

TEMA 80

PERSONAS EXTRANJERAS: CONCEPTO. DERECHOS DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS EN ESPAÑA. DERECHOS DE PERSONAS CIUDADANAS DE LA COMUNIDAD EUROPEA. DERECHO COMPARADO. DERECHO DE ASILO. RÉGIMEN DE ENTRADA DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS EN ESPAÑA. DOCUMENTACIÓN NECESARIA PARA LA ENTRADA DE PERSONAS EXTRANJERAS EN TERRITORIO NACIONAL.

1. PERSONAS EXTRANJERAS

- 1.1. CONCEPTO DE PERSONA EXTRANJERA**
- 1.2. LA CIUDADANÍA Y LA EXTRANJERÍA EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA**

2. DERECHOS DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS EN ESPAÑA

2.1. LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

2.2. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE ACUERDO CON SU TITULARIDAD

- 2.2.1. Derechos que corresponden por igual a los españoles y a los extranjeros
- 2.2.2. Derechos que corresponden a los extranjeros según se disponga en los tratados y las leyes
- 2.2.3. Derechos no atribuidos directamente por la Constitución a los extranjeros
- 2.2.4. Derechos de imposible acceso a los extranjeros

2.3. DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN LA LEY DE EXTRANJERÍA

- 2.3.1. Derecho a la documentación
- 2.3.2. Derecho a la libre circulación
- 2.3.3. Derecho a participar en los asuntos públicos
- 2.3.4. Derechos de reunión y manifestación
- 2.3.5. Derecho de asociación
- 2.3.6. Derecho a la educación
- 2.3.7. Derecho al trabajo y a la Seguridad Social
- 2.3.8. Derecho de huelga y libertad sindical
- 2.3.9. Derecho a la asistencia sanitaria
- 2.3.10. Derechos en materia de vivienda
- 2.3.11. Derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales
- 2.3.12. Derecho a la intimidad y reagrupación familiar
- 2.3.13. Derecho a la tutela judicial efectiva
- 2.3.14. Derecho al recurso contra los actos administrativos
- 2.3.15. Derecho a la asistencia jurídica gratuita

3. DERECHOS DE PERSONAS CIUDADANAS DE LA UNIÓN EUROPEA

3.1. LA CIUDADANÍA DE LA UNIÓN EUROPEA

3.2. LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN EUROPEA

- 3.2.1. Derecho a circular y residir libremente
- 3.2.2. Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales
- 3.2.3. Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo
- 3.2.4. Derecho a acogerse a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en un tercer país
- 3.2.5. Derecho de petición ante el Parlamento Europeo
- 3.2.6. Derecho de presentar reclamaciones ante Defensor del Pueblo
- 3.2.7. Derecho a dirigirse por escrito a cualquiera de las instituciones u organismos en las lenguas nativas
- 3.2.8. Derecho a acceder a los documentos de las instituciones europeas
- 3.2.9. Otros derechos expresamente reconocidos en los Tratados

4. DERECHO COMPARADO

4.1. CONSIDERACIONES GENERALES

4.2. MODELOS COMPARADOS DE REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS

5. DERECHO DE ASILO

5.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y REGULACIÓN JURÍDICA

5.2. CONCEPTO DE DERECHO DE ASILO

5.3. CONDICIONES PARA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE ASILO

- 5.3.1. Actos de persecución
- 5.3.2. Motivos de persecución
- 5.3.3. Causas de exclusión
- 5.3.4. Causas de denegación

5.4. PROCEDIMIENTO

- 5.4.1. Condiciones previas a la presentación de la solicitud
- 5.4.2. Detección de necesidades especiales
- 5.4.3. Presentación de la solicitud
- 5.4.4. Inadmisión a trámite
- 5.4.5. Entrevista
- 5.4.6. Derechos y obligaciones de las personas solicitantes
- 5.4.7. Admisión a trámite
- 5.4.8. Resolución
- 5.4.9. Notificación
- 5.4.10. Recursos

6. RÉGIMEN DE ENTRADA DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS EN ESPAÑA

6.1. CONSIDERACIONES GENERALES

6.2. PASOS DE ENTRADA Y SALIDA

- 6.2.1. Entrada en España por pasos fronterizos
- 6.2.2. Procedimiento de habilitación de pasos fronterizos
- 6.2.3. Cierre de pasos fronterizos

6.3. PROHIBICIÓN DE ENTRADA

6.4. FORMA DE EFECTUAR LA ENTRADA

6.5. DECLARACIÓN Y REGISTRO DE ENTRADA EN TERRITORIO ESPAÑOL

6.6. DENEGACIÓN DE ENTRADA

7. DOCUMENTACIÓN NECESARIA PARA LA ENTRADA DE PERSONAS EXTRANJERAS EN TERRITORIO NACIONAL

7.1. REQUISITOS PARA LA ENTRADA

7.2. AUTORIZACIÓN DE REGRESO

7.3. DOCUMENTACIÓN NECESARIA PARA LA ENTRADA

- 7.3.1. Pasaporte o documento de viaje que acredite la identidad
- 7.3.2. Documento nacional de identidad, cédula de identificación o cualquier otro documento en vigor que acredite su identidad
- 7.3.3. Visado
- 7.3.4. Documentos justificativos para la comprobación de las condiciones de entrada
- 7.3.5. Documentación acreditativa de medios económicos
- 7.3.6. Certificado sanitario

1. PERSONAS EXTRANJERAS

1.1. Concepto de persona extranjera

Tradicionalmente, la condición de extranjero se ha venido definiendo, de una forma bastante simple, por oposición al concepto de nacional. Este ha sido el criterio acogido en el art. 1.1 la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (en adelante Ley de Extranjería o LE), para señalar que *«se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente ley, a los que carezcan de la nacionalidad española»*.

Sin embargo, hoy en día asistimos a un proceso ya consolidado de creación de comunidades supraestatales en las que los Estados miembros entregan parte de su soberanía originaria para, entre otras cosas, reconocer a los ciudadanos de la Unión el derecho a la libre circulación y residencia dentro de los límites territoriales de cualquiera de ellos. Por esta razón el número 2 del art. 1 LE hace la salvedad de que *«lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte»*.

Concretamente, el Tratado Maastrich, de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992, creó la que denomina ciudadanía de la Unión, complementaria y no sustitutiva de ciudadanía nacional (art. 17 del Tratado de Roma), que permite a todos los ciudadanos de la Unión a circular, residir (art. 18 Tratado de Roma) y trabajar (art. 39) en cualquiera de los Estados miembros.

Esta nueva nacionalidad supraestatal evidentemente no modifica el concepto tradicional de extranjería, pero sí que nos obliga a distinguir entre los nacionales de uno de los Estados de la Unión, que tienen un específico régimen jurídico, y los extranjeros propiamente dichos, o nacionales de países extracomunitarios, que son los genuinos destinatarios de la legislación encaminada a mantener dentro de los límites de lo razonable los actuales flujos de población entre países.

1.2. La ciudadanía y la extranjería en el ámbito de la Unión Europea

Aunque la nacionalidad y la extranjería están íntimamente relacionadas con la existencia de un Estado soberano, ambos conceptos han ido incorporándose y transformándose progresivamente en el seno de la Unión Europea, primero por la creación de un mercado común, y después, por la creación de un espacio propio de libertad, seguridad y justicia.

Así, el Tratado de la Unión Europea incorporó el concepto de “*ciudadanía de la Unión Europea*”, que establece un vínculo de segundo nivel entre los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, que se superpone al de la nacionalidad, y que implica el reconocimiento de un conjunto de derechos tanto frente a las Instituciones europeas como frente a los Estados miembros. Por tanto, son los Estados miembros, a través de su competencia exclusiva en materia de nacionalidad, los que definen quienes son ciudadanos de la Unión Europea.

Los derechos que conlleva la condición de ciudadano de la Unión Europea son los siguientes:

- a) Derecho de libre circulación y de residencia en el territorio de cualquiera de los Estados miembros de la Unión Europea, de acuerdo con las normas establecidas en el Derecho comunitario. Este derecho es extensible a los familiares que sean nacionales de terceros Estados.
- b) Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo dentro del territorio del Estado miembro donde resida, aunque no sea nacional del mismo.
- c) Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales del Estado miembro donde resida, aunque no sea nacional del mismo.
- d) Derecho de petición ante el Parlamento Europeo.
- e) Derecho a presentar quejas ante el Defensor del Pueblo europeo.
- f) Derecho a que, cuando se encuentre en el territorio de un tercer Estado, pueda recibir protección de las autoridades diplomáticas y consulares de un Estado miembro de la Unión Europea del que no sea nacional si su Estado nacional carece de representación en dicho Estado.
- f) Derecho a dirigirse por escrito a las instituciones y órganos de la Unión Europea en una de las lenguas oficiales y a recibir contestación en la misma lengua.

El proceso de integración europeo ha tenido igualmente consecuencias importantes en el ámbito de la extranjería. Pues aunque la definición del estatuto de los extranjeros es una competencia exclusiva de los Estados miembros, ésta se encuentra progresivamente condicionada por la aparición de una política europea en materia de visados, asilo e inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas.

Esta política de inmigración europea afecta al cruce de fronteras por nacionales de terceros Estados y al régimen jurídico que ha de aplicarse a éstos cuando residen en el territorio de uno de los Estados miembros de la Unión Europea. En general, se trata establecer principios básicos comunes y de favorecer la cooperación entre los Estados miembros, a los que corresponde en última instancia la regulación de la extranjería en sus respectivos territorios. En la actualidad existen normas comunes para la expedición de visados de corta duración y una lista común de Estados a cuyos nacionales se les exige visado de entrada.

Por tanto, este régimen de extranjería comunitario se aplicaría a todos los no “*ciudadanos de la Unión Europea*”. Por otra parte, independientemente de la existencia de los derechos derivados de la condición de ciudadano de la Unión Europea, también existen otros derechos que los Estados miembros han de garantizar a todos los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y que se derivan de la creación del Mercado Único, y que afectan a cuestiones económicas y sociales derivadas principalmente de la libertad de circulación trabajadores, libertad de prestación de servicios y de establecimiento.

2. DERECHOS DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS EN ESPAÑA

2.1. Los derechos de los extranjeros en la Constitución Española

El análisis de los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en España en nuestro ordenamiento jurídico hay que realizarlo desde distintos planos. Así, en primer lugar debemos partir de los derechos fundamentales y libertades recogidos en nuestra carta magna (arts. 13.1, 10.1 y 2 y el contenido literal de los artículos que concretamente atribuyen esos derechos y libertades), debemos acudir también a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, así como a los tratados internacionales ratificados por España (por remisión del mismo art. 13 de la CE), y por último, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Todo ello sirve para determinar, por una parte, el contenido constitucional de esos derechos y libertades y por otra, la titularidad y ejercicio de dichos derechos y libertades por parte de los extranjeros en España.

El punto de partida imprescindible para el estudio del régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España se encuentra en la Constitución. En este sentido, la doctrina ha subrayado que nuestra Constitución de 1978 contempla con una muy notable amplitud los derechos de los extranjeros. Así por ejemplo, el profesor Alzaga, que a su condición de Catedrático une la de haber formado parte de las Cortes Constituyentes, señala que nuestro Texto Fundamental ha construido una amplia, generosa y avanzada tutela de los derechos fundamentales de los extranjeros, llegando a afirmar que en ningún país del mundo un extranjero dispone de un elenco de derechos y libertades garantizado más amplio que en España.

Dos son, inicialmente, los preceptos de nuestro Texto Fundamental que configuran el estatuto jurídico del extranjero. En primer lugar el artículo 13, apartado primero que dispone lo siguiente: *«Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la Ley»*.

De este precepto se deduce, por un lado, que los extranjeros son titulares de los derechos y libertades reconocidos a los españoles; por otro, que las condiciones de ejercicio de dichos derechos y libertades se remiten a lo que dispongan los Tratados y la Ley. La remisión al legislador orgánico e internacional que realiza el citado precepto, no significa que quede en sus manos el entero contenido de los derechos y libertades reconocidos por el constituyente a favor de los extranjeros. Dicho con otras palabras, el problema principal que dicho precepto plantea no es otro que determinar el alcance de esa remisión, esto es, establecer con claridad, los límites que la Ley Orgánica reguladora deberá, en todo caso, respetar.

Por otro lado, el apartado segundo del artículo 13 contiene la excepción a ese reconocimiento general de derechos a favor de los extranjeros: *«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 artículo 13. 2 confirma, implícitamente, el significado que hemos dado al artículo 13.1. Excepto el artículo 23, que sólo tendrá como titulares a los españoles —exclusividad relativizada por la propia excepción contenida en el propio artículo—, parece que todos los demás derechos y libertades que la Constitución proclama tienen como titulares a españoles y a extranjeros, aunque respecto a estos últimos, el ejercicio de los derechos vendrá condicionado por lo dispuesto en los Tratados y en la Ley.

En relación con el citado artículo 13 el Tribunal Constitucional aclara que *«los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.» Tal disposición no implica «que se haya querido eliminar de la CE la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la CE 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, dentro de su específica regulación, de la protección constitucional».* STC 107/1984.

El Tribunal Constitucional estableció los límites de las restricciones de los derechos y libertades de los extranjeros, afirmando que el art. 13.1 CE, aunque autoriza al legislador a restringirlos, no le otorga una ilimitada libertad. Esta limitación proviene por un lado del art. 10.1 de la CE (*«aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 constituye fundamento del orden político español»*) y por otro del art. 10.2, ya que no puede afectar al contenido delimitado para el derecho *«por la Constitución o los tratados internacionales suscritos por España»*, pues se debe diferenciar entre *«autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros y entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales»*. (STC 107/1984).

Junto con el artículo 13, el artículo 10 CE, primero del Título 1, *«De los derechos y deberes fundamentales»*, es el otro pilar constitucional sobre el que debe construirse el estatuto jurídico del extranjero. Dicho precepto, como es bien sabido, contiene el presupuesto axiológico de todo el ordenamiento: *«La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social»*.

Fácilmente se concluye que el marco constitucional resulta confuso e insuficiente, y permite interpretaciones muy variadas. Es por esta razón por lo que la jurisprudencia de quien, por imperativo constitucional, es el intérprete supremo y último de la voluntad del constituyente, adquiere una importancia decisiva.

Sobre la regulación que realiza la legislación de extranjería respecto de estos derechos, debemos acudir a la citada Ley Orgánica sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España que fue regulada en un primer momento por la LO 7/1985, de 1 de julio, y que posteriormente fue sustituida por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, (en adelante *«ley de extranjería»*) ampliamente reformada en sucesivas ocasiones.

2.2. Clasificación de los derechos y libertades de acuerdo con su titularidad

Respecto a la titularidad y el ejercicio de los derechos de los extranjeros en España, la citada STC 107/1984 señala igualmente que: *«...existen derechos que corresponden igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la CE, según dispone el art. 13.2, y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo que dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio»*.

Partiendo de este planteamiento, el problema consistiría en hallar el criterio clasificador que permita incluir en una categoría u otra a los distintos derechos y libertades. Tal criterio podría encontrarse en la propia CE ya que en lo referente a la titularidad de los derechos utiliza términos como *«toda persona»* o *«todos»*, en otros casos *«los españoles»* o *«los ciudadanos»*, incluso en otros se utilizan fórmulas impersonales como *«se reconoce el derecho a»* o *«se garantiza el derecho a»*.

Siguiendo el criterio delimitador contenido en la citada STC 107/1984 se pueden clasificar los derechos y libertades atendiendo a quién corresponde la titularidad de los mismos de la siguiente manera: derechos que corresponden igual a españoles y extranjeros y su regulación ha de ser igual para ambos; derechos de los que no son titulares los extranjeros, y derechos cuyos titulares podrán ser o no los extranjeros según se disponga en los tratados y las leyes, pudiendo ser diferente la regulación de su ejercicio respecto de los españoles.

2.2.1. Derechos que corresponden por igual a los españoles y extranjeros

En este primer grupo se incluyen aquellos derechos que corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles, puesto que gozan de ellos en condiciones plenamente equiparables a los españoles.

El contenido de esta primera categoría de derechos cuya titularidad corresponde por igual a españoles y extranjeros ha sido abordado por la STC 115/1987 de 23 de noviembre, incluyendo de manera no exhaustiva los siguientes: *«los que se predicen de la persona en cuanto tal y no como ciudadanos o de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana..., así, derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles»*.

En esta categoría también se incluye la tutela judicial efectiva en su art. 24.1 que es uno de los derechos incluidos entre los que pertenecen a la persona en cuanto tal, y ello es así *«no sólo por la dicción literal del citado artículo —todas las personas...—, sino porque a esa misma conclusión se llega, interpretando, según exige el art. 10.2 de la CE, en relación al art. 10 de la DUDH...»*. Así, en la mencionada sentencia se afirma la igualdad de trato de extranjeros y españoles

respecto del derecho a la tutela judicial efectiva que la CE predica de «*todas las personas*», pero solo la extiende en igualdad para unos y otros a las garantías judiciales vinculadas a los derechos fundamentales del art. 53.2 de la CE, derecho de amparo que se predica en su literalidad únicamente de los ciudadanos.

También se ha incluido dentro de este grupo de derechos el de libertad individual contenida en el art. 17 de la CE, «*el cual es un derecho inherente a la persona humana, de aquellos que, corresponden por igual a los españoles y a los extranjeros*». (STC 115/1987).

El Tribunal Constitucional no detalla una lista de todos estos derechos pero sí menciona algunos incuestionables, «*el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, el derecho a la libertad y a la seguridad, y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*» y, desde la STC 236/2007, también el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita».

Todos ellos han sido reconocidos expresamente por el Tribunal Constitucional como pertenecientes a la persona en cuanto tal, pero no constituyen una lista cerrada y exhaustiva. El Tribunal considera que el grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad de la persona habrá de determinarse a partir de su contenido y siguiendo para ello la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los acuerdos y tratados internacionales a los que remite el propio artículo 10.2 CE.

2.2.2. *Derechos que corresponden a los extranjeros según se disponga en los tratados y las leyes*

Un segundo grupo está constituido por aquellos derechos que la Constitución reconoce expresa y directamente a los extranjeros, que son aquellos a los que se refiere su artículo 13.1. A primera vista considera la jurisprudencia citada que «*el legislador no puede negar tales derechos a los extranjeros, aunque sí puede establecer condicionamientos adicionales respecto de su ejercicio por parte de aquéllos, si bien ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales*» (STC 236/2007), lo que implica que la regulación habrá de respetar, en todo caso, el contenido esencial del derecho.

En un principio se consideró, en interpretación literal de la norma constitucional, que el artículo 13.1 CE concibe derechos fundamentales de configuración legal, una suerte de desconstitucionalización de los derechos, lo que tendría como consecuencia el que no estarían sometidos a las garantías del art. 53.1 CE. Sin embargo, la doctrina constitucional evolucionó rápidamente en el sentido de que los derechos del art. 13.1 de la CE no son meros derechos de configuración legal, sino derechos que se imponen al legislador, aunque sobre ellos se conserva cierto poder de modulación. (En el primer sentido, la STC 107/1984; en el segundo, la STC 115/1987).

Los derechos enmarcados en la segunda categoría, según la citada STC 107/1984, de 23 de noviembre, son aquellos que «*pertenecerán o no a los extranjeros según dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio*».

En efecto, el desarrollo legal del art. 13.1 de la CE era indispensable y es a este imperativo al que respondía el Título I (derechos y libertades de los extranjeros) de la Ley Orgánica 7/1985, y que se mantiene en el mismo título de la Ley Orgánica 4/2000 (Ley de Extranjería). En el artículo 3.1 de la actual Ley de Extranjería se formula una norma de carácter general según la cual *«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»* modulando así el ejercicio de derechos y libertades fundamentales. Eso sí, se toma como punto de partida la situación administrativa regular o irregular de la persona extranjera en el territorio español, para el pleno ejercicio de los derechos y libertades. Y así se expone en el Preámbulo de la Ley que *«asegura la plenitud de los derechos y las garantías para su ejercicio respecto de los extranjeros que se hallen legalmente en España»*.

El citado artículo 13.1 de la CE ha sido desarrollado por la legislación de extranjería, aunque ésta, a pesar de su pretensión de universalidad, ya que se declara aplicable a todos los extranjeros, comprendiendo por tales en su artículo 1 *«a quienes carezcan de la nacionalidad española»*, no concluye toda la normativa del régimen jurídico de los extranjeros en nuestro ordenamiento jurídico, pues esta Ley no se aplica a determinados extranjeros en virtud de su procedencia o en virtud de las actividades que realizan en España. Así, la normativa aplicable a asilados o refugiados o la normativa comunitaria aplicable a los ciudadanos de la Unión Europea.

2.2.3. Derechos no atribuidos directamente por la Constitución a los extranjeros

El tercer grupo lo integran aquellos derechos que no atribuidos directamente por la Constitución a los extranjeros, pueden extenderse por la ley a los no nacionales, aunque no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles. Se trata de derechos en los que es admisible un tratamiento diferenciado entre españoles y extranjeros, en virtud de lo que dispongan los tratados y las leyes que los regulen, siempre que en su aplicación no se vulnere el contenido esencial del derecho de que se trate. En cuanto *«no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (...) es pues lícito que las leyes y tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros»* (STC 94/1993).

En este grupo, el Tribunal Constitucional incluye el derecho al trabajo, el derecho a la salud, el derecho a percibir una prestación de desempleo y, también con matizaciones, el derecho de residencia y desplazamiento en España (STC 236/2007).

Para el Tribunal Constitucional, las condiciones de ejercicio que el legislador establezca respecto de los derechos y libertades de los extranjeros en España *«sólo serán constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE) se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida»*.

2.2.4. Derechos de imposible acceso a los extranjeros

Finalmente existe un último grupo de derechos, que son aquellos en los que no es posible el acceso a los extranjeros y que son los declarados en el propio artículo 13.2 del texto constitucional, con la salvedad que el mismo contiene: *«Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el art. 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales»*.

Así, este es un derecho que ha sido posteriormente matizado, pues en determinados casos las personas extranjeras podrán ejercer el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales.

2.3. Derechos y libertades de los extranjeros en la Ley de Extranjería

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Ley de Extranjería) dedica el capítulo I del Título I (artículos 3 a 15) a regular los derechos y libertades de los extranjeros, y el capítulo III (artículos 20 a 22) del mismo título a establecer las garantías jurídicas de los mismos.

El estatuto jurídico contenido en este título es aplicable a los extranjeros no comunitarios, pues los extranjeros comunitarios se rigen por el derecho comunitario. Así, la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre de reforma de la Ley de Extranjería incluyó un apartado tercero en su artículo primero en el que se dejaba constancia expresa de esta situación: *«Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables»*.

2.3.1. Derecho a la documentación

En un primer momento puede sorprendernos que el primero de los derechos regulados en el artículo 4 de la Ley de Extranjería sea el denominado derecho a la documentación, en la medida en que no guarda conexión con ningún derecho del Título I CE. Así, de acuerdo con el citado precepto:

- «1. Los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y el deber 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.
2. Todos los extranjeros a los que se haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un período superior a seis meses, obtendrán la tarjeta de identidad de extranjero, que deberán solicitar personalmente en el plazo de un mes desde su entrada en España o desde que se conceda la autorización, respectivamente. Estarán exceptuados de dicha obligación los titulares de un visado de residencia y trabajo de temporada.

Reglamentariamente se desarrollarán los supuestos en que se podrá obtener dicha tarjeta de identidad cuando se haya concedido una autorización para permanecer en España por un periodo no superior a seis meses.

3. *Los extranjeros no podrán ser privados de su documentación, salvo en los supuestos y con los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana».*

Nos encontramos tanto ante un derecho como una obligación de los extranjeros a estar documentados. Pero también es una obligación para los Estados la de documentar a las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. Aunque esta obligación no siempre se cumple, sobre todo en los países de origen. Sin embargo, y como bien ha advertido el profesor Álvarez Osorio, *«no podemos ignorar que, tras el llamado derecho a la documentación se esconde el derecho fundamental a la propia identidad, a un nombre y a una biografía, que si bien es cierto que no tienen reflejo directo en ninguno de los derechos fundamentales de nuestra Constitución, son la base sobre la que descansa el sentido, es decir, el para qué, de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos que se predicán de personas individuales y concretas».*

El propio artículo distingue entre la documentación expedida por las autoridades del país de procedencia, y la expedida por las autoridades españolas. A la documentación expedida por el país de procedencia le es aplicable el artículo 61.1.c) de la propia Ley de Extranjería, en el que se prevé *«la retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida».* Respecto a la documentación expedida por las autoridades españolas, le es aplicable el régimen jurídico del DNI por la remisión que la Ley de Extranjería hace a la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana.

La estancia de un extranjero en España, ya sea de corta duración o estancia temporal o de larga duración, necesita la obtención de una autorización de entrada en el país.

La documentación básica es el pasaporte o título de viaje y la TIE (documento personal e intransferible que tiene la finalidad de dotar y acreditar a los extranjeros su situación de permanencia legal en España, siempre que sea por un periodo superior a superior a 6 meses), correspondiendo a su titular el deber de custodiarlos y conservarlos.

2.3.2. Derecho a la libre circulación

El artículo 5 de la Ley de Extranjería define los términos en que el derecho fundamental de libertad de circulación puede ser ejercido por los extranjeros que se encuentran en España estableciendo a tal efecto que:

- «1. *Los extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de esta Ley, tendrán derecho a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por los tratados y las leyes, o las acordadas por la autoridad judicial, con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición en el que el extranjero tenga la condición de imputado, víctima o testigo, o como consecuencia de sentencia firme.*

2. *No obstante, podrán establecerse medidas limitativas específicas cuando se acuerden en la declaración de estado de excepción o de sitio, en los términos previstos en la Constitución, y, excepcionalmente por razones de seguridad pública, de forma individualizada, motivada y en proporción a las circunstancias que concurran en cada caso, por resolución del Ministro del Interior, adoptada de acuerdo con las garantías jurídicas del procedimiento sancionador previsto en la Ley. Las medidas limitativas, cuya duración no excederá del tiempo imprescindible y proporcional a la persistencia de las circunstancias que justificaron la adopción de las mismas, podrán consistir en la presentación periódica ante las autoridades competentes y en el alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente.*

El derecho a la libre circulación se trata de un derecho cuya titularidad según el artículo 19 CE corresponde a los españoles. Sin embargo el Tribunal Constitucional admite que el legislador orgánico o internacional extienda este derecho a los extranjeros.

Por lo que se refiere al contenido del derecho hay que subrayar que se produce solo en parte una equiparación con lo establecido por el artículo 19 CE para los españoles.

En este sentido, la Ley de Extranjería establece en su artículo 53.1.a) que tendrá la consideración de infracción grave *«encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente»*.

A pesar de que la sanción prevista en la Ley para las infracciones tipificadas como graves es una multa, la propia norma dispone que cuando la conducta así tipificada sea realizada por un extranjero ésta podrá ser sustituida por su expulsión del territorio español (art. 57.1), si bien en ningún caso podrán imponerse ambas sanciones de forma conjunta, es decir, la multa y la expulsión, como consecuencia de la naturaleza sancionadora de la expulsión y de la aplicación del principio non bis in idem.

De otra parte, la Ley de Extranjería prevé la salida obligatoria del territorio español de estos ciudadanos en los supuestos de *«... falta de autorización para encontrarse en España»* (art. 28.3). Por lo tanto, la estancia de forma irregular en territorio español de un nacional de un tercer país podría conducir inexorablemente a su salida o expulsión del territorio español, si bien esta decisión dependerá, en última instancia, del órgano administrativo que adopte la resolución sancionadora.

A mayor abundamiento, Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (desde ahora Reglamento de Extranjería) dispone en su art. 24.1 que en las resoluciones administrativas que se dicten en los supuestos de falta de autorización para encontrarse en España habrá de advertirse a los interesados *«... de la obligatoriedad de su salida del país...»*.