

LAS LIBERTADES PÚBLICAS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS

Vicente José Martínez Pardo
Secretario Judicial. Doctor en Derecho

En la exposición del tema es obligada la mención del artículo 13 de la Constitución Española, que establece: “*Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley*”, refiriéndose al Título I “De los derechos y deberes fundamentales”, tal como ha reconocido la Jurisprudencia¹. Ello implica que se trata de derechos de configuración legal, en cuanto que, aún reconociendo estos derechos a los extranjeros, es la ley la que tiene que establecer sus contenidos y limitaciones, de esta manera están supeditados por la Ley de Extranjería 4/2000, reformada por la LO 8/2000, a que los extranjeros se encuentren legalmente en España, en concreto, el artículo 6, derecho a la libre circulación; artículo 7, reunión y manifestación; artículo 8, derecho de asociación; artículo 9, educación, libertad de enseñanza, creación y dirección de centros docentes; y artículo 10 libertad sindical y derecho de huelga. Es decir, que para ser titular de esos derechos el extranjero deberá haber cumplido los requisitos previstos para la estancia o residencia y obtenido la autorización administrativa.

El Tribunal Constitucional², interpretando el artículo 13.1 y el artículo 19 (derecho a la libertad de circulación), ha establecido que, si bien son derechos reconocidos por la Constitución Española en cuanto a su contenido, son derechos de configuración legal, por lo que pueden establecerse condicionantes al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero respetando los principios constitucionales. Ello supone que el derecho puede limitarse y es lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de ese derecho en función de la nacionalidad de las personas introduciendo tratamientos desiguales en los que se refiere al contenido del derecho (entrar o salir del territorio nacional, circular libremente por el mismo y elegir el lugar de residencia).

La doctrina y la jurisprudencia discutieron sobre el significado de la expresión “libertades públicas” y si esos derechos tenían naturaleza constitucional o no. La STC 107/1984

¹ Véase, STS, Sala Tercera, de 12 de noviembre de 1992 (La Ley Juris 5534-5/1993).

² STC 11/1987, de 12 de febrero (RTC 1987, 11).

(paradigmática y siempre citada en el ámbito que ahora nos ocupa) reconoce el carácter de derechos constitucionales también para los extranjeros³.

Por otra parte, el principio "*favor libertatis*" se sustenta en la presunción a favor de la libertad del ciudadano, presunción que define el Estado de Derecho como mandato a los poderes públicos. Su aplicación supone que cualquier exclusión de los extranjeros en la titularidad de las libertades públicas deberá de haber sido querida expresamente por el legislador, prevaleciendo en caso de duda el axioma de la mayor equiparación posible entre nacionales y extranjeros, que se recoge en el preámbulo de la Ley de Extranjería.

Doctrinalmente⁴ se han venido clasificando los derechos y libertades, regulados en la normativa orgánica de extranjería, atendiendo al criterio de la situación de estancia o residencia del extranjero en España.

a) Derechos y libertades de los extranjeros con independencia de la situación de estancia o residencia legal en España.

Entre los derechos de los extranjeros con independencia de la situación de estancia o residencia legal cabe señalar los siguientes:

a) Derecho a la no discriminación, ex artículo 14 CE y artículos 23 y 24 LO 8/2000, con la expresa posibilidad de exigencia de tutela judicial a través del procedimiento ex artículo 53.2 CE⁵. Entendiendo por actos discriminatorios "*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*" (artículo 23.1 LO 4/2000).

³ La STC 107/1984, de 23 de noviembre, (RTC 1984, 107), no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyen los tratados y la ley, sino de las libertades "*que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley*"; de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados de la protección constitucional, pero son todos ellos, sin excepción en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal.

⁴ SALINAS MOLINA, F., *El régimen de extranjería: principios básicos de su normativa orgánica*, cit., pág. 89.

⁵ Establece el artículo 24 LO 8/2000: "*la tutela judicial contra cualquier práctica discriminatoria que comporte vulneración de derechos y libertades fundamentales podrá ser exigida por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución en los términos legalmente establecidos*". Como establece el citado artículo 53.2: "*cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.ª del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional*".

b) Derecho a la documentación (artículo 4 LO 4/2000), que se reconoce a todos los extranjeros que se encuentren en territorio español con independencia de su estancia o residencia legal, regulando su derecho a conservar la acreditativa de su identidad y a obtener la de su situación en España⁶.

c) Derecho y deber a la educación obligatoria (artículo 27 CE), que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, y a la obtención de la titulación académica correspondiente (artículo 9.1 LO 4/2000).

d) Derecho a Seguridad Social derivada de riesgos profesionales. Aunque no regulado expresamente en la normativa de extranjería, tiene su fundamento en la normativa internacional, Convenio 19 de la Organización Internacional del Trabajo, que no establece diferencias entre extranjeros legales e ilegales en los riesgos derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

e) Derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas (artículo 14.3 LO 4/2000), con independencia del carácter de su situación regular o irregular, todos los extranjeros en España tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas.

f) Derecho a la asistencia sanitaria (artículo 12. 2 a 4 LO 4/2000), que se reconoce también a los extranjeros, cualquiera que sea su situación de estancia o residencia legal en España, exigiéndose en algunos supuestos la condición de que estén inscritos en el padrón del municipio en que residan habitualmente, o en otros casos, sin condicionamiento alguno, como acontece en los supuestos de necesidad de asistencia sanitaria urgente o en atención a las embarazadas.

g) Derecho y obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (artículo 31 CE), que no se condiciona expresamente en la legislación de extranjería a la situación de legalidad del extranjero en España, tal como dispone el artículo 15.1 LO 4/2000: “...los extranjeros estará sujetos con carácter general a los mismos impuestos que los españoles...”.

h) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), y regulado en el artículo 20.1 de la LO 4/2000, debiendo comprender dentro de este derecho el de asistencia jurídica gratuita, regulado en el artículo 22 LO 4/2000⁷.

⁶ Dispone el artículo 4: “los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y la obligación de conservar la documentación que acredite su identidad, expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación en España, y no podrán ser privados de su documentación, salvo en los supuestos y con los requisitos previstos en esta Ley y en la Ley 1/1992, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana”.

⁷ Este precepto, reformado por la LO 8/2000, se refiere a todos los procesos en que los extranjeros sean parte, en igualdad de condiciones que los españoles, pero se condicionaba a que los extranjeros residentes acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar. Por otra parte, los extranjeros no residentes que se hallen en España y que pretendan litigar en los litigios civiles, penales, sociales, o administrativos, distintos a “la denegación de su entrada, devolución

b) Derechos y libertades regulados en la normativa orgánica de extranjería condicionados a la situación de estancia o residencia legal del extranjero en España

Entre los derechos y libertades de los extranjeros condicionados a la situación de estancia o residencia legal, es posible efectuar la siguiente enumeración:

a) Derechos de reunión y de manifestación (artículo 21 CE y artículo 7.1 LO 4/2000). El ejercicio de tales derechos se condiciona, tras la reforma por LO 8/2000, a que el extranjero obtenga autorización de estancia o residencia en España. Se preceptúa en la Ley que *“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”*⁸.

b) Derecho de asociación (artículo 22 CE y artículo 8 LO 4/2000). Tras la reforma por LO 8/2000 el ejercicio del derecho de asociación se condiciona a que el extranjero obtenga “autorización de estancia o residencia en España”, al establecerse *“todos los extranjeros tendrán el derecho de asociación conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”*.

Los inmigrantes en situación irregular ven desconocido así su derecho de asociación, no sólo para constituir asociaciones sino también para afiliarse a ellas o para realizar las actividades correspondientes⁹.

o expulsión o asilo”, no pueden gozar del derecho a la asistencia jurídica gratuita, por aplicación de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita 1/1996. Este artículo fue objeto de numerosas críticas, Dictamen 42/2001 de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón sobre la Ley de Extranjería, Dictamen de la Comisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española (15-II-2001), Informe para la interposición del recurso de inconstitucionalidad presentado por Andalucía ACOGE. También el artículo 22.2 de la Ley 8/2000 fue objeto de recurso de inconstitucionalidad planteado por el PSOE, con base en los artículos 24 y 119 CE, y en interpretación del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que dentro del deber positivo del Estado de garantizar el acceso a los Tribunales, se encuentra su obligación de prever de asistencia jurídica gratuita cuando exista una insuficiencia de medios económicos.

⁸ El artículo 7. 1 de la LO 8/2000 también fue objeto de recurso de inconstitucionalidad planteado por el PSOE, así como tachado de inconstitucional en dictamen emitido por el Consejo General del Poder Judicial (Pleno 26-VI- 2001), por la Comisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española (15-II-2001), y por otras asociaciones como Andalucía ACOGE, o por la Unión Progresista de Fiscales, invocando el artículo 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, en el que se establece que *“toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses”*.

⁹ Argumentos a favor y en contra de la constitucionalidad del precepto citado aparecen recogidos por SALINAS MOLINA, F., *El régimen de extranjería: principios básicos de su normativa orgánica*, cit., págs. 114 a 116.

c) Derecho a la educación “no obligatoria” y a impartir enseñanzas (artículo 27 CE y artículo 10 LO 4/2000). Igualmente, tras la reforma por LO 8/2000, el derecho a la educación “no obligatoria” y el derecho a impartir enseñanzas en España se ha condicionado limitándolo a favor de los extranjeros residentes. Se dispone: *“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 previsto 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”* (artículo 10.3 LO 4/2000). Con respecto al derecho de los extranjeros a impartir enseñanzas en España, se dispone que solamente *“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”* (artículo 10.5 LO 4/2000).

d) Derechos de sindicación y de huelga (artículo 28.1 CE). En la normativa orgánica, tras la reforma por LO 8/2000, el derecho de sindicación solo se otorga a favor de los que *“obtienen autorización de estancia o residencia en España”* (artículo 11.1 LO 4/2000); y el derecho de huelga a favor de los extranjeros *“cuando estén autorizados a trabajar”* (artículo 11.2 LO 4/2000)¹⁰.

e) Derecho al acceso al sistema público de ayudas en materia de vivienda. Este derecho se ha condicionado a favor de los extranjeros residentes en las mismas condiciones que los españoles (artículo 13 de la LO 4/2000, redacción dada por LO 8/2000), no siendo suficiente con que se encontraran *“inscritos en el padrón del municipio en el que residen habitualmente”*.

f) Derechos a la intimidad familiar y a la reagrupación familiar (artículo 18.1 CE y artículos 16 a 19 LO 4/2000). Ambos derechos se condicionan al limitarse a los extranjeros residentes, siendo criticable que el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 CE pueda ser de exclusiva configuración legal, siendo que se dirige a proteger la esfera más privada e íntima de la persona ésta afecta por igual a todos los seres humanos, con independencia de su situación administrativa¹¹. Regula la ley 4/2000 el derecho a la intimidad familiar (artículo 18); los familiares reagrupables (artículo 17); el procedimiento para la reagrupación familiar (artículo 18, introducido *“ex novo”* por la LO 8/2000); y los

¹⁰ Este precepto también fue objeto de recurso de inconstitucionalidad planteado por el PSOE y tachado de inconstitucionalidad en diversos dictámenes e informes, basándose en el reconocimiento de la libertad sindical como derecho de la persona y que según el Convenio 87 OIT (9-VII-1948), debe reconocerse a todos los trabajadores sin ninguna distinción, lo que incluye a los trabajadores extranjeros.

efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales (artículo 19, introducido “ex novo” por la LO 8/2000). Esta materia es modificada por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la LO 4/2000, con la pretensión de acabar con las reagrupaciones familiares irregulares, fijando como núcleo familiar básico los ascendientes y descendientes, y tratando de eliminar el fenómeno de la reagrupación en cadena, al exigir a cada miembro de la unidad familiar tener su propio permiso para poder así regularizar en España a sus familiares¹². En el mismo sentido se regula en el nuevo Reglamento de ejecución, RD 2393/2004, de 30 de diciembre, el derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros residentes¹³.

g) Derecho a prestar servicios laborales para Administraciones públicas (artículo 10.2 modificado por LO 8/2000). Se otorga solamente a favor de extranjeros residentes, pero se efectúa en *“igualdad de condiciones que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad”*.

h) Derecho al trabajo, por cuenta propia o ajena (artículo 10.1 reformado por LO 8/2000). El derecho al trabajo en general se condiciona al cumplimiento de una serie de requisitos de conformidad con la legislación vigente. La LO 4/2000 regula en capítulo separado lo relativo al “permiso de trabajo y regímenes especiales” (artículos 36 a 43) que ha sido modificado por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, estableciéndose la regla general en el artículo 36.1 en la que se exige a los extranjeros no comunitarios para poder trabajar “una autorización administrativa previa para trabajar”¹⁴, existiendo entre los supuestos de excepción, el más genérico e importante el relativo a la inexigibilidad de permiso de trabajo

¹¹ En ese sentido SALINAS MOLINA, F., *El régimen de extranjería: principios básicos de su normativa orgánica*, cit., pág. 122.

¹² Como presupuesto para el ejercicio por un residente de este derecho otorgado en virtud de una previa reagrupación se establece que éste sea, además, titular de una autorización de residencia independiente; prevé también la obligación de cumplir determinados requisitos concretos para el ejercicio de la reagrupación familiar en el caso de ascendientes previamente reagrupados. En este sentido, el texto prevé que cuando se trate de ascendientes reagrupados estos sólo podrán ejercitar a su vez el derecho de reagrupación familiar tras haber obtenido la condición de residentes permanentes y acrediten solvencia económica en los términos que reglamentariamente se establezcan.

¹³ El artículo 39 del Reglamento aprobado por RD 2393/2004, establece que el extranjero podrá reagrupar a los siguientes familiares: Su cónyuge, sus hijos o los de su cónyuge, los menores de 18 años o incapaces, cuando el residente sea su representante legal, y sus ascendientes o los de su cónyuge. Asimismo se regula el procedimiento para la reagrupación familiar (artículo 42), la tramitación del visado en la reagrupación familiar (artículo 43), y la renovación de las autorizaciones de residencia en virtud de reagrupación familiar (artículo 44).

¹⁴ La anterior redacción del artículo 36 exigía dos condiciones, además del permiso de residencia o autorización de estancia, una autorización administrativa para el trabajo por cuenta propia y el permiso de trabajo en caso de trabajo por cuenta ajena.

con relación a los “extranjeros en situación de residencia permanente”, a la que tienen derecho los que hayan tenido residencia temporal durante cinco años “de forma continuada”, disponiéndose expresamente que *“la residencia permanente es la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles”* (artículos 41.3 y 32 LO 4/2000).

La LO 14/2003 ha supuesto una nueva reforma en los requisitos exigibles para acceder al trabajo a ciertos inmigrantes. Se suprimen los permisos de residencia por razones humanitarias, si bien se abre la posibilidad de que la Administración exima de visado de manera excepcional a los inmigrantes que estime oportunos; a éstos podrá darles una “autorización para trabajar”, nuevo concepto en la legislación española que sustituirá al tradicional permiso de trabajo, al prever la nueva norma en su disposición adicional única que *“todas las referencias al término permiso, incluidas en la LO 4/2000, serán sustituidas por el término autorización”*¹⁵.

No es el momento de abordar la problemática de la incidencia de la posesión del permiso de trabajo en la validez del contrato de trabajo, ni del análisis de la jurisprudencia constitucional en la que se afirma que *“la existencia de una legislación que exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo, no se opone a la Constitución”*¹⁶. Pero sí que se puede indicar sobre esta cuestión que no existe una norma legal expresa que disponga que la falta de autorización administrativa para trabajar comporte la ineficacia o nulidad del contrato de trabajo, sin perjuicio de las sanciones administrativas por la realización o aceptación de trabajo sin el correspondiente permiso. Hay que tener en cuenta que la normativa de extranjería tipifica como una infracción grave el *“encontrarse trabajando en España sin haber obtenido permiso de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia”* (artículo 53.b LO 4/2000), pudiendo esta infracción ser sancionable con multa o con expulsión del territorio nacional (artículo 57.1 LO 4/2000).

¹⁵ En el mismo sentido se desarrolla en el Reglamento de ejecución, RD 2393/2004, artículo 48, que dispone: *“Se halla en situación de residencia temporal, con autorización para trabajar, el extranjero mayor de 16 años autorizado a permanecer en España por un periodo superior a 90 días e inferior a cinco años, y a ejercer una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena”*. Se regula el procedimiento para conceder la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena en los artículos 55 y ss. del RD 2393/2004.

¹⁶ STC 107/1984, de 23 de noviembre (RTC 1984, 107). También la jurisprudencia social viene tradicionalmente proclamando la nulidad del contrato de trabajo concertado sin la obtención de los permisos de residencia o trabajo correspondientes. Entre otras muchas, SSTs/Social de 27 de noviembre de 1990 (La Ley Juris 13498R/1991), de 15 de marzo de 1991 (recurso 688/1990, La Ley Juris 8927/1991), de 21 de marzo de 1997 (recurso 2086/1996, La Ley Juris 6286/1997).

j) Derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales (artículos 10.1 y 14 LO 4/2000). Los extranjeros “trabajadores” tienen reconocido el derecho a la Seguridad Social de conformidad con la legislación vigente, lo que comporta la equiparación plena a los trabajadores españoles¹⁷.

En el caso de extranjeros que no accedan a la Seguridad Social por su condición de “trabajadores”, se condiciona expresamente su derecho a la Seguridad Social y a determinados servicios y prestaciones sociales a que reúnan el *status* de extranjeros residentes, aunque otorgando entonces tal derecho “en las mismas condiciones que los españoles”, y abarcando: a) el derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social (artículo 14.1 LO 4/2000); b) a los servicios y prestaciones sociales, tanto a las generales y básicas como a las específicas (artículo 14.2 LO 4/2000).

Por otra parte, la doctrina constitucional (STC 107/1984) ha establecido un esquema de distinción entre los derechos fundamentales en orden a su atribución a los extranjeros. La distinción en tres grandes grupos de derechos proclama que los extranjeros gozan en nuestro país: “a) *en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (artículo 10.1 CE); b) por el contrario, no es posible el acceso a otro tipo de derechos, como los reconocidos en el artículo 23 CE, según dispone el artículo 13.2; c) y un tercer grupo integrado por aquellos derechos de los que podrán ser titulares en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y Leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto a los nacionales*”¹⁸.

En un primer grupo estarán los derechos fundamentales compartidos por españoles y extranjeros; manifestación de la dignidad de la persona, independientemente de que los extranjeros hubieran o no cumplido los requisitos administrativos para entrada o permanencia en España y cuya regulación ha de ser igual para ambos, por ser inherentes a su condición de personas, siendo titulares de tales derechos y libertades en condiciones de igualdad con los españoles.

¹⁷ Los tratados internacionales reconocen el derecho a la Seguridad Social como derecho de toda persona, vinculado a la dignidad de la misma; así la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (artículo 22), el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (artículo 9) o la Carta Social Europea (artículos 12 y 13).

¹⁸ STC 107/1984, de 23 de noviembre (RTC 1984, 107); STC 99/1985, de 30 de septiembre (RTC 1985, 99); STC 130/1995, de 11 de septiembre (RTC 1995, 130); y STC 95/2000, de 10 de abril (RTC 2000, 95).

Doctrinalmente estos derechos han sido denominados “incondicionales” en cuanto reconocidos a toda persona con independencia de su nacionalidad y de su condición regular¹⁹. En este conjunto se encuadra junto al derecho a la vida, la integridad física y moral (artículo 15); la libertad ideológica, religiosa y de culto (artículo 16); el derecho a la libertad personal y a la seguridad (artículo 17); proclamando la jurisprudencia constitucional que *“el derecho a la libertad del artículo 17 CE, el cual es un derecho inherente a la persona humana, de aquellos que según la STC 107/1984 de 23 de noviembre, corresponde por igual a españoles y extranjeros”* (STC 115/87 y 169/2001 de 16 de julio); el derecho al honor e intimidad personal (artículo 18.1)²⁰; la libertad de expresión y de opinión (artículo 20); el principio de legalidad en materia sancionadora penal y administrativa (artículo 25.1 y 3), derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24); el derecho de los reclusos, sin que la norma constitucional efectúe distinciones por razón de la nacionalidad o situación del extranjero en España, a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social (artículo 25.2); el derecho a contraer matrimonio (artículo 32); y el derecho a la propiedad privada y a la herencia (artículo 33). A este grupo de derechos les podemos denominar “derechos innatos” y su atribución al extranjero depende de su condición humana²¹.

Pero la igualdad de derechos fundamentales no quiere decir que el Estado no pueda constitucionalmente limitar alguno de ellos para los extranjeros, así lo entiende el Tribunal Constitucional²².

¹⁹ En este sentido VARONA MARTÍNEZ, G., *La inmigración irregular. Derechos y deberes humanos*, Vitoria, 1994; y SALINAS MOLINA, F., *El régimen de extranjería: Principios básicos de su normativa orgánica*, en Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2002, pág. 87.

²⁰ En la STC 13/2001, de 29 de enero, (RTC 2001, 13) se establece *“...la dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor (artículo 18.1) no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias, inviolabilidad de domicilio, secreto de comunicaciones y libertad frente al uso ilegítimo de la informática”*.

²¹ La interpretación y aplicación de las normas relativas a estos derechos fundamentales deben partir de los principios establecidos por la jurisprudencia constitucional, así STC 207/1996 de 16 de febrero (RTC 1996, 207) y STC 169/2001 de 16 de julio, (RTC 2001, 169), relativa esta última al derecho a la libertad personal de un extranjero, estableciendo: *“la legitimidad constitucional de cualquier injerencia del Poder Público en los derechos fundamentales requiere que haya sido autorizada o habilitada por una disposición con rango de Ley, y que la norma legal habilitadora de la injerencia reúna las condiciones mínimas suficientes requeridas por las exigencias de seguridad jurídica y certeza del derecho (...) La exigencia constitucional de proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales requiere además de la previsibilidad legal, que sea una medida idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo”*.

²² STC 107/1984, de 23 de noviembre (RTC 1984, 107) que sostiene *“que cuando el artículo 14 de la Constitución proclama el principio de igualdad, lo hace refiriéndose con exclusividad a los españoles. Son éstos quienes, de conformidad con la Constitución “son iguales ante la ley”, y no existe prescripción ninguna que extienda tal igualdad a los extranjeros”*.

En un segundo grupo podemos encuadrar los derechos exclusivos de los españoles (los reconocidos en el artículo 23 CE), o “derechos vinculados a la nacionalidad”, como son el derecho al sufragio activo y pasivo y el acceso a cargos públicos²³.

Y en un tercer grupo tenemos los derechos condicionales, en los que se tolera un tratamiento desigual entre nacionales y extranjeros, en función de lo que dispongan los tratados y las leyes, que denominaremos “derechos condicionados a la configuración legal”; entre ellos están los derechos del artículo 19, de entrada, circulación y residencia en España, que comprometen de manera directa la libertad personal de los extranjeros; el derecho de reunión, el derecho de asociación, el derecho de manifestación, y el derecho de sindicación y huelga²⁴. Respecto de estos derechos la cuestión más problemática es la distinción entre la posesión del derecho, que en la Ley se declara corresponder a todas las personas, y su ejercicio, que se asigna solo a quienes se encuentren legítimamente en nuestro país²⁵.

²³ El Tribunal Supremo, Sala Tercera, en Sentencia de 20 de noviembre de 1990 (La Ley Juris 5773/1991) establece “...que existiendo también derechos que no se reconocen a los extranjeros, según los artículos. 13.2 y 23 CE, y por último aquellos que pertenecen o no a la diferencia de trato en cuanto a su ejercicio por ser derechos de configuración legal que permiten prescindir o no como dato relevante para el ejercicio del Derecho, de la nacionalidad o ciudadanía del titular, teniendo esta condición el derecho de entrada, residencia o trabajo en país distinto del suyo”.

²⁴ Según afirma la STC 107/1984, FJ 4 (RTC 1984, 107): “estos derechos pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato en cuanto a su ejercicio”.

²⁵ Sobre dicha cuestión se pronunció el Tribunal Constitucional en Sentencia 115/87, de 7 de julio (RTC 1987, 115).