

LA LEY DE EXTRANJERÍA VIOLA DIRECTAMENTE CINCO TRATADOS INTERNACIONALES QUE VINCULAN A ESPAÑA.

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO*

I. INTRODUCCIÓN GENERAL

Desde el punto de vista jurídico y político, cada Estado regula el derecho de las personas a entrar en su territorio, el derecho a permanecer en él y el derecho a salir del mismo. Apenas existen pues, reglas comunes entre los mismos Estados, salvo las insertas fundamentalmente en tratados de Derechos Humanos.

Normalmente los Estados diferencia entre nacionales y extranjeros; en la Unión Europea habremos de incluir asimismo a los ciudadanos de la UE que viven en el territorio de un Estado distinto a aquel del que sean nacionales. A esas categorías han de sumarse la de los refugiados y la de los apátridas.

No voy a examinar ahora la multipolar problemática que suscita la inmigración en general. Tampoco me centraré en un aspecto tan interesante como la conexión entre Derechos Humanos y expulsión de extranjeros¹.

Conviene recordar que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social² era modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre³. Si repasamos la vigente Ley de Extranjería y la comparamos con algunos tratados que obligan a España, observaremos un problema ciertamente curioso: Algunas de las normas de la Ley violan directamente o contradicen frontalmente tratados internacionales que obligan a España, tratados cuyos preceptos España se ha comprometido a cumplir; éste será pues, el objeto del presente estudio.

* Universidad de Zaragoza.

¹ Consultar mi monografía titulada «La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos», Egido Editorial, Zaragoza 1998.

² *BOE* de 12 de enero de 2000.

³ *BOE* de 23 de diciembre de 2000. Consultar Pascual Aguelo Navarro y Aurelia Álvarez Rodríguez, Ley de Extranjería. Addenda incluida la modificación de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza-Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001. Su reglamento era aprobado por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, y publicado en el *BOE* el 21 de julio de 2001.

Partiremos de un aspecto teórico, las relaciones entre el Derecho Español y los tratados internacionales que obligan a España. Nos centraremos después en el núcleo: La Ley de Extranjería (en ocho de sus normas) viola directamente la Convención europea de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención de Derechos del Niño y el Convenio nº 87 de la Organización Internacional del Trabajo.

II. DERECHO ESPAÑOL Y TRATADOS INTERNACIONALES .

Para analizar esta materia, voy a detenerme momentáneamente en el valor jurídico de los tratados internacionales en el derecho español; pondré de relieve en segundo lugar la especial importancia de los tratados de DH en la Constitución Española; haré después referencia a algunos tratados de DH que vinculan u obligan a España.

a) El valor jurídico de los tratados en el derecho español.

En el Derecho Internacional Público afirmamos que las normas internacionales (insertas o no insertas en los tratados)⁴ priman sobre cualquier norma interna; o sea, si se produce un choque o una discrepancia o una contradicción entre una norma internacional y otra interna, debe prevalecer siempre la norma internacional.

Los Estados aceptan esta primacía; por eso, admiten que ningún Estado puede invocar normas de derecho interno para justificar el incumplimiento o violación de un tratado internacional⁵.

Partiendo de estas ideas, conviene que nos preguntemos cuál es el valor jurídico de los tratados en el derecho español. Pues bien, leyendo la Constitución Española afirmamos que los tratados tienen un valor jurídico infraconstitucional pero supralegal:

- Decimos que **los tratados tienen un valor jurídico infraconstitucional** porque deben respetar las normas constitucionales. Si existe un tratado que se oponga a la Constitución y España desea convertirse en parte en ese tratado, primero ha de modificarse la Constitución⁶.

⁴ Las costumbres internacionales y los principios generales del derecho, sobre todo.

⁵ Art. 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

⁶ Por eso afirma el art. 95, 1º: «La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional». Ello se produjo ya en 1992, cuando se revisó el art. 13 de la Constitución, para adecuarlo al Tratado de Maastricht.

La Ley de Extranjería viola directamente cinco tratados...

– Decimos que **los tratados tienen un valor jurídico supralegal**, porque son superiores a las leyes internas y ello tiene dos importantes consecuencias:

1.^a Las normas de un tratado internacional no pueden ser modificadas ni derogadas ni suspendidas por ninguna ley interna, sino deben serlo por los procedimientos establecidos en Derecho Internacional, como exige el art. 96, párrafo 1º de la Constitución⁷.

2.^a Las leyes internas de un Estado deben adecuarse a los tratados, deben respetar lo que dicho Estado se ha comprometido a cumplir; si no se produce ese respeto, el Estado viola el tratado e incurre en responsabilidad internacional.

b) Especial importancia de los tratados de DH en la Constitución española

Existe además otro aspecto que resulta relevante en esta cuestión: La especial importancia de los tratados de DH en la Constitución española. El art. 10, 2.º, de la Constitución observa que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Por tanto España debe cumplir los tratados en los que sea parte; pero, además la Declaración Universal de Derechos Humanos (que no es un tratado) y los tratados de DH obligatorios para España también deben ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar los derechos protegidos por la Constitución o las leyes.

¿Cuál es la finalidad última de esta norma? El evitar que los tribunales españoles interpreten los DH de un modo restrictivo y los limiten e incluso los desnaturalicen.

El Tribunal Constitucional español ha aplicado el art. 10, 2.º, de la Constitución en numerosas ocasiones; especialmente interesante parece la sentencia 113/1992⁸, en la cual –refiriéndose al art. 14, 5.º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹– señala que esa disposición del Pacto constitu-

⁷ Que dice: «Los tratados internacionales, válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser modificadas, derogadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional».

⁸ De 14 de septiembre de 1992, fundamento jurídico 6.

⁹ Que protege el derecho de todo condenado a apelar su condena ante un tribunal superior.

ye «un límite infranqueable a la libertad de configuración normativa del legislador».

Por tanto, dado su carácter supralegal, los tratados limitan la libertad del legislador, a la hora de adoptar leyes. Pues bien, en la vigente Ley de Extranjería el actual legislador ha franqueado o ha traspasado ese límite de una manera arbitraria.

Realzando el valor del art. 10, 2.º, de la Constitución española, el Tribunal Constitucional ha observado en numerosas ocasiones que los DH deben interpretarse teniendo en cuenta las normas de la Declaración Universal y de los tratados de DH obligatorios para España y contando también con las decisiones de los órganos internacionales de protección, que aplican esos tratados; frecuentemente las mismas sentencias del Tribunal Constitucional español se apoyan en tales decisiones, especialmente en las sentencias del Tribunal Europeo de DH¹⁰.

c) Referencia a algunos tratados de DH que obligan a España

Recordaré ahora algunos tratados de DH que obligan a España. Son tratados celebrados en el ámbito del Consejo de Europa, de las Naciones Unidas o de la Organización Internacional del Trabajo.

En el ámbito del Consejo de Europa destaca la Convención Europea de DH, firmada en Roma en 1950 y modificada nada menos que por 12 protocolos adicionales. La Convención Europea de DH es sin duda el tratado internacional más efectivo en la protección de los mismos.

Esta Convención Europea protege derechos civiles y políticos; pues bien, estos derechos se atribuyen a todas las personas dependientes de la jurisdicción de los Estados partes, ya sean nacionales, extranjeros, apátridas o refugiados¹¹; además se atribuyen sin discriminación alguna¹².

Pero lo más importante de la Convención Europea de DH es el capítulo dedicado al órgano de protección, el Tribunal Europeo de DH. A este Tribunal (con sede en Estrasburgo) pueden acudir los Estados y los particulares demandando a un Estado parte en la Convención que haya violado algún derecho protegido. Las sentencias dictadas por el Tribunal obviamente son obligatorias.

En el ámbito de las Naciones Unidas, hay que destacar, sobre todo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de

¹⁰ Consultar Carlos F. Ponce Martínez, «Interpretación de tratados por el Tribunal Constitucional español. Especial referencia a los tratados de Derechos Humanos», Tesis Doctoral inédita, Universidad «Miguel Hernández» de Elche, 2000, pp. 1-783.

¹¹ Art. 1 de la Convención.

¹² Art. 14 de la Convención.

La Ley de Extranjería viola directamente cinco tratados...

Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos adoptados en 1966; además hay que recordar la Convención de Derechos del Niño, de 1989.

En estos tres casos nos encontramos con derechos protegidos muy importantes, pero con órganos de protección bastante débiles; ninguno de los órganos de protección es un tribunal, sino que son comités, con mayores o menores competencias dependiendo de cada tratado¹³.

Desgraciadamente España no es parte en la Convención de 1990 sobre los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares, también adoptada en el ámbito de las Naciones Unidas; en cuanto a los derechos protegidos se trata, a mi entender, del texto internacional más completo en esta materia¹⁴.

Sobresalen asimismo algunos Convenios firmados en el seno de la Organización Internacional del Trabajo; especialmente importante es el Convenio n.º 87, relativo a la libertad sindical.

Todos estos tratados de DH (salvo la Convención de 1990, sobre los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares) obligan o vinculan a España porque ésta ha manifestado libremente su consentimiento, porque así lo han decidido los órganos correspondientes.

III. LA LEY DE EXTRANJERÍA VIOLA LA CONVENCIÓN EUROPEA DE DH, LOS DOS PACTOS DE LA ONU, LA CONVENCIÓN DE DERECHOS DEL NIÑO Y EL CONVENIO n.º 87 DE LA OIT

Entremos ahora en un examen comparativo entre la vigente Ley de Extranjería y los tratados de DH antes citados. Tal examen demuestra que algunas normas de la Ley de Extranjería violan claramente normas de esos tratados internacionales.

Me referiré tan sólo a las contradicciones directas, a los choques frontales entre normas de la Ley y normas de tratados internacionales; además pueden existir contradicciones indirectas, sobre todo en el derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros que sufren un proceso de expulsión, de devolución o de retorno.

¹³ Consultar mi ponencia «Mecanismos internacionales de protección de DH: Una visión crítica», en Seminario de Investigación para la Paz, «Los Derechos Humanos, camino hacia la paz», Zaragoza 1997, pp. 31 y ss.

¹⁴ No en vigor, sólo ratificada por Estados de origen de inmigrantes. Ver A. Álvarez Rodríguez, «Contenido Jurídico de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990», *Migraciones* n.º 5, 1999, pp. 121 y ss.

Esas normas son las siguientes:

- El art. 7 de la Ley, que protege la libertad de reunión.
- El art. 8 que protege la libertad de asociación.
- El art. 9 que nos habla del derecho a la educación.
- El art. 10 que proclama el derecho al trabajo y a la seguridad social.
- El art. 11 que se refiere a la libertad de sindicación y de huelga.
- El art. 14 que protege el derecho a la seguridad social.
- El art. 16, que recoge el derecho a la vida en familia y
- El art. 22, que reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Podemos hablar así de cinco conjuntos normativos: Las libertades de reunión, asociación y sindicación y el derecho de huelga, por un lado; el derecho al trabajo y a la seguridad social, por otro; el derecho a la educación, en tercer lugar, el derecho a la vida familiar, en cuarto término, y, finalmente, el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

a) La Ley no respeta las libertades de reunión, asociación y sindicación ni el derecho de huelga de los inmigrantes

La Ley de Extranjería dice en sus arts. 7, 8 y 11 que los extranjeros disfrutará del derecho de reunión, de asociación, de sindicación y de huelga pero añade una limitación inaceptable: Afirma que estos derechos los extranjeros «**sólo podrán ejercerlos cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España**».

En otras palabras, tienen esos derechos pero las personas indocumentadas o las insuficientemente documentadas no pueden ejercerlos hasta que no tengan los documentos exigidos por el Derecho español. Por tanto, esas personas carecen realmente de tales derechos, han sido privadas de ellos por la Ley de Extranjería.

Por eso escribe Manuel Aragón que «entender que “todos los extranjeros son titulares” de los derechos pero que “sólo los residentes los pueden ejercer”, además de ser una impropiedad jurídico-dogmática es emplear un lenguaje confuso para encubrir (con una especie de falso pudor) una realidad: la de que si un mayor de edad no incapacitado tiene la titularidad y no el ejercicio del derecho no tiene entonces, en el presente, derecho alguno»¹⁵.

Comparemos ahora esas normas con la Convención Europea de DH. Su art. 11 protege las libertades de reunión y asociación, observando: «Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación,

¹⁵ «¿Es constitucional la nueva Ley de Extranjería?», *Claves de Razón Práctica* n.º 112, 2001, pp. 11-12.

La Ley de Extranjería viola directamente cinco tratados...

incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses».

Podemos detenernos en el derecho a la libre sindicación; en la Convención Europea este derecho incluye la libertad de negociación colectiva y de huelga, como indica el Tribunal Europeo de DH en varias sentencias.

Pues bien, el art. 11 de la Convención Europea permite que estos derechos se restrinjan pero cumpliendo las siguientes cuatro condiciones:

- Que las restricciones se prevean en la Ley; esta condición la cumple la Ley de Extranjería.
- Que las restricciones sean «necesarias en una sociedad democrática»; privar de los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga a algunos extranjeros no es una medida «necesaria en una sociedad democrática»; por el contrario, es una medida antidemocrática.
- Que las restricciones sean proporcionadas al fin perseguido; parece que el fin perseguido por la Ley de Extranjería es el de evitar la inmigración ilegal; pues bien, ese fin no puede ser logrado mediante la privación de estos derechos a los extranjeros indocumentados o insuficientemente documentados; la violación de unos DH atribuidos a todas las personas no constituye una medida proporcionada al fin perseguido.
- Que obedezcan a motivos como la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás. Tampoco parece razonable que se alegue uno de estos motivos para privar de estos derechos a los extranjeros indocumentados o insuficientemente documentados.

No puede olvidarse en la misma dirección el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo art. 22, párrafo 3.º, señala: «Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho a la sindicación, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de manera que pueda menoscabar esas garantías».

El Convenio n.º 87 de la OIT dice en su art. 2: «Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de 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».

No hace falta conocer mucho las normas jurídicas para comprobar que los términos «sin ninguna distinción» prohíben a España adoptar una norma como

el art. 11 de la Ley de Extranjería, que priva a los trabajadores extranjeros indocumentados o insuficientemente documentados de crear sindicatos y de afiliarse a ellos.

Finalmente destacaré que el art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también protege «el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección». Y si el citado Pacto dice «toda persona», ese derecho se atribuye a toda persona, nacional o extranjera, documentada o indocumentada.

Por lo tanto, la Ley de Extranjería (en sus arts. 7, 8 y 11) viola claramente la Convención Europea de DH, ambos Pactos Internacionales y el Convenio n.º 87 de la OIT.

b) La Ley no respeta su derecho al trabajo y a la seguridad social

Otra norma de la Ley de Extranjería inequívocamente impugnable desde la perspectiva de los tratados de DH que obligan a España es la contenida en su artículo 10. Dice su párrafo 1.º: «Los extranjeros, que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen, tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al Sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente». Se afirman ahora dos derechos: El derecho al trabajo y el derecho a la seguridad social.

Respecto al derecho al trabajo, comparando esta norma con el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, comprobaremos asimismo el choque frontal entre ambas. El art. 6 de este Pacto señala: «Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho».

Tampoco hace falta poseer grandes conocimientos jurídicos para observar que este derecho se atribuye en el Pacto a toda persona, nacional o extranjera, documentada suficientemente o no.

Por otro lado, los Estados deben tomar medidas adecuadas para garantizar ese derecho; privar de él a los trabajadores extranjeros indocumentados o insuficientemente documentados no es desde luego una medida adecuada para garantizar este derecho. Luego también en este aspecto España viola inequívocamente sus compromisos internacionales asumidos mediante un tratado.

Respecto al derecho a la seguridad social, la Ley (en sus arts. 10 y 14) también lo atribuye tan sólo a los extranjeros residentes. Pues bien, ambas normas violan el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

La Ley de Extranjería viola directamente cinco tratados...

cuyo art. 9 señala que «los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social»¹⁶.

c) La Ley no respeta el derecho a la educación de los inmigrantes

Pasemos ahora al derecho a la educación. La Ley de Extranjería dice en el párrafo 1.º de su art. 9: «Todos los extranjeros menores de 18 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».

Esta norma no viola las previsiones de los tratados de DH que vinculan a España; por el contrario, parte de la no discriminación entre españoles y extranjeros y concede a todos el mismo derecho a la educación básica.

Pero el párrafo 3.º de este mismo art. 9 nos dice: «Los extranjeros residentes tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles». Por tanto, esta norma abre la enseñanza no obligatoria únicamente a los extranjeros residentes, privando de la misma a los indocumentados o insuficientemente documentados.

El párrafo 3.º del art. 9 choca directamente con tres tratados vinculantes para España: La Convención Europea de DH, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención de Derechos del Niño.

La Convención Europea de DH recoge en su Protocolo adicional n.º 1 (que también obliga a España) la siguiente afirmación: «A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción» (art. 2).

La norma también resulta nítida: A nadie, tampoco a los extranjeros indocumentados o insuficientemente documentados, se le puede negar el derecho a la instrucción; según el Tribunal Europeo de DH, este derecho incluye el acceso a los centros de enseñanza existentes en un momento dado; ese acceso debe concederse a todos, sin ninguna discriminación, como exige el art. 14 de la misma Convención.

El art. 9, 3.º, de la Ley de Extranjería resulta a la vez claramente incompatible con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966. El art. 13 de este Pacto, párrafo 2.º, apartado c), indica: «La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la

¹⁶ La violación se produce en los párrafos 1 y 2 del art. 14 de la Ley, pues su párrafo 3.º –respetando las normas mínimas de los DH– atribuye a todas las personas («cualquiera que sea su situación administrativa») el derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas.

implantación progresiva de la enseñanza gratuita». Pues bien, ese «todos» engloba a todas las personas que se hallen en el territorio de un Estado y no permite excluir a los indocumentados ni a los insuficientemente documentados.

Finalmente, la Convención de Derechos del Niño, que también obliga a España, en su art. 28, párrafo 1.º, apartado c), atribuye el derecho de acceso a la enseñanza superior a todos, sobre la base de la capacidad de cada persona. De nuevo queda clara la incompatibilidad entre la Ley de Extranjería y los tres tratados citados, que obligan a España.

d) La Ley no respeta el derecho a la vida familiar de los inmigrantes.

El art. 16, párrafo 1.º, de la Ley de Extranjería señala que «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 los Tratados internacionales suscritos por España». Nos encontramos nuevamente ante una norma que, de manera curiosa, viola los mismos tratados que pretende aplicar.

En efecto, leyendo el art. 8, párrafo 1.º, de la Convención Europea de DH, podremos comprobar cómo «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia». Por tanto, ese derecho corresponde a toda persona, sea nacional o extranjera, documentada o indocumentada.

En la misma dirección puede aducirse el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo art. 17 prohíbe cualquier injerencia arbitraria o ilegal en la familia de las personas. Completando el panorama recordaré la Convención de Derechos del Niño; su art. 16 protege este mismo derecho y su art. 8 obliga a los Estados partes a preservar las relaciones familiares del niño.

Otra vez se produce pues, el choque frontal entre el art. 16 de la Ley de Extranjería y los tres tratados internacionales citados, que obligan o vinculan a España.

e) La Ley no respeta su derecho a la asistencia jurídica gratuita

El derecho a la asistencia jurídica gratuita significa que nadie puede quedarse sin defensa ante los tribunales porque carezca de recursos económicos. Si no se tienen recursos, los Estados ponen a disposición de las personas los abogados de oficio.

El párrafo 1.º del art. 22 de la Ley de Extranjería dice que los extranjeros, que se hallen en España y carezcan de recursos, tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan conducir a la denegación de su entrada, a su devolución o a su expulsión; tie-

La Ley de Extranjería viola directamente cinco tratados...

nen el mismo derecho en los procedimientos relativos al asilo. Si no comprenden o no hablan la lengua oficial que se utilice en el procedimiento, también tienen derecho a un intérprete.

Este párrafo no suscita ningún problema de compatibilidad con los citados tratados de DH. Pero el derecho a la asistencia jurídica gratuita y a un intérprete sólo lo extiende la Ley de Extranjería a todos en esos cuatro casos (denegación de entrada, devolución, expulsión y asilo).

¿Qué sucede con la asistencia jurídica gratuita en otros casos? Sucede que el art. 22, en su párrafo 2.º, lo extiende sólo a los residentes, a los documentados, que prueben insuficiencia de medios económicos; ciertamente los residentes tienen tal derecho en iguales condiciones que los españoles. Pero los indocumentados o insuficientemente documentados no disfrutan de ese derecho y aquí surge de nuevo el choque con normas internacionales.

La Convención Europea de DH, en su art. 6, señala que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída por un tribunal independiente e imparcial y a defenderse por sí misma o mediante un defensor y «si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio» (párrafo 3.º, apartado c).

En la misma dirección, el art. 14, párrafo 2.º, apartado d), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos protege el derecho de toda persona «a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios para pagarlo».

Ese derecho a la asistencia jurídica gratuita lo tienen pues, según los dos tratados internacionales citados, todas las personas, indocumentadas, insuficientemente documentadas o plenamente documentadas. Además lo tienen en todo tipo de procesos. Por tanto, el art. 22, párrafo 2º, de la Ley de Extranjería viola directamente dichos tratados.

IV. CONCLUSIÓN: LA LEY DE EXTRANJERÍA ES INCOMPATIBLE CON LA CONSTITUCIÓN Y CON LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES ASUMIDAS POR ESPAÑA

En el presente estudio he constatado que ocho normas de la Ley de Extranjería violan directamente obligaciones asumidas por España mediante tratados de DH; la Convención Europea de DH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención de Derechos del Niño y el Convenio n.º 87 de la OIT están directamente afectados por dicha violación.

Esta constatación tiene dos importantes consecuencias: La Ley viola claramente dos normas constitucionales y, al resultar incompatible con las obliga-

ciones internacionales asumidas por España, la aplicación de la Ley puede acarrear la responsabilidad internacional de España.

1.^a La Ley de Extranjería viola el art. 10, párrafo 2 de la Constitución española (que exige que los DH en España se interpreten de acuerdo con la Declaración Universal y con los tratados de DH que vinculen a España). Viola a su vez el art. 96, 1.º, de la Constitución, pues desconoce el carácter supralegal de los tratados, o sea, deroga normas de los propios tratados de DH.

2.^a La violación de los citados tratados implica que España, al aplicar la Ley, incurre en responsabilidad internacional y puede ser llevada ante los órganos internacionales de protección de los DH, sobre todo ante el Tribunal Europeo de DH, corriendo un muy serio riesgo de ser condenada por estos órganos.

La historia de los DH puede sintetizarse en una permanente lucha contra la arbitrariedad, en un inacabable combate a favor de la igualdad y de la libertad o a favor de la libertad y de la igualdad.

En este combate, los redactores de la Ley de Extranjería se han alineado claramente en contra de los DH y a favor de la arbitrariedad. Una arbitrariedad indefendible jurídicamente, tan sólo defendible desde la óptica de una ciega política del poder.