. 28 de la CE opta por un reconocimiento amplio referido a todas las personas. Así pues, todos tienen derecho a sindicarse libremente, tanto en la vertiente de afiliación, como en el marco de creación o fundación de sindicatos, exigiendo una norma con rango de ley para limitar o exceptuar el ejercicio del derecho a los miembros de las Fuerzas o Institutos armados, o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar; así como para introducir especialidades en las condiciones de ejercicio para los funcionarios públicos (art. 28.1 CE).

Desde la perspectiva que ofrece el Derecho Internacional sobre derechos humanos, que insufla de contenido la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, a través de la vía expansiva abierta por el art. 10.2, estamos obligados a acudir al análisis del art. 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y a la Declaración Universal de Derechos Humanos, que reconoce en su art. 23.4 el derecho de toda persona "a fundar sindicatos y sindicarse libremente para la defensa de sus intereses"; derecho que es trasladado, con determinadas restricciones, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos formando parte del derecho de asociación. No debemos obviar, tampoco, el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo

7 Vid. E. CARMONA CUENCA, *El Estado social de derecho en la Constitución*, CES, Madrid, 2000, pág. 140 y sg.

8 M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Derecho Sindical Español*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 1991, pág. 35 y sg.

9 Resulta interesante consultar T. VIDAL MARÍN, "La libertad sindical", *Anuario Parlamento y Constitución*, Universidad de Castilla-La Mancha, Madrid, 2000.

10 FJ. 3º de la STC 70/1982, de 29 de noviembre. Para un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de libertad sindical, debe consultarse X. M. CARRIL VÁZQUEZ, "La jurisprudencia constitucional relativa al artículo 28.1 de la Constitución, a propósito de la libertad sindical", *Revista Xurídica Galega*, nº 34, 1º trimestre, 2002, pág. 55-73.

(Convenio núm. 87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, adoptado el 9 de julio de 1948), ni el Convenio OIT nº 143 sobre Trabajadores Migrantes, que considera a todo trabajador al margen de su condición legal en el país de inmigración, por lo que respecta al ejercicio de los derechos fundamentales¹¹.

Como hemos puesto de manifiesto, la afirmación general de "todos" que contiene el art. 28.1. CE ha sido matizada por el art. 1.1. de la Ley Orgánica de Libertad Sindical al atribuir el derecho a todos "los trabajadores". Tradicionalmente, se denominaba como "trabajadores" a aquellas personas asalariadas, bien fuesen sujetos de una relación laboral, bien de una relación de carácter administrativo o estatutaria al servicio de las Administraciones Públicas. Sin embargo, cada vez más, la jurisprudencia contribuye a ampliar este concepto restringido, avanzando hacia uno mucho más extenso que englobaría a todos aquellos que desempeñen *de facto* una actividad laboral remunerada, independientemente de que exista un contrato de trabajo o no¹². La Ley Orgánica de Libertad Sindical reconoce en su art. 3 que en España pueden afiliarse a un sindicato: los parados, incapacitados o jubilados, e incluso, los estudiantes que no desarrollen actividad laboral. Por tanto, consideramos que no sería razonable que un extranjero que está desarrollando una actividad laboral tuviese vetado el ejercicio de este derecho sólo por encontrarse, coyunturalmente, en una situación administrativa irregular.

El Tribunal Constitucional ha manifestado en el ATC 94/1997, de 7 de abril que el contrato de trabajo de un inmigrante que ha visto denegada su solicitud de permiso de trabajo, es nulo. No obstante, no vamos a engañarnos, una abrumadora mayoría de los extranjeros que se encuentran en situación irregular desempeñan una actividad laboral que contribuye a engrosar la economía sumergida de nuestro país, convirtiendo el sistema migratorio español en lo que el Prof. ANTONIO IZQUIERDO bautizó, hace años, como "el modelo de la irregularidad". Así pues, aunque, legalmente, su contrato de trabajo fuese nulo, o no existiese tal contrato, a la luz de la legislación de extranjería podría dar lugar a una sanción de expulsión, pero no podría, sin embargo, entenderse que el trabajador inmigrante en situación de irregularidad se encuentre desamparado en cuanto a los derechos que se derivan de su condición. Eso sí, habrá que probar cómo era la relación que unía al empleador y al trabajador extranjero en situación

11 En opinión de M. ALONSO OLEA y M. E. CASAS BAHAMONDE, el mandato del art. 10.2. CE hace que los Convenios de la OIT pasen "a ser contexto constitucional sobre el contenido y los límites de los derechos fundamentales, en relación con el cual éstos han de ser interpretados", en *Derecho de Trabajo*, Madrid, 1995, 14ª ed., págs. 621 y sg.

12 A nivel comparado, la jurisprudencia norteamericana viene considerando que todos los trabajadores extranjeros por cuenta ajena, incluyendo que se encuentran en situación irregular, son "asalariados" a los efectos de la ley nacional sobre relaciones profesionales, por lo que quedan protegidos contra las prácticas abusivas en materia de empleo, aunque puedan darse diferencias en los mecanismos para hacer valer sus derechos.

de irregularidad, porque demostrar la vinculación laboral resulta crucial para otorgar la condición o cualidad de trabajador a ese inmigrante.

Una vez más, entendemos que el concepto de "trabajador" que recoge la Constitución española es mucho más amplio que el fijado por la Ley de Extranjería, reducido a los extranjeros que dispongan de una autorización de trabajo. Como ha señalado, muy acertadamente, J. VIDA SORIA¹³ los conceptos de trabajador y empresario no deben asimilarse a los sujetos de una arquetípica relación contractual de trabajo; antes bien, deben ser entendidos en su significación sociológica o económica amplia, como personas que viven habitualmente de su trabajo y como titulares del capital o de los factores de producción, respectivamente. El trabajador extranjero que está prestando sus servicios, con independencia de que tenga autorización para trabajar, o no, tiene con el empresario una relación laboral y, por tanto, sus derechos como trabajador deben estar salvaguardados. El hecho de que la contratación de extranjeros sin autorización sea nula, no excluye que de ella se deriven derechos laborales, como el derecho del trabajador a percibir la remuneración correspondiente por el trabajo prestado, o la obligación del empresario de cotizar a la Seguridad Social por el tiempo que ha durado esa prestación laboral, como manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1998.

Partiendo de esta reflexión, cuando el legislador admite implícitamente en otras parte del articulado de la legislación de extranjería que los extranjeros pueden permanecer en España de forma irregular y años después conseguir una autorización de residencia por situación de arraigo laboral o social, también admite que éstos van a trabajar, incluso sin contrato, para poder sobrevivir y mantener a sus familias en el país de origen. El reconocimiento tácito de esta situación fáctica supone aceptar que muchos se sumergirán en una delicada relación de prestación laboral respecto a un empresario, adoptando una posición aún más vulnerable que la de los trabajadores nacionales, al no estar fundamentada en un contrato válidamente celebrado conforme al Estatuto de los Trabajadores, lo que requerirá, por tanto, de instrumentos de protección mucho más estrictos y eficaces.

Por supuesto que entendemos que el ejercicio de la libertad sindical por parte de los trabajadores extranjeros en situación irregular puede sufrir ciertas restricciones, pero no sería constitucional impedir la afiliación de un extranjero que trabaja irregularmente a un sindicato. La afiliación sindical es un dato sensible protegido por el derecho a la intimidad, y al tiempo, una vía efectiva para poner en conocimiento de los sindicatos situaciones laborales atentatorias contra la dignidad del trabajador que, en más

13 J. VIDA SORIA, en O. Alzaga (Dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, Tomo III, 1983, pág. 213 y sg.

ocasiones de las que sería deseable, son constitutivas de delito (el artículo 312 Código Penal español castiga a los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos).

En esta misma línea, si pensamos en el derecho de huelga como elemento de protección de los intereses legítimos de los trabajadores, debemos concluir, con H. HELLER, que estamos ante una de las exigencias que plantea el principio de la democracia social. Como es bien sabido, la Constitución española reconoce y consagra el derecho de huelga como un derecho subjetivo y fundamental, dotado de la máxima y más enérgica protección (art. 28.2 CE). En la formulación constitucional española, "se reconoce el derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses". Si bien, la huelga parece concebida como medida excepcional *in extremis*, su eficacia frente al empresario explotador recomienda que no se obstaculice la efectividad de su ejercicio, puesto que limita la libertad del empresario y consiste, esencialmente, en el derecho de los trabajadores a la abstención temporal de su actividad laboral.

Los argumentos que llevan a defender la inconstitucionalidad de la negación del ejercicio del derecho de huelga a los trabajadores inmigrados en situación irregular son parangonables a los que se arguyeron respecto de los anteriores derechos aludidos. El derecho de huelga, que se reconoce a los trabajadores para la defensa de sus intereses, en ningún momento puede depender de la situación administrativa en la que se encuentren; puesto que, como recuerda M. L. BALAGUER CALLEJÓN, un Estado social y democrático de Derecho, al consagrar esta facultad lo hace en protección de los intereses de los trabajadores, y el concepto de trabajador no puede ser delimitado dejando fuera de la titularidad del derecho a quienes desarrollan idéntica labor que otras personas que sí se encontrarían dentro del ámbito estricto de dicha titularidad¹⁴. Una vez más, consideramos que el concepto de "trabajador" que acoge la Constitución, a efectos del reconocimiento del derecho de huelga, es mucho más amplio que el fijado por el art. 11.2 LO 14/2003, reducido a los extranjeros que dispongan de una autorización de trabajo y residencia, lo cual excluye a aquellos que se encuentren en situación administrativa irregular, que no obstante prestan, igualmente, sus servicios a un empresario.

En suma, parece que no sería razonable desproteger aún más a este trabajador, impidiéndole también el ejercicio del derecho de huelga y contribuyendo a perpetuar *sine die* una situación ilegal e injusta. Estamos plenamente de acuerdo en que la exigencia de una autorización de trabajo para considerar una relación laboral

14 M^a. L. BALAGUER CALLEJÓN, "El contenido esencial del derecho de huelga", Revista de Derecho Político, núm. 34, 1991.

válida tiene por finalidad desmotivar y reducir la contratación irregular y, en general, la inmigración ilegal, pero no puede tener por consecuencia castigar al trabajador extranjero despojándolo de uno de los derechos que lo protegen frente a los abusos del empresario. No debemos perder de vista que el derecho de huelga se subordina, de forma necesaria y vinculante, a un fin social como es la protección de la clase trabajadora frente a la ilegítima presión o condiciones abusivas impuestas por un empresario que descuide los derechos que tiene todo trabajador, sea o no nacional.

III. LAS SOMBRAS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REGULACIÓN OPERADA POR LA LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA

A pesar de que algunos sectores minoritarios de la doctrina constitucionalista española siguen considerando que la distinción legislativa operada, a efectos del goce de ciertos derechos fundamentales por parte de los extranjeros, según su presencia dentro del territorio nacional sea regular o irregular, es razonable y no discriminatoria; la discusión entre privación de la titularidad y privación del ejercicio necesita de la aportación de alguna diferencia sustancial, diferencia que, hasta el momento, no se ha encontrado, de modo que no puede constituirse en criterio legitimador de una limitación de esta envergadura.

Esta artificiosa dicotomía aplicada sobre derechos fundamentales tan primordiales como el de reunión, asociación, sindicación o huelga ha sido criticada por una mayoría abrumadora de los autores que se han pronunciado al respecto. Entre otros, A. J. GÓMEZ MONTORO se refiere a un “juego de palabras”; M. ARAGÓN previene sobre la “introducción de confusión”; y los Profesores J. ASENSI y P. BIGLINO niegan rotundamente la posibilidad de que tal distinción pueda operar en la práctica¹⁵. Desde otro punto de vista, M. CARRILLO asume la diferenciación como elemento de juicio válido, para considerar, posteriormente, que estamos ante una auténtica privación del derecho a toda una categoría de personas. Por su parte, F. FLORES, se manifiesta en contra de la limitación de los derechos de reunión y asociación, puesto que considera que su ejercicio por parte de los extranjeros no pone en peligro el orden público ni

15 J. ASENSI SABATER, *Políticas de la sospecha. Migraciones internacionales y principios constitucionales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, págs. 161-162: “Desde el punto de vista de los derechos constitucionales, esa distinción no tiene ningún sentido constitucionalmente inteligible (...). Atribuir la titularidad de un derecho e impedir, al tiempo, su ejercicio a toda una categoría de personas consideradas por la Ley “extranjeros irregulares o ilegales” significa una negación del derecho mismo, pues en estas condiciones el derecho no existe”.

debilita los derechos de los demás¹⁶. A juicio de C. VIDAL FUEYO, no podría negarse el ejercicio de los derechos fundamentales de reunión y asociación a todo un colectivo de individuos en base a una situación de carácter administrativo, puesto que estamos ante derechos directamente relacionados con el pleno desarrollo de la personalidad¹⁷. Desde su perspectiva, la negación de estos derechos supondría, en cierto modo, una negación de los derechos a la libertad de expresión y a la libre exteriorización del pensamiento, ante la configuración, por parte de nuestro Alto Tribunal del derecho de reunión como "una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria" (STC 85/1988)¹⁸.

Como recuerda E. ROIG¹⁹, cuando nos alejamos de los derechos directamente vinculados a la entrada de un extranjero en el país, la posibilidad de proceder a su limitación resulta mucho más compleja. Es radicalmente cierto que la sindicación y la huelga son derechos vinculados al trabajo, pero lo cierto es que reconocerlos a los inmigrantes en situación irregular en nada afecta al control y restricciones en materia laboral que sufren los extranjeros en España. En conclusión, el recorte de los derechos fundamentales del extranjero no puede derivarse de finalidades propias del Derecho de Extranjería como el control de los flujos y la regularidad de la entrada. Sería necesario una ponderación más estricta, en cada caso, entre la concreta finalidad perseguida por cada tratamiento limitador de derechos del extranjero y las finalidades propias del derecho limitado, así como un control de la adecuación y proporcionalidad, en sentido estricto, de la limitación propuesta.

16 VVAA, Encuesta sobre la Ley de Extranjería, Teoría y Realidad Constitucional, pág. 11-64. Especialmente, pág. 16 y sg. y pág. 32. Véase, F. FLORES, Igualdad y discriminación en los mecanismos de protección de los derechos fundamentales de los extranjeros, en M. J. Ridaura y M. Aznar (Coord.), Discriminación vs. diferenciación, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pág. 113. P. BON, "Les droits et libertés en Espagne. Elements pour une theorie générale", en D. G. Lavroff (Coord.) Dix ans de démocratie constitutionnelle en Espagne, Ed. du Centre National de la Recherche Scientifique. Paris, 1991, pág. 47, afirma que "dado que la Constitución reconoce a todos el derecho de reunión y asociación, no puede la ley excluir de su ejercicio a los extranjeros o someterlo, para ellos, a unas condiciones o requisitos restrictivos".

17 En la misma línea, R. RUBIO MARÍN entiende que la reforma no es constitucional, porque no se trataría, únicamente, como se ha dicho, de que la Ley haga una lectura restrictiva de los derechos que la Constitución o los tratados internacionales válidamente ratificados por España otorgan a la persona, y no al ciudadano nacional, sino de una rotunda negación de esos derechos a los extranjeros que carezcan de una autorización de residencia o de trabajo mediante una falaz distinción entre la titularidad y el ejercicio del derecho. R. RUBIO MARÍN, "La inclusión del inmigrante: un reto para las democracias constitucionales", Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Extranjería e inmigración, Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, págs. 7-50.

18 Vid. C. VIDAL FUEYO, Constitución y Extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 144.

19 E. ROIG, Los derechos de los extranjeros: titularidad y limitación, en M. Revenga Sánchez (Coord.), Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España. II Jornadas Italo-españolas de Justicia Constitucional, Tirant lo blanch, Valencia, 2005, pág. 628 y sg.

Las opiniones que defienden la inconstitucionalidad de la regulación operada por la Ley de Extranjería sobre estos derechos concretos radican en tres sólidas argumentaciones que no son, necesariamente, excluyentes, sino que, por el contrario, están imbricadas entre sí. La primera de ellas enraíza con la idea de la dignidad de la persona; la segunda, con la afirmación de la vulneración de tratados y convenios internacionales sobre derechos, que se revelan como canon interpretativo ineludible operable a través de la cláusula de simpatía con los derechos humanos que encontramos en el artículo 10.2 CE; y, por último, pero no menos relevante, la transgresión de la regulación legal respecto del contenido esencial marcado por la propia Constitución para estos derechos fundamentales.

III. A) EL CONTENIDO FINALISTA DE LA GARANTÍA DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

Desde la primera perspectiva, si bien resulta indiscutible que la última palabra sobre lo que cabe, o no, en la esfera de lo constitucional, corresponde al TC, el Prof. J. J. SOLOZÁBAL, postula la defensa de un concepto moral, y no político, de los derechos fundamentales, de modo que éstos queden protegidos para todos y no sólo para los españoles²⁰. Desde su particular visión, esto supondría un efectivo reconocimiento de las exigencias de la dignidad humana que no puede circunscribirse exclusivamente a los nacionales, considerando injusto y discriminatorio el doble rasero al respecto, y apuntando así a un nivel metajurídico al que deberíamos acercarnos en la medida de lo posible.

El concepto de "persona" como soporte o titular de derechos subjetivos propios vino a surgir como contraposición abstracta a la concreta situación o *status* de los ciudadanos dentro de su comunidad política: mientras los ciudadanos no tenían necesidad de derechos en cuanto personas; las personas, en cuanto no-ciudadanos, sí que la tenían. Sin duda, el concepto de dignidad no ha alcanzado, entre nosotros, el desarrollo llevado a cabo por la doctrina alemana donde se ha convertido en la fuente de prácticamente todos los derechos y, de forma especial, puesto que no se encuentran recogidos en su Constitución, de los derechos sociales; pero ello no se ha debido a una carencia imputable a nuestra doctrina sino, simplemente, al hecho de que la propia sistemática de reconocimiento establecida en la Constitución española, hace

20 En esta línea, pone de manifiesto que "los derechos fundamentales están ligados a la dignidad de la persona, y son la proyección positiva, inmediata y vital de la misma". Véase J. J. SOLOZÁBAL, "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", Revista de Estudios Políticos, núm. 71, 1991, pág. 88; y J. J. SOLOZÁBAL, Extranjeros y Constitución, Diario El País, 27 de marzo de 2001.

innecesario remontarse a principios generales para justificar el carácter constitucional de los derechos que en ella misma se recogen²¹. Ello no obstante, la dignidad en cuanto fundamento del orden político, no sólo es un canon de constitucionalidad de las normas y actuaciones públicas, sino también un canon de adecuación constitucional de los derechos y de los límites que se les pueden imponer ante el cumplimiento del principio de mayor eficacia de los mismos.

Las reflexiones sobre el significado constitucional de la dignidad de la persona no tienen otro propósito que la averiguación de su sentido o alcance²². La inclusión de este concepto en la Constitución española supone la conversión en jurídico de un valor moral, cuyos efectos en el ordenamiento dependerán de su concreta interpretación. Una primera aproximación nos embarcaría en la difícil misión de averiguar aquello que constituye, en toda persona, su condición ineludible de tal, y cuya renuncia, lesión o desconsideración le degrada a un nivel de estima incompatible con su verdadera naturaleza. Ese mínimo invulnerable y constante "cualquiera que sea la situación en que se encuentre" (STC 120/1990) de exigencias derivables de la dignidad de la persona consiste en un trato que no contradiga su condición de ser racional, igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno. Desde este punto de vista, el contenido básico a atribuir a la garantía de la dignidad de la persona en nuestra Constitución sería un mandato de respeto a los órganos del Estado, prohibiéndoles la producción de normas o actos que tengan un efecto degradante o envilecedor; esto es, el tratamiento de la persona como mero objeto.

El principio de dignidad muestra así un contenido finalista gracias a su capacidad para determinar la orientación de los objetivos o tareas del Estado hacia políticas favorecedoras del desarrollo de la persona. Sin embargo, aunque este presupuesto axiológico no pueda ni deba ser ignorado, concordamos con las serenas reflexiones

21 M. A. APARICIO, "Sobre la estructura formal de los derechos constitucionales en la Constitución española", en M. A. Aparicio (Coord.), *Derechos Constitucionales y Formas Políticas*. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico, Cedecs, Barcelona, 2001, págs. 48 y 64-65.

22 Es interesante revisar, entre otras muchas, las aportaciones de C. RUIZ MIGUEL, "La dignidad humana. Historia de una idea", en R. Morodo y P. de Vega (Dir.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid e Instituto de Investigaciones Jurídicas, Madrid/México, 2000; J. J. SOLOZÁBAL, "La dignidad de la persona", en Manuel Aragón Reyes (Coordinador), *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Tomo III, Civitas, 2001, págs. 114-115; I. VON MÜNCH, "La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional", REDC, núm.5, 1982.

P. HÄBERLE se ha referido a la dignidad humana como "premisa cultural antropológica del Estado constitucional", en "Derecho Constitucional Común Europeo", REP, n° 79, 1993, pág. 45. En términos distintos se expresa T. DE LA QUADRA, "Tratados internacionales y apertura de los derechos fundamentales", RFDUC, n° 61, 1980, pág. 141: "la referencia a la dignidad de la persona, a los derechos inviolables que le son inherentes, y al libre desarrollo de la personalidad son conceptos que sirven para hacer fecunda la interpretación de los derechos fundamentales".

de C. VIDAL FUEYO²³ que destaca las dificultades de erigir la dignidad de la persona en criterio decisivo para la atribución de la titularidad de un derecho, como si la mayor proximidad o lejanía de este principio respecto de unos u otros derechos pudiese medirse con criterios matemáticos. Sostiene, y estamos totalmente en sintonía con sus aseveraciones, que no se debe operar con un concepto preconstitucional y metafísico como criterio interpretativo de un orden jurídico concreto.

Por nuestra parte, lo único que debemos apostillar es que resulta obvio que el Estado Constitucional de Derecho, empeñado en la maximización de los derechos fundamentales, no debe consentir jamás reversibilidad alguna en esta materia, de modo que hacia el futuro sólo cabrían mejoras y no políticas restrictivas; pero estamos persuadidos de que anclamos en argumentaciones metajurídicas y en conceptos que han sido utilizados de un modo espurio, a veces de forma terrible, a lo largo del tiempo, quizás no aporte una solución definitiva a esta difícil encrucijada.

III. B) EL ARTÍCULO 10.2 CE “CLÁUSULA DE SIMPATÍA” CON LOS DERECHOS HUMANOS Y CANON INTERPRETATIVO INELUDIBLE

En segunda instancia, hay que insistir en que el contenido de los acuerdos internacionales mencionados a lo largo de este estudio no sólo sitúa la regulación realizada por la LO 8/2000, que se mantiene incólume en la actual regulación de extranjería (LO 14/2003), en contradicción con tales normas, sino con la Constitución española en sí misma. Y no únicamente por lo previsto en el artículo 96 de la Constitución, sino sobre todo por lo dispuesto por el artículo 10.2 CE que, como sabemos, sitúa a dicha normativa internacional en parámetro de constitucionalidad de cada uno de los derechos, desde el punto de vista interpretativo, al entender, como hace el Tribunal Constitucional, que en ocasiones tales normas fijan un contenido que “en la práctica se convierte en el contenido constitucionalmente declarado, si bien no da rango constitucional a los derechos y deberes internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra Constitución” (STC 36/1991).

Pese a las diferencias sustantivas que caracterizan al orden jurídico internacional respecto a los órdenes jurídicos estatales, hoy existe, en aquél y en éstos, un núcleo de normas que posee el mismo fundamento y finalidad: las normas relativas a los derechos humanos. Es el cemento que fragua un nuevo Derecho que tiene a todas las personas por objeto exclusivo, sin distinción de nacionalidad u otras circunstancias personales,

23 C. VIDAL FUEYO, *Constitución y Extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 57.

y las protege frente a las arbitrariedades del poder²⁴. Así, en el sistema de protección internacional de los derechos humanos, la pluralidad de instrumentos, órganos y procedimientos conlleva grandes inconvenientes, porque no sólo es causa de una enorme confusión o inseguridad jurídica en el individuo, único destinatario del sistema, sino de graves dificultades en su funcionamiento y eficacia²⁵. Es incuestionable que el sistema de protección instituido por las Naciones Unidas, actualmente en situación feudataria, adolece de un grave efecto de complejidad e inconcreción derivado de esas políticas que exigen fórmulas laxas en la definición de derechos y, sobre todo, de unos medios de control que los convierten en ineficaces.

Como recordaba MORTATI, aquellos Estados que entran a formar parte del orden internacional no pueden dejar de estar vinculados, fuera de todo acto de aceptación por su parte, al sistema de reglas en el que éste se concreta²⁶. El "nacionalismo constitucional", contra el que previniera en el periodo de entreguerras MIRKINE-GUETZEVITCH²⁷, parece dejar paso a una progresiva internacionalización y europeización del Estado y de la Constitución²⁸, que desdibuja los perfiles tradicionales de ambos. Si bien es cierto, como dice HESSE, que la importancia de este proceso no puede sobrevalorarse, en la medida en que el Derecho Constitucional no llegará nunca a disolverse hasta el extremo de ser reducible a un mero episodio de la Historia.

Las primeras aproximaciones al artículo 10.2 de la Constitución española, lejos de subrayar su carácter integrador, criticaron su presencia en el texto fundamental por innecesario e incluso superfluo, debido a su supuesta redundancia con respecto al artículo 96 CE, su aplicación subsidiaria, y su limitada esfera de actuación, puesto que afectaría sólo a los derechos que ya estuviesen previamente reconocidos en la Constitución. Pues bien, creemos que ninguno de estos argumentos resulta plenamente convincente, puesto que en virtud del artículo 96 CE, los tratados internacionales sobre derechos humanos son normas directamente aplicables en nuestro ordenamiento pero no actúan, en principio, como criterio de interpretación de las normas internas. Sin embargo, éste es uno de los efectos del art. 10.2 CE, ya que, en su virtud, los tratados sobre derechos humanos funcionan, en palabras de nuestro custodio constitucional (TC),

24 J. GONZÁLEZ CAMPOS, "Las normas internacionales sobre derechos humanos y los derechos fundamentales y libertades reconocidos en la Constitución española (art. 10.2 CE)", en *Tres lecciones sobre la Constitución*, Mergablum, Sevilla, 1999, pág. 34 y sg.

25 J. M. MORENILLA RODRÍGUEZ, Los sistemas de protección internacional de los derechos humanos, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, pág. 89.

26 MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, 9ª ed., Vol. II, pág. 1481.

27 MIRKINE-GUETZEVITCH, Modernas tendencias del Derecho Constitucional, trad. esp., Madrid, 1934, pág. 50.

28 A. SAIZ ARNAIZ, La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2. de la Constitución española, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 20 y sg.

en la STC 79/1982, como “canon de interpretación de todas las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce”. Tampoco sería correcto reducir la relevancia del art. 10.2 CE aduciendo que opera como criterio de interpretación en muy pocos casos, y sólo cuando la norma española no pueda ofrecer una respuesta aplicativa clara. Esta construcción argumental concebiría la actividad interpretativa como una operación jurídica subsidiaria e innecesaria; cuando en realidad sucede todo lo contrario, porque la actividad del intérprete no desaparece ni siquiera en el caso de normas claras, y mucho menos aún cuando la norma a interpretar es la propia Constitución²⁹.

Si bien es innegable que la peculiaridad de su origen pudo lastrar su consideración ante la doctrina, que lo ha minusvalorado repetidamente; el Tribunal Constitucional ha hecho justicia y ha contribuido a potenciar su función como norma de apertura constitucional. Lejos de ser parámetro subsidiario de interpretación, el artículo 10.2 CE constituye una vía de desoxidación del ordenamiento jurídico, una verdadera cláusula de simpatía con los derechos humanos, y su virtualidad como parámetro de interpretación no es, a nuestro parecer, nada secundaria. Contrariamente, nos encontramos ante un continuo actualizador del catálogo de derechos fundamentales. De este modo, el Derecho Internacional de los derechos humanos, en virtud del art. 10.2 CE, se convierte, en garante externo del contenido de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución española. Aún así, tanto la doctrina como el Tribunal Constitucional han dejado claro que ni el artículo 10.2 CE ni el artículo 10.1. CE suponen vías de apertura a nuevos derechos no previstos en la Constitución³⁰, a diferencia de lo que podría suceder con la aplicación del art. 2 de la Constitución italiana y con el art. 16.1 de la Constitución portuguesa.

La cuestión que, en este punto, debe tratar de despejarse es si ha de acudir necesariamente a los tratados y acuerdos internacionales al interpretar los derechos fundamentales o, por el contrario, corresponde al intérprete decidir libremente, en su

29 Sobre este particular, véase A. RODRÍGUEZ, *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 82-83.

30 I. VILLAVARDE MENÉNDEZ aclaraba que “una cosa es concretar el contenido de un derecho fundamental y otra muy distinta es crear nuevos derechos fundamentales sin tener en cuenta lo prescrito por la propia Constitución. El intérprete no puede decir aquello que la Constitución no dice expresa o implícitamente, y este criterio también es aplicable a la remisión a los tratados sobre derechos humanos del art. 10.2 cuyo destinatario principal es el propio TC”, en I. VILLAVARDE, “Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993”, REDC, n° 41, 1994, págs. 194-196. Para F. REY MARTÍNEZ, el artículo 10.2 CE constituye una fórmula de reintegración de los derechos fundamentales, pero sólo en la medida en que posibilita el descubrimiento de nuevos aspectos de los mismos, sobre todo, cuando éstos contienen un alto grado de abstracción”. Vid. F. REY MARTÍNEZ, “El criterio interpretativo de los derechos fundamentales conforme a las normas internacionales (Análisis del art. 10.2 CE)”, Revista General del Derecho, n° 537, 1989, cit., pág. 3621.

caso, el eventual recurso a las fuentes de producción externa. Pues bien, parece que la pauta *ex art.* 10.2 CE no es de libre utilización, y no se encuentra a disposición del intérprete, que se halla vinculado a la exégesis de los derechos fundamentales de conformidad con aquellos tratados y acuerdos. Lo cierto es que a este precepto del articulado no se acude una vez concluida infructuosamente la tarea de interpretación; sino que, realmente, las posibilidades hermenéuticas que ofrece la Constitución sólo se agotan después de atender a los criterios interpretativos que, en un supuesto concreto, resultasen del mismo.

En definitiva, en el terreno de los derechos fundamentales la interpretación sistemática de la Constitución obliga a tener presentes los tratados y acuerdos internacionales y, muy particularmente, las decisiones emanadas de los órganos de garantía de carácter jurisdiccional. Nos situamos aquí ante el método que HÄBERLE ha denominado como "imprescindible quinto método de interpretación de los derechos fundamentales". A juicio del Profesor alemán, la decidida integración de la comparación jurídica de los derechos fundamentales se ve reflejada, perfectamente, en el art. 10.2 CE y 16.2 de la Constitución portuguesa, en consonancia con la apertura, necesaria para la evolución hacia el Estado constitucional cooperativo³¹.

Se ha afirmado ya que los tratados de integración o el derecho supranacional derivado no pueden pretender su aplicación como derecho interno si suponen una contradicción material con respecto a la Constitución, pero que, en el nivel infraconstitucional, sí deben ser aplicados, aún en el supuesto de que contradigan otras normas. Se trata ahora de dilucidar si el aseguramiento de la primacía interna del derecho supranacional en estos niveles se sustancia, o no, a través de la declaración de inconstitucionalidad de la norma interna afectada. Pues, más allá de las polémicas doctrinales que giran en torno a la configuración del bloque de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional español afirma terminantemente que ni las normas de Derecho Internacional, ni las de Derecho Comunitario, integran el parámetro de control directo. Empero, no se muestra reacio a admitir que el Derecho Internacional, así como determinados tratados y una buena parte del Derecho Comunitario Europeo, puedan ser utilizados como parámetro interpretativo a la hora de llevar a cabo juicios de constitucionalidad³². Por consiguiente, y en esta línea, nuestro Alto Tribunal empleará como referente directo la Constitución, mientras que el Derecho Internacional y el Derecho Comunitario cumplirán la única función de aclarar o precisar conceptos constitucionales.

31 P. HÄBERLE, "Efectividad de los derechos fundamentales en el Estado constitucional", en VVAA, A. López Pina (Dir.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*. Alemania, España, Francia e Italia, Madrid, 1991, pág. 272 y sg.

32 I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 456 y sg.

Es necesario reseñar que el Tribunal Constitucional español ha repetido en numerosas ocasiones que la contradicción entre una norma comunitaria y una norma interna no es un problema de constitucionalidad³³. Ni la contradicción con la norma comunitaria es causa directa de inconstitucionalidad, ni supone, indirectamente, una vulneración del artículo 93 CE que deba ser declarado por el Alto Tribunal. En otras palabras, la integración de España en la Comunidad Económica Europea “no significa que por mor del artículo 93 CE se haya dotado a las normas de Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales”³⁴; categórica aseveración que implica que la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho Comunitario por los poderes públicos nacionales es una cuestión de carácter infraconstitucional.

Sin atisbo de duda, la gran innovación del Derecho Comunitario respecto de las reglas de incardinación del Derecho Internacional en el Derecho interno es que excluye todo atisbo de dualismo. El Derecho Comunitario, en efecto, no sólo proclama su primacía sobre el Derecho interno, sino que además, y a diferencia del Derecho Internacional, determina las consecuencias de esa primacía. Como sabemos, el Derecho Internacional deja libertad a los ordenamientos internos a la hora de establecer el marco de las relaciones que mantendrán, y las consecuencias en caso de hipotético conflicto. La determinación de esta articulación se realiza normalmente en la propia Constitución nacional³⁵. No obstante, como recuerda J. H. WEILER, conviene aclarar, en este punto, que el principio de primacía no significa que el Derecho Comunitario prevalezca en bloque sobre el Derecho de cada Estado miembro, sino más bien que cada ordenamiento jurídico es supremo en su respectiva esfera competencial³⁶.

Por lo que respecta a la posición de los Tratados internacionales en relación a la Constitución española, la doctrina es prácticamente unánime al considerar que la posición es de inferioridad jerárquica (artículo 95.1 CE). Esto explicaría el control previo de constitucionalidad de los mismos antes de ser ratificados; si bien su validez no estriba en su concordancia con la Constitución porque el Derecho Internacional es un sistema autónomo de producción de normas; pero resulta obvio que su aplicabilidad

33 Vid. M. BALLESTER CARDELL, “Relación entre Derecho Comunitario y Constitución”, Revista de Derecho Político, número 46, UNED, Madrid, 1999, págs. 107-148. Debe consultarse la STC 28/1991, FJ. 5º, que afirma que: “la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelta por el Tribunal Constitucional, sino que, como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan”

34 STC 28/1991 FJ. 4º.

35 R. M. LLOPIS CARRASCO, Constitución europea: un concepto prematuro, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pág. 87 y sg.

36 J. H. WEILER, Europa, fin de siglo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pág. 28.

interna sí dependerá de ello³⁷. Todo lo anterior no exime, sin embargo, de examinar otros supuestos en los que una norma de derecho supranacional derivado pudiera ser llamada a intervenir, de uno u otro modo, en la declaración de inconstitucionalidad de una norma interna con fuerza de ley. Cabe citar, al menos, dos casos: en primer lugar, cuando, en materia competencial, el TC aplica el Derecho Comunitario como parte del bloque de constitucionalidad para decidir la titularidad de una determinada competencia; y en segundo lugar cuando, en materia de derechos fundamentales, se considere que una norma de derecho supranacional derivado deba ser aplicada, en virtud del artículo 10.2 CE, como clave para la interpretación de una norma constitucional en un determinado sentido del que se desprenda la inconstitucionalidad de una norma interna con fuerza de ley.

Del balance de la interpretación de los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga, conforme a la dicción literal que se extrae de la propia Constitución, posteriormente completada por la función hermenéutica encomendada a los preceptos que regulan derechos humanos en los tratados internacionales de mayor relevancia, puede concluirse que la regulación contenida en la Ley Orgánica 14/2003 es contraria a nuestra Norma Fundamental. Aún en el peor de los casos; es decir, que de la propia Constitución surgiese una restricción o que el derecho no fuese reconocido por la misma, en opinión de la Profesora C. VIDAL FUEYO, el artículo 13.1 CE vendría a otorgar a los tratados internacionales un papel diferente al que nace de los artículos 96.1 y 10.2 CE confiriéndoles, junto con la ley, la facultad de extender a los extranjeros derechos que no les reconoce directamente la Constitución, debidamente interpretada a la luz del 10.2 CE, pero que tampoco les niega³⁸.

VI. C) LA VULNERACIÓN DE LA GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO

Finalmente, en el ordenamiento español el respeto a la garantía del contenido esencial se exige en todo caso, afectando a cualquier clase de regulación de derechos, esto es, el legislador viene obligado a respetar el contenido esencial siempre y en todo caso, aún cuando su objetivo no sea la limitación de un derecho o libertad, sino la configuración de un régimen jurídico concreto. Uno de los aspectos que presenta más complicación viene dado por el silencio constitucional sobre el método de determinación

37 S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y P. MELLADO PRADO, La constitución democrática española y sus fuentes, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, pág. 346.

38 Vid. C. VIDAL FUEYO, Constitución y Extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 96 y sg.

del contenido esencial, lo que introduce un nuevo problema interpretativo, agravado ante la indeterminación jurídica de esta categoría.

La aceptación de que los derechos tienen un contenido que es esencial significaría el reconocimiento de la existencia de otro aspecto complementario o adyacente³⁹. Lo que se exige del legislador es una configuración constructiva de los derechos, con el límite del respeto a su contenido esencial, y en el supuesto de los derechos de configuración legal resulta útil la visión geométrica de los círculos concéntricos en los que se distribuye el contenido de los derechos, y en la cual el llamado núcleo duro o contenido básico no sería disponible por el legislador.

En España, el art. 53.1 CE recoge directamente la exigencia del respeto al contenido esencial cuando el legislador apruebe leyes que regulen el ejercicio de derechos y libertades; pero también en muchas normas jurídicas de origen supranacional aparecen referencias en este sentido. Así, por destacar el ámbito europeo, en el artículo 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se prohíbe que los Estados, los grupos o los individuos puedan realizar actos tendentes a la destrucción de los derechos. Por su parte, el artículo 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que cualquier limitación a los derechos y libertades en ella reconocidos deberá ser establecida por la ley y respetar su contenido cardinal.

De igual modo que en Alemania, la práctica totalidad de la doctrina española⁴⁰ considera que el contenido esencial es una garantía de los derechos fundamentales. Ahora bien, la doctrina clásica del contenido esencial de los derechos fundamentales ha sido criticada por egregios constitucionalistas como P. CRUZ VILLALÓN y J. JIMÉNEZ CAMPO que la han tachado de artificiosa. Desde su perspectiva, el contenido esencial de los derechos fundamentales no se identificaría con un centro intangible de los mismos, en cuanto opuesto a una periferia disponible para el legislador, sino que vendría dado por aquellas configuraciones de los derechos fundamentales que la ley no puede constitucionalmente adoptar, siendo las convicciones jurídicas básicas imperantes en cada momento histórico las que establecerían lo que el legislador puede hacer en materia de derechos fundamentales.

Las conclusiones a las que llega el Tribunal Constitucional en su STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8º, donde establece las pautas para el análisis del contenido esencial son tajantes. En ellas defiende que éste no debe confundirse, en ningún caso, con el análisis del contenido "total" del derecho, sino que será una parte del mismo; aquélla que comprende los elementos mínimos que hacen al derecho reconocible y que

39 T. FREIXES SANJUÁN, "El contenido esencial de los derechos fundamentales", en Manuel Aragón Reyes (Coord.), *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Tomo III, Civitas, 2001, págs. 129-130.

40 Comenzando desde I. DE OTTO o PAREJO, en los primeros análisis sobre la materia, y terminando por otros más recientes de MARTÍNEZ-PUJANTE y GAVARA DE CARA.

impiden su desaparición o transformación en otra cosa diferente. En esta conocida sentencia, definió lo que hay que entender por "contenido esencial", arbitrando un doble y complementario camino para despejar esta incógnita. Por una parte, a través de una formulación positiva del concepto, se respeta el contenido esencial si la ley reguladora se ajusta a las facultades o posibilidades de acción que permiten reconocer un derecho en un momento determinado, de manera que no quepa confusión con ninguna otra figura jurídica. Así, para el Tribunal Constitucional constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo "aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias (referidas al momento histórico del que se trate y a las condiciones inherentes a las sociedades democráticas cuando sean derechos constitucionales) para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por completo".

En palabras del Alto Tribunal se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho imprescindible para que los intereses dignos de defensa jurídica, que dan vida al mismo, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de su necesaria protección.

Parece claro, a nuestro juicio, que esa trasgresión se produce con la regulación operada por la legislación de extranjería española (LO 14/2003) respecto de los derechos fundamentales analizados. Y es que, aún cuando aceptemos que el legislador puede introducir, sobre el estatuto jurídico de los extranjeros, un régimen más restrictivo para el ejercicio de algunos derechos; lo que no podemos aceptar es que desconozca un derecho fundamental o lo vacíe de contenido, haciéndolo irreconocible como perteneciente al tipo que corresponda. En cualquier caso, la solución a esta polémica controversia está en manos del Tribunal Constitucional que despejará, más temprano que tarde, todas las dudas al respecto, ofreciendo una solución definitiva.