



__ INSTRUMENTOS PARA LA INTEGRACIÓN SOCIAL EN LA LEY DE EXTRANJERÍA

__ MEANS FOR SOCIAL INTEGRATION IN THE SPANISH IMMIGRATION LAWS

Juan Manuel López Ulla

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Cádiz



sumario // summary

1 ■ EL FENÓMENO DE LA INMIGRACIÓN Y LA LEY DE EXTRANJERÍA / IMMIGRATION AND THE IMMIGRATION LAWS

2 ■ IGUALDAD SEGÚN QUÉ DERECHO / EQUALITY ACCORDING TO THE LAW

3 ■ LA FAMILIA COMO INSTRUMENTO PARA LA INTEGRACIÓN / THE FAMILY AS A MEANS OF INTEGRATION

- 3.1. Un derecho recientemente reconocido / A right that has been acknowledged recently
- 3.2. Sujeto titular del derecho y familiares reagrupables:/ The holder of this right and relatives suitable for reunification:
 - A) El cónyuge / The spouse
 - B) Los hijos / The sons and daughters
 - C) Los demás familiares y la reagrupación en cascada / The other members of the family and their subsequent reunification

4 ■ INTEGRACIÓN A TRAVÉS DE DERECHOS / INTEGRATION BY MEANS OF RIGHTS

- 4.1. Libertades de reunión y manifestación / Freedom of assembly and of strike
- 4.2. Libertad de Asociación / Freedom of association
- 4.3. Libertades de sindicación y huelga / Freedom to form unions and striking
- 4.4. Educación / Education
- 4.5. La asistencia jurídica gratuita / Free legal assistance

resumen//summary

Los datos revelan que probablemente en España se haya producido el incremento más rápido de la tasa de inmigrantes de la Unión Europea en los últimos años. Este crecimiento ha sido progresivo en el tiempo. Si nos referimos tan sólo al último año, comprobamos que el número de extranjeros con tarjeta o autorización de residencia a fecha de 31 de diciembre de 2005 era de 2.738.932, un 38,52% más que en diciembre de 2004. De éstos, 1.958.091 (el 71,49 % del total) pertenecían al Régimen General, mientras que 780.841 (el 28,51 %) estaban incluidos en el Régimen Comunitario del que forman parte los nacionales de países del Espacio Económico Europeo así como sus familiares y los familiares de los españoles. El número de extranjeros del Régimen General se había incrementado en un 50,04 % (653.050 personas) respecto de finales de 2004 y el de los incluidos en el Régimen Comunitario en un 16,15 % (108.591 personas).

Esta nueva realidad no pasa desapercibida para los ciudadanos: en el barómetro de enero de 2006, realizado por el Centro de Investigaciones Sociológicas, el 34,6 % de los encuestados identifica la inmigración como uno de los tres problemas principales en España, y el 13,5% afirma que es uno de los tres principales problemas que personalmente les afectan más.

The information available shows that Spain is the European country in which the increase of immigrant population has taken place at a faster rate in recent years. This increase has taken place gradually. If we just take into consideration the last year data, we realise that the number of foreigners with or without a residence permit validated before the 31st December of 2.005 was about 2.738.932 people, a 38,52% over the figures in December 2.004. About 1.958.091 (71, 49% of the total figures) of these people were included in the Regular Regime (Régimen General), while 780.841 (about the 28, 51%) were included in the European Community one, which comprises the citizens of the countries belonging to the European Economic Community as well as their relatives and Spanish citizens' relatives. Thus, the number of foreign population in the Regular Regime had increased about the 50, 04% (653.050 people) with respect to that of the end of 2.004 and those included in the European Community Regime about the 16,15 % (108.591 people).

This new reality does not go unnoticed by the rest of the citizens: the opinion poll carried out by the Sociological Research Centre in January, 2006 shows that the el 34, 6 % of those polled identify immigration as one of the tree main problems in Spain, and the 13, 5% state that this is one of the three problems that affects them personally to a greater extent.

Palabras Clave:

- Inmigración.
- Extranjeros.
- La igualdad como derecho.
- Familia.
- Derechos constitucionales.
- Derechos de reunión, manifestación y asociación.
- Sindicación y huelga.

Key Words:

- Immigration.
- Foreigners.
- Equality as a right.
- Family.
- Constitutional Rights.
- Rights of assembly, association, strike and association.
- Unionization and strike.

I ■ EL FENÓMENO DE LA INMIGRACIÓN Y LA LEY DE EXTRANJERÍA

Los datos revelan que probablemente en España se haya producido el incremento más rápido de la tasa de inmigrantes de la Unión Europea en los últimos años. Este crecimiento ha sido progresivo en el tiempo. Si nos referimos tan sólo al último año, comprobamos que el número de extranjeros con tarjeta o autorización de residencia a fecha de 31 de diciembre de 2005 era de 2.738.932, un 38,52% más que en diciembre de 2004. De éstos, 1.958.091 (el 71,49 % del total) pertenecían al Régimen General, mientras que 780.841 (el 28,51 %) estaban incluidos en el Régimen Comunitario del que forman parte los nacionales de países del Espacio Económico Europeo así como sus familiares y los familiares de los españoles. El número de extranjeros del Régimen General se había incrementado en un 50,04 % (653.050 personas) respecto de finales de 2004 y el de los incluidos en el Régimen Comunitario en un 16,15 % (108.591 personas)¹.

Esta nueva realidad no pasa desapercibida para los ciudadanos: en el barómetro de enero de 2006, realizado por el Centro de Investigaciones Sociológicas, el 34,6 % de los encuestados identifica la inmigración como uno de los tres problemas principales en España, y el 13,5% afirma que es uno de los tres principales problemas que personalmente les afectan más.

1 Fuente: Información estadística ofrecida por la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales).

Si hacemos memoria nos daremos cuenta de que hasta hace relativamente poco sólo nos preocupábamos por los extranjeros cuando los medios de comunicación se hacían eco de alguna desgracia frente a las costas de Tarifa o del archipiélago canario. Hoy sin embargo todo lo que atañe a la extranjería se ha convertido en "asunto de Estado".

Pocas normas han suscitado tanto interés entre la comunidad científica y la ciudadanía en general sobre el alcance de los valores que nuestra Ley Fundamental consagra como lo ha hecho y lo sigue haciendo la Ley Orgánica 4/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjero en España y su Integración Social (LO 4/2000), reformada por la LO 8/2000, y por la LO 14/2003) y desarrollado por Real Decreto (R.D.) 2393/2004, de 30 de diciembre. Este interés evidentemente no es exclusivo de nuestro país. Francia, Italia, Alemania, Portugal, Austria, Bélgica, desde 1999, también están modificando sus leyes de extranjería². El progresivo aumento de los flujos migratorios preocupa por igual en Europa y constituye una prioridad de las políticas nacionales. También lo es de la Unión Europea, que desde el Consejo Europeo celebrado en la ciudad finlandesa de Tampere en diciembre de 1999 y posteriormente en Laeken, Sevilla y Tesalónica, viene advirtiendo de la necesidad de establecer una política migratoria común y coordinada en el seno de la Unión. En las Conclusiones de este último Consejo Europeo, celebrado en 19 y 20 de junio de 2003, se señaló con rotundidad que no es posible mantener políticas distintas y diferentes de inmigración entre países que forman parte de un mismo espacio de libertad, de seguridad y de justicia.

En esta línea, el 3 de junio de 2003 la Comisión presentó un proyecto de comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo "relativa al desarrollo de una política común en materia de inmigración ilegal, trata de seres humanos, fronteras exteriores y retorno de residentes ilegales"³ que gira en torno a tres ejes: La necesidad de controlar las fronteras exteriores; la lucha contra la inmigración ilegal y el tráfico de seres humanos; y una patente inquietud de la Unión por establecer unos mecanismos capaces de incorporar a los inmigrantes a la vida económica y social del Estado receptor⁴.

Todo lo que atañe a las condiciones en las que los extranjeros entran, permanecen y salen de un país puede ser estudiado desde enfoques muy diferentes. Estamos ante una realidad que preocupa por igual a sociólogos, economistas, politólogos, antropólogos, sicólogos..., y lógicamente también a juristas. En este sentido la extranjería es una materia multidisciplinar.

Los derechos fundamentales de la persona, en la medida en que han sido reconocidos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y en diversos Convenios y Pactos internacionales sobre la materia, configuran un *estándar mínimo internacional* que ha de ser observado por todos los Estados que sean partes en los mismos. Es lo que subraya el art. 10 de la Constitución: el orden político y la paz social descansan sobre el principio del respeto a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (párrafo primero); las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas que la Constitución reconoce deben ser interpretadas de conformidad con los

2 Un estudio comparado italo-español de Derecho de extranjería se puede ver en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (Coordinador): *Problemas constitucionales de la inmigración en España*, Giuffrè-Tirant lo blanch, Valencia, 2005.

3 COM(2001) 672 final

4 Véanse al respecto la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar; la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; y la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias a circular y a residir en el territorio de los Estados miembros.

convenios internacionales sobre esta materia que hayan sido suscritos por España (párrafo segundo). Estos son los dos anclajes de los que debe partir cualquier estudio que sobre los derechos de los extranjeros se haga: la existencia de derechos que la persona tiene porque derivan de la naturaleza humana y la sujeción del Estado a lo convenido en el ámbito del Derecho Internacional.

Nunca como hoy se ha sentido tan intensamente la necesidad de concebir los valores constitucionales y los derechos de la persona como garantías universales o independientes de contingencias como la raza, la lengua, el sexo, las religiones o las convicciones ideológicas. Con mayor claridad que en cualquier etapa histórica precedente se precisa que los derechos y las libertades no se vean comprometidos por el tránsito de las fronteras estatales. En un mundo interdependiente la garantía de unos derechos fundamentales se ha hecho más perentoria que nunca.

Sin embargo, la condición de extranjero siempre se ha caracterizado por un tratamiento diferenciado en cuanto al goce de los derechos. Mientras que la nacionalidad implica la plenitud de éstos, el extranjero no recibe un trato de igualdad ya que el ejercicio de algunos derechos pende en ocasiones del cumplimiento de ciertos requisitos, o sencillamente se les niega por mandato constitucional (art. 13.2), como sucede con los derechos reconocidos en el artículo 23 de la Constitución⁵.

Hay quien se resiste a hablar del "problema" de la inmigración, como si no llamando a las cosas por su nombre pudiéramos ocultar la realidad. Pero lo cierto es que la inmigración genera dos inquietudes de

signo contrapuesto: por un lado el mensaje de emergencia social en favor de los nuevos desposeídos; por otro, la advertencia sobre la necesidad de controlar y limitar el número de inmigrantes para que nuestro mínimo de bienestar (trabajo, prestaciones sanitarias, asistenciales, educativas, etc) no se vea amenazado.

Dada la experiencia en materia de inmigración en alguno de los países de nuestro entorno, las referencias al Derecho comparado en principio parecían inevitables en el debate parlamentario de esta ley, pero los Diarios de Sesiones demuestran que no fue así. Discursos pronunciados de cara a la galería –si me permiten la expresión– con la evidente finalidad de embelesar a una opinión pública siempre sensible al sufrimiento ajeno, o con la exclusiva –aunque legítima– aspiración de derrotar al adversario en el último pleno de la legislatura, dejaron en 1999 huérfana a esta Ley del tratamiento parlamentario que la materia regulada merecía. Que todavía gobierno, oposición, y agentes sociales sigan polemizando sobre los derechos y libertades de los extranjeros es la mejor prueba de que la discusión sobre la "reforma y contrarreforma" de la Ley no se llevó a cabo de la mejor manera. Los legítimos intereses de partido no pueden llegar a enturbiar un debate en el que se discuten consideraciones inextricablemente unidas a la dignidad de la persona; en una comunidad bien organizada, los derechos y libertades no deben estar sujetos al regateo político ni al cálculo de intereses sociales.

La necesidad de reflexionar sobre el fenómeno y conocer las causas que motivan los flujos migratorios para encauzarlos a todos los niveles acomodando el Derecho a la realidad es evidente. Tras esos pasos estamos. En principio y en teoría todos coinciden en

5 Art. 13.2 de la Constitución: "Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales". El párrafo primero del artículo 23 reconoce el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes, y el párrafo segundo reconoce el derecho de acceso a las funciones y cargos públicos.

la urgencia de implementar políticas efectivas de codesarrollo que ayuden a generar las condiciones para que la población no se vea obligada a desplazarse. Mientras tanto, habrá que procurar integrar de la mejor manera a los extranjeros en los países de acogida, para lo cual nada mejor que articular medidas encaminadas a aproximar el estatuto jurídico de unos y otros.

Como es sabido, la política inmigratoria consiste en canalizar y organizar los flujos de inmigración legal en función de la capacidad de absorción de la sociedad de acogida. Ningún problema presentan a este respecto los inmigrantes “legales”, que colaboran a la prosperidad de todos los que aquí vivimos –nacionales y extranjeros– impulsando el crecimiento económico e incorporándose a un mercado de trabajo cada vez más dinámico. Según el Boletín Estadístico de Extranjería e Inmigración, núm. 6, de julio de 2005, a fecha 12 de julio de 2005 el número de trabajadores extranjeros era de 1.588.215. Y a fecha de 30 de junio de 2005 la proporción de trabajadores afiliados y en alta laboral en la Seguridad Social respecto al total de trabajadores afiliados y en alta laboral en España era del 8,3 %. El problema surge con quienes violan las medidas de control entrando o permaneciendo en el territorio de espaldas a la ley. La mera presencia de un “ilegal” en territorio nacional atenta contra uno de los principios nucleares de la soberanía: la capacidad del Estado de decidir sobre la admisión o no en su territorio de personas no nacionales. Ante esta realidad, que hoy por hoy parece inevitable, las opciones son dos: negar la evidencia –la presencia de estas personas–, reconociendo derechos tan sólo a quienes se encuentran en situación regular en España –con lo que terminaremos fomentando focos de marginación y pobreza–, o tratar de corregir esta situación desde el respeto a la dignidad de las personas. Es entonces cuando el fenómeno se convierte en problema, pues aunque desde una fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos no sería difícil encontrar una

salida a la situación que provocan los extranjeros en situación irregular, no cabe duda de que tal solución se enfrentaría con la realidad socio-económica de los Estados contemporáneos.

Se trata ciertamente de un problema para cuya solución resulta difícil encontrar las herramientas adecuadas. La situación de ilegalidad condena al sujeto a la clandestinidad, obligándole a aceptar condiciones de vida y de trabajo intolerables. No es correcta por tanto la visión de la irregularidad desde el prisma de los intereses del Estado. El trabajador que se sitúa al margen de la Ley fácilmente quedará a merced de empresarios poco escrupulosos o de redes organizadas dedicadas a la trata de seres humanos. Más aún, es falso e injusto trasladar a la ciudadanía la idea de que inmigración ilegal equivalga a delincuencia, pero es rigurosamente cierto que inmigración ilegal y redes de tráfico de seres humanos provocan marginalidad y explotación para actividades denigrantes y en muchos casos al margen de la ley.

El Consejo Europeo de Tampere (1999) fue sensible a esta realidad mostrando una clara determinación por hacer frente a la inmigración ilegal luchando especialmente contra quienes se dedican a la explotación económica de los migrantes, instando a la Comisión a legislar al respecto, previendo sanciones rigurosas para estos delitos y velando por las víctimas de estas actividades, especialmente las mujeres y los niños (Conclusiones de la Presidencia, apartado 23).

Pero, como ya hemos apuntado anteriormente, la Unión al mismo tiempo está subrayando que la inmigración ilegal es una cuestión muy vinculada al control de las fronteras exteriores, por lo que también aquí será necesario reforzar la cooperación y asistencia técnica mutua entre los Estados miembros y con los países terceros concernidos (Conclusiones de la Presidencia, apartado 24)⁶.

⁶ En este contexto el Consejo reitera la necesidad de que los países candidatos deben aceptar en su totalidad el acervo de Schengen, lo que ya había sido previsto en el artículo 8 del Protocolo anejo al Tratado de Amsterdam por el que se integra dicho acervo en el marco de la U.E. (Conclusiones de la Presidencia, apartado 25).

Ninguna ley de extranjería va a solucionar el problema de la inmigración. Las limitaciones o restricciones del régimen jurídico de los extranjeros nunca conseguirá ralentizar los flujos migratorios. Es tan obvio lo que estamos afirmando que hasta produce rubor recordarlo. Pero la Ley de extranjería sí puede ayudar a mejorar (o empeorar) las condiciones de vida de los extranjeros.

Un objetivo fundamental de la política de extranjería es la integración social de los residentes extranjeros. Tanto es así que la LO 4/2000 hace referencia a esta necesidad en su mismo título. Coincidiendo en el tiempo, el Consejo Europeo de Tampere, también mostró su preocupación por la necesidad de implementar políticas encaminadas a conceder un trato justo a los nacionales de terceros países con permiso de residencia en el territorio de los Estados miembros. Este trato justo, reconocía el Consejo, debía traducirse en el reconocimiento de derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión Europea, fomentando la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural y medidas contra el racismo y la xenofobia.

Para poner en práctica las Conclusiones del Consejo, según las cuales a los nacionales de terceros países que residen legalmente se les debería conceder derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión Europea, el Consejo de Tesalónica (19 y 20 de junio de 2003) consideró la necesidad de elaborar una política global y multidimensional sobre la integración de tales personas, subrayando que esta política debería cubrir factores como el empleo, la participación económica, la educación, la enseñanza de la lengua, servicios sociales y de salud, vivienda, asuntos urbanos, cultura y participación en la vida social.

Sobre cómo integrar de la mejor manera se han vertido ríos de tinta y no es nuestra intención sumarnos ahora al debate. Nos enfrentamos a una realidad nueva que muchos ya han calificado de multicultural, esto es, el aumento de los flujos

migratorios está transformando la realidad social de los Estados de acogida en la medida en que se están convirtiendo o se van a convertir en territorios en los que van a convivir diversas culturas. Como convivir no es lo mismo que coexistir, habrá que buscar fórmulas que faciliten la incorporación de la población foránea, pero siempre desde el respeto a los principios y valores del ordenamiento jurídico del país receptor.

A excepción de los derechos políticos, uno de los rasgos distintivos del constitucionalismo de nuestros días es precisamente la equiparación de la condición de persona y ciudadano, o lo que es lo mismo, la progresiva igualación de la condición jurídica de la población residente en un territorio. El concepto de ciudadanía europea ha dado un paso importante en esta dirección. Es cierto que en la medida en que la ciudadanía de cada uno de los Estados miembros no ha sido sustituida por aquélla, hoy por hoy no es posible concebir que esta nueva institución pueda ser capaz de generar una identidad colectiva, un "nosotros" a imagen y semejanza que aquél "*We, the people* ..." de la declaración americana. Pero lo que nos interesa resaltar en este momento es que la nueva legitimidad democrática que parece estar abriéndose con el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales quizá esté conduciéndonos a una comunidad de ciudadanos mas que a una comunidad de nacionales.

En las páginas que siguen no tengo la intención de analizar el estatuto jurídico de los extranjeros desde planteamientos iusnaturalistas sino que me apoyaré estrictamente en las categorías metódicas del positivismo formalista, esto es, en la Constitución (CE), en los Tratados Internacionales, la legislación de desarrollo y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para valorar algunos aspectos del reconocimiento que nuestro Ordenamiento realiza de ciertos derechos que tratan de garantizar una igualdad esencial que facilite la autonomía y el desarrollo de la persona en las esferas en las que se desarrolla su vida real.

2 ■ IGUALDAD SEGÚN QUÉ DERECHO

Señala nuestra Ley Fundamental que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que se reconocen en el Título primero de la Constitución en los términos que establezcan los tratados y la ley (art. 13.1). En qué medida esos derechos y libertades son aplicables o limitables a los extranjeros es la cuestión que el Tribunal Constitucional viene dilucidando desde la importante Sentencia 107/1984.

De acuerdo con el artículo 13.1 de la Constitución, los extranjeros tienen en España los mismos derechos que los españoles, si bien dependiendo del derecho afectado el disfrute podrá estar condicionado al cumplimiento de determinados requisitos. Al modular el ejercicio de los derechos estableciendo requisitos de necesario cumplimiento, el legislador no es omnipotente sino que ha de respetar las garantías que la Constitución establece. En primer lugar, el art. 13 CE ha de ser interpretado en relación con el art. 10.1 CE, precepto que reconoce que existen unos derechos que son inviolables por ser inherentes a la persona,

razón por la cual ni la condición de extranjero ni ninguna otra podría justificar un trato diferenciado⁷. En segundo lugar, al regular el ejercicio de un derecho habrá de hacerlo desde el respeto a su contenido esencial pues de lo contrario su modulación legal podría terminar desfigurándolo hasta hacerlo irreconocible (art. 53.1 CE)⁸. Tampoco hay que olvidar, en tercer lugar, que cuando se trata de limitar el ejercicio de un derecho, el TC ha subrayado que debe existir una relación de proporcionalidad entre la medida restrictiva y el bien perseguido⁹. Y por último, como es de sobra conocido, el legislador habrá de tener presente el mandato constitucional de que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE)

Por tanto, a excepción de los derechos básicos o inherentes a la persona y de los prohibidos expresamente por el artículo 23 CE, el legislador podrá

7 Art. 10.1 CE: "La dignidad de la persona, los derechos que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social".

8 Los límites o las condiciones que el legislador puede establecer al ejercicio de un derecho, cuando de un extranjero se trate, habrán de respetar el contenido esencial del mismo, de forma que la regulación que se lleve a cabo no origine tales perturbaciones que obstaculicen o desvirtúen su ejercicio hasta hacerlo impracticable (véase en este sentido las importantes SSTC 107/84 y 115/87).

9 El TC estima que el principio de proporcionalidad es un elemento integrante del concepto de Estado de Derecho: "... es importante destacar que al efectuar la ponderación debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de la proporcionalidad como principio inherente del Estado de derecho, cuya condición de canon de constitucionalidad ... tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones procedan éstas de normas o resoluciones singulares" (STC 85/1992, FJ. 4; en el mismo sentido, STC 111/1993, FFJJ. 8 y 9). Como bien señala MEDINA GUERRERO, el TC ha manejado el principio de proporcionalidad especialmente en relación con el principio constitucional de igualdad y con el derecho a la tutela judicial. De sus resoluciones podemos extraer que dicho principio exige que en caso de establecerse un límite al ejercicio de un derecho fundamental, dicho límite sea necesario para alcanzar el objetivo que se pretende, y que tal finalidad no fuera posible utilizando una medida igualmente efectiva pero menos gravosa. La máxima es, pues, que debe tenderse a lograr un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que inevitablemente se generan cuando se limita un derecho a fin de proteger otro derecho o bien constitucionalmente protegido. En estos casos procede, por tanto, una valoración confrontada de los intereses particulares y colectivos contrapuestos, lo que exigirá tomar en consideración todas las circunstancias relevantes del caso concreto" (véanse SSTC 62/1982, FJ. 5; 26/1981, FJ. 15, 53/1986, FJ. 3, cfr. MEDINA GUERRERO, Manuel: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 117).

condicionar el ejercicio de un derecho al cumplimiento de determinados requisitos. En la medida que esa modulación rompe la igualdad de estatus jurídico entre nacionales y extranjeros, permítasenos por un momento recordar la doctrina que sobre este principio ha vertido el Tribunal Constitucional.

El principio de igualdad no proscribe tratamientos normativos diferenciados; lo que prohíbe es la disparidad sin justificación objetiva y razonable. La clave no está, pues, en la no diferenciación sino en la no discriminación. De tal forma que este principio sólo es conculcado cuando la disparidad está desprovista de explicación que la convalide. O en palabras de RODRÍGUEZ-PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ, la igualdad jurídica no sólo requiere un trato igual a los iguales y un trato desigual a los desiguales, sino también la justificación de la diferencia¹⁰.

La doctrina ha subrayado que desigualdad y discriminación son conceptos no coincidentes: cuando la diferencia que justifica un tratamiento jurídico distinto tiene su origen en características personales del sujeto no imputables a él mismo –como pueden ser el color, la raza, el sexo– o imputables a la persona pero como consecuencia de su libertad ideológica o religiosa, entonces dejamos en puridad de hablar de desigualdad para hablar de discriminación¹¹.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha reconocido que las diferencias de trato por razón de la nacionalidad de los sujetos o la distinción entre ciudadanos y no ciudadanos no está prohibida ni por la Constitución –que no incorpora esta circunstancia entre los motivos proscritos en el art. 14 CE– ni por el Derecho internacional¹² :

10 RODRÍGUEZ PIÑERO, Manuel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda: *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 53.

11 Art. 23.1 de la LO 4/2000: "A los efectos de esta Ley, representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural". Este precepto parece inspirarse en el art. 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 21 de diciembre de 1965 (BOE de 17 de mayo de 1969): "En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública". En el dominado Derecho internacional de los derechos humanos no faltan declaraciones similares: Art. 2.1 de la DUDH: "Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición." Art. 7 DUDH: "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación". Art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP): "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". Art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC): "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

12 En este sentido el art. 1.2 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial no impide la diferencia de trato entre ciudadanos y no ciudadanos cuando existe una razón legítima que lo justifique (véase en CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Textos básicos de Naciones Unidas*, Tecnos, Madrid, 1982).

«Cuando el art. 14 de la Constitución proclama el principio de igualdad, lo hace refiriéndose con exclusividad a "los españoles". Son éstos quienes, de conformidad con el texto constitucional, "son iguales ante la ley", y no existe prescripción ninguna que extienda tal igualdad a los extranjeros...» (STC 107/1984, FJ. 3).

En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el art. 14 del Convenio de Roma de 1950, ha señalado en reiteradas ocasiones que la igualdad no supone trato idéntico entre nacionales y extranjeros, sino que protege contra discriminaciones que afecten a individuos situados en condiciones análogas¹³.

Sentado que la igualdad en derechos y libertades entre nacionales y extranjeros no deriva forzosamente de nuestra Constitución –si así fuera el art. 13.1 CE no tendría ningún sentido– y que cada derecho tiene un contenido esencial que el legislador debe preservar, el Tribunal Constitucional ha subrayado que en

definitiva el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos depende del derecho afectado. De forma que «existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos¹⁴; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contiene)¹⁵; [y] existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio¹⁶» (STC 107/1984, FJ. 3)¹⁷.

De acuerdo con esta doctrina la Ley Orgánica 7/1985, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, que ha estado vigente hasta el 1 de febrero de 2000, señalaba:

«Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, en los términos establecidos en la

13 Art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH): "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación". Al respecto véase, FREIXES, Teresa; y REMOTTI CARBONELL, José Carlos: "Los derechos de los extranjeros en la Constitución española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998, pp. 103-141. Sobre la doctrina del TEDH, TEROL BECERRA, Manuel José y otros: *Las grandes decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

14 Derecho tales como la vida, la integridad física y la moral, la intimidad, la libertad ideológica y religiosa, la tutela judicial efectiva (SSTC 107/1984, 99/1985).

15 Si bien, como es sabido, el art. 13.2 CE permite que los extranjeros puedan participar en las elecciones municipales cuando así se haya convenido internacionalmente y atendiendo al principio de reciprocidad.

16 Se refiere el Tribunal a los derechos de configuración legal, esto es, a aquellos en los que el dato de la nacionalidad resultará de relevancia para modular el ejercicio de los mismos. Al respecto es muy interesante la STC 115/1987: "el artículo 13.1 de la Constitución reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionantes adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho cuando éste ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros ... Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales". Derechos de configuración legal son, el derecho a la libertad personal y seguridad (art. 17), el derecho a la educación (art. 27), de reunión y asociación (arts. 21 y 22), de sindicación (art. 28). La Constitución en determinados preceptos tan sólo se refiere a los españoles: libertad de residencia y circulación (art. 19), derecho a la igualdad (art. 14), al trabajo (art. 35), a la vivienda (art. 47).

17 En el mismo sentido, SSTC 99/1985, 130/1995, 95/2000.

presente Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos.»

Se habrá observado que este precepto reproducía prácticamente lo dispuesto en el art. 13.1 CE pero sin incorporar la referencia a los tratados internacionales. Tal omisión nunca tuvo alguna trascendencia ya que este mismo precepto constitucional conectado con el art. 10.2 CE no dejaba lugar a dudas. De cualquier forma, el Reglamento de 1996 no se olvidó de incluir esa referencia¹⁸, como tampoco lo ha hecho el art. 3.2 de la LO 4/2000, dejando una vez más constancia de la labor propedéutica que desarrolla nuestro Texto Fundamental como cabeza de alfiler de todas las disciplinas jurídicas:

«Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas.»

Por ser trasunto del art. 10.2 CE, este párrafo segundo del art. 3 de la LO 4/2000 no fue alterado por la LO 8/2000. Sí lo fue, sin embargo, su párrafo primero: en su redacción primigenia este precepto ordenaba una igualdad entre españoles y extranjeros que el Tribunal Constitucional nunca había exigido sino para el disfrute de aquellos derechos inherentes a la dignidad de la persona:

18 Art. 1 del Reglamento de 1996: «1.- Los extranjeros gozarán de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, en los términos establecidos por las leyes que los desarrollen, los Tratados internacionales suscritos por España y, en especial, la Ley Orgánica 7/1985 y lo dispuesto en el presente Reglamento. 2.- Asimismo, los extranjeros son iguales a los españoles ante la ley en función de lo dispuesto por ésta y los Tratados internacionales suscritos por España, en especial el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966.» Art. 2.1: «Los extranjeros tienen plenamente garantizados en el territorio español, en igualdad de condiciones que los españoles, los derechos que son inherentes a las personas.»

19 Véase, por ejemplo, APRELL LASAGABASTER, Concha: *Régimen administrativo de los extranjeros en España. Ciudadanos comunitarios y nacionales de terceros Estados*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 40.

Art. 3.1 LO 4/2000 en su redacción originaria: «Los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley Orgánica.»

Como hemos apuntado, que el legislador no esté obligado a equiparar el estatus jurídico de los extranjeros y españoles, no impide que pueda hacerlo si lo estima pertinente, como parece que fue la intención del precepto arriba reproducido. O lo que es lo mismo, el art. 14 no impide que los extranjeros puedan disfrutar del mismo catálogo de derechos que tenemos los españoles. Así lo ha reconocido el TC:

«La inexistencia de declaración constitucional que proclame la igualdad entre extranjeros y españoles no es, sin embargo, argumento bastante para considerar resuelto el problema, estimando que la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles resulta constitucionalmente admisible, o incluso que el propio planteamiento de una cuestión de igualdad entre extranjeros y españoles está constitucionalmente excluido» (STC 107/1984, FJ. 3).

Algún autor se ha asido a esta declaración para afirmar que implícitamente el TC está aceptando que los extranjeros son titulares del derecho constitucional a la igualdad¹⁹, que fue lo que ordenó el legislador en el art. 3.1 de la LO 4/2000 en su redacción primera. Como GARRORENA MORALES ha señalado, una de las primeras proyecciones de la cláusula Estado social es la aceptación de la igualdad, es decir, la

corrección de las desigualdades sociales como uno de los valores superiores llamados a inspirar el ordenamiento²⁰. El legislador no puede tratar de manera diferente a personas que desde todos los puntos de vista se encuentren en la misma situación. Y a la inversa, tampoco puede tratar igual a personas que para bien o para mal –dependiendo de la circunstancia que estemos valorando– se encuentran en escalones distintos.

Tan evidente es lo que estamos afirmando que hasta la fecha todos los ordenamientos de nuestro entorno han reconocido que la nacionalidad es una circunstancia que justifica un tratamiento normativo diverso. Ciertamente es que el principio *pro libertate* ha de conjugarse siempre que de derechos y libertades tratemos, y que la igualdad entre todos los hombres debe ser un planteamiento irrenunciable; pero predicar este principio ajenos a la realidad social y económica del momento a todas luces nos parece una quimera.

Cada derecho tiene su momento y su lugar, como bien ha explicado Norberto BOBBIO: «El elenco de los derechos fundamentales varía de una época a otra, de un pueblo a otro, y por ello no se puede hacer una relación de una vez para siempre: se puede solamente decir que son fundamentales los derechos que en una determinada Constitución están atribuidos a

todos los ciudadanos indistintamente, aquéllos, en una palabra, respecto a los cuales todos los ciudadanos son iguales»²¹. También RODRIGUEZ-PIÑERO y FERNANDEZ LOPEZ advirtieron hace ya algún tiempo que el concepto de igualdad no puede ser comprendido ni entendido en un sentido absoluto, sino que es un concepto que debe ser considerado desde una perspectiva histórica, pues su contenido y significado están estrechamente vinculados al momento histórico²². Al efecto quizá no estaría mal recordar, como hace PRIETO SANCHIS²³, que LOCKE, que ha pasado a la historia de la filosofía política como el padre de la teoría de los derechos naturales y el gran inspirador de las declaraciones de derechos del hombre, aceptara sin dificultad la institución de la esclavitud: «(Los esclavos) perdieron el derecho a la vida y a sus libertades al mismo tiempo que sus bienes, y como su condición de esclavos los hace incapaces de poseer ninguna propiedad, no pueden ser considerados, dentro de ese estado, como partes de una sociedad civil, ya que la finalidad primordial de ésta es la defensa de la propiedad»²⁴; e igualmente MELDEN nos recuerda también que hasta no hace mucho tiempo "los tribunales de los Estados Unidos fallaban, en un juicio tras otro, que la legislación que pretendía abolir la mano de obra infantil ... constituía una violación de los derechos naturales constitucionales»²⁵.

20 GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho*, cit. p. 48.

21 BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 19917; también en "Liberalismo e democrazia", en el libro colectivo dirigido por Gian Mario Bravo y Silvia Rota Ghibandi, *Il pensiero politico contemporaneo*, Franco Angeli, Milano, I, 1985, pp. 23-38, concretamente en p. 45. Entre nosotros véase GARCÍA RUIZ, J.Luis, "La condición de extranjero y el Derecho constitucional español", *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005, pp. 489 a 503. También, PECES-BARBA, Gregorio, *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 24, o en "Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales", p. 219; y PEREZ LUÑO, E.: "Delimitación conceptual de los derechos humanos", en *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 49.

22 RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel, y FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda: *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 46.

23 PRIETO SANCHIS, Luis: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1994, p. 92.

24 LOCKE, J.: *Ensayo sobre el gobierno civil*, cap. VII, p. 63.

25 MELDEN, A.I., *Los derechos y las personas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1980, p. 446 (véase en PRIETO SANCHIS, ob. cit. p. 93).

Recordemos también que la Declaración de independencia americana (1776) ya proclamaba, como principio basilar de la sociedad que los secesionistas pretendía construir, la igualdad entre todos los hombres: «Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombre son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad». Posiblemente nuestro Creador nos hiciera a todos iguales, "a su imagen y semejanza", como dicen las Sagradas Escrituras, pero lo cierto es que luego el hombre se ha ocupado de romper esa paridad. Ejemplos no nos faltan: BOBBIO recuerda que Thomas Jefferson, autor principal de aquella Declaración, sin ir más lejos tenía esclavos; hasta no hace mucho las mujeres prácticamente dependían para todo de sus maridos; y los derechos políticos y sociales sabido es que no se han extendido a todas las capas de la población hasta bien entrado el siglo XX.

Señaló el Defensor del Pueblo Andaluz, en su informe anual del año 2000, que el art. 3 de la ley tras su reforma por la LO 8/2000 «degrada» de una manera «significativa» el concepto de igualdad que impregnaba todo el espíritu de la primitiva redacción, volviendo «a la vieja línea divisoria entre extranjeros legalizados e irregulares, entre residentes en situación regular y los que simplemente "están en España"»²⁶. Nosotros creemos que de lo que se trata ahora es de resolver de la mejor forma los problemas que inevitablemente provoca el fenómeno de la inmigración sin caer en discursos alejados de la realidad en la que han de ser aplicadas las normas. Por eso nos parece que la primera redacción de la LO 4/2000, al proclamar una igualdad inexistente por estar condi-

cionada en la propia ley al cumplimiento de determinados requisitos, resultaba un tanto confusa. Como *desideratum* o declaración de intenciones la aplaudimos, pero nos parece más ajustada a la realidad la redacción que al precepto le da la LO 8/2000, que además de cristalizar la doctrina dictada por el TC, subraya el valor del Derecho Internacional de los derechos humanos y ordena que la equiparación entre nacionales y extranjeros en el ejercicio de los derechos sea el criterio de interpretación general:

Art. 3.1: «Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles».

En nuestra opinión el avance es importante pues los operadores jurídicos no podrán olvidar que salvo prescripción contraria, la igualdad debe ser la regla general. Como recientemente ha recordado RODRÍGUEZ-PIÑERO, «el carácter social que se predica del Estado por la Constitución ha asignado a los poderes públicos el papel de promover el bien de cuantos integran la nación española, de garantizar la convivencia democrática conforme a un orden económico y social justo y de establecer una sociedad democrática avanzada, abierta a la igualdad de oportunidades de los individuos y de los grupos»²⁷. Por eso se precisan políticas que hagan efectiva la declaración que se contiene en el art. 3.1, y para ello probablemente habrá que articular

26 Defensor del Pueblo Andaluz, *Informe al Parlamento 2000*, Sevilla, 2001, p. 56.

27 RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel: "Constitución y sociedad civil", en VV.AA (CRUZ VILLALON, Pedro, GONZALEZ CAMPOS, Julio D., RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel): *Tres lecciones sobre la Constitución*, Mergablum, Sevilla, 1999, pp. 57 y ss..

medidas de discriminación positiva que efectivamente consigan que esa igualdad de estatus no reine tan sólo en el mundo de las ideas (artículo 9.2 CE).

Como señalábamos anteriormente, presupuesta la libertad del legislador para determinar las condiciones en que los extranjeros pueden ejercer en España los derechos y libertades a que hace referencia el Título I CE, «el principio de igualdad debe ser escrupulosamente respetado en la regulación referida a todos aquellos situados en identidad de relación con el dato jurídico relevante», en este caso la nacionalidad²⁸. De tal manera que ni un extranjero residente legal en nuestro país puede ser discriminado con relación a un nacional en materia de prestaciones de la seguridad social si cumple todos los requisitos para ser beneficiario en igualdad de condiciones, ni la Constitución ampara las discriminaciones que puedan existir contra determinados grupos de extranjeros, no tanto por su carácter de extranjeros, sino por su color, específicos caracteres étnicos, por su origen nacional o religión.

Al respecto es importante el artículo 23 de la Ley tras la reforma, que contempla una cláusula general antidiscriminatoria general (apdo. 1)²⁹ y otras específicas (apdo. 2)³⁰, y el art. 24, que habilita el procedimiento preferente y sumario previsto en el artículo 53.2 de la

Constitución para proteger al extranjero de cualquier actuación u omisión de esta naturaleza.

3 ■ LA FAMILIA COMO INSTRUMENTO PARA LA INTEGRACIÓN

3.1. UN DERECHO RECIENTEMENTE RECONOCIDO

Desde hace ya algunos años el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar constituye el principal canal de inmigración legal en la mayor parte de los países de la Europa y América desarrollada. Pero al margen de su importancia en términos cuantitativos, la reagrupación familiar es un instrumento de vital importancia para la integración de la población inmigrante en la sociedad de acogida, pues difícilmente puede una persona llevar una vida normal si no puede disfrutarla junto a sus seres queridos.

Así lo reconoce en la Exposición de Motivos la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar: "La reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia; contribuye a la creación de una

28 Cfr. FREIXES, Teresa; y REMOTTI CARBONELL, José Carlos: "Los derechos de los extranjeros en la Constitución española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998, pp. 103-141. Sobre el estatuto jurídico de los extranjeros en Francia, véase SOTO GARCÍA, Mercedes: "La elaboración del estatuto constitucional de los extranjeros por la jurisprudencia constitucional: el ejemplo del Consejo Constitucional francés", en la obra coordinada por REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, *Problemas constitucionales de la inmigración*, ob. cit., pp. 633-646.

29 Art. 24.1 de la Ley: «A los efectos de esta Ley, representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tengan como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural».

30 Discriminación por parte de autoridad o funcionario público; imposición de condiciones más gravosas o resistencia a facilitar bienes o servicios ofrecidos al público; condiciones más gravosas o restricciones en el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación o a servicios socioasistenciales o en cualquier otro ámbito si supone una restricción a los derechos reconocidos a los extranjeros por la ley; actos u omisiones que impidan el ejercicio de una actividad económica; discriminación indirecta en el ámbito laboral.

estabilidad sociocultural que facilita la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro, lo que permite, por otra parte, promover la cohesión económica y social, objetivo fundamental de la Comunidad, tal como se declara en el Tratado³¹.

Aún sin estar reconocido en nuestra Constitución, a la luz del Derecho internacional y de la jurisprudencia del TEDH³², la doctrina coincide en afirmar que el derecho a reunir a la familia es una de las formas en las que puede manifestarse el derecho que tiene toda persona al respeto de su vida privada y familiar (art. 18.1 CE). Por ello, y en la medida en que, a mayor abundamiento, los arts. 39.1 y 4 de la Carta Magna confían a los poderes públicos la protección social, económica y jurídica de la familia, y especialmente de los niños, sorprende que el reconocimiento de este derecho en nuestro ordenamiento haya sido tan reciente, pues fue en el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, cuando por primera vez se contempla³³.

A la evidente inconstitucionalidad del soporte normativo de rango reglamentario, que degrada la reserva de Ley ordenada en el art. 53.1 de la

Constitución en favor de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I, hay que añadir que en el Reglamento de 1996 la reagrupación familiar no aparecía como un derecho sino más bien como un tipo específico de permiso (art. 54), lo que imposibilitaba su defensa por las vías procesales que el ordenamiento reserva a los derechos fundamentales³⁴.

Con la LO 4/2000 el derecho de reagrupación familiar ha recibido un tratamiento absolutamente novedoso. Para despejar cualquier duda sobre su naturaleza, el artículo 16, donde se reconoce, lleva por epígrafe «Derecho a la intimidad familiar». Su primer párrafo reza de la siguiente manera: «Los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España.»

Que el respeto a la intimidad familiar se reserve exclusivamente a los extranjeros residentes es inimaginable en un Estado que se ha construido sobre los cimientos de la teoría política liberal, pues se trata de un derecho inherente a la persona en el que no cabe hacer distinción alguna por razón de la nacionalidad o de cualquier otra circunstancia adyacente (STC 107/1984).

31 Apartado 4 de la Exposición de Motivos.

32 Art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948; Arts. 17.1 y 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966; Art. 10. del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, de la misma fecha; Art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; Art. 16 de la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961; Arts. 9.1 y 10 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989; Art. 12 del Convenio Europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante, de 24 de noviembre de 1977; Art. 2 de la Convención internacional de la ONU sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares, de 18 de diciembre de 1990 -aún no en vigor-. En cuanto a la jurisprudencia del TEDH nos remitimos al estudio que sobre los criterios manejados por el Tribunal han realizado FREIXES, Teresa; y REMOTTI CARBONELL, José Carlos: "Los derechos de los extranjeros en la Constitución española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998, pp. 103-141.

33 La LO 7/1985 estuvo vigente hasta el 1 de febrero de 2000, fecha en la que entró en vigor la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que fue profundamente modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre. El Reglamento vigente de la Ley se aprobó por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

34 Reglamento de 1996, Art. 54.- *Permiso de residencia por reagrupación familiar*.- "1.- Los familiares de los extranjeros que residan legalmente en España, podrán residir con éstos, conforme a lo dispuesto en las normas de derecho internacional y los requisitos previstos en la Ley Orgánica 7/1985 y este Reglamento".

No creemos por ello que ésta sea la lectura que debamos hacer del art. 16.1 de la LO 4/2000. Si lo hiciéramos nos estaríamos olvidando del art. 3.1 del Código civil, que nos ordena atender al contexto en el que se ubica la norma cuando tengamos dificultad para entenderla. Y en este sentido no podemos dejar de advertir que la primera disposición del Título I de la LO 4/2000 -el art. 3- nos recuerda lo que ya nos dice la Constitución en el art. 13.1, esto es, que los extranjeros gozan en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I en los términos establecidos en los Tratados, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos; y es tanta la doctrina constitucional sobre el carácter básico y universal del derecho a la intimidad familiar que nos parece ociosa recordarla.

¿Qué hacer entonces si lo que hemos leído es contradictorio con la Constitución y la propia Ley? A poco que levantemos la vista nos daremos cuenta de que este art. 16 -donde se reconoce el derecho a la intimidad- es el primero del Capítulo II del Título I, Capítulo que lleva por epígrafe «Reagrupación familiar». Por tanto entendemos que el derecho que el legislador está reconociendo no es el derecho a vivir en familia o a la intimidad familiar, derechos de los que también son titulares los extranjeros «irregulares», sino el derecho de los extranjeros a reunir en España a los familiares que se encuentren en el extranjero, facultad que con buen criterio sólo se reconoce a los residentes.

3.2. SUJETO TITULAR DEL DERECHO Y FAMILIARES REAGRUPABLES

El sujeto titular del derecho a la reagrupación familiar según la redacción originaria de la LO 4/2000 era el familiar del residente. La LO 8/2000, con acierto, a nuestro juicio, modificó en este punto la Ley para predicarlo del extranjero residente en España. Es éste quien debe ejercerlo para reunir con él a los familiares que se encuentren fuera del territorio nacional³⁵, que de acuerdo con el art. 17.1 podrán ser los siguientes:

A) El cónyuge

Art. 17.1.a.- «El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho o que el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley...»³⁶.

Al referirse el precepto al «cónyuge del residente» hemos de entender que el matrimonio habrá de haberse celebrado antes de la solicitud del correspondiente visado para residir, que es un requisito imprescindible para la obtención del permiso de residencia. Por tanto, no se puede venir a España con un visado de estancia a efectos de la celebración del matrimonio, y pretender después, sin volver al país de origen, la concesión del permiso de residencia y la subsiguiente tarjeta de residente por reagrupación familiar³⁷.

En cuanto a si el vínculo familiar ha de ser preexistente a la llegada del reagrupante a territorio español, la ley

35 Art. 16.2 de la LO 4/2000 en su redacción originaria: "Los familiares de los extranjeros que residan en España a quienes se refiere el artículo siguiente, tiene derecho a la situación de residencia en España para reagruparse con el residente".

36 El precepto que estamos comentando es bastante más completo que el art. 54.2 del Reglamento derogado de 1996, que prácticamente en su apartado a) se limitaba a señalar que "Los familiares que podrán residir con dichos extranjeros en territorio español son los siguientes: a) El cónyuge, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, que no resida con el extranjero otro cónyuge y que el matrimonio no se haya concertado en fraude de ley". El Reglamento vigente de 2004 se pronuncia en el mismo sentido que la Ley con la única salvedad -sin trascendencia- de que habla del "cónyuge".

37 Cfr. MOYA ESCUDERO, Mercedes: "Derecho a la reagrupación familiar", en MOYA ESCUDERO, Mercedes (Coord.): *Comentario a la ley de extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)*, Comares, Granada, 2001, pp. 673-707.

no dice nada. La Directiva europea sin embargo entiende por reagrupación familiar la «entrada y residencia en un Estado miembro de los miembros de la familia de un nacional de un tercer país que resida legalmente en dicho Estado miembro con el fin de formar o mantener la unidad familiar, *con independencia de que los vínculos familiares sean anteriores o posteriores a la entrada del residente*» (art. 2, apdo. d.)³⁸.

Hemos de destacar que a este respecto las directrices de la normativa comunitaria se desmarcan de la jurisprudencia del TEDH que en el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido*³⁹ reconoció la legitimidad de las resoluciones que denegaron a los maridos de las demandantes la autorización solicitada para permanecer o reunirse con ellas. El TEDH consideró que no es igual que el reagrupante ya tuviera una familia a la que hubiera dejado tras de sí en otro país hasta el reconocimiento de su derecho a permanecer en el Estado de acogida, que cuando se contrae matrimonio una vez que el inmigrante ya está establecido en el país de acogida. Por lo que, tras constatar que los matrimonios se habían celebrado una vez que las demandantes se habían establecido legalmente en el Reino Unido, resolvió afirmando que «no puede entenderse que el art. 8 del CEDH imponga a un Estado Parte la obligación general de respetar la elección por parejas casadas del país de su residencia matrimonial y de aceptar el establecimiento en tal Estado de los cónyuges no nacionales.» (Parágrafo 68).

Para tratar de evitar los matrimonios de conveniencia, la Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997

(DOCE C-328, de 16 de diciembre de 1997), sobre medidas que deben adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos, precisa en el art. 2 determinados factores que pueden hacer presumir que el vínculo se ha realizado con esta finalidad: el no mantenimiento de la vida en común; la ausencia de una contribución adecuada a las responsabilidades derivadas del matrimonio; el hecho de que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio; el hecho de que los cónyuges se equivoquen sobre sus respectivos datos (nombre, dirección, nacionalidad, trabajo), sobre las circunstancias en que se conocieron o sobre otros datos de carácter personal relacionados con ellos; el hecho de que los cónyuges no hablen una lengua comprensible para ambos; el hecho de que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio (a excepción de las cantidades entregadas en concepto de dote, en el caso de los nacionales de terceros países en los cuales la aportación de una dote sea práctica normal); y el hecho de que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios fraudulentos anteriores o irregularidades en materia de residencia.

En otro orden de consideraciones, el legislador al referirse al «cónyuge» ha descartado que las parejas de hecho puedan beneficiarse del derecho a la reagrupación. Sin embargo la Directiva del Consejo deja en manos de los Estados miembros la posibilidad de que, por vía legislativa o reglamentaria, autoricen la entrada y residencia a «la pareja no casada nacional de un tercer país que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada, o del nacional de un tercer país que

38 El subrayado es nuestro. El art. 2.e de la propuesta originaria de Directiva [COM(1999) 638 final, de 1 de diciembre de 1999] se redactó incluso de manera más explícita: "Por lo que se refiere a los nacionales de terceros países, el concepto de reagrupación familiar comprende dos situaciones: la reagrupación familiar en sentido estricto y la formación de la familia. En el primer caso, el reagrupante tuvo que dejar a los miembros de su familia para instalarse en un Estado miembro y desea que se unan a él. En el segundo caso, el reagrupante, después de su entrada en el Estado miembro, decide fundar una familia con un nacional de un tercer país que no reside en el Estado miembro y desea que esta persona se una a él ...".

39 Sentencia de 28 de mayo de 1985, serie A., núm. 94, p. 32.

constituya con el reagrupante una pareja registrada», añadiéndose que «los Estados miembros podrán decidir que las parejas registradas reciban el mismo trato que los cónyuges respecto de la reagrupación familiar»⁴⁰.

Sabido es que, si bien el Tribunal Constitucional ha reconocido que el matrimonio y la convivencia *more uxorio* no son realidades equivalentes desde el punto de vista constitucional, también ha subrayado que no siempre toda medida que tenga por únicos destinatarios a los cónyuges es compatible con el principio de igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la Constitución garantiza en el art. 14⁴¹. Decimos esto porque a nuestro juicio la comparación del art. 17.1.a) de la LO 4/2000, que tan sólo habla del cónyuge, con el art. 10.1 de la Ley 5/1984 reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado resulta inevitable, pues cuando se trata de un refugiado sí se le permite reagrupar al cónyuge «... o a la persona con la que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia ...» (el subrayado es nuestro).

El Tribunal Constitucional, en consonancia con la jurisprudencia del TEDH, ha reconocido que no sólo el matrimonio abre las puertas para constituir una familia. «Nuestra Constitución no ha identificado la familia que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido artículo 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter "social" de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por tanto, con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura –en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales– esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ellas, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma como la que se contiene en el art. 39.1, cuyo

40 Art. 4.3. El Tribunal de Justicia de la Unión, con anterioridad ya había reconocido que un Estado miembro que permite a sus propios nacionales obtener que su pareja de hecho, nacional de otro Estado miembro, resida en su territorio, no puede rechazar estas ventajas a los trabajadores migrantes nacionales de otros Estados miembros, (Asunto 59/85 Estado neerlandés/Ann Florence Reed de 17.4.1986, Re. 1986, p. 1283). En su primera redacción –no la actual– la propuesta de Directiva permitía la posibilidad de que las parejas fueran del mismo sexo, aunque tanto en un caso como en otro, y para evitar posibles abusos, se subrayaba la necesidad demostrar la cohabitación en el caso de las parejas de hecho (art. 5.1.a). La Directiva finalmente aprobada omite cualquier referencia a las parejas homosexuales y exige de manera explícita la carga de la prueba, aunque no exige que la relación sea duradera, requisito que si se exigía inicialmente en la propuesta (véase la propuesta originaria de directiva COM(1999) 638 final, de 1 de diciembre de 1999, que fue modificada posteriormente por una segunda propuesta COM(2000) 624 final, de 10 de octubre de 2000.

41 El Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de referirse al respecto en varias ocasiones. Véase por ejemplo la Sentencia 184/1990 en la que con ocasión de una reclamación de una pensión de viudedad, se subraya que "en la Constitución española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes", por lo que "el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica" (FJ. 3). No obstante esta Sentencia también advirtió que de esta no equivalencia entre matrimonio y convivencia de hecho no se deduce necesariamente que "toda medida que tenga como únicos destinatarios a los cónyuges, con exclusión de quienes conviven establemente en unión de hecho, sea siempre y en todos los casos compatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la Constitución garantiza en su art. 14" (FJ. 2). Por eso es muy interesante la STC 222/1992, en la que tras afirmar que "del propio artículo 39.1 no cabe derivar ... una diferenciación necesaria entre familias matrimoniales y no matrimoniales ..." (FJ. 5), declara la inconstitucionalidad del art. 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (aprobado por Decreto 4.104/1964, de 24 de diciembre) "en la medida en que excluye del beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido" (fallo de la Sentencia).

alcance, por lo demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del mismo artículo» (STC 222/1992, FJ. 5)⁴².

En este sentido, si bien el TEDH ha reconocido que la existencia del vínculo matrimonial presupone la existencia de una familia (*asunto Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, Sentencia de 28 de mayo de 1985), lo importante cuando de "vida familiar" se trata, a los efectos del art. 8 del Convenio, no es la presencia formal del vínculo sino la preexistencia de una relación suficientemente estrecha y real. Así, en el *asunto Marckx contra Bélgica* (Sentencia de 13 de junio de 1979, párrafo 31, serie A., núm. 31, p. 15) el Tribunal considera que el término vida familiar engloba también aquellas relaciones que resulten de una unión no matrimonial.

Dada la dificultad para determinar cuándo realmente una unión de hecho constituye una familia, creemos no equivocarnos al afirmar que su no reconocimiento por el Derecho español obedece al temor de que por esta vía el derecho a la reagrupación familiar se convierta en un auténtico «coladero» de inmigrantes –si se nos permite la expresión–. Mucho más cuando es de reconocer que en la práctica los criterios señalados en Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 (DOCE C-328, de 16-XIII-1997) para evitar matrimonios de conveniencia no son del todo fiables⁴³. Con todo, los inconvenientes de este no reconocimiento creemos que también son evidentes. A las sospechas de inconstitucionalidad

que acabamos de apuntar podríamos sumar los problemas que se originarán en el caso de que la pareja tuviera descendencia. A la luz de la normativa vigente el progenitor que hubiera quedado en el extranjero no podría reagruparse con su pareja en España ni con su/s hijo/s, situación que conculcaría los arts. 9 y 10 del Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, donde se ordena a los Estados Partes que velen porque el niño no sea separado de sus padres.

Con el manifiesto propósito de evitar matrimonios forzados, la Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar permite que los Estados miembros puedan exigir «que el reagrupante y su cónyuge hayan alcanzado una edad mínima, sin que ésta exceda los 21 años, antes de que el cónyuge pueda reunirse con el reagrupante» (art. 4.5).

Continúa el apdo. a) del art. 17.1 de la LO 4/2000 señalando que «(...) En ningún caso podrán reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial...»⁴⁴. Con este propósito, el art. 42.2.f) del Reglamento, al referirse a los documentos que ha de aportar el reagrupante exige una declaración jurada de que no reside con él en España otro cónyuge⁴⁵. Esta regulación es respetuosa con la Directiva comunitaria que además deja en manos de los Estados miembros la decisión sobre la reagrupación de los hijos del cónyuge que hubiera quedado en el extranjero⁴⁶.

42 Véanse también las SSTC 237/1992 y 47/1993.

43 A este respecto MOYA ESCUDERO, *ob.*, cit., p. 685, apunta que una forma de probar la existencia de una efectiva unión es la existencia de hijos comunes y la constancia en un Registro del país de procedencia de dicha unión.

44 En el mismo sentido, el art. 39.1.a) del Reglamento de 2004. El art. 41.4 del derogado Reglamento de 2001 señalaba que "no se podrá conceder un permiso de residencia a un extranjero como cónyuge de un residente extranjero cuando otro cónyuge de éste ya cuente con anterioridad con un permiso de residencia". En el mismo sentido el art. 54.6 del Reglamento anterior de 1996: "No se podrá conceder un permiso de residencia a un extranjero como cónyuge de un residente extranjero cuando otro cónyuge de éste ya resida con anterioridad en España".

45 Art. 42.2.f) del Reglamento de 2004: "En los casos de reagrupación de cónyuge, declaración jurada del reagrupante de que no reside con él en España otro cónyuge".

46 Art. 4.4 de la Directiva: "En caso de matrimonio poligámico, si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la reagrupación familiar de otro cónyuge.// No

El apdo. a) del art. 17.1 de la LO 4/2000 concluye señalando que « (...). El extranjero residente que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge y sus familiares si acredita que la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes».

B) Los hijos

El art. 17.1, apdo. b) de la LO 4/2000 continúa con la relación de familiares reagrupables: «Los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o estén incapacitados, de conformidad con la Ley

española o su Ley personal y no se encuentren casados. Cuando se trate de hijos de uno sólo de los cónyuges, se requerirá además que éste ejerza en solitario la patria potestad o se la haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo. En el supuesto de hijos adoptivos deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España»⁴⁷.

La Directiva comunitaria tan sólo difiere en que, lógicamente –tras lo apuntado anteriormente–, se extiende el derecho a los hijos menores de las parejas de hecho, con la salvedad de que no se exige que la patria potestad se ejerza en solitario, ya que se señala que cuando la custodia del hijo sea compartida será precisa el consentimiento del otro progenitor⁴⁸.

obstante lo dispuesto en la letra c del apartado 1, los Estados miembros podrán limitar la reagrupación familiar de los hijos menores de otro cónyuge del reagrupante". La redacción inmediatamente anterior de este precepto (art. 5.2 de la propuesta modificada de Directiva) señalaba "en caso de matrimonio polígamo, si el reagrupante ya tuviere una esposa viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la entrada ni la residencia de otra esposa, ni de los hijos de esta última; sólo se autorizará la entrada y la residencia de los hijos de otra esposa si el interés superior del hijo así lo exige".

47 En el mismo sentido, art. 39.1.b) del Reglamento de 2004.

48 Directiva 2203/86/CE: Art. 4 "1.- Los Estados autorizarán la entrada y la residencia, de conformidad con la presente Directiva y siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el capítulo IV y en el artículo 16, de los siguientes miembros de la familia: (...) b) los hijos menores del reagrupante y de su cónyuge, incluidos los hijos adoptivos en virtud de una resolución adoptada por la autoridad competente del Estado miembro de que se trate o de una resolución ejecutiva en virtud de obligaciones internacionales de dicho Estado miembro o que debe reconocerse de conformidad con las obligaciones internacionales.// c) los hijos menores, incluidos los adoptivos, del reagrupante, cuando tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo. Los Estados miembros podrán autorizar la reagrupación de los hijos cuya custodia se comparta, siempre que el otro titular del derecho de custodia haya dado su consentimiento.// Los hijos menores citados en el presente artículo deberán tener una edad inferior a la de la mayoría legal del Estado miembro en cuestión y no estar casados (...). 3.- Los Estados miembros podrán, por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada y residencia ..., de la pareja no casada nacional de un tercer país que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada, o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada ... y de los hijos menores no casados, incluidos los adoptivos, de estas personas ...".

El TEDH en numerosas ocasiones ha subrayado la necesidad de ponderar las circunstancias que en cada caso concreto se dan cuando el derecho al respeto a la vida privada y familiar entra en colisión con algunos de los conceptos indeterminados que el art. 8.2 del CEDH utiliza como límites al mismo (seguridad nacional, seguridad pública, bienestar económico del país, defensa del orden y prevención del delito, protección de la salud o de la moral, o protección de los derechos y libertades de los demás). La STEDH de 28 de noviembre de 1996 (*caso Ahmut contra Países Bajos*) creemos que es un buen ejemplo de las dificultades que tal equilibrio de intereses supone: el Tribunal por cinco votos frente a cuatro consideró que la negativa de las autoridades neerlandesas a conceder a un menor (Souffiane) de nacionalidad marroquí un permiso de residencia que le

En cuanto a la determinación de la edad, hemos de criticar que la Directiva –al igual que la ley española– exija que los menores tengan una edad inferior a la de la mayoría legal del Estado miembro en cuestión cuando son hijos de un ciudadano de un tercer Estado⁴⁹, mientras que cuando los hijos son de un ciudadano de la Unión o de un Estado parte en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE), la reagrupación es posible hasta los 21 años⁵⁰. Es más, la Directiva incluso permite en casos excepcionales bajar la edad hasta los quince años, posibilidad que a nuestro modo de ver no se compagina bien con el carácter básico del derecho fundamental que estamos comentando, que a nuestro juicio debiera ser objeto de una regulación igual para todos⁵¹.

Por último, también creemos denunciabile por discriminatorio que la LO 4/2000 omita cualquier referencia a la posibilidad de reagrupar a hijos mayores de edad cuando sigan viviendo a expensas de sus padres, mientras que tal posibilidad sí se contempla cuando el reagrupante es ciudadano de la Unión (art. 2. del RD 178/2003)⁵². La Directiva comunitaria tampoco unifica aquí el tratamiento con respecto a los hijos de los ciudadanos de un Estado miembro pues aunque permite la reagrupación de los hijos mayores exige como requisito que ni estén casados ni puedan cubrir objetivamente sus necesidades por razones de salud, condiciones a todas luces mucho más rigurosas⁵³.

hubiera permitido vivir en los Países Bajos junto a su padre (Ahmut), que poseía la doble nacionalidad marroquí y neerlandesa, no infringía el art. 8 del Convenio. El Tribunal constató que al vivir siempre en Marruecos -primero con su madre y al morir ésta con su abuela- el menor tenía verdaderos vínculos con el entorno lingüístico y cultural de su país, donde además seguía teniendo familia. También constató que la residencia separada de padre e hijo fue el resultado de una decisión deliberadamente adoptada por el primero -Ahmut- de establecerse en los Países Bajos en lugar de permanecer en Marruecos. El Tribunal reconoce que "ciertamente puede ser que Salah Ahmut prefiriese mantener e intensificar sus vínculos familiares con Souffiane en los Países Bajos. No obstante, el art. 8 no garantiza el derecho a elegir el medio más apropiado para desarrollar una vida familiar". Por todo ello el tribunal decidió que no se había conculcado el art. 8 del Convenio (Varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos analizan diversas cuestiones relacionadas con el derecho de protección de la vida familiar, tanto en relación con el derecho de reagrupación familiar y de la unidad de la familia, como con su compatibilidad con las expulsiones decretadas por los Estados, al respecto FREIXES, Teresa; y REMOTTI CARBONELL, José Carlos: "Los derechos de los extranjeros en la Constitución española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998, pp. 103-141).

49 Véase nota anterior núm. 48.

50 Art. 2 del R.D. 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados Partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. El art. 2.b) de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros también fija la edad en los 21 años.

51 Art. 4.5 de la Directiva: "Excepcionalmente, los Estados miembros podrán exigir que las solicitudes relativas a la reagrupación de los hijos menores se presenten antes de los 15 años de edad, si así lo disponen sus legislaciones vigentes en la fecha de aplicación de la presente Directiva. Si las solicitudes se presentaren después de los 15 años de edad, los Estados miembros que decidan aplicar esta excepción autorizarán la entrada y la residencia de dichos hijos por motivos distintos a la reagrupación familiar".

52 Art. 2 del R.D. 178/2003. No obstante hemos de señalar que excepcionalmente el Tribunal Supremo ha permitido la reagrupación de hijos mayores que efectivamente dependan económicamente de sus padres (SSTS de 17 de diciembre de 1998 (RAJ 1998, núm. 10216), de 22 de octubre de 1998 (RAJ, 1998, 8845), de 5 de diciembre de 1998 (RAJ, 1998, núm. 10369), citadas por MOYA ESCUDERO, *ob.*, cit., p. 698.

53 El art. 4.2.b) de la Directiva: "los hijos mayores solteros del reagrupante o de su cónyuge, cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud". El párrafo tercero de este precepto, como sabemos, deja en manos de los Estados la posibilidad de extender este derecho a los hijos de las parejas no casadas que reúnan las condiciones que ya hemos comentado.

C) Los demás familiares y la reagrupación en cascada

El art. 17.1.c) de la Ley 4/2000 también reconoce la posibilidad de reagrupar a «los menores de dieciocho años o incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal»⁵⁴; y por último la reforma operada por la LO 8/2000 modificó la redacción del apartado d) del art. 17.1 para incluir no sólo a los ascendientes del reagrupante –como rezaba en la redacción originaria de la LO 4/2000– sino también a los de su cónyuge. En ambos casos se exige que éstos estén a su cargo y se justifique la necesidad de la residencia en España⁵⁵ (95). En el mismo sentido se expresa el apartado d) del art. 39.1 del Reglamento de 2004 que además, en el apartado e) aclara este punto cuando señala que: «Se entenderá que los familiares están a cargo del reagrupante cuando acredite que, al menos durante el último año de su residencia en España, ha transferido fondos o soportado gastos de su familiar en una proporción que permita inferir una dependencia económica efectiva. Mediante orden del Ministro de la Presidencia, a propuesta de los Ministros de Asuntos Exteriores y de Cooperación, del Interior y de Trabajo y Asuntos Sociales se determinará la cuantía o el porcentaje de ingresos considerados suficientes a estos efectos, así como el modo de acreditarlos».

Los párrafos e) y f) que originariamente aparecían en la LO 4/2000 fueron suprimidos tras la reforma de la LO 8/2000. El primero de ellos se refería a la posibilidad de reagrupar a «cualquier otro familiar

respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias». Ni en el R.D. 178/2003 ni en la Directiva encontramos una cláusula tan abierta como ésta. La justificación «por razones humanitarias» de haber permanecido posiblemente hubiera exigido una complicada tarea de concreción jurisprudencial de este concepto caso por caso.

Al hilo de esta última consideración, se recordará que antes hemos criticado que a la luz de la legislación vigente, no se pueda reagrupar a un descendiente mayor de edad o casado. En nuestra opinión el apartado e) tampoco lo hubiera permitido, ya que al referirse a "cualquier otro familiar" los sujetos referidos en los párrafos anteriores quedaban automáticamente fuera de este concepto⁵⁶. Por contra este apartado podría haber sido utilizado para reagrupar –cuando concurrieran razones humanitarias– a hermanos, tíos, sobrinos, etc, incluso parejas de hecho –recordemos de nuevo que el TC no identifica a la familia exclusivamente con la que deriva del matrimonio–⁵⁷.

El apartado f), también derogado por la LO 8/2000, se refería a la posibilidad de reagrupar a «los familiares extranjeros de los españoles, a los que no les fuera de aplicación la normativa sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea» (se está refiriendo al R.D. 178/2003). Obsérvese que el precepto no exigía más requisito que el de ser familiar, sin supeditar el derecho a ninguna

54 En el mismo sentido, art. 39.1.c) del Reglamento de 2004.

55 E art. 4.2.a) de la Directiva también deja en manos de los Estados la posibilidad de permitir la reagrupación de: "los ascendientes en línea directa y en primer grado del reagrupante o de su cónyuge, cuando estén a su cargo y carezcan de apoyo familiar adecuado en el país de origen".

56 No lo entiende así MOYA ESCUDERO, quien considera que este apartado hubiera permitido reagrupar a los hijos mayores de edad, *ob. cit.*, p. 695.

57 El Tribunal Supremo, excepcionalmente, amparándose en la necesidad de mantener el principio de unidad y estabilidad familiar, ha permitido la reagrupación de hermanos (STS de 28 de diciembre de 1998, RAJ 1998, núm. 375), citadas por MOYA ESCUDERO, *ob. cit.*, p. 698.

otra condición. Por lo que cualquier familiar distinto a los relacionados en el art. 2 del R.D. 178/2003 (tíos, sobrinos, hermanos, primos, etc) podían ser reagrupados invocando este apartado. Como con atino señala Moya Escudero, esta cláusula hubiera permitido a un nacional chino que adquiriera la nacionalidad española traer a España a toda su familia.

Por último, por lo que se refiere a la denominada «reagrupación en cascada», esto es al derecho de reagrupación ejercido por parte de quienes hubiesen sido objeto de una anterior reagrupación, la LO 14/2003 ha introducido un requisito más para poder ejercerla: originariamente la LO 4/2000 reformada por la LO 8/2000 no establecía nada sino que contemplaba esa posibilidad pero remitiendo su regulación a lo que se dispusiera por vía reglamentaria⁵⁸. A estos efectos, el derogado Reglamento de 2001 exigía que el familiar reagrupado hubiera obtenido un permiso de residencia independientemente del permiso del reagrupante (art. 41.5)⁵⁹. La LO 14/2003, que modifica la LO 4/2000, ha establecido un requisito más, pues además de la residencia independiente exige el permiso de trabajo y que se acrediten todos los requisitos exigidos de ordinario para ejercitar este derecho: «Los extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares siempre que cuenten ya con una autorización de residencia y trabajo obtenidas

independientemente de la autorización del reagrupante y acrediten reunir los requisitos previstos en esta ley orgánica» (art. 17.2 de la Ley)⁶⁰.

Ahora bien, cuando quien ejerza el derecho sea un ascendiente reagrupado (recordemos que los ascendientes sólo pueden ser reagrupados cuando estén a cargo del reagrupante y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España), «éstos sólo podrán ejercer, a su vez, el derecho de reagrupación familiar tras haber obtenido la condición de residentes *permanentes* y acreditando solvencia económica». «Excepcionalmente –continúa el art. 17.3 en su segundo párrafo– el ascendiente reagrupado que tenga a su cargo un hijo menor de edad o incapacitado, podrá ejercer el derecho de reagrupación en los términos dispuestos en el apartado segundo de este artículo»⁶¹.

4 ■ INTEGRACIÓN A TRAVÉS DE DERECHOS

En este apartado no examinaremos todos los derechos comprendidos en el Título I de la LO 4/2000 sino que brevemente nos limitaremos a valorar las dudas de constitucionalidad que han recaído sobre el reconocimiento de algunos y a subrayar la importancia de otros para la mejor incorporación de los extranjeros en la sociedad española.

58 Con anterioridad a la reforma operada por la LO 14/2003, la Ley se limitaba a señalar que reglamentariamente se determinarían las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación por parte de quienes ya hubiesen adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación (art. 17.2 de la Ley 4/2000 redactado por la LO 8/2000).

59 Art. 41.5 del derogado Reglamento de 2001: "Los extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de reagrupación podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares, siempre que cuenten ya con un permiso de residencia obtenido independientemente del permiso del reagrupante y acrediten reunir los requisitos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000 y en este Reglamento para proceder a dicha reagrupación."

60 En el mismo sentido el art. 40.1 del actual reglamento de 2004: "Los extranjeros que hubieran adquirido la residencia temporal en virtud de una previa reagrupación familiar podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación respecto de sus propios familiares, siempre que cuenten con una autorización de residencia y trabajo obtenidas independientemente de la autorización del reagrupante y reúnan los requisitos establecidos para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar".

61 El Reglamento no señala nada nuevo en los párrafos 2 y 3 del art. 40: "2.- En el supuesto de los ascendientes, estos sólo podrán ejercitar, a su vez, el derecho de reagrupación familiar tras haber obtenido la condición de residente permanente de manera independiente respecto del reagrupante y acrediten solvencia económica para atender las necesidades de los miembros de su familia que pretendan reagrupar. 3.- Excepcionalmente, el ascendiente reagrupado que tenga a su cargo un hijo menor de edad o incapacitado, podrá ejercer el derecho de reagrupación en los términos dispuestos en el apartado 1".

4.1. LIBERTADES DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN

Según la Ley de Extranjería de 1985, para ejercer los derechos de reunión y manifestación los extranjeros debían hallarse legalmente en España y para ser sus promotores debían tener la condición legal de residente y solicitar del órgano competente la preceptiva autorización⁶². La LO 4/2000, en su redacción originaria, extendió estos derechos a todos los extranjeros, exigiendo tan sólo a los promotores que dieran comunicación de la celebración de la misma a la autoridad competente con la antelación que ordena el art. 8 de la LO 9/1983 reguladora del derecho de reunión⁶³. La reforma operada por LO 8/2000 ha vuelto atrás y de nuevo exige que el extranjero se encuentre regularmente en España. El precepto vigente reza así:

Art. 7: «1.- Los extranjeros tendrán el derecho de reunión, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España.» (El párrafo segundo, transcrito en la nota número 63, no fue modificado).

En nuestra opinión no es constitucional reconocer este derecho tan sólo a quienes disfruten del permiso de estancia o residencia. Razones en las que apoyar este juicio de invalidez creemos que no faltan:

Es cierto, en primer lugar, que la Constitución no define este derecho en el art. 21, pero sí lo hace su Ley Orgánica, cuyo artículo 4 tan sólo exige el pleno ejercicio de los derechos civiles a quienes pretendan promover o convocar este derecho, lo que nos induce a pensar que el mero ejercicio del mismo no puede someterse a condición alguna⁶⁴.

Por otra parte, el art 20 de la DUDH, el art 21 del PIDCP, y el art. 11 del CEDH subrayan que estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquéllas que previstas por la Ley constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden, la prevención del delito, y la protección de derechos y libertades ajenas⁶⁵. Por tanto, no puede limitarse el ejercicio de este derecho en función de una situación administrativa.

62 Art. 7 de la LO 7/1985: "Los extranjeros podrán ejercitar el derecho de reunión, de conformidad con lo dispuesto en las normas que lo regulan, siempre que se hallen legalmente en territorio español. Para poder promover la celebración de reuniones públicas en local cerrado o en lugares de tránsito público, así como manifestaciones, los extranjeros deberán tener la condición legal de residente y solicitar del órgano competente su autorización, el cual podrá prohibirlas si resultaran lesivas para la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los españoles".

63 Art. 7 de la LO 4/2000 en su redacción primera: "1.- Los extranjeros que se encuentran en España podrán ejercitar, sin necesidad de autorización administrativa previa y de conformidad con lo dispuesto en las normas que lo regulan, el derecho de reunión recogido en el artículo 21 de la Constitución. 2.- Los promotores de reuniones o manifestaciones en lugares de tránsito público darán comunicación previa a la autoridad competente con la antelación prevista en la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Reunión, la cual no podrá prohibirla o proponer su modificación sino por las causas previstas en dicha Ley.". El art. 8 de la LO 9/1983 reguladora de este derecho señala que tal comunicación se hará con una antelación de diez días naturales como mínimo y 30 como máximo (primer párrafo), o de veinticuatro horas si existen causas extraordinarias y graves que justifiquen la urgencia de la convocatoria (segundo párrafo).

64 Art. 4.1: "Las reuniones sometidas a la presente Ley sólo podrán ser promovidas y convocadas por personas que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles."

65 Art. 20.1 de la DUDH: "Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas."; Art. 21 del PIDCP de 1966: "Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá 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."; Art. 11 del CEDH: "1.- Toda persona tiene el derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar sindicatos y afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. 2.- El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquéllas que previstas por la Ley constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden, la prevención del delito, y la protección de derechos y libertades ajenas."

En concordancia con esta legislación internacional, el TC en varias ocasiones ha aludido al carácter básico de estos derechos. Concretamente la STC 85/1988 los concibe como manifestación colectiva de la libertad de expresión que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por tanto, un cauce del principio democrático participativo⁶⁶; y la STC 115/1987 señaló que al no existir en el art. 21 de la Constitución⁶⁷ «ninguna referencia a la nacionalidad», el ejercicio de este derecho por parte de los extranjeros no podía ser tamizado de ninguna manera por el legislador⁶⁸.

Para promover la reunión o manifestación la Ley de 1985 exigía, además de la condición legal de residente, la necesidad de solicitar la autorización oportuna del órgano competente, condición que, como es sabido, fue declarada inconstitucional en la STC 115/1987 por ser contraria al art. 21.2 de la Constitución, que tan sólo requiere comunicación previa –y no autorización– en los casos en que la reunión o manifestación se celebre en lugares de tránsito público. El Alto Tribunal consideró que la exigencia de autorización previa al órgano competente desnaturalizaba el derecho de reunión⁶⁹.

De conformidad con esta doctrina, el Real Decreto 155/1996 –ya derogado– por el que se aprobó el

66 STC 85/1988, FJ. 2: «... el derecho de reunión 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 su ejercicio, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por tanto, un cauce del principio democrático participativo ...».

67 Art. 21 CE: «1.- Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa. 2.- En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para las personas o bienes». Recordemos también que el art. 3.1 de la LO 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión subraya que «ninguna reunión estará sometida al régimen de previa autorización».

68 El 3 de octubre de 1985 el Defensor del Pueblo interpuso un recurso de inconstitucionalidad (núm. 880/1985) contra los arts. 7, 8, 26, y 34 de la Ley, referidos respectivamente al derecho de reunión, asociación, el internamiento, la expulsión y la prohibición de suspender las órdenes de expulsión por la interposición de recursos administrativos. La Sentencia se dictó el 7 de julio de 1987 (STC 115/1987 (BOE núm. 18, suplemento de 29 de julio de 1987, pág. 15 y ss) y declaró inconstitucional parte del artículo 7, el art. 8.2 y el inciso segundo del art. 34 de la Ley: el ejercicio del derecho de reunión sin autorización constituye una facultad necesaria para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito, de tal forma que si se somete a autorización administrativa su ejercicio el pretendido derecho muda su naturaleza y no puede ser reconocido como tal. El FJ. 2 señala: "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 del 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 expresamente se reserva a los ciudadanos".

69 STC 115/1987: "La necesidad de una autorización administrativa previa, referida al ejercicio del derecho de reunión, no es un requisito puramente rituario o procedimental, sobre todo porque nuestra Constitución ha optado por un sistema de reconocimiento pleno del derecho de reunión, sin necesidad de autorización previa (art. 21.1). Esta libertad de reunión sin autorización se constituye así en una facultad necesaria "para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito" (STC 11/1981, de 8 de abril de 1981); al imponerse la necesidad de autorización administrativa se están desnaturalizando el derecho de reunión, consagrado en la Constitución, "sin supeditarlo a la valoración discrecional y al acto habilitante de poder implícito de la Administración" (STC 32/1982, de 16 de junio). Cuando ese acto habilitante es preciso en todo caso, se condicionan hasta tal punto las facultades que lo integran, que el pretendido derecho muda de naturaleza y no puede ser reconocido como tal (...). (L)a tutela de otros bienes constitucionales no puede justificar la introducción, como paso previo al ejercicio del derecho de reunión, de una autorización preceptiva previa" (FJ. 2).

Reglamento de ejecución de la Ley de 1985, subrayó la no necesidad de esta autorización administrativa para ejercitar estos derechos⁷⁰. En esta línea, el art. 7.2 de la Ley 4/2000 –que no fue modificado por la LO 8/2000– no introduce al respecto novedad alguna entre españoles y extranjeros⁷¹.

Por último queremos señalar que en 1985, cuando se aprobó la ley de extranjería, se ampliaron los motivos por los que podía ser prohibida o modificada una reunión o manifestación, pues mientras que la Ley Orgánica 9/1983 indica en su art. 10 que tal medida sólo puede adoptarse «si la autoridad gubernativa considerase que existen razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas y bienes», en la Ley de extranjería se apuntaba que los extranjeros podían ver prohibidas sus reuniones o manifestaciones si éstas «resultaran lesivas para la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los españoles». Aunque el motivo era más amplio, esta fórmula no dio lugar a especiales problemas. No obstante, como

decimos, la nueva Ley se remite a lo dispuesto en la Ley orgánica reguladora del derecho de reunión, por lo que a este respecto no se producirá tampoco diferenciación alguna entre españoles y extranjeros.

4.2. LIBERTAD DE ASOCIACIÓN

De acuerdo con el artículo 8 de la LO 4/2000 los extranjeros con permiso de estancia o residencia tienen la libertad de asociación reconocida en las mismas condiciones que los españoles⁷². La redacción actual del precepto es producto de la reforma operada por la LO 8/2000, ya que en su redacción originaria la ley extendía este derecho a todos los extranjeros, sin distinguir por razón de la regularidad o no de su situación administrativa en España⁷³. La redacción vigente de la ley coincide en este aspecto con la que tuvo la Ley de Extranjería de 1985 donde también se establecía como condición que el extranjero se encontrara legalmente en España.

70 Art. 4 del Reglamento de 1996: "1.- Los extranjeros podrán ejercitar, sin necesidad de autorización administrativa previa, el derecho de reunión recogido en el artículo 21 de la Constitución, derecho que podrá limitarse en los términos establecidos en el art. 7 de la Ley Orgánica 7/1985."

71 Véase nota núm. 63.

72 Art. 8 de la Ley: "Todos los extranjeros tendrán el derecho de asociación, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuanto obtengan autorización de estancia o residencia en España".

73 Art. 8 de la LO 4/2000 antes de la reforma: "Todos los extranjeros que se encuentren en España podrán ejercer el derecho de asociación conforme a las leyes que lo regulen para los españoles. Sólo podrán ser promotores los residentes." Esta exigencia de que el promotor de la asociación sea residente –que desaparece en la redacción vigente de la ley– se justificó por el Grupo parlamentario Popular por la mayor facilidad que estas personas tendrían para contratar la vivienda o los servicios telefónico o eléctrico (DSCD núm. 795 de 10 de noviembre de 1999).

74 Art. 10 de la Ley de 1985: «Se reconoce a los trabajadores extranjeros que se hallen legalmente en España el derecho de afiliarse libremente al sindicato u organización profesional españoles de su elección y el derecho de huelga, que ejercerán, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, de acuerdo con lo dispuesto en las respectivas leyes reguladoras.» (El precepto se refiere a la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical y al Real Decreto-ley 17/1977 por lo que respecta a la huelga).

Por las razones que hemos apuntado respecto de las libertades de reunión y manifestación consideramos que, sin condición alguna, la libertad de asociación debiera extenderse a todas las personas. ¿Qué sentido puede tener el no reconocimiento del derecho a los extranjeros irregulares cuando, por ejemplo, se les reconoce el derecho a la educación, ámbito donde podrán formar parte de asociaciones de padres de alumnos? Los derechos fundamentales sólo pueden ser limitados cuando sea estrictamente necesario. Así lo recuerda el TEDH precisamente respecto del derecho que nos ocupa en el Fundamento de Derecho núm. 44 de la Sentencia 64/1999, de 8 de diciembre:

«El Tribunal recuerda que, teniendo en cuenta el papel esencial de los partidos políticos para el buen funcionamiento de la democracia, las excepciones contempladas en el artículo 11 [del CEDH] requieren una interpretación estricta, ya que sólo razones convincentes e imperativas pueden justificar restricciones a su libertad de asociación. Para juzgar en tal caso la existencia de una necesidad en el sentido del artículo 11.2, los Estados contratantes disponen de un margen de apreciación muy reducido, al que sea añada un control europeo riguroso que afecta a la vez a la ley y a las sentencias que la aplican, incluidas las de un Tribunal independiente.»

4.3. LIBERTADES DE SINDICACIÓN Y HUELGA

Para ejercer las libertades de sindicación y huelga, la Ley de extranjería de 1985 establecía como condición imprescindible que el extranjero se encontrara

legalmente en España⁷⁴. El Reglamento de ejecución de 1996 no exigió de forma explícita este requisito pero al hablar de "trabajadores" se entendió que el sujeto de estos derechos eran exclusivamente aquellas personas que se habían incorporado al mercado laboral de manera regular, esto es, con la preceptiva autorización que se exigía como condición previa para la regularidad de la situación del extranjero en nuestro país⁷⁵.

La Ley Orgánica 4/2000 en su redacción originaria prescindió de este requisito, extendiendo estos derechos a todas las personas con independencia de la regularidad o no de su estancia o residencia⁷⁶, pero la reforma operada por la LO 8/2000 en este punto ha vuelto a dejar las cosas como antes estaban, esto es, los derechos de sindicación y huelga sólo se reconocen a los extranjeros que se hallen legalmente en España:

Art. 11: «1.- Los extranjeros tendrán derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España. 2.- De igual modo, cuando estén autorizados a trabajar, podrán ejercer el derecho de huelga.»

Con respecto a la Ley de 1985 merece ser destacado que la nueva legislación permite a los extranjeros que se hallen legalmente en territorio español constituir sindicatos o asociaciones profesionales para la defensa de sus intereses específicos, sin exigir que estas organizaciones sean necesariamente fundadas por españoles, requisito que en opinión de la doctrina mayoritaria era contrario a la Constitución.

75 Art. 6 del Reglamento de 1996: «Los trabajadores extranjeros tienen el derecho de afiliarse libremente al sindicato u organización profesional españoles de su elección, así como el ejercicio del derecho de huelga, en las mismas condiciones de los trabajadores españoles, de conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Constitución.»

76 Art. 11 de la LO 4/2000 antes de la reforma: «1.- Los trabajadores extranjeros que se hallen en España tendrán el derecho a sindicarse libremente, o afiliarse a una organización profesional en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, de acuerdo con las leyes que lo regulen. 2.- De igual modo, se reconoce a los trabajadores extranjeros el derecho a la huelga.»

Razones para apoyar este juicio de inconstitucionalidad no faltan: el art. 28.1 de la Constitución reconoce el derecho a la libertad sindical como uno de los principios jurídicos fundamentales del sistema de relaciones laborales, comprendiendo por tal el derecho de «todos a sindicarse libremente», y subrayando que «la libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos»; en base a este principio, la Ley orgánica sobre Libertad sindical no restringe el ejercicio del derecho por razón de la nacionalidad del trabajador⁷⁷; y tampoco encontramos límite alguno a este respecto en los Instrumentos internacionales suscritos por España⁷⁸. Por todo ello hay que entender que el derecho a fundar un sindicato forma parte del derecho genérico a la libertad sindical. De igual modo entendemos que se conculcaría el derecho de afiliación en su vertiente positiva si una de estas organizaciones constituidas por extranjeros no permitiera la adhesión de un español precisamente por su condición de nacional.

Queremos apuntar, por último, que en la medida en que la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS) no impide que un afiliado de

nacionalidad extranjera pueda formar parte de los órganos de representación del sindicato, no debiera existir inconveniente para que en calidad de representante de su organización pudiera participar como interlocutor en todas las relaciones en las que el sindicato participase ante las Administraciones Públicas u otras entidades y organismos de carácter estatal o de la Comunidad Autónoma. Sin embargo hay que tener presente que por esta vía el trabajador podría acceder a determinados cargos públicos, lo que no está permitido por el art. 13.2 de la Constitución.

Por lo que a la huelga se refiere, la ley se limita a reconocer el ejercicio de este derecho a los extranjeros autorizados a trabajar (advértase que no siempre es preciso el permiso de trabajo, como sucede, por ejemplo, con los extranjeros con permiso de residencia permanente).

Nuestro argumento para defender la inconstitucionalidad de la negación del ejercicio del derecho a la huelga a los inmigrantes en situación administrativa irregular no puede ser distinto al ya argüido con ocasión de los derechos analizados hasta el

77 Art. 2.1 de la LOLS: "La libertad sindical comprende: a) El derecho a fundar sindicatos sin autorización previa ...".

78 Art. 23.4 de la DUDH: "Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses."; Art. 22 del PIDCP: "Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. 2.- El ejercicio de este derecho sólo podrá 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 ..."; Art. 8.1.a) del PIDESC: "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos ..."; Art. 11.1 del CEDH: "Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otros sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses."; Art. 5 de la Carta Social Europea: "Para garantizar o promover la libertad de los trabajadores y empleadores de constituir Organizaciones locales, nacionales o internacionales para la protección de sus intereses económicos y sociales y de adherirse a esas Organizaciones, las Partes Contratantes se comprometen a que la legislación nacional no menoscabe esa libertad, ni se aplique de manera que pueda menoscabarla ..."; Art. 2 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) núm. 87 sobre Libertad Sindical y Protección al Derecho de Sindicación, de 9 de julio de 1948 (ratificado por España el 20 de abril de 1977): "Los trabajadores y los empleados, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas". El Convenio núm. 98 de la OIT, sobre aplicación de los principios de derecho de sindicación y negociación colectiva también se mueve en un plano de generalidad subjetiva.

momento. La Constitución reconoce en el art. 28.2 «el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses», y en nuestra opinión el concepto de trabajador no puede ser delimitado por el legislador en sentido restrictivo para negar la titularidad de este derecho a quienes no hayan recibido de la Administración la autorización para permanecer y trabajar en España.

A este respecto hemos de recordar que, por ejemplo, el hecho de que la contratación de trabajadores sin permiso de trabajo sea nula (arts. 6.3 y 1275 del Código Civil) no excluye el derecho del trabajador a percibir la remuneración correspondiente al trabajo prestado (art. 1306 del Código Civil) ni excluye tampoco la obligación del empresario de cotizar a la Seguridad Social por el tiempo que haya durado la prestación laboral (art. 70 de la Ley General de la Seguridad Social), tal y como ha reconocido la STS de 2 de diciembre del 1998 (Ar. 10268)⁷⁹. Todo lo cual debe conducir a considerar que entre trabajador y empresario existe una relación laboral aunque ésta se encuentre viciada de nulidad por falta de permiso de trabajo. Y no sería razonable desproteger aún más a este trabajador sólo porque su situación sea irregular.

En definitiva, creemos que negar estos derechos a la parte más débil de la relación laboral supone dejarla indefensa ante posibles abusos. Los derechos laborales son un instrumento de presión al servicio del trabajador, no un mecanismo para repeler a los trabajadores extranjeros que no tengan su situación administrativa regularizada. Por ello deberían implemen-

tarse los instrumentos adecuados para disuadir y en su caso reprimir la contratación de mano de obra barata, pues la consigna “sin documentación no hay trabajo” no ha funcionado hasta la fecha. De cualquier forma la inspección laboral como único instrumento nunca será suficiente para que estos trabajadores rehuyan la aventura en la que muchas veces ponen su vida en juego.

4.4. EDUCACIÓN

La Constitución española establece en el artículo 39, como uno de los principios rectores de la política social y económica, la protección a la familia y a la infancia, obligando a los poderes públicos a asegurar la protección integral de los hijos y afirmando que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». Y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) comienza reconociendo en su Exposición de Motivos la fuerza vinculante de los derechos contenidos en los Tratados Internacionales en los que España sea parte, que habrán de ser utilizados como mecanismos de interpretación de las distintas normas de aplicación a las personas menores de edad.

El Derecho internacional de los derechos humanos obliga a la escolarización básica de todos los menores⁸⁰. Así lo hace también nuestra Constitución en el art. 27.1: «Todos tienen derecho a la educación».

79 Código Civil, Art. 6.3: «Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención»; Art. 1275: «Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.» Véase al respecto el Dictamen elaborado por el Colegio de Abogados de Barcelona.

80 Así, en el art. 26.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: «Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental ...»; en el art. 13 de Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales y Culturales: «1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación ...»; art. 28 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño; art. 2 del Protocolo Adicional Primero de la Convención Europea de salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales.

En relación con los extranjeros, la Ley Orgánica 4/2000 reconoce el derecho a una enseñanza básica y obligatoria a *todos* los menores de dieciocho años –sin limitación alguna por la calificación de su residencia– en las mismas condiciones que los españoles. Este derecho comprende: el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria; la obtención de la titulación académica correspondiente; y el acceso al sistema público de becas y ayudas⁸¹.

Con respecto a la Ley de Extranjería de 1985, el avance de la LO 4/2000 ha sido considerable ya que en aquella (y también en el art. 1.3 de la Ley Orgánica 8/1985, reguladora del Derecho a la Educación -LODE-) tan sólo se reconocía el derecho a la educación a quienes se encontraran legalmente en territorio español, atendiendo además al principio de reciprocidad, lo que a nuestro juicio contravenía con claridad lo dispuesto en los textos internacionales ratificados por nuestro país, que conciben la educación básica como un derecho predicable de todas las personas. La LOPJM eliminó este requisito reconociendo el derecho a todos «los menores extranjeros que se encuentren en España» (art. 10.3).

La Ley Orgánica 1/1990, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE) ha extendido la obligatoriedad de la enseñanza hasta los 16 años, dividiéndola en educación primaria y secundaria. Por lo que se refiere a la enseñanza voluntaria (antes y después de los 16 años), esto es la educación infantil, la

formación profesional de grado superior y la educación universitaria –pero no las enseñanzas artísticas y los idiomas, que no son superiores sino de régimen especial, conforme al artículo 3.2 y 3.3 de la LOGSE– se reconoce en los mismos términos pero tan sólo a los extranjeros residentes, no a quienes hayan entrado o se encuentren en nuestro territorio de manera irregular. Aquí, por tanto, sí se ha producido una restricción respecto a lo que disponía el precepto de la LO 4/2000 en su redacción originaria, que extendía este derecho a todos los extranjeros con independencia de la regularidad de su situación en España⁸². Tras la reforma la Ley queda como sigue:

Art. 9.2: «En el caso de la educación infantil, que tiene carácter voluntario, las Administraciones públicas garantizarán la existencia de un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite».

Art. 9.3: «Los extranjeros residentes tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. En concreto, tendrán derecho a acceder a los niveles de educación y enseñanza no previstos en el apartado anterior y a la obtención de las titulaciones que correspondan a cada caso, y al acceso al sistema público de becas y ayudas.»

Como ha subrayado Eliseo AJA⁸³, la consecución de una adecuada prestación del derecho a la educación

81 Art. 9.1 de la LO 4/2000: «Todos los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas».

82 Art. 9.2 de la LO 4/2000 en su redacción originaria: «Los extranjeros tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. En concreto, tendrán derecho a acceder a los niveles de educación infantil y superiores a la enseñanza básica y a la obtención de las titulaciones que correspondan a cada caso, y al acceso al sistema público de becas y ayudas.»

83 AJA, Eliseo (Coord.): *La nueva regulación de la inmigración en España*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 62. Un estudio interesante sobre las particularidades del proceso migratorio del menor, sus derechos en España y particularmente el problema de la educación puede verse en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. Paz: «Algunas consideraciones sobre la situación jurídica de los menores inmigrantes en España», *Actualidad Civil*, núm. 18, octubre de 2005, pp. 2181 a 2202. También el realizado por SOTO GARCÍA, Mercedes: «Las políticas educativas y el derecho a la educación de los inmigrantes», en la obra coordinada por PORRAS NADALES, A.: *El sistema competencial de la Junta de Andalucía y su desarrollo efectivo*, Parlamento de Andalucía, pp. 339 a 352.

a los extranjeros pasa por que se articulen políticas públicas que lo hagan posible. Y en este sentido no pueden obviarse ni la importancia de la educación como medio destacado en la supresión de la discriminación ni los problemas que presenta la integración de inmigrantes menores de edad a mitad de curso, el desconocimiento de la lengua o en definitiva la integración de los alumnos y sus familias en una nueva sociedad con costumbre o religiones diferentes. En este sentido, el art. 15 de las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, de 14 de diciembre de 1990⁸⁴, el Apartado B.iv de la Recomendación del Consejo de Europa relativa a la acogida y a la educación del niño desde su nacimiento hasta los ocho años, de 23 de enero de 1981⁸⁵, o el art. 7.x) de la Recomendación del Consejo de Europa 1286 (1996), relativa a una estrategia europea para los niños, de 24 de enero⁸⁶, han apuntado la necesidad atender a las circunstancias especiales que presenta la integración social de los niños de familias afectadas por el problema –entre otros– de la emigración.

A este respecto, la LOGSE incorporó una serie de disposiciones interesantes: el Preámbulo subraya la importancia de la educación como instrumento para eliminar la discriminación, pues permite «avanzar en la lucha contra la discriminación y la desigualdad, sean éstas por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión, tengan un origen familiar o social, se arrastren tradicionalmente o aparezcan continuamente con al dinámica de la sociedad»; el apartado 3.c) del artículo 2 considera, entre los principios en los que se

desarrollará la actividad educativa, «la efectiva igualdad de derechos entre los sexos, el rechazo a todo tipo de discriminación y el respeto a todas las culturas»; y el Título V, que lleva por rúbrica «De la compensación de las desigualdades en la educación», establece medias precisas acerca de la educación compensatoria, entre ellas el artículo 64 ordena a las Administraciones educativas que garanticen, cuando sea necesario, «... las condiciones más favorables para la escolarización, durante la educación infantil, de todos los niños cuyas condiciones personales, por la procedencia de un modelo familiar de bajo nivel de renta, por su origen geográfico o por cualquier otra circunstancia, supongan una desigualdad inicial para acceder a la educación obligatoria y para progresar en los niveles posteriores».

A propósito la reforma operada por la LO 8/2000 ha introducido en el art. 9 un nuevo apartado que ordena a los poderes públicos promover las actuaciones necesarias para que los extranjeros residentes puedan recibir una enseñanza para su mejor integración social, con reconocimiento y respeto a su identidad cultural, declaración que en nuestra opinión debiera haberse extendido a todos los extranjeros al menos en los términos reconocidos en los apartados anteriores⁸⁷. En la misma línea, el art. 9 de la Ley andaluza de menores (Ley 1/1998) subraya la necesidad de que la Administración autonómica establezca las medidas necesarias que coadyuven a la integración de todos los menores y en especial de aquellos que, como los extranjeros, se encuentren en desventaja⁸⁸.

84 Art. 15: «Deberá prestarse especial atención a los niños de familias afectadas por problemas creados por cambios económicos, sociales y culturales rápidos y desiguales, en especial a los niños de familias indígenas o de inmigrantes y refugiados. Como tales cambios pueden perturbar la capacidad social de la familia para asegurar la educación y crianza tradicionales de los hijos, a menudo como resultado de conflictos culturales o relacionados con el papel del padre o de la madre, será necesario elaborar modalidades innovadoras y socialmente constructivas para la socialización de los niños.»

85 B.iv.- «Los niños de minorías culturales, autóctonas o inmigrantes, deberán recibir una educación que les permita, como base de un enriquecimiento recíproco, integrarse en las colectividades regionales o nacional.»

86 7. x): «conceder una atención muy especial a la situación y a las necesidades específicas de los niños inmigrantes o refugiados, así como a los niños marginados o pertenecientes a grupos minoritarios.»

87 87 Art. 9.4: «Los poderes públicos promoverán que los extranjeros residentes que lo necesiten puedan recibir una enseñanza para su mejor integración social, con reconocimiento y respeto a su identidad cultural.»

88 Artículo 9.- *Integración*: "1.- Las Administraciones Públicas andaluzas establecerán las medidas necesarias para facilitar la completa realización personal y la integración social y educativa de todos los menores y en especial de aquellos que por sus

Por último, el apartado 5 del art. 9 de la Ley señala que «los extranjeros residentes podrán acceder al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes. Asimismo podrán crear y dirigir centros de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes.»

4.5. LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

El Capítulo III del Título I de la LO 4/2000, que lleva por título «Garantías Jurídicas», se cierra con el art. 22, que reconoce los derechos a la asistencia jurídica gratuita y a la asistencia de intérprete. Este precepto tiene dos párrafos: el primero se refiere a los procesos administrativos o judiciales que puedan tener por objeto la denegación de la entrada o la devolución o expulsión del extranjero del territorio español y a todos los procedimientos en materia de asilo; y el segundo se refiere a cualquier proceso en los que el extranjero pueda ser parte, con independencia de la jurisdicción. Aunque en éste último párrafo el legislador no se refiera a la asistencia de intérprete, tal omisión no significa que este servicio tan sólo se proporcione en los procesos a los que se refiere el primero. El TC ha recordado en varias

ocasiones que la obligación de asistir gratuitamente de intérprete deriva tanto del art. 24.1 CE, que garantiza una tutela judicial efectiva, como del art. 24.2 CE que reconoce el derecho a la asistencia letrada, aún cuando la norma constitucional no lo invoque por su nombre. En consecuencia, el derecho a ser asistido de intérprete podrá ser invocado tanto en la relación del recurrente o procesado con el órgano juzgador como en sus comunicaciones con el letrado que le represente (SSTC 5/1984, 74/1987, 71/1988, 30/1989, 188/1991, 181/1994, 95/2003) cualquiera que sea el proceso en el que se vea incurso. De lo que se trata es de que el procesado o recurrente pueda defenderse de manera adecuada, exigencia reconocida en varios Tratados internacionales suscritos por España⁸⁹.

Por lo que a la asistencia jurídica gratuita se refiere, acabamos de señalar que este derecho se reconoce en el primer párrafo exclusivamente a «los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la ley de asistencia jurídica gratuita»⁹⁰. Antes de la reforma operada por la LO 8/2000, el art. 20.1 –el entonces referido a este derecho– no especificaba si para invocarlo el extranjero debía hallarse en España. El rechazo de una enmienda del Grupo Parlamentario Popular que pretendió limitar este

especiales circunstancias físicas, psíquicas o sociales puedan ser susceptibles de un trato discriminatorio.//En concreto, las Administraciones Públicas andaluzas velarán por el derecho de los menores con minusvalías a que se les facilite el mayor grado de integración en la sociedad que permitan sus condiciones.// 2.- Los menores extranjeros que residan en el territorio de la Comunidad Autónoma Andaluza podrán recibir ayudas públicas que faciliten su integración social, especialmente para salvar las dificultades de idioma y el conocimiento de los usos sociales.».

89 STC 71/1988, FJ. 3: "Tanto el art. 6.3 c) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales como el art. 14.3 f), del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, establecen el derecho a toda persona a ser asistida gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia [art. 6.3] o en el Tribunal [art. 14.3 f)]. La Comisión Europea ha indicado (informe de 18 de mayo de 1977, serie B, Vol. XXVII) que la finalidad de este derecho es evitar la situación de desventaja en que se encuentra un acusado que no comprende la lengua y porque es un complemento de la garantía de un proceso justo y de una audiencia pública, así como de "una buena administración de justicia". Doctrina que se repite en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 28 de noviembre de 1978 (caso Luedicke, Belkacen y Koc) (...). En este sentido hay que aludir al derecho del detenido a ser informado de la acusación en una lengua que comprenda [art. 6.3 a) del Convenio; 14.3 a) del Pacto], al disponer de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa [6.3 b) del Convenio; 14.3 b) del Pacto], y al de ser asistido por un defensor elegido o, en su defecto, por uno designado de oficio [6.3 c) y 14.3 d) respectivamente]. El TEDH, en su Sentencia de 13 de mayo de 1980 (caso Artico) indica que este precepto "consagra el derecho de defenderse de manera adecuada (...) derecho reforzado por la obligación por el Estado de proporcionar en ciertos casos una asistencia jurídica gratuita".

90 Art. 22.1 LO 4/2000: "Los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita tienen derecho a ésta en los procedimientos

derecho a los extranjeros que ya se hallaren en territorio nacional despejó la duda, poniendo de manifiesto que el derecho podía ejercerse también desde afuera, por lo que un extranjero, por ejemplo, podía invocar este derecho cuando en su país de origen la Misión Diplomática u Oficina Consular le denegara una solicitud de visado.

Pese a la obviedad apuntaremos que el no reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita a los que no se encuentren en territorio español no impide que el extranjero pueda recurrir cualquier acto o resolución administrativa o judicial que le sea desfavorable. Así lo reconoce el art. 65 de la LO 4/2000, que tras señalar que las resoluciones administrativas sancionadoras son recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes, y que el régimen de ejecutividad de las mismas será el previsto con carácter general, añade que cuando el extranjero no se encuentre en España podrá cursar los recursos procedentes, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, a través de las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes, que los remitirán al organismo competente –caso de las solicitudes de visado o de las expulsiones ejecutadas–. A estos efectos hay que destacar que la LO 8/2000 ha eliminado la posibilidad de cursar estos recursos a través organizaciones de asistencia a la emigración debidamente apoderadas, posibilidad originariamente contemplada en la LO 4/2000 antes de la reforma.

Además de la referencia a los procedimientos de devolución o expulsión, el art. 22.1 señala que el beneficio de la justicia gratuita podrá solicitarse en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan conducir a la denegación de la entrada. Como a la vez se exige a que el extranjero se halle en España –lo que parece una contradicción en

términos– entendemos que el precepto se está refiriendo a aquellos procesos que puedan tener lugar a raíz de la solicitud y posterior denegación de algún documento necesario para permanecer en España (renovación del permiso de estancia, obtención o renovación de un permiso de residencia, o de estancia por estudios). Los visados, en tanto que hay que instarlos desde el extranjero, quedan pues al margen de esta previsión.

Nos parece oportuno señalar también que aunque la Ley tan sólo se refiere de manera explícita a los supuestos de devolución o expulsión, dentro de los procedimientos que pueden conducir a la denegación entrada obviamente está el retorno, procedimiento que se incoará cuando el extranjero se presente en un puesto fronterizo habilitado y no se le permita el ingreso en el territorio nacional por no reunir los requisitos que para autorizarle la entrada se contiene en el Reglamento (arts. 60 de la LO 4/2000 y 156 del Reglamento). En este procedimiento habrá de quedar acreditado el derecho del interesado a la asistencia jurídica gratuita si careciera de recursos económicos suficientes, y a la asistencia de intérprete si no comprende o habla la lengua oficial que se utilice, a partir del momento en que se dicte el acuerdo de iniciación del procedimiento (art. 156.2.a del Reglamento).

En el resto de los procesos, el art. 22.2 de la LO 4/2000 extiende el beneficio de la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles únicamente a los "extranjeros residentes", mientras que en su redacción originaria, antes de la reforma de la LO 8/2000, también se extendía este derecho a los que se encontraran en España inscritos en el padrón del municipio en el que residieran habitualmente, por lo que en este punto la reforma también fue restrictiva⁹¹.

administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo. Además tendrán derecho a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice".

91 Art. 22.2 tras la reforma: "Los extranjeros residentes que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte,

Este párrafo segundo viene a reproducir lo que disponía el art. 2 de la Ley 1/1996 de asistencia jurídica⁹² antes de que, a instancias del Defensor del Pueblo (recurso planteado el 12 de abril de 1996), fuera declarado inconstitucional por excluir del disfrute del derecho a los extranjeros que no residieran legalmente en España (STC 95/2003). Como las leyes hay que aplicarlas conforme a la interpretación que de las mismas haya podido hacer el Tribunal Constitucional (art. 5.1 LOPJ), a partir de la publicación de esta Sentencia en el Boletín Oficial del Estado entendemos que habrá que extender el beneficio de la justicia gratuita en todo tipo de proceso no sólo a los extranjeros con permiso de residencia sino a todos los que se hallen en España, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se siga, cuando, de acuerdo con los criterios establecidos en la ley, no tengan recursos suficientes para litigar.

La STC 95/2003 recordó que el acceso a la jurisdicción, reconocido en el art. 24.1 CE –que es un derecho básico o inherente a la persona, de los que no cabe hacer distinciones de ningún género entre nacionales y extranjeros– quedará conculcado cuando al justiciable, exclusivamente por razón de su nacionalidad, no se le proporcione la asistencia necesaria para litigar cuando no pueda hacer frente a los gastos que el ejercicio del derecho trae consigo (STC 183/2001, STC 117/1998, STC 16/1994, STC 138/1988).

En el art. 119 la Constitución confía al legislador la regulación del procedimiento de reconocimiento y efectividad de este derecho, por lo que de él se dice que se trata de un derecho de configuración legal. Ahora bien, una vez que el legislador fija con carácter general los criterios que determinen quiénes pueden beneficiarse de este servicio por carecer de recursos suficientes para litigar, nadie que los cumpla y acredite puede quedar excluido. De lo contrario estaríamos impidiendo el acceso a los tribunales, que es un derecho que no es posible atemperar o modular por razón de la nacionalidad.

La utilidad de esta doctrina –vertida en la STC 95/2003 para justificar la inconstitucionalidad del requisito de la residencia legal que preveía el art. 2 de la Ley 1/1996– para interpretar de conformidad con la Constitución lo dispuesto en el art. 22.2 de la LO 4/2000 salta la vista. Por las razones apuntadas en aquella Sentencia, el reconocimiento de este derecho tan sólo a «los extranjeros residentes» lesionaría el art. 24.1 CE en cuanto limitaría el acceso a la jurisdicción. Por ello entendemos que, conforme a la redacción hoy vigente del art. 2.a) de la ley de asistencia jurídica gratuita, el art. 22.2 de la LO 4/2000 hay que interpretarlo en el sentido de que todos los extranjeros que se encuentren en España y acrediten insuficiencia para litigar, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita⁹³ ■

cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan." Art. 20.2 de la Ley 4/2000 antes de la reforma: "Los extranjeros residentes y los que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residen habitualmente, que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que sigan."

92 Art. 2 de la Ley 1/1996 en la redacción originaria: "En los términos y con el alcance previstos en esta ley y en los tratados y convenios internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita: a) Los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados de la Unión Europea y *los extranjeros que residen legalmente en España*, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar" (El subrayado es nuestro).

93 Redacción actual del art. 2 de la Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita: "En los términos y con el alcance previstos en esta ley y en los tratados y convenios internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita: a) ... y los extranjeros que se encuentren en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar".