

Expediente: 20/2001

Órgano: Pleno

Objeto: Recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, interpuesto por el Parlamento de Navarra.

Dictamen: 26/2001, de 29 de mayo

DICTAMEN

En Pamplona, a 29 de mayo de 2001,

el Pleno del Consejo de Navarra, integrado por don Enrique Rubio Torrano, Presidente; don José Antonio Razquin Lizarraga, Consejero-Secretario; y los Consejeros don Pedro Charro Ayestarán, don Joaquín Salcedo Izu, don José María San Martín Sánchez, don Eugenio Simón Acosta y don Alfonso Zuazu Moneo,

siendo Ponente don José Antonio Razquin Lizarraga,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

Primero.

El día 23 de marzo de 2001 tuvo entrada en el Consejo de Navarra un escrito del Presidente del Parlamento de Navarra en el que, de conformidad con el art. 19.1 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra (desde ahora LFCN), se recaba dictamen preceptivo, a tenor de lo dispuesto por el art. 16.1.d) de la LFCN, sobre el recurso de inconstitucionalidad a interponer por el Parlamento de

Navarra contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, según propuesta elevada por la Junta de Portavoces al Pleno de la Cámara, mediante acuerdo de 22 de enero de 2001.

A dicho escrito se acompañan el acuerdo citado de la Junta de Portavoces y la propuesta de interposición del mencionado recurso formulada por tres Grupos Parlamentarios.

Segundo.

Los Grupos Parlamentarios de Izquierda Unida de Navarra-Nafarroako Ezker Batua, Convergencia de Demócratas de Navarra y Eusko Alkartasuna/Eusko Alderdi Jeltzalea-Partido Nacionalista Vasco, mediante escrito ingresado en el Registro General del Parlamento de Navarra el día 20 de marzo de 2001, presentan propuesta de acuerdo para la interposición por la Cámara de recurso de inconstitucionalidad contra el artículo primero puntos 5, 6, 7, 9, 12, 13, 14, 16, 20, 50, 53 y 56 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Dicho escrito se articula en tres epígrafes: exposición de motivos; fundamentos del recurso de inconstitucionalidad, donde, prescindiendo de consideraciones de carácter general, se analiza individualizadamente cada disposición fijando los concretos preceptos de la Constitución y de los Tratados Internacionales que pueden haber sido vulnerados y fundamentando esa posible vulneración en la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y la legitimación del Parlamento de Navarra.

A la vista de dicho escrito, la Junta de Portavoces del Parlamento de Navarra, en sesión celebrada el día 22 de marzo de 2001, estimando fundada la propuesta y la

legitimación de la Cámara, acordó interponer ante el Tribunal Constitucional recurso de inconstitucionalidad contra los apartados 5, 6, 7, 9, 12, 13, 14, 16, 20, 50, 53 y 56 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; así como encomendar a los Servicios Jurídicos de la Cámara la formalización del correspondiente recurso de inconstitucionalidad.

Tercero.

Con posterioridad, el Pleno del Parlamento de Navarra, en sesión celebrada el 23 de marzo de 2001, acordó la interposición del mencionado recurso de inconstitucionalidad contra tales preceptos de dicha Ley Orgánica (Diario de Sesiones del Parlamento de Navarra, V Legislatura, núm. 41, de 23 de marzo de 2001).

Cuarto.

El Pleno del Consejo de Navarra, en sesión celebrada el día 2 de mayo de 2001, adoptó el acuerdo de ampliar en 30 días naturales el plazo en curso para evacuar el presente dictamen. Dicho acuerdo fue notificado al Presidente del Parlamento de Navarra el 3 de mayo de 2001.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Carácter preceptivo del dictamen.

A/. El Presidente del Parlamento de Navarra, como se ha reseñado en los antecedentes, recaba dictamen preceptivo sobre la interposición de recurso de inconstitucionalidad por la Cámara contra los apartados 5, 6, 7, 9, 12, 13, 14, 16, 20, 50, 53 y 56 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (en

adelante LO 8/2000), de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en lo sucesivo, LO 4/2000). La LO 8/2000 aparece publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 307, de 23 de diciembre de 2000.

De conformidad con el artículo 16.1.d) de la LFCN, citado en la consulta, el presente dictamen ha de emitirse con carácter preceptivo por el Pleno del Consejo de Navarra, por versar sobre la interposición de un recurso de inconstitucionalidad. Por su parte, de acuerdo con lo previsto en el artículo 27.4 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo de Navarra, aprobado por Decreto Foral 90/2000, de 28 de febrero, en este caso se ha solicitado el dictamen simultáneamente a la adopción del acuerdo de interposición del recurso de inconstitucionalidad.

B/. El presente dictamen, a tenor del artículo 1.2 de la LFCN, versará sobre la adecuación jurídico-constitucional de la LO 8/2000, sin entrar ni contener valoraciones de oportunidad o de conveniencia. La citada LO 8/2000 se mueve en un plano indudablemente político, en un marco en el que son posibles opciones políticas diversas, que este Consejo no puede entrar a considerar, limitándose su ponderación a un contraste estrictamente jurídico.

C/. El alcance de nuestro examen ha de ceñirse al concreto ámbito de la consulta que nos ha sido formulada. En consecuencia, el presente dictamen examinará solamente los preceptos de la LO 8/2000 a los que se contrae la impugnación constitucional del Parlamento de Navarra, conforme a la documentación remitida y a los antecedentes expuestos.

Por ello, el examen de fondo de tales preceptos de la LO 8/2000 exige su contraste con la Constitución. A tal fin, habremos de partir de la consideración de la propia Ley Orgánica impugnada para perfilar su contenido, finalidad y alcance, para después determinar el marco jurídico general de aplicación a modo de

consideraciones generales que iluminen el posterior análisis, y entrar luego en el examen de cada uno de los concretos preceptos o apartados objeto de recurso, concluyendo si se consideran constitucionales o contrarios a la Constitución.

II.2ª.La Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

Para aprehender el sentido y alcance de la LO 8/2000, parece conveniente una sucinta alusión a la evolución de la regulación postconstitucional de la extranjería. El punto de partida es la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de los derechos y libertades de los extranjeros en España (en lo sucesivo, LO 7/1985). Frente a determinados preceptos de esta Ley Orgánica interpuso recurso de inconstitucionalidad el Defensor del Pueblo, que fue estimado parcialmente por la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 115/1987, de 7 de julio, a la que más adelante se aludirá. No obstante, interesa constatar que dicha LO 7/1985 refería el ejercicio de los derechos de libre circulación (artículo 6), reunión (artículo 7), de asociación (artículo 8), a la educación (artículo 9) y de afiliación sindical y de huelga (artículo 10) a los extranjeros que se hallen legalmente en España. Y esta Ley Orgánica, con las correcciones introducidas por el Tribunal Constitucional en la STC 115/1987, ha constituido hasta fechas bien recientes la norma legal que, en concreción del artículo 13.1 de la Constitución, ha regulado el Derecho de extranjería en España. En desarrollo de la misma, se aprobó el Reglamento de ejecución inicialmente por Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo. Además, la incorporación de España a las Comunidades Europeas motivó, en virtud de los Tratados, el reconocimiento de un régimen singular o privilegiado de extranjería a los ciudadanos de los Estados miembros, recogido en el Real Decreto 1099/1986, de 26 de mayo, sobre entrada, permanencia y trabajo en España de ciudadanos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas; posteriormente derogado y sustituido por el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio (objeto de ulteriores modificaciones).

Los cambios producidos desde tal fecha motivaron que, una década después, se adoptase un nuevo Reglamento de ejecución de la citada LO 7/1985, aprobado por Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, que deroga el precedente de 1986. Sin perjuicio de ulteriores referencias al mismo en el momento oportuno, puede ahora indicarse que su Capítulo preliminar (“Derechos y libertades de los extranjeros en España”) se integra por cuatro Secciones: la primera, sobre derechos y libertades en general, viene a reproducir los términos de los artículos 13.1 de la Constitución y 4.1 de la LO 7/1985; la segunda (“Derechos subjetivos”) garantiza a los extranjeros en el territorio español -sin distinción-, en igualdad de condiciones con los españoles, los derechos que son inherentes a las personas (artículo 2.1), el derecho a la educación (artículo 2.2) y el derecho a la asistencia letrada en caso de detención y a ser asistidos por intérprete, si no comprenden o hablan el castellano, y de forma gratuita en el caso de que careciesen de medios económicos (artículo 2.3); la tercera (“Derechos de los extranjeros que se encuentren legalmente en territorio español”) incluye la residencia y libre circulación (artículo 2), reunión y asociación (artículo 4), sindicación y huelga –que se predicen de los trabajadores- (artículo 6), educación y libertad de enseñanza (artículo 7), asistencia y prestaciones sociales (artículo 8), protección a la salud (artículo 9), fundación y libertad de empresa (artículo 10) y acceso al ejercicio de profesiones tituladas (artículo 11); y la cuarta (“Menores extranjeros”) remite con carácter general a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España en 1990 (en adelante, CNUDÑ), en cuanto a la educación a la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (en lo sucesivo, LOGSE), y a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (desde ahora, LOPJM).

En esta situación normativa -una Ley Orgánica de Extranjería de 1985, con un nuevo Reglamento de ejecución de 1996- se aprueba la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Una Ley que, respecto el régimen anterior, reconoce a todos los extranjeros que se encuentren

en España el ejercicio de los derechos de reunión, de asociación –aunque en este caso se limita su promoción a los residentes-, a la educación y de sindicación y huelga –aquí con referencia a los trabajadores-. La LO 4/2000 es en su mayor parte orgánica, pero incorpora, a tenor de su disposición final cuarta, determinados preceptos ordinarios -que carecen del carácter de orgánicos- (artículos 10, 12, 13 y 14), cuyo dictado se justifica competencialmente en el artículo 149.1.2ª de la Constitución.

La LO 8/2000 ha modificado la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. La LO 8/2000 consta de tres artículos, dos disposiciones adicionales, cuatro transitorias, una derogatoria y cinco finales. A decir de su exposición de motivos, la modificación se justifica en las consideraciones siguientes:

- Durante la vigencia de la LO 4/2000 se han detectado aspectos en los que la realidad del fenómeno migratorio supera las previsiones de la norma.

- La necesaria conformidad de nuestra normativa con los compromisos asumidos por España en el ámbito de Unión Europea, en concreto las conclusiones de la cumbre de Tampere sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

- La consideración presente y futura de la situación y características de la población extranjera en España, regulándose la inmigración desde la consideración de ésta como un hecho estructural, siendo España tanto un país de destino de los flujos migratorios como de tránsito hacia otros Estados.

- Un planteamiento global y coordinado del tratamiento del fenómeno migratorio en España, desde la óptica conjunta del control de flujos, de la integración de los residentes extranjeros y del codesarrollo de los países de origen.

- En relación con el Título I, se alude, con referencia a lo acordado en el Consejo Europeo celebrado en Tampere, a la garantía de un trato justo a los nacionales de terceros países que residieran legalmente en el territorio de sus Estados miembros.

- Las reformas en el Título II parten de la premisa de establecer un régimen de situaciones y permisos que incentiven a los extranjeros a entrar y residir en nuestro país dentro del marco de la regularidad, frente a la entrada y estancia irregular; adaptándolo a lo establecido en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen del que España forma parte.

- En el Título III, relativo a las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador, se han introducido modificaciones que pueden sintetizarse en dos apartados: medidas relativas a la lucha contra la inmigración ilegal y mejora de los mecanismos para evitar la inmigración ilegal. Además, se ha introducido como infracción sancionable con expulsión la permanencia de forma ilegal en el territorio español, como mecanismo de control de la inmigración ilegal equiparable al de otros Estados miembros de la Unión Europea.

La propia exposición de motivos alude a su respeto constitucional, al señalar que la modificación del Título I ha perseguido cumplir el mandato constitucional del artículo 13 que establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I de la misma, en los términos que establezcan los Tratados y la Ley, así como la Jurisprudencia al respecto del Tribunal Constitucional. Se ha conjugado –añade– este mandato constitucional con los compromisos internacionales adquiridos por España, especialmente como país miembro de la Unión Europea. Aspecto que se refleja en la modificación del artículo 3 (Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas), que reitera el mandato

del artículo 13.1 de la Constitución y fija el trato igualitario entre españoles y extranjeros como criterio interpretativo general.

El artículo primero de la LO 8/2000, integrado por 62 puntos o apartados, lleva a cabo la modificación de distintos preceptos de la LO 4/2000, a los que da, total o parcialmente, nueva redacción, con la incorporación de algunos nuevos artículos. En él se incluyen las modificaciones de los artículos a los que se refiere el recurso de inconstitucionalidad formulado por el Parlamento de Navarra. Además, la disposición final primera de la LO 8/2000 atribuye a determinados preceptos el rango de Ley Orgánica (apartado 1) e indica que los restantes, carentes de carácter orgánico, se entienden dictados al amparo del artículo 149.1.1ª y 2ª de la Constitución (apartado 2); lo que también entraña una modificación respecto del régimen precedente. Asimismo, habilita al Gobierno para que, en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor, dicte el Reglamento de la LO 4/2000 (disposición final segunda de la LO 8/2000).

Finalmente, dos breves consideraciones: una sobre la condición de extranjero y otra sobre las situaciones de los extranjeros. De acuerdo con el artículo 1 de la LO 4/2000 (también modificado por la LO 8/2000), se consideran extranjeros a los que carezcan de la nacionalidad española (apartado 1), si bien gozan de un régimen especial los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo, que, pese a la supresión de la explícita referencia a ellos en el primitivo artículo 1.2 de la LO 4/2000, ha de entenderse preservado por la salvedad a los tratados internacionales que se incluye en el nuevo apartado 2.

Las situaciones de los extranjeros (artículos 27 a 32 de la LO 4/2000, parcialmente modificados y renumerados por la LO 8/2000, pasando a ser los artículos 29 a 35) son tres: estancia, residencia temporal y residencia permanente (artículo 29.1) y deberán ser autorizadas por el Ministerio del Interior (artículo 29.2), siendo extranjeros residentes los que hayan obtenido un permiso de residencia

temporal o permanente (artículo 29.3). La situación de estancia es la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a noventa días (artículo 30.1), transcurrido el cual es preciso para permanecer en España obtener una prórroga de estancia, que no podrá ser superior a otros noventa días, o una autorización de residencia (artículo 30.2). Seguidamente se regula el régimen de las situaciones de residencia temporal (artículo 31), de residencia permanente (artículo 32), el régimen especial de los estudiantes (artículo 33), la residencia de apátridas, indocumentados y refugiados (artículo 34) y la residencia de menores (artículo 35).

II.3ª.El marco constitucional: los derechos de los extranjeros en la Constitución, la doctrina del Tribunal Constitucional y los Tratados Internacionales.

A/. El marco constitucional: los artículos 13 y 10 de la Constitución.

El inexcusable punto de partida de nuestro análisis ha de estar necesariamente presidido por el texto constitucional, que contiene una cláusula general sobre los derechos de los extranjeros. En efecto el artículo 13 de la Constitución dice así:

“1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.

2. 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.

3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo.

4. La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”.

El transcrito precepto constitucional ha de interpretarse dentro del marco global de la propia Constitución. Su inclusión dentro del Título I, sobre los derechos

y deberes fundamentales, lo conecta con el artículo 10 de la Carta Magna, que reza así:

- “1. 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.
2. 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”.

Una primera aproximación a tales preceptos muestra, de un lado, que las fuentes para determinar el *status* constitucional de los extranjeros son la Constitución, los tratados internacionales y las leyes –especialmente, la Ley Orgánica de extranjería, en cuanto desarrollo de aquel precepto constitucional-, así como la doctrina del Tribunal Constitucional. Y, de otro, el artículo 13.1 reconoce a los extranjeros el disfrute de los derechos fundamentales del Título I, si bien en los términos que fijen los tratados y las leyes. Ello lleva a tener en cuenta los términos en que se formula o reconoce cada derecho en el propio texto constitucional, pero muestra también la tensión entre los dos incisos o polos del precepto.

Antes de entrar en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre tales preceptos, en la esfera que ahora interesa, referida al denominado Derecho de extranjería, conviene recordar escuetamente el significado de los derechos fundamentales y de la dignidad de la persona.

La dignidad de la persona constituye un *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos, como demuestra su inclusión recogida en el artículo 10 de la Constitución a la cabeza del título donde se concretan los derechos fundamentales, así como la propia dicción del citado precepto que configura el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona humana como germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes (STC 53/1985, de 11 de

abril, FJ 3). En palabras del Tribunal Constitucional, “nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás. La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general” (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8). Se trata, por tanto, de un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4).

Los derechos fundamentales tienen, a su vez, no sólo una dimensión subjetiva, sino también una dimensión objetiva en cuanto elementos estructurales o esenciales del ordenamiento jurídico de la comunidad nacional; doble naturaleza que se recoge en el artículo 10.1 (STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5). En palabras de la STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 4), “los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el artículo 10 de la Constitución, el «fundamento del orden jurídico y de la paz social»”.

Ello no significa que los derechos fundamentales sean absolutos, de modo que cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga en un estado de indignidad, produciéndose entre ambos un régimen de concurrencia normativa, no de

exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan el derecho fundamental como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente, si bien los límites de los derechos fundamentales han de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos (STC 254/1988, de 21 de diciembre, FJ 3).

B/. Doctrina del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones sobre los derechos de los extranjeros, fijando un cuerpo de doctrina, cuyos trazos más relevantes es menester consignar, como punto de partida del ulterior análisis a realizar.

La STC 107/1984, de 23 de noviembre, señala que la exigencia del requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo, no se opone a la Constitución. Para alcanzar dicha conclusión, sienta una trascendental doctrina que puede agruparse en los apartados siguientes:

a) La interpretación del artículo 13.1 de la Constitución (FJ 3):

“A tenor del art. 13 de la Constitución, «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley». Ello supone que el disfrute de los derechos y libertades -el término «libertades públicas» no tiene obviamente un significado restrictivo- reconocidos en el título primero de la Constitución se efectuará en la medida en que lo determinen los tratados internacionales y la ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas, de modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del tratado o la ley. No supone, sin embargo, tal previsión que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los

extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan 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, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal. Esta configuración puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que, conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español. 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.

b) La posibilidad de utilizar la nacionalidad como factor diferenciador en determinados casos (FJ 3):

“Puede también, sin embargo, introducir la nacionalidad como elemento para la definición del supuesto de hecho al que ha de anudarse la consecuencia jurídica establecida y en tal caso, como es obvio, queda excluida a priori la aplicación del principio de igualdad como parámetro al que han de ajustarse en todo caso las consecuencias jurídicas anudadas a situaciones que sólo difieren en cuanto al dato de la nacionalidad, aunque tal principio haya de ser escrupulosamente respetado en la regulación referida a todos aquellos situados en identidad de relación con el dato relevante”.

c) De ahí que sea preciso distinguir entre diferentes tipos de derechos, a efectos de la protección constitucional de los extranjeros (FJ 4):

“El problema de la titularidad y ejercicio de los derechos, y más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, que es el tema aquí planteado, depende, pues, del derecho afectado. Existen derechos que corresponden por 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 artículo 23 de la Constitución según

dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.

En el presente caso, la igualdad pretendida por el demandante lo es para la contratación laboral, es decir, para el ejercicio del derecho al trabajo. Y tanto porque no existe tratado ni ley que establezcan la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo -lo hay para la titularidad y ejercicio de los derechos laborales una vez producida la contratación, con excepciones-, como porque la propia Constitución sólo reconoce el derecho al trabajo para los españoles, no resulta posible la estimación del recurso”.

d) En relación con el derecho al trabajo es, por tanto constitucional, la exigencia de la autorización de residencia para su ejercicio (FJ 4):

“Constitucionalmente no resulta exigible la igualdad de trato entre los extranjeros -incluidos los hispanoamericanos, pues no hay diferencia ninguna en favor de ellos- y los españoles en materia de acceso al trabajo y no existe tratado que así lo imponga, ya sea multilateral o bilateral, pues los Convenios entre España y Uruguay que invoca el demandante no tienen el significado de excluir el permiso de residencia como se pretende. La existencia de una legislación que, según la interpretación de los Tribunales, exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo, no se opone, pues, a la Constitución. La desigualdad resultante en relación a los españoles no es, en consecuencia inconstitucional y no porque se encuentre justificada en razones atendibles, sino, más sencillamente, porque en esta materia nada exige que debe existir la igualdad de trato”.

La precedente doctrina constitucional constituye jurisprudencia consolidada, luego reiterada en posteriores Sentencias. Dos son los ejes de esta doctrina: en primer lugar, la remisión de las condiciones y contenido –en los términos- a los tratados y las leyes del disfrute por los extranjeros de los derechos fundamentales no supone la desconstitucionalización de tales derechos, que siguen siendo derechos constitucionales; y en segundo lugar, la clave reside en el tipo concreto de derecho de que en cada caso se trate. De la clasificación tripartita de los derechos respecto de los extranjeros, destaca la dicotomía entre: los derechos de la persona en cuanto tal y

no como ciudadano, o sea aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, corresponden por igual a los españoles y extranjeros; y, en cambio, los restantes derechos de los extranjeros son de configuración legal de acuerdo con lo que dispongan las leyes y tratados internacionales, de suerte que, reconocidos tales derechos por un tratado internacional o por la ley, entra en juego el artículo 13.1 en relación con el correspondiente precepto constitucional que recoge el concreto derecho fundamental de que se trate.

En el primer grupo de derechos –inherentes a la dignidad humana- están de acuerdo con la propia STC 107/1984, el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc.. Ya la STC 53/1985 (FJ 8, seguida por las SSTC 242/1994 y 91/2000) ha incluido, con carácter general, dentro de este bloque esencial e inderogable de derechos de la persona los siguientes derechos: a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15 de la Constitución), a la libertad de ideas y creencias (artículo 16 de la Constitución), al honor a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículo 18 de la Constitución). Criterio que ha proyectado específicamente respecto de los derechos de los extranjeros, con referencia al derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc. (SSTC 107/1984, FJ 4; 130/1995, FJ 2; y 95/2000, FJ 3).

Tal catálogo no es cerrado. En palabras de la STC 91/2000, de 30 de marzo, “la Constitución Española salvaguarda absolutamente aquellos derechos y aquellos contenidos de los derechos «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo... aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana» (STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 4; en el mismo sentido, SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 2 y 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2). Para precisar, en concreto, cuáles son esos derechos y esos contenidos de derecho que la CE proclama de modo absoluto y, en consecuencia, proyecta universalmente, hemos de partir, en cada caso, del tipo abstracto de derecho y de los intereses que básicamente protege (es decir, de su contenido esencial, tal y como lo definimos en

las SSTC 11/1981, de 8 de abril; 101/1991, de 13 de mayo y ATC 334/1991) para precisar si, y en qué medida, son inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos”.

Dentro de este grupo ha de incluirse el derecho a la tutela judicial efectiva, según la STC 99/1985, de 30 de septiembre, que dice así:

“Uno de estos derechos es el que «todas las personas tienen ... a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales», según dice el artículo 24.1 de nuestra Constitución; ello es así no sólo por la dicción literal del citado artículo («todas las personas ...»), sino porque a esa misma conclusión se llega interpretándolo, según exige el artículo 10.2 de la CE, de conformidad con el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, con el artículo 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, y con el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, textos en todos los cuales el derecho equivalente al que nuestra Constitución denomina tutela judicial efectiva es reconocido a «toda persona» o a «todas las personas», sin atención a su nacionalidad”.

Como ya se ha adelantado, la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo, resuelto por la STC 115/1987, de 7 de julio, que estimó parcialmente el recurso. Son varios los aspectos que –a los efectos aquí interesados- conviene resaltar de esta Sentencia. Desde la óptica ahora seguida, la STC 115/1987 reitera la inclusión en el primer grupo del derecho a la tutela judicial efectiva (FJ 4) y añade el derecho a la libertad del artículo 17 de la Constitución (FJ 1); en cambio, incluye los derechos de reunión y asociación entre aquellos de configuración legal, cuyos términos para los extranjeros resultan, además de los tratados, de las leyes. Y en este extremo la Sentencia incorpora un relevante matiz. En efecto, aunque elude un pronunciamiento general sobre la situación constitucional de los extranjeros (FJ 1) y tampoco aborda – pues no se planteó- la exigencia de que los extranjeros se hallen legalmente en

España requerida por la LO 7/1985, fija –en relación con los derechos de reunión y de asociación- la siguiente interpretación del artículo 13.1 de la Constitución (FJ 3):

“El art. 13.1 de la Constitución reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros, a los que es de aplicación también el mandato contenido en el art. 22.4 de la Constitución. Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales”.

Según esta Sentencia, el legislador en materia de extranjería, aunque pueda regular de distinta manera los derechos fundamentales de los extranjeros respecto de los españoles, ha de respetar las prescripciones constitucionales configuradoras de un derecho fundamental o los límites implícitos o explícitos que el contenido constitucionalmente garantizado de estos derechos ha de tener.

El voto particular a la STC 115/1987 (de los Magistrados don Francisco Rubio Llorente, don Francisco Tomás y Valiente y don Fernando García-Mon) disiente del fallo con una diferente interpretación del artículo 13.1, que, por aludir a una de las cuestiones suscitadas, conviene recoger. La minoría dice así:

“Frente a tal interpretación creemos que el citado art. 13.1, al emplear sólo la locución «libertades públicas», excluyendo la de «derechos fundamentales» implica, en primer lugar, que también los extranjeros gozan de los derechos enunciados en términos genéricos por la propia Constitución y que son inherentes a la dignidad humana para utilizar la expresión empleada en las SSTC 107/1984 y 93/1985. Significa también, sin duda, en segundo término, que el legislador español está obligado a otorgar a los extranjeros que viven legalmente en España el uso de las libertades públicas que garantiza el Título I, pero, también sin duda, que esas libertades no tienen otro contenido que aquel que establezcan los tratados y la ley.

Estas libertades públicas, entre las cuales hay que incluir sin duda las de reunión y asociación, no pueden ser suprimidas a los extranjeros por el legislador, que actuaría al hacerlo contra el inciso inicial del art. 13 de la C.E., pero ello no impide que el legislador pueda configurarlas del modo que juzgue más adecuado, excluyendo de su disfrute a conjuntos determinados genéricamente (como por ejemplo hace el art. 7 de esta misma Ley, en aquella parte no impugnada ni considerada inconstitucional por nuestros colegas, en la que niega a los extranjeros no residentes la libertad de manifestarse o de celebrar reuniones públicas en lugar cerrado) o reduciendo su contenido a sólo una fracción del que esa misma libertad tiene cuando se predica de los españoles (como hace, por ejemplo, el art. 10 de la Ley al negar a los extranjeros el derecho a fundar sindicatos, que forma parte, sin embargo, del derecho consagrado por el art. 28.1 de la Constitución).

No cabe decir, ciertamente, que el legislador español no se vea de alguna manera limitado a regular las libertades públicas de los extranjeros, pero estos límites no derivan de los enunciados constitucionales que consagran las libertades públicas de los españoles, sino de los tratados internacionales, bien porque éstos imponen un trato especial para los nacionales de Estados determinados, bien sea porque obligan al Estado español en relación con todos los extranjeros, sea cual fuere su origen. Estos límites que nacen del texto de los arts. 13.1 y 10.2 de la Constitución y cuya existencia permite afirmar que España se encuentra sin duda entre aquellos países que más lejos han llegado en la garantía constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros, vienen dados, en lo que a este caso respecta, por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 (ratificado por España el 27 de abril de 1977) y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (ratificado por España el 10 de octubre de 1979). Ambos Tratados (arts. 21 y 22 del Pacto Internacional y art. 11 del Convenio de Roma) autorizan en efecto al legislador nacional para sujetar el uso de esas libertades «a las restricciones que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas, o los derechos o libertades de los demás», finalidades a las que el Convenio de Roma añade aun la de prevención del delito.

Basta un somero examen de los arts. 7 y 8, que nuestros colegas consideran inconstitucionales, para evidenciar que las restricciones que, en relación con los españoles, se imponen a los extranjeros en el disfrute de las libertades de asociación y de reunión encajan holgadamente en las que los Tratados internacionales autorizan y que, por lo tanto, el legislador español no ha traspasado ni de lejos los únicos límites que indirectamente la Constitución impuso a su libertad de configuración”.

Por otra parte, el Tribunal constitucional ha declarado que los derechos al trabajo, a las prestaciones sociales o a la salud son derechos de configuración legal, que se reconocerán a los extranjeros de acuerdo con lo que dispongan los tratados internacionales y las leyes. La STC 150/1994, de 23 de mayo, otorga el amparo a un extranjero por infracción del artículo 14 de la Constitución en un procedimiento de despido, al estimar equivalente la tarjeta expedida por las autoridades españolas para las personas originarias de Ceuta y Melilla a la posesión de permiso de trabajo. Esta Sentencia constitucional reitera la doctrina de la STC 107/1984, en el sentido de que el art. 13.1 CE conlleva que el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el Título I, por parte de los extranjeros, «se efectuará en la medida en que lo determinen los Tratados internacionales y la Ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas, de modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del Tratado o la Ley», estando reconocido el derecho al trabajo en el artículo 35 de la Constitución sólo a favor de los españoles, por lo que no cabe extenderlo a los extranjeros, salvo que exista una disposición que así lo prevea, como, a diferencia del supuesto entonces resuelto, ocurre en el presente caso.

En la misma línea, la STC 130/1995, de 11 de septiembre, estima el recurso de amparo formulado por un trabajador del mar de nacionalidad marroquí contra la denegación de las prestaciones por desempleo, por entender que se infringe el principio de igualdad, ante la existencia de una norma comunitaria europea que determina que los trabajadores del Reino de Marruecos se beneficiarán en el sector de la seguridad social de un régimen caracterizado por la ausencia de cualquier discriminación basada en la nacionalidad con respecto a los propios nacionales de los Estados miembros donde estén empleados. El razonamiento de esta STC dice así (FJ 2):

“Como en la STC 107/1984, viene a plantearse aquí una cuestión de igualdad de los ciudadanos extranjeros respecto de los españoles, es decir, ahora la de si deben ser tratados igualmente en cuanto a la percepción de la prestación por desempleo. Y conviene recordar que, según dicha sentencia interpretó, «existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación debe ser igual para ambos (los imprescindibles para la garantía de la dignidad humana); existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contiene); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio».

Doctrina de la cual se desprende que el derecho que el recurrente invoca como vulnerado (por discriminación en razón de su ciudadanía marroquí) de percibir la prestación por desempleo en igualdad con los trabajadores españoles del mismo sector, dependerá de que por ley o por tratado internacional aplicable ese derecho le esté atribuido como a los españoles, porque en tal supuesto le alcanzarán, como a éstos, los beneficios del régimen público de Seguridad Social a los que se refiere el art. 41 CE.

La relevancia constitucional, pues, del derecho invocado por el recurrente está subordinada a la existencia de su reconocimiento por ley o tratado, de suerte que, si el mismo no existiera, no sería exigible la igualdad de trato que se invoca ya que a este Tribunal corresponde sólo enjuiciar sobre la eventual infracción, al aplicar las normas citadas, de algún precepto constitucional que reconozca derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo [arts. 53.2, 161.1 b) CE y 41 LOTC]”.

Igual criterio luce en la STC 95/2000, de 10 de abril, que otorga el amparo en asunto relativo a la concesión del beneficio de asistencia sanitaria a ciudadana rumana que convivía con el recurrente. La Sentencia comienza reiterando la doctrina de que los extranjeros gozan en nuestro país de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la dignidad humana en condiciones plenamente equiparables a los españoles; no así en lo que respecta a los derechos de participación, pero son titulares de aquellos otros derechos que se establezcan en tratados y leyes. El derecho a beneficiarse de la asistencia sanitaria entra en este último grupo o tipo, por lo que se disfrutará en las condiciones fijadas por las normas correspondientes. La doctrina fijada (FJ 3) es la siguiente:

“Con el fin de situar correctamente los términos en los que, desde la perspectiva constitucional, debe ser valorada la decisión del órgano judicial, es preciso tener en cuenta que en la resolución del caso concurrían, efectivamente, dos órdenes normativos, tanto el relativo a la asistencia sanitaria prestada por el sistema de Seguridad Social, como el referido a los derechos en esta materia de los extranjeros en nuestro país.

No es intrascendente recordar a estos efectos que la jurisprudencia de este Tribunal ha venido definiendo el alcance de la proyección del principio de igualdad y no discriminación sobre los derechos y libertades de los extranjeros, a los que se refiere el art. 13.1 CE, al establecer que gozarán en España de las libertades públicas garantizadas en el Título I, si bien en los términos que establezcan los Tratados y la Ley. Desde nuestra STC 107/1984, de 23 de noviembre, hemos mantenido que ni la expresión misma de libertades públicas ha de interpretarse en sentido restrictivo, ni tal remisión supone que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a ellas, sino que supone, únicamente, el reconocimiento de éstas con arreglo a su configuración legal. Y así, como declaramos en dicha Sentencia y hemos reiterado en las SSTC 99/1985, de 30 de septiembre, y 130/1995, de 11 de septiembre, los extranjeros gozan en nuestro país, 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 (art. 10.1 CE); por contra, no es posible el acceso a otro tipo de derechos (como los reconocidos en el art. 23 CE, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contiene) y, finalmente, existe 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.

Pues bien, en lo que se refiere al supuesto que nos ocupa, preciso es advertir que tanto el mantenimiento del sistema público de Seguridad Social (art. 41 CE) como el reconocimiento del derecho a la salud (art. 43 CE) y, consecuentemente, la obligación de los poderes públicos de organizarla y tutelarla mediante las medidas, prestaciones y servicios necesarios (art. 43 CE) se contienen en el Título I del texto constitucional, lo que permite establecer la relación entre ellos y la previsión ya mencionada del art. 13.1 CE, deduciéndose el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria en las condiciones fijadas por las normas correspondientes. Así se desprende también de la regulación vigente a la fecha de los hechos (art. 4 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España) y del actual art. 3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, a cuyo tenor «los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley Orgánica». En el mismo sentido cabe citar los arts. 8 y 9 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, en desarrollo de la anterior Ley Orgánica de 1985, y que sustituyó al anterior Real Decreto 1119/1986,

de 26 de mayo, norma aplicable en el momento en el que el recurrente solicitó el derecho denegado”.

Asimismo, la STC (Sala Segunda) 137/2000, de 29 de mayo, aunque desestimatoria del recurso de amparo contra denegación a interno extranjero en centro penitenciario del permiso de salida, reitera esa doctrina general con remisión a la STC 107/1987, señalando (FJ 1) que no se puede discriminar en relación con el disfrute de este tipo de permisos penitenciarios por causa de la nacionalidad, en este caso francesa, del solicitante.

En definitiva, la Constitución no perfila de forma cabal la posición constitucional de los extranjeros en España, apoderando en su artículo 13.1 al legislador para conformar dicho status, pero sin poder incidir sobre los derechos inherentes a la dignidad humana que corresponden a todos por igual y respetando el estándar mínimo de los tratados internacionales y las prescripciones de la Constitución para los restantes derechos. Como resume la STC 242/1994, la doctrina general sobre el artículo 13.1 de la Constitución es la siguiente:

“Efectivamente, en esta doctrina, se admite que el art. 13 CE autoriza al legislador a establecer restricciones y limitaciones a los derechos fundamentales que puedan disfrutar los extranjeros en España. Pero esta posibilidad no es incondicionada. De entrada, no podrá afectar a aquellos derechos «que pertenecen a la persona en cuanto tal, y no como ciudadano o, dicho de otro modo, ... aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 10.1 CE, constituye fundamento del orden político español» (STC 99/1985, fundamento jurídico 2.º). Y, adicionalmente, al contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los Tratados Internacionales suscritos por España (SSTC 115/1987, fundamento jurídico 3.º; 107/1984, fundamento jurídico 3.º; ó 99/1985, fundamento jurídico 2.º), pues una cosa es «autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales» (en el mismo sentido, STC 112/1991, fundamento jurídico 2.º)”.

C. Los Tratados internacionales: especial referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El artículo 13.1 de la Constitución remite los derechos de los extranjeros, entre otros, a los términos que establezcan los tratados internacionales. A su vez, el artículo 10.2 llama para la interpretación de los derechos y libertades fundamentales a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Y el artículo 96 de la Constitución establece la vinculación de los tratados internacionales, válidamente celebrados una vez publicados oficialmente en España, como parte integrante del ordenamiento jurídico, añadiendo que sólo cabe su derogación, modificación o suspensión en la forma prevista en los mismos o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

Por ello, han de ser en cada caso considerados los tratados internacionales en materia de derechos y libertades fundamentales. Entre otros, sin perjuicio de la posterior consideración en cada materia de los que resulten de aplicación, los siguientes: la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada y proclamada por Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948 (en lo sucesivo, DUDH); el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH), adoptado en Roma el 4 de diciembre de 1950 (Instrumento de Ratificación de 26 de noviembre de 1979), con posteriores modificaciones y Protocolos anexos, en particular el Protocolo núm. 7 sobre extranjeros (suscrito por España el 19 de marzo de 1985 y pendiente de ratificación); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC), hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (Instrumento de Ratificación de 13 de abril de 1977); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP), hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (Instrumento de Ratificación de 13 de abril de 1977); y la Carta Social Europea,

hecha en Turín el 18 de octubre de 1961 (Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980).

No obstante, el Tribunal Constitucional ha declarado que el artículo 10.2 no sirve de base para una pretensión autónoma de amparo (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 3) ni puede ser autónomamente infringido, “pues esta norma se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales, de un lado, y los Convenios y Tratados Internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro” (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5).

El Tribunal Constitucional ha prestado especial consideración al CEDH y ha recepcionado la jurisprudencia emanada en su aplicación e interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en sucesivo, TEDH). La STC 91/2000, de 30 de marzo, en recurso de amparo sobre procedimiento de extradición, dice así:

“Especial relevancia revisten, en ese proceso de determinación, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el art. 10.2 CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado. Por eso, desde sus primeras sentencias este Tribunal ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, 78/1982, de 20 de diciembre y 38/1985, de 8 de marzo) y, muy singularmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, firmado en Roma en 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo (SSTC 36/1984, de 14 de marzo, 114/1984, de 29 de noviembre,

245/1991, de 16 de diciembre, 85/1994, de 14 de marzo y 49/1999, de 5 de abril”.

Ello hace oportuna una sucinta alusión al contenido del CEDH. Los derechos que éste reconoce pueden clasificarse en tres grupos: 1°. Los derechos intangibles o inderogables, como son el derecho a la vida (artículo 2 CEDH), la prohibición de tortura, tratos degradantes e inhumanos (artículo 3), la prohibición de esclavitud y de servidumbre (artículo 4) y el respeto al principio de legalidad penal e irretroactividad de las penas más severas (artículo 7); 2°. Los derechos mínimos, como son la prohibición de trabajos forzados u obligatorios (artículo 4, párrafo 2), el derecho a la libertad y seguridad (artículo 5), el derecho a un proceso equitativo, público y en plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, en litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación penal, presunción de inocencia y derechos de defensa del acusado (artículo 6); el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia (artículo 12), el derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional respecto de los derechos protegidos por el Convenio (artículo 13) y el principio de no discriminación en el goce de los derechos reconocidos en el Convenio (artículo 14); y 3°. Los derechos restringidos, como son el derecho al respeto a la vida familiar y privada, del domicilio y de la correspondencia (artículo 8), libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 9), libertad de expresión, de opinión y de recepción o comunicación de informaciones o ideas (artículo 10) y libertad de reunión y asociación, incluyendo la fundación de sindicatos y la afiliación a los mismos (artículo 11). Las restricciones a estos últimos derechos han de estar previstas en la ley y ser necesarias en una sociedad democrática para la consecución de determinados bienes dignos de protección; y asimismo, los artículos 10, 11 y 14 no pueden ser interpretados en el sentido de prohibir a los países signatarios imponer restricciones a las actividades políticas de los extranjeros (artículo 16).

Por otra parte, el Protocolo adicional núm. 4 (no ratificado por España) regula la libertad de circulación (artículo 1) y prohíbe la expulsión de los nacionales (artículo 3) y las expulsiones colectivas de extranjeros (artículo 4). Y el artículo 1 del Protocolo adicional núm. 7 (todavía no ratificado por España) otorga a los extranjeros que residan legalmente en el territorio de un Estado determinados derechos de defensa en caso de expulsión (apartado 1), que podrá ser anterior al ejercicio de tales derechos cuando sea necesaria en interés del orden público o se base en motivos de seguridad nacional (apartado 2).

Es también menester una breve referencia a la jurisprudencia del TEDH a los efectos aquí interesados. En primer lugar, las restricciones a los derechos restringidos están sometidas a determinados límites (prescritas por la ley, objetivos legítimos y necesarias en una sociedad democrática) y han sido objeto de interpretación restrictiva conforme a un canon de proporcionalidad (Sentencias del TEDH de 25 de marzo de 1985, caso Barthold contra Alemania; y de 18 de enero de 2001, caso Chapman contra Reino Unido); incluido el artículo 16 del Convenio (Sentencia TEDH de 27 de abril de 1995, caso Piermont contra Francia, apartados 60 a 64, sobre ejercicio de libertades del artículo 10 por ciudadana alemana, miembro del Parlamento Europeo, en la Polinesia Francesa).

En segundo lugar, el TEDH ha reconocido reiteradamente que los Estados tienen el derecho, como una cuestión arraigada de Derecho internacional y sujeta a las obligaciones de los tratados incluido el Convenio, a controlar la entrada, residencia y expulsión de extranjeros (Sentencia TEDH de 15 de noviembre de 1996, caso Chahal contra Reino Unido, apartado 73). De ahí que la expulsión de los extranjeros, aunque no quepa compararlos en virtud del principio de igualdad con los nacionales tanto del Estado como comunitarios europeos en los Estados integrantes de la Unión Europea (Sentencia TEDH de 18 de febrero de 1991, caso Moustaquim contra Bélgica), haya de respetar, por la irradiación o el denominado efecto rebote de los derechos protegidos, las exigencias del artículo 3 (Sentencias TEDH de 7 de julio

de 1989, caso Soering contra Reino Unido; *Chahal* ya citada; y de 6 de marzo de 2001, caso Hilal contra Reino Unido), el derecho a la vida privada o familiar (Sentencias TEDH ya citada de 18 de febrero de 1991; de 26 de marzo de 1992, caso Beldjoudi contra Francia; de 29 de enero de 1997, caso Bouchelkia contra Francia; y de 26 de septiembre de 1997, caso Mehemi contra Francia) o una pluralidad de derechos protegidos en los artículos 3, 8 y 13 (Sentencia TEDH de 6 de febrero de 2001, caso Bensaid contra Reino Unido).

Y, en tercer lugar, los extranjeros son titulares de los derechos de defensa reconocidos a los acusados en procedimientos criminales por los apartados 1 y 3 del artículo 6 (Sentencia TEDH de 21 de abril de 1998, caso Daud contra Portugal). En cambio, planteada la cuestión de la aplicabilidad del artículo 6.1 a los procedimientos para la expulsión de extranjeros, el TEDH ha declarado lo siguiente: la interpretación del sintagma “derechos y obligaciones civiles” del artículo 6.1 del Convenio ha de ser autónoma dentro del Convenio y no con arreglo al Derecho del Estado parte; teniendo en cuenta el artículo 1 del Protocolo núm. 7, tales procedimientos no conciernen a la determinación de un “derecho civil” a los efectos del artículo 6.1, ni a la determinación de un cargo o acusación criminal, sin que la caracterización interna como sanción sea decisiva para determinar si la sanción es o no criminal por naturaleza; y, por tanto, ha fallado que el artículo 6.1 no es de aplicación (Sentencia de 5 de octubre de 2000, caso Maamouia contra Francia).

D. El Derecho Comunitario Europeo.

La pertenencia de España a la Unión Europea impone asimismo una escueta consideración del Derecho comunitario europeo. Del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea destacan: 1º. Una de las políticas comunitarias europeas versa sobre las medidas relativas a la entrada y circulación de personas, conforme a las disposiciones del Título IV (artículo 3); 2º/ Los artículos 17 a 22 regulan la ciudadanía de la Unión, siendo ciudadano de la Unión toda persona que ostente la

nacionalidad de un Estado miembro (artículo 17.2), siendo los ciudadanos de la Unión titulares de los derechos y sujetos de los deberes previstos en el Tratado (artículo 17.2), entre ellos el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (artículo 18.1); 3º. La libre circulación de trabajadores se refiere a los trabajadores nacionales de los Estados miembros (artículo 39); y 4º. El Título IV (artículos 61 a 69) regula el visado, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, correspondiendo al Consejo adoptar, entre otras, medidas relativas a controles en las fronteras exteriores como es el visado (artículo 62.2) o medidas sobre política de inmigración en los ámbitos de las condiciones de entrada y residencia, y normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar, y la inmigración y la residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales (artículo 63.3).

Además, ha de recordarse en esta materia el acervo de Schengen (Acuerdo y Convenio), sobre supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, incorporado como anexo a los Tratados de la Unión Europea y de la Comunidad Europea por el “Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea” del Tratado de Amsterdam. Recientemente, el Reglamento (CE) Nº 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras interiores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación.

Finalmente, el artículo 7 (antiguo artículo F) del Tratado de la Unión Europea expresa el respeto por la Unión de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (apartado 1), así como el respeto de los derechos humanos tal y como se garantizan en el CEDH (apartado 2). Y el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión han proclamado solemnemente en Niza el 7 de diciembre de 2000 la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

II. 4ª. El apartado 5 del artículo primero de la LO 8/2000: nueva redacción del artículo 7.1 de la LO 4/2000, ahora artículo 7, sobre las libertades de reunión y manifestación.

La LO 8/2000 modifica el artículo 7.1 (“Libertades de reunión y asociación”) de LO 4/2000, que pasa a tener la redacción siguiente:

«Artículo 7. Libertades de reunión y manifestación.

1. Los extranjeros tendrán el derecho de reunión, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España».

La novedad del precepto consiste en el condicionamiento del ejercicio de tales derechos por los extranjeros a la obtención de la autorización administrativa de estancia o residencia; condición o requisito que no se exigía en la LO 4/2000, que lo reconocía a los extranjeros que se encuentren en España.

La propuesta de recurso de inconstitucionalidad -luego aceptada por el Parlamento de Navarra- parte de la siguiente interpretación de dicho precepto legal en su nueva redacción: los extranjeros que se encuentran en territorio español y carezcan de dicha autorización no podrán ejercer ese derecho; lo que, por otra parte, diferencia entre los propios extranjeros. De donde esa limitación es contraria a lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Española en relación con el artículo 16 de la misma, al artículo 20 de la DUDH, a los artículos 2, 3, 18 y 21 del PIDCP y a los artículos 9, 11 y 14 del CEDH. Esa inconstitucionalidad del precepto se fundamenta, a su juicio, a partir de la doctrina fijada en la STC 107/1984, en que el derecho de reunión pacífica y sin armas del artículo 21 de la Constitución se configura como un derecho de la persona en cuanto tal, derivado de la garantía de la dignidad humana, es una libertad pública esencial y está vinculada a la libertad ideológica y religiosa reconocida en el artículo 16 de la Constitución.

Para analizar la constitucionalidad o no del nuevo artículo 7.1 en la redacción dada por la LO 8/2000 es preciso contrastarlo con la Constitución, a la luz de la ya referida doctrina del Tribunal Constitucional. No obstante, es precisa una referencia a los antecedentes normativos postconstitucionales para encuadrar cabalmente el sentido y alcance del precepto examinado.

La LO 7/1985 establecía en el inciso inicial de su artículo 7 lo siguiente: “Los extranjeros podrán ejercitar el derecho de reunión, de conformidad con lo dispuesto en las normas que lo regulan, siempre que se hallen legalmente en territorio español”. No contiene norma específica sobre los extranjeros la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión. El Reglamento de ejecución aprobado por Real Decreto 155/1996 refería tal derecho a los extranjeros que se encuentren legalmente en España. Y la LO 4/2000 reconoce dicho derecho a los extranjeros que se encuentren en España, sin alusión a su situación legal o regular, esto es a todos los extranjeros sin distinción que se hallen en España.

Como se ha indicado más atrás, la STC 115/1987 resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo –entre otros preceptos– contra determinado inciso del citado artículo 7 de la LO 7/1985, que decía “y solicitar del órgano competente su autorización”. El Tribunal señala que “El art. 21.1 de la Constitución afirma genéricamente que «se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas», sin ninguna referencia a la nacionalidad del que ejerce este derecho, a diferencia de otros artículos contenidos en el Título I, donde se menciona expresamente a los «españoles», y a diferencia también de otras Constituciones comparadas donde este derecho expresamente se reserva a los ciudadanos”. No fueron cuestionadas, empero, las expresas exigencias legales tanto para el derecho de reunión como para la promoción de manifestaciones para los extranjeros bien “siempre que se hallen legalmente en territorio español” o bien “deberán tener la condición legal de residentes”. Por ello, esta Sentencia no abordó realmente dicha

cuestión, sino que declaró que el artículo 13.1 de la Constitución permite al legislador fijar condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero respetando las prescripciones constitucionales, pues la autorización de diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros no es una posibilidad para legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales. Frente a este carácter restrictivo de la libertad de configuración del legislador, el Voto particular muestra un criterio más amplio, pues el artículo 13 de la Constitución no impide que el legislador pueda configurar las libertades públicas de los extranjeros del modo que estime más adecuado, “excluyendo de su disfrute a conjuntos determinados genéricamente (como por ejemplo hace el art. 7 de esta misma Ley, en aquella parte no impugnada ni considerada inconstitucional por nuestros colegas, en la que niega a los extranjeros no residentes la libertad de manifestarse o de celebrar reuniones públicas en lugar cerrado) o reduciendo su contenido a sólo una fracción del que esa misma libertad tiene cuando se predica de los españoles (como hace, por ejemplo, el art. 10 de la Ley al negar a los extranjeros el derecho a fundar sindicatos, que forma parte, sin embargo, del derecho consagrado en el art. 28.1 de la Constitución)”. Estas restricciones que, en relación con los españoles, se imponen a los extranjeros encajan holgadamente –según este Voto particular- en las que los tratados internacionales autorizan y no han traspasado ni de lejos los únicos límites que indirectamente impuso la Constitución a su libertad de configuración.

La determinación de los derechos de los extranjeros, en el presente caso con referencia al derecho de reunión, ha de realizarse de acuerdo con lo establecido en los artículos 13 y 21, en relación con el artículo 10, del texto constitucional. De acuerdo con la doctrina constitucional más arriba reseñada, el derecho de asociación se encuadra, no en el primer grupo de derechos, sino dentro de los derechos de configuración legal (STC 115/1987), por lo que el legislador puede regular sus términos respecto de los extranjeros, pero no de manera incondicionada, pues ha de

respetar los tratados internacionales y las prescripciones constitucionales en la materia.

El artículo 21 de la Constitución Española dice en su apartado 1 así: “Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará de autorización administrativa”. Viene a reconocer en términos impersonales y generales el derecho de reunión, excluyendo la sujeción a autorización previa. Así pues, este precepto constitucional que, a diferencia de Constituciones de otros países de nuestro entorno (artículos 8 de la Constitución Alemana, 26 de la Constitución Belga y 11 de la Constitución Griega), no limita tal derecho a los nacionales, ha de conectarse, respecto de los extranjeros, con el artículo 13 del mismo texto constitucional.

La STC 85/1988, de 28 de abril, ha conformado el derecho constitucional de reunión del modo siguiente (FJ 2):

“... el derecho de reunión por el lugar en que se ejercita, comprende dos clases de reuniones que están sometidas a distinto régimen jurídico en el que intervienen matices diferenciadores y, por ello, en evitación de posibles confusiones, debemos adelantar que las consideraciones que aquí hagamos vienen específicamente referidas a las reuniones en lugares de tránsito público, dado que ésta es la calificación que corresponde a la aquí pretendida. Históricamente, el derecho de reunión surge como un derecho autónomo intermedio entre los derechos de libre expresión y de asociación, que mantiene en la actualidad una tan íntima conexión doctrinal con ellos, que bien puede decirse, en una primera aproximación al tema, que el derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria, siendo concebido por la doctrina científica como un derecho individual en cuanto a sus titulares y colectivo en su ejercicio, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto, un cauce del principio democrático participativo, cuyos elementos configuradores son, según la opinión dominante, el subjetivo -una agrupación de personas-, el temporal -su duración transitoria-, el finalístico -licitud de la finalidad- y el real u objetivo -lugar de celebración-.

Respecto a dicha concepción, sólo corresponde aquí destacar como ideas relevantes en este recurso, que, en cuanto al elemento subjetivo, la agrupación de personas en el derecho de reunión viene caracterizada por la nota esencial de ser una concurrencia concertada en la cual existe un cierto grado de vinculación subjetiva de cada persona interviniente en la reunión con los restantes que participan en la misma y, respecto del elemento finalístico, que la finalidad de comunicación pública, en su consideración de elemento interno, común y consustancial a toda clase de reuniones en lugares públicos, en cuyo alcance y efectos no entramos, no es confundible con la concreta finalidad que tenga la reunión, respecto de la cual procede subrayar especialmente que se trata de un elemento externo al puro contenido del derecho de reunión, cuya función se reduce a legitimar el ejercicio de éste en atención a su licitud, de manera que no se incluye en el derecho fundamental aquellas reuniones que tengan una finalidad ilícita.

Estas dos notas esenciales que dejamos destacadas -concurrencia concertada y carácter externo del fin concreto de la reunión- son predicables del concepto de derecho de reunión reconocido en el art. 21 de la Constitución, pues la ausencia de definición del derecho en este precepto constitucional, que también concurre en los arts. 21 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966 y 11 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de Roma, de 4 de noviembre de 1950, viene suplida en el art. 1 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión, cuyos términos permiten sostener que, en nuestro ordenamiento jurídico, son elementos delimitadores o definidores del derecho de reunión, entre otros, el concierto de las personas que reúnen y la presencia de un fin lícito que actúa como condición externa de legitimidad del derecho”.

La STC 66/1995, de 8 de mayo, reitera la transcrita doctrina, recordando también (FJ 3) que:

“También hemos destacado en múltiples Sentencias el relieve fundamental que este derecho «cauce del principio democrático participativo» posee, tanto en su dimensión subjetiva como en la objetiva, en un Estado social y democrático de Derecho como el proclamado en la Constitución. Para muchos grupos sociales este derecho es, en la práctica, uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones”.

Por su parte, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1984, anula la expulsión del territorio

nacional de una extranjera por actividad contraria al orden público, consistente en que en 1979 conduciendo su propio vehículo, provisto de altavoces, recorrió calles de la ciudad de Avila llamando a los ciudadanos a que concurrieran a una manifestación, por razones escolares o docentes, no autorizada. Tal anulación se fundamenta así:

“Que frente a lo argumentado por el representante de la Administración debe, al contrario, sostenerse que los hechos imputados (participación en el llamamiento a una manifestación no autorizada, pero pacífica y estrictamente académica) no encajan razonablemente en el supuesto de infracción previsto en el apartado 2 del artículo 29 del Decreto citado, ya que el derecho de reunión está reconocido en el artículo 21 de la Constitución y en los artículos 11, 20 y 21 del Convenio Europeo, de la Declaración Universal y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente, ratificados por España, sin que pueda ignorarse que el artículo 13 de la Constitución garantiza a los extranjeros el goce de las libertades públicas que garantiza el título I, de la Constitución en los términos que establezcan los tratados y la ley y sin que pueda sostenerse que por el mero hecho de haber participado en el llamamiento a una manifestación estudiantil no autorizada (no se acreditan más extremos, falta toda referencia a incidentes e incluso a la celebración misma de la manifestación etc.) pero de carácter pacífico se estaban realizando actos graves contra el orden público que pudiesen justificar la medida de expulsión temporal decretada sin cumplir trámite alguno al no haber sido oída la interesada, en cuanto que la decisión fue adoptada de plano. En este caso pues (la declaración no tiene mayor trascendencia, al haber transcurrido el plazo de expulsión y no haberse planteado cuestión alguna referente a la responsabilidad o indemnización) la medida es desproporcionada por excesiva al rebasar lo necesario en una sociedad democrática para mantener la seguridad pública, la defensa del orden público, o la protección de los derechos o libertades ajenos; y por ello debe desestimarse el recurso con la subsiguiente confirmación de la sentencia apelada al decretar, por no conformes a Derecho, la nulidad de los acuerdos recurridos, en armonía con lo dicho por la Sala en supuestos análogos - sentencias de 23-9-81 y 18-4-81 etc.- y tal como se preceptúa en los Reales Decretos 1031/80 de 3 de mayo en relación el D. de 2 de junio de 1978 y preceptos concordantes”.

En cuanto a los tratados internacionales, la DUDH (artículo 20.1) reconoce dicho derecho a toda persona, sin perjuicio del límite general al ejercicio de derechos y libertades que establece en su artículo 29.2. El CEDH no configura el derecho de

reunión como un derecho inderogable, sino como un derecho susceptible de restricción (artículo 11), e incluso no puede ser entendido como una prohibición a los países signatarios de imponer restricciones a las actividades políticas de los extranjeros (artículo 16). Y el PIDCP de 1966 reconoce este derecho en términos impersonales, previendo la posibilidad de restricciones (artículo 21).

En efecto, el artículo 11.2 del CEDH, y en parecidos términos el artículo 21 del PIDCP, establecen que el ejercicio de los derechos en él reconocidos (reunión pacífica y asociación, incluido el derecho a fundar, con otras personas, sindicatos y afiliarse a los mismos) “no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas en una ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para 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 ajenos”; sin que el precepto impida la imposición de restricciones legítimas para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía y de la Administración del Estado. Tales limitaciones han de ser objeto de interpretación restrictiva, ponderándose tres requisitos: el establecimiento por ley, los objetivos legítimos perseguidos de acuerdo con los fines fijados por la norma y la necesidad – no utilidad o conveniencia- de tales medidas en una sociedad democrática de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Se reconoce un margen de apreciación nacional, pero este poder de apreciación del legislador no es ilimitado, procediendo una interpretación restrictiva de los límites a la libertad (Sentencias TEDH de 30 de junio de 1993, caso Sigurdur contra Islandia; y de 29 de abril de 1999, caso Chassagnou y otros contra Francia, en relación con el artículo 11.1 del CEDH, respecto del derecho de asociación).

La STC 115/1987 declara –según hemos reseñado- que el artículo 13.1 de la Constitución permite al legislador establecer condicionamientos adicionales para el ejercicio de tal derecho por los extranjeros, respetando siempre el contenido constitucionalmente configurado de dicho derecho. Ha de recordarse que el

legislador no tiene plena disponibilidad en esta materia. En consecuencia, ha de volverse a los artículos 13.1 y 21.1 de la Constitución –así como a su interpretación por el Tribunal Constitucional- y a las obligaciones contraídas por España en los Tratados internacionales, para comprobar si, de acuerdo con ellos, la restricción para los extranjeros -la obtención de autorización administrativa para su ejercicio- que introduce el nuevo artículo 7.1 respeta o no aquellos condicionantes.

La aplicación de tales preceptos y jurisprudencia al precepto ahora analizado exige una previa acotación o delimitación del sentido y alcance del precepto. En efecto, el nuevo artículo 7.1 reconoce el derecho de reunión a los extranjeros sin distinción, pero a renglón seguido exige para su ejercicio la obtención de la autorización administrativa de estancia o residencia en España. Es decir, el reconocimiento de tal libertad es pleno y total, pero se condiciona su ejercicio a la legalidad de la situación –con autorización de estancia o residencia- del extranjero en España.

Dos son, a la postre, las cuestiones que se plantean: en primer lugar, si la exigencia de la condición de estancia o residencia legal en España constituye una restricción propiamente dicha; y, en segundo lugar, si tal limitación cumple las prescripciones constitucionales de tal derecho y las condiciones fijadas por los tratados internacionales.

Ha de comenzarse recordando que el tenor literal del precepto examinado reconoce el derecho de reunión a los extranjeros sin distinción, si bien condiciona su ejercicio a la obtención de autorización administrativa de estancia o residencia en España. Pudiera plantearse el interrogante sobre si tal limitación es una restricción del ejercicio o, en cambio, una ablación del propio derecho que restringe su titularidad. A juicio de este Consejo, los términos del precepto y su consideración en conexión con los límites fijados en tales tratados permiten entender que estamos propiamente ante una limitación o restricción del ejercicio de tales derechos, pues lo

que realmente se condiciona es dicho ejercicio al cumplimiento de determinado requisito. Es más, incluso el término “restricciones” del CEDH permite una interpretación en tal sentido (Sentencia del TEDH de 2 de septiembre de 1998, caso Ahmed y otros contra Reino Unido, sobre limitación del ejercicio de actividades políticas a determinadas categorías de altos funcionarios locales), como resulta de su referencia a determinados colectivos de personas explícitamente mencionados en el precepto (Sentencia TEDH de 20 de mayo de 1999, caso Rekvényi contra Hungría, prohibición de pertenencia a partidos de miembros de la policía) o a los propios extranjeros en el artículo 16 del CEDH.

Sin embargo, que se trate de una restricción al ejercicio del derecho de reunión no es razón suficiente para determinar su adecuación jurídica, pues ha de cumplir con los explícitos y estrictos criterios limitativos fijados en el artículo 11.2 del CEDH. De los tres límites concurrentes que legitiman la fijación de restricciones al ejercicio del derecho de reunión no suscita problema el primero de ellos, pues la limitación está fijada por la ley. Puede admitirse también que se cumple la segunda de las condiciones, esto es, que se persigue un objetivo legítimo subsumible dentro de los fines que determina dicho precepto, en cuanto se pretende salvaguardar la legalidad y regularidad de la situación de los extranjeros en España con una efectiva aplicación de la legislación nacional de extranjería, finalidad que puede cobijarse dentro de los objetivos generales de garantizar la seguridad pública y la defensa del orden. En cambio, mayor complejidad suscita el tercero de los requisitos, es decir, que el condicionamiento impuesto sea necesario en una sociedad democrática, que exista la adecuada proporcionalidad entre la medida impuesta y el fin legítimo perseguido.

Esta ponderación entraña una no desdeñable dificultad, pues ha de realizarse sin sustituir la discrecionalidad que corresponde al legislador y respetando la pluralidad de opciones políticas propias de la esfera legislativa. Los parámetros jurídicos a utilizar son los ofrecidos por los citados preceptos de los Tratados y la

interpretación por el TEDH, así como por la propia Constitución y el Tribunal Constitucional.

Desde tal perspectiva jurídica, la limitación –exigencia de autorización administrativa de estancia o residencia en España- que se impone al ejercicio del derecho de reunión por los extranjeros no supera los cánones constitucional e internacional, atendiendo a los intereses presentes, estructura y contenido esencial del derecho, por las razones siguientes: en primer lugar, el derecho de reunión constituye una manifestación colectiva de la libertad de expresión, operando a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones (STC 85/1988), de suerte que para muchos grupos sociales es, en la práctica, uno de los pocos medios de que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones (STC 66/1995); en segundo lugar, la Constitución (artículo 21.1) prohíbe que su ejercicio se someta a autorización administrativa, debiendo el legislador respetar tal prescripción constitucional (STC 115/1987); en tercer lugar, el carácter esporádico o transitorio del derecho de reunión –frente al derecho de asociación- comporta la ocasionalidad y espontaneidad de su celebración que está exenta de requisitos, así como la pluralidad de fines legítimos y de situaciones que entrañan su ejercicio; y en último término, la escasa –e incluso nula- operatividad práctica de tal restricción, al no existir mecanismo de comprobación por estar prohibido su sometimiento a autorización administrativa, pone de relieve que -en un escrutinio estricto de la medida- no se aprecie su carácter necesario en términos de adecuación y proporcionalidad a la finalidad perseguida.

En consecuencia, el artículo 7 de la LO 4/2000, en la redacción dada por la LO 8/2000, puede considerarse contrario a los artículos 13 y 21 de la Constitución interpretados de acuerdo con los tratados internacionales suscritos en la materia por España.

II. 5ª. El apartado 6 del artículo 1 de la LO 8/2000 que da nueva redacción al artículo 8 (Libertad de asociación).

El artículo 8 en la redacción dada por la LO 8/2000 reza así:

«Artículo 8. Libertad de asociación.

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».

La modificación que la LO 8/2000 introduce mediante la nueva redacción del artículo 8 de la LO 4/2000 es similar a la operada respecto del precepto legal anterior, que acabamos de examinar. El nuevo artículo 8 reconoce a todos los extranjeros el derecho de asociación, conforme a las leyes que los regulan para los españoles, pero añade también “y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”. El nuevo precepto vuelve en cierto modo al régimen de la LO 7/1985 y de su Reglamento de ejecución que reconocían tal derecho a los extranjeros que se encontrasen legalmente en España. Respecto de la LO 4/2000, la novedad reside también aquí en el condicionamiento del ejercicio del derecho de asociación de los extranjeros a la obtención de autorización de su estancia o residencia en España, si bien ésta señalaba que sólo podrán ser promotores los residentes.

La propuesta de recurso de inconstitucionalidad -luego acogida por el Parlamento de Navarra- parte de que los extranjeros que se encuentren en territorio español y carezcan de aquella autorización no podrán ejercer ese derecho, lo que es contrario al artículo 22 de la Constitución Española, a los artículos 2, 3 y 22 del PIDCP, y a los artículos 9, 11 y 14 del CEDH. Entiende que son aplicables aquí los fundamentos referidos al artículo 7 (derecho de libertad civil, un derecho inviolable del hombre) y que tal limitación es contraria a la doctrina de la STC 115/1987.

Por nuestra parte, son trasladables aquí respecto del derecho de asociación de los extranjeros, las consideraciones de antecedentes y doctrina general que antes hemos formulado respecto del derecho de reunión. Ello nos permite entrar ahora directamente en el análisis de la constitucionalidad del artículo 8 en la redacción dada por la LO 8/2000, aludiendo a los aspectos específicos que aquí concurren, para determinar si, a la vista de ellos, supera o no el contraste con la Constitución.

Pues bien, el punto de partida ha de ser el artículo 22 de la Constitución, en cuyo apartado 1 “se reconoce el derecho de asociación” y en su apartado 3 se exige la inscripción de estas asociaciones en un registro a los solos efectos de publicidad. Este precepto ha de ser interpretado de acuerdo con los tratados internacionales en la materia ratificados por España y, respecto de los extranjeros, de acuerdo con la STC 115/1987. Nos encontramos también ante un derecho de configuración legal para los extranjeros, por lo que habrá de estarse a los tratados y las leyes.

Tanto el CEDH (artículo 11) como el PIDCP (artículo 22) reconocen a toda persona el derecho de asociación, pero se trata nuevamente –al igual que con el derecho de reunión- de un derecho cuyo ejercicio puede ser sometido a restricciones de acuerdo con las condiciones ya indicadas en tales preceptos, a los que debe añadirse, respecto de la actividad política de los extranjeros, la limitación adicional del artículo 16 del CEDH. Como hemos indicado, el margen de apreciación conferido al legislador no es, sin embargo, incondicionado, pues ha de respetar los límites fijados por el artículo 11.2 del CEDH y aplicar las restricciones al derecho de modo estricto (Sentencias del TEDH *Sigurdur* de 30 de junio de 1993 y *Chassagnou y otros* de 29 de abril de 1999). Asimismo, las Constituciones de algunos países de nuestro entorno reconocen este derecho a los ciudadanos (artículo 18 de la Constitución Italiana) o a los nacionales (artículos 9 de la Constitución Alemana, 27 de la Constitución Belga y 12 de la Constitución Griega).

La STC 115/1987 declaró la inconstitucionalidad del apartado 2 del artículo 8 de la LO 7/1985, en cuanto al derecho de asociación, pero no afectó –pues no se impugnó- a la condición fijada en su apartado 1 de que se tratase de extranjeros que se encuentren legalmente en España. En lo que ahora interesa, dice (FJ 3):

“Debe admitirse que, de acuerdo a sus propios términos, el artículo 22 de la Constitución, en contraste con otras Constituciones comparadas, reconoce también directamente a los extranjeros el derecho de asociación. En esta línea el art. 8 de la Ley Orgánica 7/1985 reconoce el derecho de asociación de los extranjeros y además también la aplicación a tal derecho de las mismas normas generales aplicables a los españoles. Al mismo tiempo y como única especialidad relevante establece esta posibilidad de suspensión administrativa, pero sólo cuando concurren determinadas circunstancias. El problema también aquí es si el legislador ha respetado o no el contenido preceptivo del art. 22 de la Constitución.

El derecho de asociación reconocido en las modernas Constituciones supone «la superación del recelo» con que el Estado liberal contempló el fenómeno asociativo -STC 67/1985, de 24 de mayo- de ahí que, en su vertiente positiva garantice la posibilidad de los individuos de unirse para el logro de «todos los fines de la vida humana», y de estructurarse y funcionar el grupo así formado libre de toda indebida interferencia estatal.

(...).

El problema así planteado es el de si el art. 13.1 de la Constitución habilita o no al legislador a establecer una excepción para los extranjeros de la regla contenida en el art. 22.4 de la Constitución. El art. 13.1 de la Constitución reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros, a los que es de aplicación también el mandato contenido en el art. 22.4 de la Constitución. Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales”.

El precepto examinado reconoce el derecho de asociación a todos los extranjeros, condicionando su ejercicio a la obtención de la autorización de estancia o residencia en España. Es decir, no se afecta la titularidad –los extranjeros sin

excepción- ni el contenido constitucionalmente fijado del derecho, que será el mismo para los españoles y para los extranjeros. Lo que se restringe es el ejercicio del derecho, que sólo puede ser actualizado por los extranjeros cuando hayan obtenido la autorización de estancia o residencia en España. Ha de analizarse si tal restricción del ejercicio del derecho, que impide su utilización por los extranjeros que carezcan de dichas autorizaciones o en situación de ilegalidad en nuestro país, se ajusta a los límites configurados por dichos tratados internacionales. Dando por sentado - remitiéndonos a lo señalado respecto del derecho de reunión- el cumplimiento de los dos primeros límites referidos a su previsión en una ley y a su finalidad dirigida a un objetivo legítimo, restaría considerar si se satisface el principio de proporcionalidad desde la perspectiva de tratarse de una exigencia necesaria en una sociedad democrática.

La dificultad de un escrutinio desde la doble óptica del contenido esencial del derecho y del principio de proporcionalidad exige partir del concreto derecho de que se trate, tanto su estructura como los intereses presentes. La asociación consiste en una reunión permanente –no esporádica- de personas para servir a un determinado fin lícito creada voluntariamente a través de un acuerdo (cfr. artículo 3 de la todavía vigente Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de asociaciones); esto es, el derecho genérico de asociación alude a la unión estable y permanente de varias personas para la consecución de un fin común, dotándose al efecto de una estructura organizativa. La mayor estabilidad y permanencia de la asociación, así como la creación de derechos y obligaciones para sus integrantes derivados del pacto asociativo, permiten entender que en este caso la restricción introducida para los extranjeros no cercena la configuración constitucional de tal derecho y puede estimarse necesaria para la satisfacción de una determinada política de extranjería basada en la regularidad y legalidad, que le permite superar el criterio de proporcionalidad.

En consecuencia, el artículo 8 no puede tacharse de inconstitucional.

II. 6ª. El apartado 7 del artículo 1 de la LO 8/2000 que da nueva redacción al artículo 9 (Derecho a la educación), en concreto el apartado 3 en relación con el apartado 1 del mismo.

La LO 8/2000 modifica enteramente el artículo 9 de la LO 4/2000, al que da nueva redacción. El nuevo precepto dice así:

«Artículo 9. Derecho a la educación.

1. Todos los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas.

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

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

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

5. 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».

La comparación entre el nuevo precepto y el anterior (versión primitiva de la LO 4/2000) ofrece el resultado siguiente: no se modifica el apartado 1; sí, en cambio, el apartado 2, dedicado a la educación infantil, de carácter voluntario; y el apartado 3 omite la anterior referencia a la educación infantil, pues ahora la concreción del derecho se refiere a los niveles de educación y enseñanza no previstos en el apartado anterior.

La propuesta de recurso de inconstitucionalidad presentada ante el Parlamento de Navarra se ciñe al apartado 3 en relación con el apartado 1 del nuevo artículo 9, considerando que establece el derecho de enseñanza no obligatoria sólo para los extranjeros residentes, lo que vulnera el artículo 27.1 de la Constitución Española en relación con el artículo 39.4 de la Constitución, el artículo 28 de la CNUDÑ y el artículo 26 de la DUDH. Entiende que la nueva redacción del artículo 9 implica que el derecho a la educación de los menores de dieciocho años tiene una doble consideración dependiendo de su residencia legal o no en España, ya que, mientras tras la proclamación inicial del apartado 1, el apartado 3 reconoce el derecho a la enseñanza no obligatoria sólo a los extranjeros residentes. De esta suerte, a su juicio, pudiera ocurrir que los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España pero carezcan de autorización de residencia y hubieran concluido sus estudios de enseñanza básica carecen del derecho a proseguir su escolarización al menos hasta los dieciocho años. También la enseñanza no básica, y por tanto no obligatoria, forma parte del derecho a la enseñanza. La posible restricción de este derecho desde el artículo 13.1 de la Constitución no puede ir más allá de lo que establecido en los tratados internacionales en los que España es parte, en este caso la CNUDÑ, cuyo artículo 28 reconoce el derecho de todos los niños a la educación, entendiéndose por niños a los menores de dieciocho años, con independencia de su nacionalidad o de su situación administrativa.

La remisión del artículo 13.1 de la Constitución a los tratados y las leyes obliga a acudir a tales fuentes relativas a esta materia. La CNUDÑ reconoce a todos los menores de dieciocho años el derecho a la educación y, en particular, el derecho a recibir una enseñanza primaria y obligatoria (artículo 28). Por su parte, la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra la Discriminación en la esfera de la Enseñanza de 14 de diciembre de 1960 (Instrumento de aceptación de 20 de agosto de 1969) impone a los Estados parte a asumir, entre otras obligaciones, la de “conceder a los súbditos extranjeros residentes en su territorio, el acceso a la enseñanza en las mismas condiciones que los propios nacionales” (letra e).

En el ámbito interno, la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, del derecho a la educación, establece que “los extranjeros residentes en España tendrán también derecho a recibir la educación a que se refieren los apartados uno y dos de este artículo (artículo 1.3), esto es, el derecho a una educación básica (artículo 1.1) y el derecho a acceder a niveles superiores de educación, en función de sus aptitudes y su vocación, sin que su ejercicio pueda estar sujeto a discriminaciones debidas a la capacidad económica, nivel social o lugar de residencia del alumno (artículo 1.2). La LOPJM de 1996 dispone que los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la CNUDÑ y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna, la interpretación de dicha Ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la CNUDÑ y que los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente Ley y a la mencionada normativa internacional (artículo 3). De ahí que el reglamento de ejecución aprobado por Real Decreto 155/1996 se remitiese –según se ha indicado ya- a la CNUDÑ, a la LOGSE y a la LOPJM (artículo 12).

A la luz de tales previsiones, el precepto ahora examinado, el nuevo artículo 9 de la LO 4/2000 en la redacción dada por la LO 8/2000 no puede tildarse de inconstitucional. En efecto, su apartado 1 relativo a los menores de dieciocho años respeta el mandato del artículo 28 de la CNUDÑ y su apartado 3 se ajusta a lo dispuesto en la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra la Discriminación en la esfera de la Enseñanza de 1960 en cuanto a los extranjeros residentes. Los menores de dieciocho años tienen reconocido el derecho a la educación en las mismas condiciones que los españoles, según se indica explícitamente en el apartado 1 de dicho precepto, sin que exista por tanto para ellos diferencia de trato con los nacionales.

II. 7ª. El apartado 9 del artículo 1 de la LO 8/2000 que da nueva redacción al artículo 11 (Libertad de sindicación y huelga).

A resultas de la LO 8/2000 el artículo 11 queda redactado como sigue:

«Artículo 11. Libertad de sindicación y huelga.

1. Los extranjeros tendrán derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España.

2. De igual modo, cuando estén autorizados a trabajar, podrán ejercer el derecho de huelga».

La inicial redacción de este artículo en la LO 4/2000 reconocía tales derechos a los trabajadores extranjeros que se hallen en España. De ahí que la novedad de la nueva redacción del precepto consiste en condicionar el ejercicio por los extranjeros del derecho de sindicación a que obtengan autorización de estancia o residencia en España y del derecho de huelga a que estén autorizados a trabajar.

El recurso de inconstitucionalidad que examinamos ciñe la impugnación al apartado 1 de este artículo. De acuerdo con la documentación facilitada por el Parlamento de Navarra, se entiende que dicho apartado 1 al limitar el derecho a sindicarse libremente a los extranjeros que obtengan autorización de estancia o residencia en España vulnera el contenido esencial del derecho a la libertad sindical reconocido en el artículo 28.1 de la Constitución y es contrario a lo establecido en el artículo 23.4 de la DUDH, al artículo 22 del PIDCP y al artículo 11.1 del CEDH. Tal opinión se fundamenta en que el artículo 28 de la Constitución reconoce a todos el derecho a sindicarse libremente y, si bien cabe su limitación a determinados tipos de extranjeros, es inconstitucional que tal limitación comporte la prohibición de su ejercicio si no se obtiene la autorización de estancia o residencia. Añade que, aún

conectado dicho derecho con el derecho al trabajo, la condición laboral no es imprescindible para su ejercicio.

Desde la interpretación del artículo 13.1 de la Constitución que venimos recordando, el derecho a la sindicación debe incluirse en la categoría de los derechos de configuración legal, que se reconocerán a los extranjeros de acuerdo con lo dispuesto en los tratados y en las leyes. En particular, con referencia al derecho al trabajo, el Tribunal Constitucional ha admitido la constitucionalidad de la exigencia del requisito administrativo de la autorización de residencia para su ejercicio por los extranjeros (STC 107/1984, FJ 3).

El artículo 28.1 de la Constitución establece que “todos tienen derecho a sindicarse libremente”, permitiendo que la ley limite o exceptúe el ejercicio de tales derechos a las Fuerzas e Institutos armados o a los demás cuerpos sometidos a disciplina militar y regule las peculiaridades de su ejercicio por los funcionarios públicos. Por su parte, el artículo 127.1 de la Constitución prohíbe a los Jueces y Magistrados, mientras se hallen en activo, pertenecer a sindicatos. Y el artículo 7 de la Constitución dispone que los sindicatos de trabajadores (y las asociaciones empresariales) contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. En desarrollo del artículo 28 de la Constitución, la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical, determina que “todos los trabajadores tienen derecho a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales”. Tanto la LO 7/1985 (artículo 11) como su segundo Reglamento de ejecución de 1996 (artículo 6) reconocen tal derecho a los trabajadores extranjeros que se hallen legalmente en España, que lo ejercerán en las mismas condiciones que los trabajadores españoles.

El artículo 23 de la DUDH, tras reconocer a toda persona el derecho al trabajo (apartado 1), prevé también que toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus derechos. El CEDH (artículo 11) y el

PIDCP (artículo 22) reconocen a toda persona los derechos de reunión y asociación, incluido el derecho de fundar con otros sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses; derecho de sindicación cuyo ejercicio –al igual que con los derechos de reunión y de asociación- puede ser sometido a restricciones de acuerdo con las condiciones ya indicadas en tales preceptos, a los que debe añadirse, respecto de la actividad política de los extranjeros, la limitación adicional del artículo 16 del CEDH. El artículo 8.1 a) del PIDESC reconoce a toda persona el derechos a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, recogiendo también la posibilidad de restricciones en similares términos. La Carta Social Europea, que recoge este derecho en el punto 5 de su Parte I y en el artículo 5 de la Parte II, delimita en su anexo el ámbito de aplicación en lo que se refiere a las personas protegidas, señalando que “sólo comprenden a los extranjeros que, siendo súbditos de otras Partes Contratantes, residan o trabajen regularmente dentro del territorio de la Parte Contratante interesada”.

El derecho de sindicación se presenta como una manifestación o modalidad específica del derecho de asociación y la Constitución lo reconoce a “todos”. Ahora bien, el análisis de la constitucionalidad del artículo 11.1 en su nueva redacción ha de considerarse, a la luz de la doctrina reiteradamente expuesta, desde una doble perspectiva: de un lado, si la indefectible conexión del derecho de sindicación con el derecho al trabajo, hace aquí justificable igual condicionamiento en el caso de los extranjeros; y, de otro, su adecuación constitucional en cuanto una restricción del ejercicio del derecho de acuerdo con las previsiones de los artículos 11 del CEDH y 22 del PIDCP.

Para discernir sobre la implicación de la condición de trabajador, y con ello del ejercicio del derecho al trabajo, en el ejercicio del derecho a sindicarse, es esencial considerar la configuración constitucional y orgánica de este derecho. En efecto, aunque el artículo 28.1 de la Constitución atribuye dicho derecho a todos sin distinción, la propia Constitución se refiere los sindicatos de trabajadores (artículo 7)

y especialmente el artículo 1.1 de la LOLS define subjetivamente tal derecho por referencia a los trabajadores. Es más, la propia Constitución, pese a ese reconocimiento general, incorpora restricciones para el ejercicio de tal derecho respecto de determinados colectivos de españoles (el propio artículo 28.1 y 127).

Por tanto, la noción de trabajador configura el propio derecho de sindicación; tal condición es previa y necesaria para el ejercicio de dicho derecho. De ahí que si es legítimo que para el ejercicio del derecho al trabajo pueda exigirse la obtención de la autorización administrativa de residencia, salvo que otra cosa dispongan los tratados ratificados por España y las leyes, no puede tacharse de inconstitucional igual exigencia para el ejercicio por los trabajadores del derecho a sindicarse libremente. Por otra parte, tal exigencia constituiría una restricción del derecho que cumple los límites fijados al respecto por los tratados internacionales.

En consecuencia, el artículo 11.1 de la LO 4/2000, en la redacción dada por la LO 8/2000, no puede considerarse inconstitucional.

II. 8ª. Los apartados 12 y 13 del artículo 1 de la LO 8/2000 en cuanto dan nueva redacción a los artículos 16.3, párrafo segundo, 17.2 y 18.4 de la LO 4/2000.

La LO 8/2000 da nueva redacción a los artículos 16, apartados 2 y 3, 17 y 18 de la LO 4/2000, que pasan a tener el tenor siguiente:

«Artículo 16. Derecho a la intimidad familiar.

2. Los extranjeros residentes en España tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el artículo 17.

3. El cónyuge que hubiera adquirido la residencia en España por causa familiar y sus familiares con él agrupados conservarán la residencia aunque se rompa el vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición.

Reglamentariamente se podrá determinar el tiempo previo de convivencia en España que se tenga que acreditar en estos supuestos».

«Artículo 17. Familiares reagrupables.

1. El extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los siguientes familiares:

d) Los ascendientes del reagrupante o su cónyuge, cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

2. Reglamentariamente, se determinarán las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación y, en especial, del que corresponda a quienes hayan adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación».

«Artículo 18. Procedimiento para la reagrupación familiar.

1. Los extranjeros que deseen ejercer este derecho deberán solicitar una autorización de residencia por reagrupación familiar a favor de los miembros de su familia que deseen reagrupar. Al mismo tiempo, deberán aportar la prueba de que disponen de un alojamiento adecuado y de los medios de subsistencia suficientes para atender las necesidades de su familia una vez reagrupada.

2. Podrán ejercer el derecho a la reagrupación con sus familiares en España cuando hayan residido legalmente un año y tengan autorización para residir al menos otro año.

3. Cuando se acepte la solicitud de reagrupación familiar, la autoridad competente expedirá a favor de los miembros de la familia que vayan a reagruparse la autorización de residencia, cuya duración será igual al período de validez de la autorización de residencia de la persona que solicita la reagrupación.

4. Reglamentariamente se determinarán las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación por quienes hayan adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación».

La propuesta presentada en el Parlamento de Navarra y acogida por éste respecto del recurso de inconstitucionalidad considera que los nuevos artículos 16 párrafo segundo, 17.2 y 18.4 remiten al desarrollo reglamentario determinados aspectos del ejercicio del derecho a la intimidad familiar, lo que es contrario a los artículos 18 y 81.1 en relación con el artículo 53.1 de la Constitución Española. A su juicio, las remisiones a la vía reglamentaria que realizan tales preceptos contrarían la reserva a Ley Orgánica establecida por la Constitución para el desarrollo del contenido de los derechos fundamentales, ya que, de un lado, las remisiones afectan al ejercicio del derecho y no a aspectos secundarios que incidan en el ámbito, límites y contenido del derecho y, de otro, adolece de indeterminación contraria a la reserva

legal en cuanto constituye una cesión en blanco de poder normativo al ejecutivo o una deslegalización.

Antes de entrar en su ponderación jurídica, es preciso centrar los puntos concretos que son cuestionados en el recurso de inconstitucionalidad, mostrando al tiempo el alcance de tales remisiones reglamentarias. En primer lugar, el párrafo segundo del artículo 16.3 remite al desarrollo reglamentario la determinación del tiempo previo de convivencia a acreditar en los supuestos de reagrupamiento del cónyuge para la conservación de la residencia en caso de ruptura del vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición de la residencia. En segundo lugar, el artículo 17.2, en el caso de familias reagrupables, habilita la determinación reglamentaria de las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación y, en especial, del que corresponda a quienes hayan adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación. Y en tercer lugar, el artículo 18.4, sobre el procedimiento de reagrupación familiar, autoriza la fijación reglamentaria de las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación por quienes hayan adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación.

Estos aspectos no estaban regulados en la LO 7/1985 ni en su primer reglamento de ejecución aprobado por Real Decreto 1119/1986. Sin embargo, el segundo Reglamento de ejecución aprobado por Real Decreto 155/1996 –a decir de su exposición de motivos- se justifica, entre otras razones, en el cumplimiento de los compromisos internacionales relativos, entre otros, a la reagrupación familiar, que regula en su artículo 54.

La doctrina constitucional ha admitido la colaboración entre Ley Orgánica y reglamento, pues dicha categoría no ha alterado la relación Ley-Reglamento, que está sujeta a determinados límites. La STC 101/1991, de 13 de mayo, declara (FJ 3):

“De un lado, la introducción en nuestro ordenamiento constitucional de la categoría de Ley orgánica, a la cual se reserva la regulación de determinadas materias, no altera las relaciones tradicionalmente establecidas entre la Ley y el Reglamento. En palabras de la STC 77/1985 «las peculiaridades de la Ley orgánica -en especial la delimitación positiva de su ámbito de normación- en modo alguno justifican el que, respecto a este tipo de fuente, se hayan de considerar alteradas las relaciones entre Ley y Reglamento ejecutivo», siendo, por ello, constitucionalmente legítimo que el legislador orgánico remita al Reglamento para completar el desarrollo normativo de las materias reservadas al mismo, lo cual en muchos casos será obligado y necesario, ya que «no hay ley en la que se pueda dar entrada a todos los problemas imaginables, muchos de los cuales podrán tener solución particular y derivada en normas reglamentarias». De acuerdo con ello, no cabe duda de que el párrafo segundo de la Disposición adicional tercera de la LOLS no es inconstitucional por el solo hecho de que permita al Reglamento ocuparse de materia reservada a Ley orgánica.

De otro lado, lo expuesto no supone que la remisión a la regulación reglamentaria de materia reservada a Ley orgánica sea, en todo caso, constitucionalmente legítima, abstracción hecha de los términos en que se realice, puesto que, muy al contrario, es preciso que la delegación se formule en condiciones que no contraríen materialmente la finalidad de la reserva, de la cual se derivan, según la STC 83/1984, «ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley».

Por su parte, la STC 83/1984, de 24 de julio, configura en los supuestos de reserva de ley relativa la colaboración Ley-reglamento en los términos siguientes (FJ 4):

“Este principio de reserva de ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador.

Esto se traduce en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que puedan resumirse en el

criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley. Y este criterio aparece contradicho con evidencia mediante cláusulas legales, del tipo de la que ahora se cuestiona, en virtud de las que se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada; esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir”.

De ahí que cuando una norma de remisión al reglamento contiene una habilitación genérica al Gobierno sin restricción alguna, equivalente a una deslegalización, viola la reserva de ley constitucionalmente establecida y es contraria a la Constitución (STC 83/1984, FJ 5). En cambio, esa remisión es adecuada a la previsión de reserva legal del artículo 81.1 de la Constitución si, de acuerdo con una interpretación sistemática, el desarrollo por la potestad reglamentaria carece de forma ilimitada, pues en el conjunto del ordenamiento jurídico en que se produce la habilitación, encuentra bases delimitadoras del alcance y objeto de la delegación, que constituyen un estándar discernible en atención al cual el concepto se configura como suficientemente predeterminado, y permite que la remisión al reglamento tenga por objeto un desarrollo complementario de tipo técnico, que por su carácter organizativo justifica la llamada de la ley al reglamento para precisar el concepto de que se trata (STC 101/1991, FJ 4).

Así pues, el legislador orgánico puede llamar a la colaboración del reglamento para ordenar en su desarrollo una materia, dejando determinados aspectos a la normación reglamentaria, siempre que no sea ilimitada y la ley predetermine suficientemente la regulación. El reglamento es un producto normativo subordinado a la ley, pero en su condición de norma jurídica se caracteriza por su capacidad de innovación del ordenamiento con respeto de los límites que recuerdan los artículos 51 y 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico

de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC).

Del análisis de los indicados preceptos a la luz de la referida doctrina constitucional se infiere que respetan tales límites y por tanto su adecuación constitucional. Una consideración general y de conjunto de la regulación legal muestra que la Ley Orgánica ha predeterminado el marco regulador de la materia, sin comportar una cesión ilimitada o en blanco. En efecto, el artículo 16, bajo el rótulo del derecho a la intimidad familiar, fija la regulación de los aspectos básicos de la reagrupación familiar, previendo para el caso de disolución del vínculo matrimonial que dio lugar a la reagrupación la posible determinación reglamentaria de un tiempo previo de convivencia, con el propósito de evitar matrimonios fraudulentos, en línea con similar determinación antes recogida en el artículo 54.5 del Reglamento de ejecución de 1996. De ahí que el precepto legal regula por sí mismo los elementos constitutivos de ese supuesto y prevé directamente la posibilidad de exigir dicho período previo. La remisión reglamentaria se limita a actualizar esa posibilidad y, en su caso, a determinar el “quantum” del tiempo previo de convivencia. Se trata, pues, de un supuesto de colaboración reglamentaria, que no entraña dejación al reglamento de aspectos insertos en la reserva legal ni la deslegalización de una materia reservada. A juicio de este Consejo, el legislador ha fijado con la necesaria precisión no sólo los elementos del supuesto sino los contornos en que ha de moverse la potestad reglamentaria.

Igual conclusión se alcanza respecto del artículo 17.2. El legislador fija por sí mismo (apartado 1) los supuestos en que existe el derecho a la reagrupación y sólo remite al desarrollo reglamentario la determinación de las condiciones para ejercitar tal derecho. Se trata también de una llamada a la colaboración reglamentaria, que no entra en los aspectos nucleares del derecho, cuyo marco fija el propio legislador, sino solamente en las condiciones para que pueda ejercitarse tal derecho, que tendrán que respetar, entre otros límites, los mandatos de la propia Ley Orgánica que desarrollan.

Asimismo, el artículo 18 recoge los aspectos sustanciales del procedimiento de reagrupamiento familiar y remite al reglamento la determinación de las condiciones para su ejercicio (apartado 4). También aquí la densidad de la regulación legal es suficiente, pues recoge los elementos básicos del supuesto que regula, de suerte que la remisión al reglamento busca su colaboración en el desarrollo de aspectos complementarios ligados al ejercicio del derecho.

En consecuencia, las remisiones reglamentarias previstas en los artículos 16.3, párrafo segundo, 17.2 y 18.4 de la LO 4/2000 en la redacción dada por la LO 8/2000 no se consideran inconstitucionales. Es obvio que el desarrollo reglamentario habrá de respetar los límites fijados a la potestad reglamentaria por el ordenamiento jurídico.

II. 9ª. Los apartados 14 y 20 del artículo 1 de la LO 8/2000 en cuanto dan nueva redacción, respectivamente, al inciso final del artículo 20.2 (antiguo artículo 18) y al artículo 27.5 (antes 25) de la LO 4/2000.

La LO 8/2000 en el apartado 14 del artículo 1 modifica los apartados 2 y 3 del artículo 18, añadiéndose un nuevo apartado y quedando redactados como sigue, en un artículo que pasa a ser 20, del tenor siguiente:

«Artículo 20. Derecho a la tutela judicial efectiva.

2. Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, salvo lo dispuesto en el artículo 27 de esta Ley.

3. En los procedimientos administrativos estarán legitimadas para intervenir como interesadas las organizaciones constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes, expresamente designadas por éstos.

4. En los procesos contencioso-administrativos en materia de extranjería estarán legitimadas para intervenir las entidades que resulten afectadas en los términos previstos por el artículo 19.1 b) de la Ley reguladora de dicha jurisdicción».

Asimismo, la LO 8/2000 (apartado 20 del artículo 1) modifica el artículo 25 de la LO 4/2000, que, numerado como artículo 27, pasa a tener la redacción siguiente:

«Artículo 27. Expedición del visado.

1. El visado se solicitará y expedirá en las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de España, y habilitará al extranjero para presentarse en un puesto fronterizo español y solicitar su entrada. Excepcionalmente, los visados de estancia podrán ser solicitados y expedidos en el puesto habilitado para la entrada.

2. Reglamentariamente se establecerá la normativa específica del procedimiento de concesión y expedición de visados, conforme a lo previsto en la disposición adicional undécima de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En dicho procedimiento podrá requerirse la comparecencia personal del solicitante.

3. El ejercicio de la potestad de otorgamiento o denegación de visados se sujetará a los compromisos internacionales vigentes en la materia y se orientará al cumplimiento de los fines de la política exterior del Reino de España y de otras políticas públicas españolas o de la Unión Europea, como la política de inmigración, la política económica y la de seguridad ciudadana.

4. Para supuestos excepcionales podrán fijarse por vía reglamentaria otros criterios a los que haya de someterse el otorgamiento y denegación de visados.

5. La denegación de visado deberá ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena. Si la denegación se debe a que el solicitante del visado está incluido en la lista de personas no admisibles prevista en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1990, se le comunicará así de conformidad con las normas establecidas por dicho Convenio.

La resolución expresará los recursos que contra la misma procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos».

La propuesta de recurso de inconstitucionalidad presentada al Parlamento de Navarra considera que el nuevo artículo 20.2 y el nuevo artículo 27.5 son contrarios a los artículos 24.1 en relación con el 9.3 y 106.1 de la Constitución, en cuanto

permiten en algunos supuestos la no motivación del acuerdo de denegación del visado. Tal falta de motivación, a su juicio, especialmente cuando el sentido del acto es desestimatorio o denegatorio, perjudica el control judicial de la Administración, impide el derecho de defensa vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva y alienta la arbitrariedad de los poderes públicos.

Comenzando por los antecedentes, el artículo 32.4 del segundo Reglamento de ejecución de 1996 sólo disponía que “la resolución se notificará al solicitante de forma que garantice la información sobre el contenido de la resolución, y sobre el recurso que quepa interponer contra la misma”. En la primitiva versión de la LO 4/2000, si bien el artículo 18.2 recogía una exigencia general de motivación sin salvedad, su artículo 25.3 fijaba una regla general, una excepción y una norma mínima: la denegación del visado será motivada, pero excepcionalmente y con carácter temporal, se habilitaba al Gobierno para establecer para los nacionales de determinado país o procedentes de determinada zona geográfica, supuestos en los que la denegación no ha de ser motivada, si bien la denegación será en todo caso motivada cuando se trate de visados de residencia solicitados por personas que invocan un derecho subjetivo a residir en España reconocido por el ordenamiento jurídico.

Para contrastar la constitucionalidad de los preceptos ahora examinados, es preciso fijar el marco constitucional y legal de la motivación de los actos administrativos a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional. La Constitución establece el principio de interdicción de los poderes públicos (artículo 9.3), el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24), los principios de objetividad y sometimiento a la Ley y al Derecho de la Administración (artículo 103.1) y el control judicial de la legalidad de la actuación administrativa, así como de su sometimiento a los fines que la justifican (artículo 106.1). No obstante, a diferencia de otros ordenamientos –cfr. artículo 253 CE, antiguo artículo 190 del Tratado de la Comunidad Europea; y artículo 41.2, segundo guión, de la Carta de los Derechos

Fundamentales de la Unión Europea-, la Constitución únicamente impone la inexcusable motivación de las sentencias (artículo 120.3); y dispone que la ley regulará el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia al interesado (artículo 105.c).

A partir de tales previsiones constitucionales, el Tribunal Constitucional ha entendido, respecto de las sentencias, que la motivación forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 214/2000, de 18 de septiembre), que es un requisito esencial cuando afecta a los derechos fundamentales (SSTC 122/2000, de 16 de mayo, sobre intervención de comunicaciones, y 136/2000, de 29 de mayo, sobre entrada y registro en domicilio) y que tal exigencia ha de reforzarse cuando está en juego el derecho a la libertad (SSTC 47/2000, de 17 de febrero, sobre prisión provisional, y 109/2000, de 5 de mayo, sobre denegación de salida de interno de centro penitenciario). En lo que se refiere a la Administración, la motivación alcanza dimensión constitucional y es exigible cuanto se trata de resoluciones sancionadoras (STC 7/1998, de 13 de enero), cuando dicte actos o disposiciones limitativos de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución (SSTC 72/1986, de 2 de junio, y 85/1995, de 6 de junio) o cuando se aparta de los precedentes (SSTC 49/1982, de 14 de julio, y 62/1987, de 20 de mayo). Sin embargo, ha declarado también que “no es doctrina de este Tribunal imputar en todo caso indefensión a los actos administrativos no sancionadores por causa de inmotivación de los mismos, dada su naturaleza y la exigencia de operatividad y eficacia propios de aquéllos, hasta el punto de predicarse de los mismos una presunción de legitimidad” (STC 72/1986, de 2 de junio, FJ 4).

Así pues, sin desconocer la importancia y relevancia de la motivación de las resoluciones administrativas, es lo cierto que la propia legislación del procedimiento administrativo común no fija dicha regla como una norma universal y obligada en todo caso, por lo que sólo será exigible en los supuestos legalmente establecidos (cfr.

la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2000). En efecto, no se incorpora dicha exigencia en el catálogo de derechos de los ciudadanos del artículo 35 de la LRJ-PAC. El artículo 54 de la LRJ-PAC determina los supuestos en que es precisa la motivación de los actos administrativos; entre otros: los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos (artículo 54.1.a) y los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa (artículo 54.1.f). Y sólo para los casos del precitado artículo exige la motivación el artículo 89.3 de la LRJ-PAC. En último término, su artículo 138.1 impone la motivación de las resoluciones sancionadoras.

La materia de control de entrada, estancia y salida de extranjeros ha sido tradicionalmente considerada como una manifestación de la soberanía del Estado, que por ello no precisaba de justificación en su ejercicio. Aspecto que obviamente está también sujeto a los cambios derivados de la Constitución y del ordenamiento interno, con una clara exigencia y propensión hacia la transparencia y el control judicial de la actividad administrativa. El propio artículo 27.3 fija los criterios con arreglo a los cuales ha de ejercerse la potestad administrativa y deben resolverse las solicitudes, enderezando hacia un concepto jurídico indeterminado, en cuya concreción el órgano competente goza de un amplio poder o margen de apreciación.

Finalmente, ha de recordarse la doctrina constitucional a cuyo tenor los extranjeros carecen del derecho a circular libremente por España y el derecho a la libertad no conlleva el derecho a entrar en el territorio nacional (por todas, STC 179/2000, de 26 de mayo, FJ 2).

Es preciso, por tanto, acotar cuáles son los supuestos en que se exige de la motivación para comprobar si, desde la óptica del artículo 13.1 de la Constitución, el trato a los extranjeros cumple las exigencias de los tratados y las leyes. La regla general viene formulada en el propio artículo 20.2: los procedimientos

administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones. Tal regla admite la excepción del artículo 27. Este precepto, en su apartado 5, sólo exige la motivación de la denegación de visado cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena, o impone que se comunique la inclusión del solicitante en la lista de personas no admisibles prevista en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1990 de conformidad con las normas establecidas por dicho Convenio. En los restantes casos no será obligatoria la motivación del acto denegatorio del visado.

El precepto examinado –artículo 27.5- supera el canon de las reglas generales del procedimiento administrativo común en materia de motivación. En efecto, impone la motivación para los casos de ejercicio de derechos, como son los supuestos de reagrupación y permiso de trabajo en que están involucrados el derecho a la intimidad familiar y el derecho al trabajo; y, además, en el caso de personas incluidas en la lista de no admisibles les comunicará dicha circunstancia de acuerdo con el Convenio de Schengen, lo que exterioriza el motivo denegatorio y cumple las obligaciones contraídas en dicho Convenio. En los demás casos, no existe ningún derecho previo del solicitante cuya denegación exija la motivación y se trata de supuestos en que una norma legal establece el procedimiento de resolución de un procedimiento sin infracción constitucional, pues tal acto será en todo caso susceptible de control jurisdiccional.

Por tanto, entiende el Consejo que el artículo 27.5 de la LO 4/2000, en la redacción dada por la LO 8/2000, no puede considerarse inconstitucional.

II. 10. El apartado 16 del artículo 1 de la LO 8/2000 en cuanto da nueva redacción al artículo 22.2 (antiguo artículo 20) de la LO 4/2000.

La LO 8/2000 modifica en el punto 16 de su artículo 1 el antiguo artículo 20 de la LO 4/2000, que, con nueva redacción, pasa a ser el artículo 22, con el tenor siguiente:

«Artículo 22. Derecho a la asistencia jurídica gratuita.

1. Los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita tienen derecho a ésta en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo. Además, tendrán derecho a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice.

2. Los extranjeros residentes que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan».

La propuesta de recurso de inconstitucionalidad -luego aceptada por el Parlamento de Navarra- considera que el nuevo artículo 22.2, por el que se limita a los extranjeros residentes la asistencia jurídica gratuita en todo tipo de procesos, vulnera el contenido esencial del derecho a la gratuidad de la justicia para quienes acrediten la insuficiencia de medios para litigar que reconoce el artículo 119 en relación con el artículo 24.1 de la Constitución Española, infringiendo igualmente los artículos 2 y 10.1 de la DUDH, el artículo 14.1 del PIDCP y el artículo 6.1 del CEDH. Aunque la asistencia jurídica gratuita es un derecho prestacional y de configuración legal, está íntimamente unido al derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que su limitación a los extranjeros residentes olvida que la gratuidad de la justicia para quien carece de recursos, con independencia de su situación administrativa, personal o de cualquier otra índole, forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. La limitación del precepto –a su juicio- supone de facto impedir el acceso a la jurisdicción y el derecho a la tutela judicial efectiva a aquellos extranjeros no residentes que carezcan de recursos para

litigar, lo que afecta incluso a la dignidad de la persona y conculca la configuración constitucional del derecho de acuerdo con la STC 16/1994.

Previamente es menester fijar el alcance del precepto cuestionado. Se enmarca dentro de las garantías jurídicas, encabezadas por el reconocimiento a todos los extranjeros sin distinción del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 20, antes 18). El apartado 1 del nuevo artículo 22 se refiere a los extranjeros que se hallen en España, esto es, confiere a todos los extranjeros el derecho de asistencia jurídica gratuita respecto de los procedimientos, tanto administrativos como judiciales, de entrada, devolución, expulsión o asilo. Y su apartado 2 confiere tal derecho en iguales condiciones que los españoles en los procesos en que sean parte a los extranjeros residentes. En consecuencia, sólo los extranjeros residentes –con la salvedad de los procedimientos previstos en el apartado 1- tienen reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita en las mismas condiciones o ámbitos que los españoles.

La cuestión reside, por tanto, en contrastar la adecuación constitucional del artículo 22.2, en cuanto sólo reconoce a los extranjeros residentes el disfrute de la asistencia jurídica gratuita. La Constitución reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1), cuyo carácter universal ha declarado el Tribunal Constitucional (SSTC 99/1985 y 115/1987) y el derecho a la asistencia de letrado (artículo 24.2), así como, en otra sede, fija la gratuidad de la justicia (artículo 119).

Hemos de partir de la doctrina constitucional sobre el derecho a la gratuidad de la justicia. El Tribunal Constitucional ha declarado que “la tramitación del incidente sobre la pretensión de litigar gratuitamente carece, en sí misma considerada, de relevancia constitucional. Lo que ha de considerarse comprendido en el derecho a una tutela judicial efectiva sin indefensión es la imposibilidad de que una persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar, supuesto para el que, además, el art. 119 de la Constitución garantiza la gratuidad de

la justicia” (STC 138/1988, de 8 de julio, FJ 2). En esa línea, recordando que “de acuerdo con el artículo 24.1 de la CE, se impone el reconocimiento del derecho a la justicia gratuita cuando constituye un instrumento indispensable para que quien carece de medios económicos pueda acceder a los Jueces y Tribunales”, ha declarado que el artículo 119 de la Constitución no reconoce ningún derecho fundamental que sea residenciable en vía de amparo (ATC 753/1998, de 20 de junio).

La STC 16/1994, de 20 de enero, configura la gratuidad de la justicia prevista en el artículo 119 de la Constitución del modo siguiente:

“El art. 119 CE establece que «la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar».

La primera constatación que debe hacerse respecto de este precepto es la de que en él no se proclama la gratuidad de la administración de justicia. No obstante, este precepto tampoco se limita a habilitar al legislador para que libremente establezca los regímenes de gratuidad que estime oportunos o, si lo prefiere, para que no establezca ninguno. El art. 119 CE consagra, en los términos que a continuación veremos, un derecho a la gratuidad de la justicia. Se trata de un derecho que posee en nuestro ordenamiento una larga tradición histórica, que ya fue elevado al rango constitucional en la Constitución de 1931 y que adquiere unas características específicas y un relieve especial en el Estado Social de Derecho proclamado en la Constitución de 1978. Al igual que los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a la igualdad de armas procesales y a la asistencia letrada, de los que la gratuidad es instrumento y concreción, este derecho es no sólo garantía de los intereses de los particulares, sino también de los intereses generales de la justicia en tanto que tiende a asegurar los principios de contradicción e igualdad procesal entre las partes y a facilitar así al órgano judicial la búsqueda de una sentencia ajustada a Derecho, aunque sin duda su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna «persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar» (STC 138/1988).

El art. 119 del texto constitucional proclama, pues, un derecho a la gratuidad de la justicia pero en los casos y en la forma en los que el legislador determine. Es un derecho prestacional y de configuración legal cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio, como sucede con otros de esta naturaleza, corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los

intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias.

Sin embargo, como ha reiterado este Tribunal en múltiples ocasiones, al llevar a cabo la referida configuración legal el legislador no goza de una libertad absoluta, sino que en todo caso debe respetar un contenido constitucional indisponible. A esta limitación no escapan los derechos como el que aquí nos ocupa en los que el contenido prestacional y, en consecuencia, su propia naturaleza, vienen matizados por el hecho de tratarse de derechos que, como hemos avanzado, son concreción y garantía de ejercicio de otros derechos fundamentales, algunos de contenido no prestacional.

El reconocimiento de esta amplia libertad de configuración legal resulta manifiesta en el primer inciso del art. 119 al afirmar que «la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley». El legislador podrá atribuir el beneficio de justicia gratuita a quienes reúnan las características y requisitos que considere relevantes, podrá modular la gratuidad en función del orden jurisdiccional afectado -penal, laboral, civil, etc.- o incluso del tipo concreto de proceso y, por supuesto, en función de los recursos económicos de los que pueda disponer en cada momento. Sin embargo, este mismo precepto explicita el contenido constitucional indisponible que acota la facultad de libre disposición del legislador. Lo hace en el segundo inciso al proclamar que «en todo caso» la gratuidad se reconocerá «a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar».

Desde la perspectiva del artículo 24.2 –derecho a la asistencia letrada-, la STC 47/1987, de 2 de abril -a la que sigue la STC 105/1996, de 11 de junio-, sienta la doctrina siguiente:

“2. Entre el haz de garantías que integran el derecho a un proceso justo se incluye el derecho a la defensa y a la asistencia letrada que el art. 24.2 de la Constitución consagra de manera singularizada, con proyección especial hacia el proceso penal, pero también de aplicación a los demás procesos, este derecho tiene por finalidad, al igual que todas las demás garantías que conforman el derecho en el que se integran, el de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas resultado de indefensión, prohibido en el núm. 1 del mismo precepto constitucional.

Tal resultado de indefensión se puede producir cuando se priva a quien adolece de insuficiencia de recursos para litigar, de la posibilidad efectiva de ser asistido por Letrado, denegándole el derecho a que se le nombre de oficio.

En tal sentido, La Sentencia 28/1981, de 23 de julio, declara que los principios de igualdad y contradicción pueden resultar vulnerados si, solicitando el nombramiento de Abogado de oficio por quien carece de medios económicos, no se suspende el curso del proceso hasta que se realice dicho nombramiento.

(...)

Esta doctrina no debe, sin embargo, entenderse en el sentido absoluto de que la persona carente de medios económicos que es demandada en un proceso exceptuado de la intervención preceptiva de Letrado, tenga, en todo caso y sin más matización, derecho a la asistencia letrada gratuita, pues según se razonará con mayor amplitud, este derecho es un medio instrumental puesto por la Constitución al servicio del principio de igualdad de defensa de las partes y, por tanto, su reconocimiento será procedente cuando se manifieste imprescindible para situar al carente de medios económicos al mismo nivel de defensa en que actúa la parte contraria y será improcedente en aquellos supuestos en que su resultado sea el de colocar a la parte contraria en condiciones de inferioridad, pues entonces no se estará garantizando la igualdad de defensa de los litigantes, sino produciendo el efecto contrario de inferior agravio de desigualdad a la parte contraria.

De estas consideraciones se deriva, desde la perspectiva constitucional, que no es aceptable denegar la tramitación de la solicitud de nombramiento de Abogado de oficio al demandado que alega insuficiencia económica con el solo argumento de que el proceso al que es llamado no requiere intervención preceptiva de Abogado, pero también que esta denegación no conlleva, sin más, la vulneración del derecho a la asistencia letrada gratuita, pues la Constitución concede protección a los derechos fundamentales considerados no en sentido teórico e ideal sino como derechos reales y efectivos y ello impone el deber de examinar las denuncias de su vulneración mediante la utilización de criterios sustantivos que, atendiendo al contenido y finalidad del derecho que se dice vulnerado, permitan apreciar si esa vulneración se ha o no real y efectivamente producido, más allá de la pura apariencia nominalista.

En cumplimiento de dicho deber, se hace preciso reflexionar sobre la finalidad del derecho a la asistencia letrada gratuita y sobre la tensión o conflicto que puede producirse entre este derecho fundamental y el que, con la misma condición de fundamental, reconoce el propio art. 24.2 de la Constitución en relación con el proceso sin dilaciones indebidas.

3. La asistencia letrada gratuita en su naturaleza de derecho subjetivo, tiene por objeto, según se deja dicho, asegurar al que carece de medios económicos la igualdad de defensa procesal y, en su aspecto de garantía de los intereses de la justicia, satisfacer el fin común a toda asistencia letrada de lograr el correcto desenvolvimiento del proceso como mecanismo instrumental introducido por el legislador con miras a una dialéctica procesal efectiva que facilite al órgano judicial la búsqueda de una Sentencia ajustada a Derecho.

Conforme a ello, y siguiendo la doctrina declarada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus Sentencias de 9 de octubre de 1979 (caso Airey -BJC núm. 32-) y de 25 de abril de 1983 (caso Pakelli -BJC núm. 42-), la negación del derecho a la asistencia letrada gratuita en proceso que permite la comparecencia personal, sólo constituirá vulneración constitucional si la autodefensa ejercitada por aquel a quien se niega al derecho se manifiesta incapaz de compensar la ausencia de Abogado que lo defienda y, por lo tanto, de contribuir satisfactoriamente al examen de las cuestiones jurídicas suscitadas en el proceso, lo cual será determinable, en cada caso concreto, atendiendo a la mayor o menor complejidad del debate procesal y a la cultura y conocimientos jurídicos del comparecido personalmente, deducidos de la forma y nivel técnico con que haya realizado su defensa”.

En resumen, la tutela judicial es un derecho universal inherente a la dignidad humana y, por tanto, reconocido a todos los extranjeros que se hallen en España sin distinción (artículo 24.1 de la Constitución y STC 99/1985); el derecho a la asistencia letrada, aunque tiene un relieve fundamental en el proceso penal, se predica de todos los procesos (artículo 24.2 de la Constitución); y el derecho a la asistencia jurídica gratuita consignado en el art. 119 CE es un derecho prestacional y de configuración legal cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias (SSTC 16/1994 y 79/2001, de 5 de abril). Respecto de éste último ha de acudirse, pues, a los tratados internacionales y a las leyes.

La DUDH recoge el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 10), pero – recordamos- incorpora una cláusula limitativa general (artículo 29.2). Mayor complejidad tienen los artículos 6 del CEDH y 14 del PIDCP, que se expresan en términos que guardan bastante semejanza. Ahora bien, la infracción denunciada se ciñe a su apartado 1, dejando fuera el apartado 3 referido a causas criminales (donde se incluye la asistencia jurídica y de intérprete gratuitas), por lo que estamos ante el derecho a un juicio equitativo, público y en plazo razonable ante un tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que pronunciará públicamente la sentencia, sin perjuicio de la limitación del acceso del público y la prensa a la Sala de

Audiencia en determinados supuestos especiales en los que la publicidad pudiera ser perjudicial para la justicia (artículo 6.1 del CEDH). Asimismo tales tratados (así el artículo 6.3 c) del CEDH) reconocen a todo acusado el derecho a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un letrado de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.

En interpretación del artículo 6.3, el TEDH ha declarado que también los extranjeros, cuando sean acusados de una infracción criminal, son titulares de los derechos de defensa del citado precepto (Sentencia *Daud* de 21 de abril de 1998). Igualmente ha entendido que las sanciones administrativas se cobijan dentro del concepto de infracción criminal, siendo exigibles en tales procedimientos los derechos de defensa del artículo 6.3 del CEDH (Sentencia TEDH de 21 de febrero de 1984, caso *Öztürk* contra Alemania), entre ellos el derecho de asistencia jurídica letrada cuando se acredite la falta de recursos económicos.

En la esfera interna, antes de la LO 4/2000, tres son los ordenes normativos a considerar: en primer lugar, el artículo 2.2 del Reglamento de ejecución de 1996 establecía que los extranjeros tienen derecho a la asistencia letrada en caso de detención, que se proporcionará de forma gratuita en el caso de que careciesen de recursos económicos. En segundo lugar, la Ley de Enjuiciamiento Criminal reconoce a toda persona la asistencia jurídica gratuita (Abogado de oficio) en los juicios criminales (artículo 118), así como en la detención y prisión provisional (artículos 520 y 527). Y, en tercer lugar, la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, en su artículo 2 (“Ambito personal de aplicación”), reconoce tal derecho a los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar (letra a); en el orden jurisdiccional social, para la defensa en juicio, además, los trabajadores y los beneficiarios del sistema de Seguridad Social (letra d); en el orden jurisdiccional penal a los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, aun cuando no residan legalmente en territorio

español (letra e); y en el orden contencioso-administrativo así como en la vía administrativa previa, a los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, aun cuando no residan legalmente en territorio español, en todos aquellos procesos relativos a su solicitud de asilo (letra f).

A la luz de tales normas y de dicha doctrina ha de entenderse que el derecho a la asistencia jurídica gratuita es un mínimo necesario, por su íntima conexión con el derecho universal a la tutela judicial efectiva, para todo acusado sin distinción, sea nacional o extranjero que se halle en el territorio español, esto es, en la esfera penal, pero también en el Derecho administrativo sancionador. En los restantes ámbitos, estamos ante un derecho de configuración legal cuyo alcance para los extranjeros podrá determinar el legislador.

Proyectando ese criterio sobre el precepto examinado, el reconocimiento a los extranjeros residentes no puede considerarse inconstitucional, toda vez que, una vez salvado el ámbito penal, donde la legislación interna reconoce dicho derecho, el legislador, como hace el artículo examinado, puede restringirlo a aquellos extranjeros que tienen una situación de conexión estable con el país, apareciendo justificada tal limitación o vínculo tratándose de una prestación de servicios, sin que otra cosa impongan la Constitución, las leyes o los tratados, con la salvedad que a continuación se indicará.

En efecto, como hemos visto, el TEDH realiza una interpretación extensiva del artículo 6.3 del CEDH, que comprende a todo acusado por una ofensa criminal, reprochable penal o administrativamente. Pues bien, con la salvedad específica del apartado 1 del propio artículo 22, es lo cierto que su apartado 2 –ni la legislación interna (cfr. artículos 134 a 137 de la LRJ-PAC)- no contempla el derecho del presunto responsable a la asistencia jurídica gratuita en un procedimiento administrativo sancionador.

En consecuencia, el artículo 22.2 en la medida que excluye a los extranjeros no residentes y que carezcan de recursos económicos suficientes para litigar del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos administrativos sancionadores y los recursos contra sanciones administrativas, resulta contrario al artículo 24 de la Constitución en relación con los artículos 13.1 y 119 de la misma y el artículo 6.3 c) del CEDH.

II. 11. El apartado 50 del artículo 1 de la LO 8/2000 en cuanto da nueva redacción al artículo 57, apartados 2 y 8, de la LO 4/2000 (antiguo artículo 56).

El apartado 50 del artículo 1 de la LO 8/2000 da nueva redacción al artículo 56 de la LO 4/2000, que pasa a ser artículo 57 con el tenor siguiente:

«Artículo 57. Expulsión del territorio.

1. Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c) d) y f) del artículo 53 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo.

2. Asimismo constituirá causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

3. En ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa.

4. La expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España de la que fuese titular el extranjero expulsado.

5. La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión en el término de un año de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos:

a) Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años.

b) Los que tengan reconocida la residencia permanente.

c) Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española.

d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral.

6. Tampoco podrán ser expulsados los cónyuges de los extranjeros, ascendientes e hijos menores o incapacitados a cargo del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y hayan residido legalmente en España durante más de dos años, ni las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre.

7. Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento por delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida del territorio español, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si ésta resultara procedente de conformidad con lo previsto en los párrafos anteriores del presente artículo, previa sustanciación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador.

No serán de aplicación las previsiones contenidas en el párrafo anterior cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal.

En el supuesto de que se trate de extranjeros no residentes legalmente en España y que fueren condenados por sentencia firme, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 89 del Código Penal.

8. Cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312, 318 bis, 515.6, 517 y 518 del Código Penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad.

9. La resolución de expulsión deberá ser notificada al interesado, con indicación de los recursos que contra la misma se puedan interponer, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para presentarlos».

La propuesta de recurso de inconstitucionalidad –estimada fundada por el Parlamento de Navarra– considera que los apartados 2 y 8 del nuevo artículo 57, por el que se autoriza la expulsión de los extranjeros condenados por conducta dolosa, supone una infracción de los principios de *non bis in idem* y de reinserción social contenidos en el artículo 25 de la Constitución. A su juicio, el artículo 57.2 –que se

separa de otros supuestos de no compatibilidad como el artículo 89 del Código penal o el apartado 7 del mismo precepto legal estudiado-, al prever como causa de expulsión el hecho de que el extranjero haya sido condenado dentro de España, comporta una doble sanción, penal y administrativa, por el mismo hecho concurriendo las identidades de sujeto, hecho y fundamento, siendo contraria, de acuerdo con la doctrina constitucional, al principio de legalidad del artículo 25 de la Constitución. Asimismo, el artículo 57.8 que prevé la expulsión una vez cumplida por el extranjero la pena, es contrario a la finalidad resocializadora del artículo 25.2 de la Constitución, al apartarse el legislador de esa orientación constitucional.

El precepto examinado –que realmente se corresponde con el artículo 53 de la LO 4/2000- responde a una tradicional facultad implícita en la soberanía que autoriza la no admisión o expulsión de los extranjeros que son autores de determinadas conductas ilícitas; potestad que se ha visto afectada por el respeto de los derechos humanos. No obstante, como ya hemos indicado, el TEDH ha declarado que la expulsión de un extranjero –justificada en la comisión de una infracción criminal- no puede compararse en virtud del principio de igualdad con los nacionales tanto del Estado como comunitarios europeos en los Estados integrantes de la Unión Europea (Sentencia *Moustaquim* de 18 de febrero de 1991).

Ha de considerarse especialmente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La STC 116/1983, de 29 de marzo, otorga el amparo solicitado por un extranjero contra resoluciones que dispusieron su expulsión del territorio español. Esta Sentencia, tras recordar que los extranjeros son titulares de los derechos fundamentales a residir y desplazarse por el territorio nacional en los términos establecidos en los Tratados y en la Ley, considera que la decisión administrativa de expulsión de un ciudadano extranjero, con abstracción de su naturaleza jurídica, supone una limitación de derechos y se ha basado en la apreciación de la conducta de la persona, por lo que ha de considerarse como sanción a los efectos del art. 25.1 CE, debiéndose situarse la decisión en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador

(FJ 3). En este caso, la sanción se funda en la infracción de una norma reglamentaria preconstitucional (artículo 29 del Decreto 522/1974) que, por su amplitud y vaguedad y consiguiente falta de certeza jurídica, no cumple con las exigencias materiales que impone el art. 25.1 CE, deviniendo por ello contraria al artículo 25.1 de la Constitución la sanción, en este caso de expulsión, impuesta al actor con la única cobertura del precepto mencionado (FJ 3).

Y la Sentencia 242/1994, de 20 de julio, otorga también el amparo impetrado por un extranjero contra Sentencias en las que se acordó, como medida sustitutiva de las penas impuestas, la expulsión del condenado del territorio nacional, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por no habersele concedido la audiencia previa prevenida en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985. Nuevamente, el Tribunal Constitucional reitera la doctrina de la configuración legal de los derechos de los extranjeros respecto del derecho fundamental a la libre elección de residencia y circulación por el territorio nacional; es decir, no necesariamente con idéntico contenido que los españoles, sino con el que se determine en las leyes y tratados a los que se remite el art. 13 CE, entre ellos el artículo 13 del PIDCP, que exige la predeterminación normativa de los supuestos en que procede la expulsión y la apertura de posibilidades de defensa del extranjero afectado. Pero además, esta Sentencia señala que la expulsión no puede ser calificada como pena, al no concebirse como modalidad de ejercicio del *ius puniendi* del Estado frente a un hecho legalmente tipificado como delito, sino como medida frente a una conducta incorrecta del extranjero que el Estado en que legalmente reside puede imponerle en el marco de una política criminal, vinculada a la política de extranjería, que a aquél incumbe legítimamente diseñar. Por ello, es alternativa al cumplimiento de la verdadera pena, que en todo caso deberá cumplirse si el extranjero regresa a España, porque la expulsión, en sí misma no satisface la responsabilidad penal o civil derivada del delito, siendo, de alguna manera una posibilidad de suspender la potestad estatal de hacer ejecutar lo juzgado, que se

aplica al extranjero para salvaguardar los fines legítimos que el Estado persigue con ello (FJ 4).

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha señalado que la finalidad reeducadora y reinsertadora de la pena expresada en el artículo 25.2 de la Constitución, no es un derecho fundamental, sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos, pues no constituyen la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad (STC 28/1988, de 23 de febrero, FJ 2).

De la pluralidad de proposiciones normativas del artículo 57, sólo han sido impugnadas dos concretas: de un lado, la configuración como causa de expulsión de un extranjero de la condena, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados (apartado 2); y de otro, la expulsión del extranjero, residente o no, tras el cumplimiento de la pena, cuando hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312, 318 bis, 515.6, 517 y 518 del Código Penal (apartado 8).

Se trata de dos supuestos diferentes, que merecen un tratamiento separado. En primer lugar, al artículo 57.2 se achaca la infracción del principio *non bis in idem* del artículo 25 de la Constitución, por entender que se trata de una doble sanción. Sin embargo, el propósito y finalidad del precepto no es propiamente sancionador, sino que, dentro del Derecho de extranjería, configura una causa que puede dar lugar a la expulsión del territorio nacional. Tal supuesto estaba ya previsto en la LO 7/1985, cuyo artículo 26.1.d) establecía como causa de expulsión la condena, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales hubieran sido cancelados.

Pues bien, sobre este precepto orgánico existe doctrina del Tribunal Constitucional; y por otra parte ha sido aplicado a los extranjeros (entre otras, Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo – Sección Sexta- de 26 de octubre de 1992 y –Sección Séptima- de 22 de mayo de 2000), con modulaciones para los nacionales de países miembros de la Unión Europea (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo –Sección Sexta- de 29 de enero de 1993 y –Sección Séptima- de 30 de abril de 1993), en razón del singular y privilegiado régimen europeo e interno del que disfrutaban (entre otras, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de enero de 1999, asunto Calfa).

Desde el prisma constitucional, el Auto del Tribunal Constitucional 331/1997, de 30 de octubre, inadmite el recurso de amparo interpuesto por ciudadano marroquí contra la orden de expulsión dictada, entre otros motivos, con base en el artículo 26.1.d) de la LO 7/1985. El Tribunal Constitucional rechaza la primera tacha de inconstitucionalidad contra este precepto, declarando (FJ 4):

“En contra de lo afirmado en la demanda, los extranjeros carecen del derecho a residir en España, salvo lo que establezcan los tratados y la ley (art. 19 CE, STC 94/1993, fundamento jurídico 3.º). Por tanto, es lícito que la Ley de Extranjería subordine el derecho a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, como son la de contar con medios lícitos de vida o la de no cometer delitos de cierta gravedad. Conclusión que se ve corroborada por la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, sin dejar de recordar que los Estados europeos deben respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma, no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio (SSTEDH *Abdulaziz*, 28 de mayo de 1985, *Berrehab*, 21 de junio de 1988, *Moustaquim*, 18 de febrero de 1991, y *Ahmut*, 28 de noviembre de 1996).

Por consiguiente, no se aprecia que el art. 26.1 de la Ley de Extranjería vulnere el art. 19 CE. No lo infringe su letra d), que permite la expulsión de todo extranjero que hubiera sido condenado, «dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes

penales hubieran sido cancelados». Tampoco lo infringe el inciso de la letra f) que es relevante en el presente caso, «carecer de medios lícitos de vida», porque la ley española puede subordinar la entrada y residencia de extranjeros al cumplimiento de ese requisito sin verse limitada por ningún derecho de éstos a la libre circulación a través de las fronteras, que como hemos dicho es inexistente, salvo lo que puedan disponer los tratados internacionales y, en especial, el Tratado de la Unión Europea (Declaración de 1 de julio de 1992).

Y tal precepto orgánico supera también el contraste con el artículo 25 de la Constitución, con el razonamiento siguiente (FJ 6):

“Finalmente, no existe doble pena ni ninguna otra vulneración del art. 25 CE. Es cierto que la expulsión del territorio nacional de un extranjero ha sido conceptualizada como sanción, que queda por consiguiente sometida a las garantías del art. 25.1 CE (STC 116/1993, fundamento jurídico 3.º). Aunque no está de más advertir que, a diferencia de lo acaecido en dicha sentencia (que se pronunció sobre una expulsión decretada en virtud de la legislación preconstitucional), en el caso presente es indudable que la medida fue adoptada con fundamento en una norma que cumple el requisito de tipicidad derivado del art. 25.1 CE.

La expulsión del territorio nacional de un extranjero, por incumplir los requisitos que la legislación de extranjería impone a su estancia en España, no puede ser confundida con una pena, de la que le separan el fundamento y los fines que persigue (STC 242/1994, fundamento jurídico 4.º). Una cosa es que el actor haya traficado con droga, y que esa conducta le haya acarreado una pena privativa de libertad; y otra cosa es que su derecho a residir en España, que se encontraba condicionado legalmente al requisito de no cometer delito doloso de cierta gravedad, haya quedado extinguido al incumplir ese requisito legal. A su vez, la pena de prisión le ha sido impuesta en el marco de la política criminal del Estado, mientras que la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes (STC 234/1991 jurídico 2.º).

Que el actor haya cumplido la pena impuesta por la comisión de un delito, extinguiendo la responsabilidad criminal declarada por la previa Sentencia condenatoria, no guarda relación ninguna con el dato cierto de que su conducta delictiva ha ocasionado la pérdida del derecho a residir en España, a tenor de la norma con rango de Ley que regula ese derecho de residencia. Por lo que, aun dejando a un lado que el art. 25.2 CE no enuncia un derecho fundamental sino una orientación legislativa (STC 28/1988, fundamento jurídico 2.º), carece de todo fundamento la argumentación ofrecida en la demanda.

Entrando ya en el análisis del precepto, su propósito y finalidad no son propiamente sancionadores, sino que, dentro del Derecho de extranjería, configura una causa que puede dar lugar a la expulsión del territorio nacional. No se trata de un supuesto de *non bis in idem*, sino del cumplimiento de determinada condición o presupuesto legalmente establecido. Pues bien, el legislador, al igual que otros sectores –exigencia de honorabilidad para la obtención de determinadas autorizaciones administrativas o el acceso a los contratos públicos- “puede anudar en ciertos supuestos determinadas consecuencias gravosas al incumplimiento de deberes jurídicos explícitos de transcendencia pública cuando así lo exija razonablemente el interés público que con ello pretende protegerse, con independencia de las consecuencias sancionadoras que se deriven de la comisión de hechos o la omisiones de deberes concretos tipificados como infracciones” (Sentencia de la Sala Tercera, Sección 6ª, del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2000, sobre denegación de la nacionalidad española por condena penal). Criterio que el Tribunal Supremo ha reiterado respecto del artículo 1.3 del Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, que desarrolla la disposición transitoria primera de la LO 4/2000 (Sentencia de 20 de diciembre de 2000).

En suma, la perfecta traslación de la doctrina reseñada –dada la identidad de contenido y mandato del precepto- al caso, conlleva que el artículo ahora examinado no pueda considerarse contrario a la Constitución.

En segundo lugar, el artículo 57.8, separándose del supuesto del apartado precedente -que excluye expresamente los delitos que contempla este apartado 8- , prevé que los extranjeros, residentes o no, condenados por determinados delitos, una vez cumplida la pena, serán expulsados. Tales delitos protegen precisamente bienes jurídicos muy sensibles a los extranjeros: el tráfico ilegal de mano de obra, el reclutamiento engañoso o fraudulento de trabajadores o el empleo de súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones contrarias a sus derechos (artículo

312); los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (artículo 318); y el delito de asociación ilícita que promueva el tráfico ilegal de personas (artículos 515.6, 517 y 518). En este caso, aquel precepto se justifica por su excepcionalidad y por la gravedad y especificidad de los delitos a que se refiere, por lo que, junto al bien jurídico de garantizar los derechos de los extranjeros protegidos por tales tipos penales, que exige el cumplimiento de las condenas, se prevé también la expulsión como medida adecuada de la política de extranjería adoptada por el legislador (STC 242/1994).

En consecuencia, los apartados 2 y 8 del artículo 57 de la LO 4/2000, en la redacción dada por la LO 8/2000, no pueden considerarse inconstitucionales.

II. 12. El apartado 53 del artículo 1 de la LO 8/2000 en cuanto da nueva redacción al artículo 60 (antiguo artículo 59) de la LO 4/2000.

El apartado 53 del artículo 1 de la LO 8/2000 da nueva redacción al artículo 59 de la LO 4/2000, que pasa a ser artículo 60 con el tenor siguiente:

«Artículo 60. Retorno.

1. Los extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país serán retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible. La autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno.

2. Los lugares de internamiento para extranjeros no tendrán carácter penitenciario, y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios. Los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio.

3. El extranjero durante su internamiento se encontrará en todo momento a disposición de la autoridad judicial que lo autorizó, debiéndose comunicar a ésta por la autoridad gubernativa cualquier circunstancia en relación a la situación de los extranjeros internados.

4. La detención de un extranjero a efectos de retorno será comunicada al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país».

La propuesta de recurso de inconstitucionalidad luego aceptada por el Parlamento de Navarra considera que el nuevo artículo 60, por el que se regula el internamiento en los retornos, vulnera el artículo 17.1 y 2 de la Constitución, de acuerdo con los convenios internacionales y la doctrina de la STC 115/1987. Según la documentación aportada, la infracción se contrae al apartado 1 de dicho precepto y más concretamente el inciso “para que determine el lugar donde hayan de ser internados...”, en cuanto no parece dar la posibilidad al Juez de decidir otra cosa distinta al internamiento.

El análisis del retorno o devolución de extranjeros ha de comenzar por el estándar mínimo de los Tratados internacionales, en particular el CEDH. El artículo 5.1.f) del CEDH proclama el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad, añadiendo que “nadie podrá ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley:

(...)

f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición”.

En relación con este precepto, la Sentencia TEDH de 25 de junio de 1996 (caso Amuur contra Francia) ha reiterado que los Estados Contratantes tienen el innegable derecho soberano de controlar la entrada y residencia de extranjeros en su territorio, pero que este derecho debe ser ejercitado de acuerdo con las previsiones de la Convención, incluido el artículo 5. El posible confinamiento de extranjeros –con las adecuadas garantías- sólo es aceptable para permitir a los Estados que prevengan la inmigración ilegal mientras cumplen sus obligaciones internacionales. Han de conciliarse la protección de los derechos fundamentales con los requerimientos de las políticas de inmigración de los Estados. Aunque tal decisión haya de ser inicialmente administrativa o policial, su prolongación requiere una rápida revisión por los órganos judiciales, los tradicionales guardianes de las libertades personales. De ahí

que, considerando que se trata de una privación de libertad, le resulten de aplicación las exigencias del artículo 5.1 y, en concreto, que sea efectuada de acuerdo con el procedimiento prescrito por la Ley protegiendo del riesgo de arbitrariedad. Asimismo, la Sentencia TEDH de 6 de marzo de 2001 (caso Dougoz contra Grecia) señala que las condiciones de la detención de un extranjero, en espera de la expulsión, deben cumplir las exigencias del artículo 3 de la Convención (prohibición de trato inhumano o degradante) y de los apartados 1 y 4 del artículo 5 (legitimidad de la privación de libertad, incluido el derecho a la revisión judicial).

En la esfera interna, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones sobre las condiciones que ha de cumplir el confinamiento o detención de extranjeros previo a su retorno, devolución o expulsión. Ya la STC 115/1987 falló la constitucionalidad del artículo 26.2, párrafo segundo, de la LO 7/1985, en una interpretación del mismo acorde con la Constitución, declarando, en cuanto al internamiento, que “el órgano judicial habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, en el bien entendido no las relativas a la decisión de la expulsión en sí misma (sobre la que el Juez no ha de pronunciarse en este procedimiento), sino las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión” (FJ 1). La decisión sobre el internamiento no es una decisión administrativa, sino judicial, pues la disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y de la ejecución de la misma. De ahí la excepcionalidad y carácter máximo del internamiento, así como la obligada motivación de la decisión judicial, que debe respetar los derechos fundamentales de defensa, según se deriva del ordenamiento español y de los tratados internacionales.

Por su parte, la STC 144/1990, de 26 de septiembre, otorgó el amparo solicitado por estimar vulnerados los derechos fundamentales a la libertad personal y

seguridad, y a obtener la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, al acordarse el internamiento sin explicitar los órganos judiciales, siquiera indirectamente, qué circunstancias concurrentes en la actora fueron tenidas en cuenta para privarle de libertad, como consecuencia de un internamiento global de forma colectiva para ocho detenidos. Y la STC 96/1995, de 19 de junio, otorga el amparo solicitado contra resoluciones judiciales sobre internamiento de extranjero, pendiente de procedimiento de expulsión, por vulneración de los derechos fundamentales a la libertad personal y a la seguridad y a obtener la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, por falta de motivación, al no respetar los derechos fundamentales de defensa de acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Más recientemente, la STC 174/1999, de 27 de septiembre, sobre la denegación de la incoación de “habeas corpus” solicitado por extranjero en tal situación, dice así:

“En este sentido, debe advertirse que las Leyes Administrativas contemplan la compulsión personal como una forma de ejecución forzosa de resoluciones administrativas (así, con carácter general, art. 100.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Es claro que la ejecución forzosa de una «orden de devolución» (que actualiza una obligación de no entrar en territorio español adoptada previamente mediante resolución administrativa y sin necesidad de realizar un nuevo expediente administrativo, según establece el art. 36.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España) sólo puede tener lugar mediante la sujeción y conducción física del sujeto hasta su salida del territorio nacional (art. 33.1 de la LO 7/1985). Esta ejecución forzosa deberá practicarse sin dilación, pero no necesariamente con el límite máximo de setenta y dos horas. En consecuencia, si practicada una detención preventiva fuera dictada y notificada una «orden de devolución» tendríamos por concluida la situación de detención preventiva e iniciada la de ejecución forzosa de una resolución administrativa de «devolución». Pero si a la situación de compulsión personal en la «zona de rechazados» no precede una orden actual de expulsión o devolución, entonces la situación sólo puede calificarse de detención preventiva, aplicándose en consecuencia el límite máximo de setenta y dos horas contadas desde el inicio de la situación de privación de libertad. La libertad de salida a otros países desde la «zona de rechazados» (ATC 55/1996, fundamento jurídico 5º), de la que sin duda disfruta el extranjero, no

evita la existencia de una verdadera «situación fáctica» de detención preventiva con respecto al resto del territorio español. Pues lo relevante aquí es la limitación de movimientos del extranjero, sin ningún título jurídico que lo legitime, a un único espacio limitado y cerrado de territorio español. Por último, el que los extranjeros carezcan del derecho fundamental a circular libremente por España (SSTC 94/1993, fundamento jurídico 3º; 86/1996, fundamento jurídico 2º) no juridifica una «situación fáctica» de detención preventiva con exceso respecto de lo dispuesto en el art. 17.2 CE [SSTC 115/1987, fundamento jurídico 1º; 331/1993, fundamento jurídico 6 A)].

La situación jurídica de ejecución forzosa de una «orden de devolución» legitima un estado de compulsión en la «zona de rechazados» de un aeropuerto, pero no excluye por sí y *a limine litis el procedimiento de habeas corpus*. Así lo hemos dicho tanto en relación con las «órdenes de devolución» (STC 12/1994, fundamento jurídico 6º) como por referencia a las «órdenes de expulsión» (STC 21/1996, fundamento jurídico 7º). Basamos esta afirmación en la consideración del *habeas corpus* como garantía procesal aplicable a todos los supuestos de «privación de la libertad no acordada por el Juez» (SSTC 31/1985, fundamento jurídico 6º; 341/1993, fundamento jurídico 6º; 21/1997, fundamento jurídico 6º). De manera que ante una situación fáctica de compulsión o sujeción personal será función del Juez del *habeas corpus* comprobar si existe propiamente una «orden de devolución» o si, por no concurrir aquella resolución administrativa, se trata de una situación de detención preventiva (que a su vez podrá ser lícita o ilícita)».

Y finalmente la STC 179/2000, de 26 de junio, resume esa doctrina, declarando que:

“Por otra parte debe señalarse que la referida garantía resulta de aplicación en todos los casos en los que se produce una privación de libertad no acordada por el Juez (SSTC 21/1996, de 12 de febrero, F. 6; 86/1996, de 21 de mayo, F. 11; 174/1999, F. 6; 232/1999, F. 3, por citar sólo las más recientes); garantía además que hemos considerado específicamente aplicable en las detenciones impuestas en materia de extranjería (SSTC 115/1987, de 7 de julio, F. 1; 86/1996, F. 12) y en concreto en los casos en los que la detención o privación de libertad del solicitante de *habeas corpus* tiene como objeto ejecutar una orden de expulsión del territorio nacional (SSTC 21/1996, de 12 de febrero, F. 6; 12/1994, de 17 de enero, F. 5; 86/1996, F. 11; 174/1999; STEDH de 15 de noviembre de 1996, caso Chahal contra Reino Unido); supuesto este en el que, como, entre otras Sentencias se ha afirmado en las SSTC 21/1996, F. 6; 86/1996, F. 11, y 174/1999, F. 6, las circunstancias que debe examinar el Juez del *habeas corpus* no son las relativas a la procedencia de la expulsión, «objeto en su caso de impugnación ante los tribunales contencioso-administrativos sino, precisamente, las de la detención

preventiva previa a la expulsión», ya que como se ha afirmado, entre otras muchas en la STC 21/1996, citando a su vez a la STC 12/1994, «el Juez del habeas corpus “debe controlar la legalidad material de la detención administrativa”, es decir, que ésta “estuviera o no incluida dentro de alguno de aquellos casos en que la Ley permite privar de libertad a una persona porque del ajuste o no a la Constitución y al ordenamiento jurídico de aquel acto administrativo dependía el reconocimiento o la vulneración del derecho a la libertad y la legalidad o no de la detención...”»”.

De acuerdo con esta doctrina constitucional, y en particular de la STC 115/1987, ha de verificarse si el precepto examinado permite o no una interpretación conforme con la Constitución. A juicio de este Consejo, una interpretación sistemática del propio precepto y de la Ley Orgánica permite inferir que la decisión de internamiento –incluida, y no sólo, la determinación del centro de internamiento– es de la plena disponibilidad judicial. En efecto, el apartado 4 del mismo artículo determina explícitamente que “el extranjero durante su internamiento se encontrará en todo momento a disposición de la autoridad judicial que lo autorizó, debiéndose comunicar a ésta por la autoridad gubernativa cualquier circunstancia en relación a la situación de los extranjeros internados”. Por tanto, no se sustrae al pleno conocimiento del juez el internamiento, pues le corresponde autorizarlo.

En consecuencia, así interpretado, el precepto no puede ser considerado inconstitucional.

II. 13. El apartado 56 del artículo 1 de la LO 8/2000 en cuanto da nueva redacción al artículo 63.2 (antiguo artículo 62) de la LO 4/2000.

El apartado 56 del artículo 1 de la LO 8/2000 da nueva redacción al artículo 62 de la LO 4/2000, que pasa a ser artículo 63 con el tenor siguiente:

«Artículo 63. Procedimiento preferente.

1. La tramitación de los expedientes de expulsión, en los supuestos de las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 54, así como las a), d) y f) del artículo 53, tendrá carácter preferente.

2. Cuando de las investigaciones se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión, se dará traslado de la propuesta motivada por escrito al interesado, para que alegue lo que considere adecuado, en el plazo de cuarenta y ocho horas. En los supuestos en que se haya procedido a la detención preventiva del extranjero, éste tendrá derecho a asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos.

3. En el supuesto de la letra a) del artículo 53, cuando el extranjero acredite haber solicitado con anterioridad permiso de residencia temporal por situación de arraigo, conforme a lo dispuesto en el artículo 31.4 de esta Ley, el órgano encargado de tramitar la expulsión continuará la misma, si procede, por el procedimiento establecido en el artículo 57.

4. La ejecución de la orden de expulsión en estos supuestos se efectuará de forma inmediata».

La propuesta de recurso de inconstitucionalidad –estimada fundada por el Parlamento de Navarra- considera que el apartado 2 del nuevo artículo 63, que establece un plazo de alegaciones de 48 horas en el procedimiento preferente de expulsión, vulnera el artículo 24 de la Constitución en relación con el artículo 6 del CEDH. En su opinión, se produce una limitación temporal inadecuada para el ejercicio del derecho de defensa, que provoca indefensión, vulnerando el artículo 24 de la Constitución, en relación con el artículo 6.3, b) y c) del CEDH, a tenor de la doctrina que se cita del TEDH. Además, no se recoge en el procedimiento sumario trámite de prueba alguno que permita preparar la defensa o hacer declarar a testigos de descargo, de acuerdo con el artículo 6.3 d) del CEDH. En consecuencia, entiende que el precepto cuestionado deviene en inconstitucional.

El análisis de la constitucionalidad de este precepto ha de comenzar trayendo a colación la doctrina del Tribunal Constitucional y del TEDH sobre los preceptos de la Constitución y del CEDH, respectivamente, antes citados en relación con la cuestión de la expulsión de extranjeros que aquí se plantea.

La STC 115/1987, sobre determinados aspectos de la LO 5/1987, un precedente de la ahora examinada, desestimó la impugnación por el Defensor del

Pueblo del párrafo segundo del artículo 26.2 de dicha LO 5/1987, por entender que el mismo admitía una interpretación conforme con la Constitución. De esta importante Sentencia constitucional, en razón de los términos en que ahora ha sido planteada la cuestión, interesa únicamente destacar los siguientes extremos: en primer lugar, las diferencias sustanciales del internamiento preventivo de extranjeros, previo a su expulsión, con las detenciones preventivas de carácter penal, no sólo en las condiciones físicas de su ejecución, sino también en función del diverso papel que cumple la Administración en uno y otro caso. “En el procedimiento de expulsión, la decisión final sobre la misma corresponde al órgano gubernativo, y por ello es una decisión que puede condicionar la propia situación del extranjero detenido. Ello significa que el órgano que «interesa» el internamiento persigue un interés específico estatal, relacionado con la policía de extranjeros, y no actúa ya, como en la detención penal, como un mero auxiliar de la justicia, sino como titular de intereses públicos propios”. En segundo lugar, “el órgano judicial habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, en el bien entendido no las relativas a la decisión de la expulsión en sí misma (sobre la que el Juez no ha de pronunciarse en este procedimiento), sino las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión”. Y en tercer lugar, “la disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y de la ejecución de la misma”.

Por su parte, el TEDH ha abordado ya la cuestión sobre la naturaleza de la expulsión administrativa de extranjeros a los efectos de la aplicabilidad del artículo 6 del CEDH. La Sentencia *Maamouia* de 5 de octubre de 2000 declara que la interpretación del sintagma “derechos y obligaciones civiles” del artículo 6.1 del Convenio, aunque ha de ser autónoma dentro del Convenio y no con arreglo al Derecho del Estado parte, teniendo en cuenta el artículo 1 del Protocolo núm 7, ha concluido que tales procedimientos no conciernen a la determinación de un “derecho

civil” a los efectos del artículo 6.1, ni a la determinación de un cargo o acusación criminal, sin que la caracterización interna como sanción sea decisiva para determinar si la sanción es o no criminal por naturaleza; por tanto el artículo 6.1 no es de aplicación.

El precepto examinado fija un procedimiento preferente, de rápida tramitación, en razón de la concurrencia de determinados motivos cuya entidad o relevancia estima el legislador hacen urgente la expulsión. La brevedad del plazo del trámite de audiencia se ajusta al carácter preferente y rápido del procedimiento en que se inserta, por lo que ha de entenderse justificado y adecuado. Además, dicho trámite cubre los requisitos de regulación legal y de audiencia en el procedimiento exigidos por el artículo 105.c) de la Constitución.

En consecuencia, el nuevo artículo 63.2 de la LO 4/2000 –resultante de la modificación operada por la LO 8/2000- no puede considerarse inconstitucional.

II. 14. Legitimación del Parlamento de Navarra para interponer recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la LO 8/2000.

La última cuestión que suscita el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Parlamento de Navarra contra determinados preceptos de la LO 8/2000 es de índole procesal: su legitimación para la interposición de dicho recurso.

A decir de la propuesta parlamentaria promotora del recurso, el Parlamento de Navarra está legitimado para interponer el citado recurso de inconstitucionalidad, al amparo de los artículos 161.1.a) de la Constitución y 32.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (desde ahora, LOTC), ya que la Ley Orgánica impugnada regula materias para los extranjeros cuya competencia viene atribuida a la Comunidad Foral de Navarra en la LORAFNA, como son la educación, las ayudas a la vivienda o la residencia de menores.

Pues bien, el Parlamento de Navarra tiene reconocida legitimación para la interposición de recursos de inconstitucionalidad en los artículos 161.1.a) de la Constitución y 36 de la LORAFNA, que se remite a los casos y forma establecidos en las leyes. El artículo 32.2 de la LOTC delimita esa legitimación del Parlamento de Navarra, por referencia a la impugnación de normas de rango de ley del Estado “que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía”.

Sobre tal sintagma del artículo 32.2 de la LOTC existe una consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas la STC 56/1990, de 29 de marzo, en recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica del Poder Judicial, FJ 3), del tenor siguiente:

“La interpretación en la que tal conclusión se apoya ha sido, sin embargo, expresamente descartada por la doctrina de este Tribunal, que ha tenido ya ocasión de declarar que «la legitimación de las Comunidades Autónomas para interponer el recurso de inconstitucionalidad no está objetivamente limitada a la defensa de sus competencias propias, si esta expresión se entiende en su sentido habitual, como acción dirigida a reivindicar para sí la titularidad de una competencia ejercida por otro» STC 84/1982, fundamento jurídico 1.º, y, en términos análogos, SSTC 26/1987 y 74/1987, fundamento jurídico 1.º de ambas resoluciones). Ni en efecto, el recurso de inconstitucionalidad puede ser equiparado o asimilado al conflicto de competencias -siendo como es un instrumento al servicio de la depuración objetiva del ordenamiento- ni cabe tampoco, por lo mismo, identificar la expresión «propio ámbito de autonomía» (art. 32.2 de la LOTC) con el elenco de competencias estatutarias de las Comunidades recurrentes, pues dicha expresión legal remite, más ampliamente, a la posición institucional en el ordenamiento de las Comunidades Autónomas, vale decir, al conjunto de sus competencias y facultades y también a las garantías, constitucionales y estatutarias, que dan forma y preservan a dicha autonomía. El ámbito de ésta podrá verse afectado, en suma, no sólo cuando las competencias autonómicas se digan menoscabadas, directa o indirectamente, por el Estado, sino también -y con los mismos efectos positivos sobre la legitimación- en los casos en que el órgano de la Comunidad aduzca una conculcación, por reglas estatales, de cualquiera de las garantías que, en la Constitución y en el Estatuto, han de ser vistas como el presupuesto y la base misma de la autonomía, o como su proyección en la organización integral del Estado”.

A la luz de esta doctrina, esta legitimación no ha de basarse en la defensa de las competencias, sino en el criterio más amplio de la afectación al ámbito de autonomía de la Comunidad Foral. En tal sentido, la regulación de los derechos de los extranjeros y su integración social afecta al ámbito propio de Navarra, no sólo al contemplar aspectos materiales que se conectan directamente con competencias de Navarra, sino también porque el texto legal incluye previsiones y mandatos que inciden y precisan de la intervención de la Comunidad Foral, para lograr el objetivo de la integración social de los extranjeros, como puede ser, amén de los señalados por el Parlamento, la asistencia jurídica gratuita o la ejecución de la legislación laboral gestionadas por la Administración de la Comunidad Foral. Así se deriva de la propia legislación de extranjería: el artículo 61 de la LO 4/2000, en su redacción inicial –hoy modificada por el apartado 61 del artículo 1 de la LO 8/2000-, establecía la participación de las Comunidades Autónomas en el Consejo Superior de Política de Inmigración, creado como instrumento de coordinación de los poderes públicos en materia de inmigración; y la disposición adicional segunda añadida por el artículo 2.2 de la LO 8/2000, “en atención a la situación territorial y a la especial incidencia del fenómeno migratorio y a las competencias que tengan reconocidas en sus respectivos Estatutos de Autonomía en materia de ejecución laboral y en materia de asistencia social, y en concordancia con los mismos”, prevé la creación de subcomisiones en el seno de las Comisiones Bilaterales de Cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas para analizar cuestiones de trabajo y residencia de extranjeros que les afecten directamente. En definitiva, la impugnación, cualquiera que sea la infracción sustantiva denunciada, se justifica en la indudable repercusión de tan relevante materia en la autonomía de Navarra.

Por tanto, el Parlamento de Navarra está legitimado para interponer recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la LO 8/2000.

III. CONCLUSIONES.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Navarra en relación con el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, dictamina lo siguiente:

1ª/. El artículo 7.1 de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por el apartado 5 del artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2000, en cuanto al derecho de reunión, puede considerarse inconstitucional al contrariar los artículos 13.1 y 21.1 de la Constitución.

2ª/. El artículo 22.2 de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por el apartado 16 del artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2000, sobre la asistencia jurídica gratuita, puede considerarse inconstitucional por vulnerar los artículos 13.1, 24 y 119 de la Constitución, en los términos señalados en el apartado II. 10 del presente dictamen.

3ª/. El artículo 60.1 de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por el apartado 53 del artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2000, sobre el internamiento de los extranjeros retornables, puede considerarse constitucional interpretado en el sentido señalado en el apartado II. 12 del presente dictamen.

4ª/. Los restantes preceptos de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por Ley Orgánica 8/2000, objeto de recurso de inconstitucionalidad por el Parlamento de Navarra no pueden ser considerados contrarios a la Constitución.

5ª/. El Parlamento de Navarra está legitimado para interponer recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la LO 8/2000.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.