

EL NUEVO REGIMEN JURIDICO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

Reflexiones en torno a la constitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

1. El estatuto jurídico-constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España.
2. Derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros.
3. Derechos en los que es admisible la diferencia de trato entre españoles y extranjeros.
4. Las garantías jurídicas.

Se me pide por la dirección de la Revista que conteste a una encuesta acerca de la constitucionalidad/inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley Orgánica 8/2000. Eso es lo que pretendo hacer no a través de la contestación puntual de los interrogantes que se me formulan, sino por intermedio de las reflexiones que, sin circunscribirme exactamente a las preguntas formuladas, se vierten a continuación.

Este es el procedimiento que me parece más correcto para tratar de abordar los muy diversos matices que la problemática planteada encierra. Por lo demás, el mismo planteamiento de las preguntas que contiene la encuesta ya me suscita ciertas discrepancias, pues algunos de los interrogantes formulados conducen a una línea reflexiva que pienso no es la más correcta en orden a dar una respuesta al núcleo central del problema.

Tan solo creo necesario, a la vista de la encuesta, hacer una última reflexión. La clásica distinción de la teoría general de los derechos entre titularidad y ejercicio no sólo sigue siendo válida en relación con los extranjeros, como tiempo atrás ya pusiera de relieve *Federico de Castro* (en su «Derecho Civil de España», tomo II, IEP, Madrid, 1952, pág. 55; recogido de la publicación conjunta de los dos tomos de la obra hecha por Civitas en 1984), sino que, a nuestro entender, ha de constituir el punto de partida del razonamiento.

Y a partir de ahí, la problemática a analizar debe ser la de si el legislador nacional está habilitado para establecer, en algunos derechos por lo menos, una diferencia de trato en el ejercicio de los mismos por los españoles y por los extranjeros, a cuyo efecto, a la vista del artº 13.1 CE, habrá que atender de modo preferente al Derecho convencional.

Esta es la línea argumental que entendemos correcta, y a ella hemos acomodado las reflexiones que siguen.

Sólo nos resta efectuar una última precisión. En algunos de sus puntos, no desde luego en todos, este trabajo está

redactado a partir del texto del Dictamen sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000 que, a petición del Defensor del Pueblo, elaboramos el Prof. Pedro de la Vega y quien esto suscribe.

1. EL ESTATUTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

I. Es opinión doctrinal bastante común que nuestra Constitución contempla con notable amplitud los derechos de los extranjeros. *Alzaga* (en su «Derecho Político Español según la Constitución de 1978», Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2ª ed., Madrid, 1998, pág. 53) señala al efecto que la Constitución de 1978 ha construido una amplia, generosa y avanzada tutela de los derechos fundamentales de los extranjeros; a juicio del mismo autor, prácticamente, en ningún país del mundo un extranjero dispone de un elenco de derechos y libertades garantizado más amplio que en España, opinión también expresada en sede jurisdiccional constitucional (así, por ejemplo, en el Voto particular formulado frente a la STC 115/1987, de 7 de julio, por el entonces Presidente del Tribunal Constitucional, Sr. *Tomás y Valiente*, y por los Magistrados Sres. *Rubio Llorente y García-Mon*).

El intérprete supremo de la Constitución, en afirmación bien significativa, ha llegado a decir que nuestra Constitución es obra de españoles pero no sólo para españoles (STC 99/1985, de 30 de septiembre, fund. jur. 2ª)

Esta pauta no se ha visto alterada por el desarrollo legislativo que en este ámbito se ha dado a la Constitución. En efecto, ni siquiera 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, se aparta de esta tendencia. No cabe ignorar a este respecto que la Ley Orgánica 8/2000 se asienta en

un régimen de absoluta paridad entre españoles y extranjeros en situación de legalidad en el ejercicio de los derechos y libertades por parte de estos últimos respecto de los primeros.

La Ley Orgánica 8/2000, con carácter general, se asienta en el principio de igualdad de ejercicio de los derechos por españoles y extranjeros que hayan obtenido autorización de estancia o residencia en España. Bien significativa al respecto es la cláusula del artº 3º.1 de la Ley que, tras la redacción que le ha dado la Ley Orgánica 8/2000, determina:

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

Este criterio general hermenéutico no hace sino confirmar lo antes expuesto. Y de todo ello deriva una conclusión tajante e inequívoca: nuestra legislación en materia de extranjería es, posiblemente, la más avanzada de la Unión Europea.

Para corroborar la precedente afirmación nos bastará con recordar dos de las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere, celebrado el 15 y 16 de octubre de 1999, en sesión especial sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea:

1ª) La Unión Europea debe garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de sus Estados miembros. Una política de integración más decidida debería encaminarse a concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión, así como a fomentar la

ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural y a desarrollar medidas contra el racismo y la xenofobia.

2ª) El estatuto jurídico de los nacionales de terceros países debería aproximarse al de los nacionales de los Estados miembros. A una persona que haya residido legalmente en un Estado miembro durante un período de tiempo por determinar y que cuente con un permiso de residencia de larga duración, se le debería conceder en ese Estado miembro un conjunto de derechos de carácter uniforme lo más cercano posible al de los ciudadanos de la Unión, que contenga, por ejemplo, el derecho a residir, recibir educación y trabajar por cuenta ajena o propia, sin olvidar el principio de no discriminación respecto de los ciudadanos del Estado de residencia.

En definitiva, lo que para la Unión Europea en su conjunto era una meta ideal a conseguir: equiparar (que no es exactamente igual que igualar en plenitud) los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro a los de los nacionales de ese mismo Estado, para España, poco después de un año de la Declaración de Tampere, es una evidente realidad jurídica, plasmada primero por la Ley Orgánica 4/2000 y corroborada, poco después, por la 8/2000.

Esta situación ha de ser valorada aún más positivamente si se tiene presente que no dimana de un mandato constitucional. Ello nos sitúa ante la necesidad de desbrozar el estatuto constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en nuestro país.

II. La primera reflexión que conviene hacer es que de nuestra Norma suprema no dimana, como exigencia general, la inexcusabilidad de un trato igual entre españoles y extranjeros. Cuando el artº 14 CE proclama el principio de igualdad lo hace refiriéndose con exclusividad a «los españoles». Son éstos, pues, como el mismo Juez de la Constitución ha recono-

cido (STC 107/1984, de 23 de noviembre, fund. jur. 3ª), quienes, de conformidad con el Texto constitucional, «son iguales ante la Ley», y no existe prescripción alguna que extienda tal igualdad a los extranjeros.

La inexistencia de una declaración constitucional que proclame la igualdad de los extranjeros y españoles no es, sin embargo, argumento bastante como para considerar resuelto el problema, estimando que la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles resulta en cualquier derecho o libertad constitucionalmente admisible, y ello por cuanto ni el artº 14 debe ser interpretado de un modo mecanicista, en su estricta literalidad, ni, por otro lado, es el único precepto que debe ser contemplado, sino que, junto a él, es preciso tener en cuenta otras normas constitucionales sin las que no resulta posible determinar la posición jurídica de los extranjeros en España.

Y entre esas otras normas, primigénicamente, hay que recordar el artº 10.1, que como ya tuvimos oportunidad de señalar en otro momento (*Francisco Fernández Segado*: «La dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional español», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 43, septiembre-diciembre 1995, págs. 49 y sigs.; en concreto, págs. 66-69), viene a colocar al valor «dignidad de la persona» como la fuente de todos los derechos.

Con todo, la norma clave para la determinación de la posición jurídica de los extranjeros en España, en lo que a sus derechos y libertades se refiere, es el artº 13.1 CE, a cuyo tenor: «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título (el Título primero) en los términos que establezcan los Tratados y la Ley».

La norma en cuestión suscita dos tipos de problemas hermenéuticos. El primero se refiere a si ha de darse algún significado al empleo de la locución «libertades públicas» con exclusión de la de «derechos fundamentales». El segundo, a si

la remisión a «los Tratados y la Ley» implica una suerte de desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros relativa a sus derechos y libertades.

La interpretación más correcta, a nuestro modo de ver, aunque no sea desde luego la que el Tribunal hizo suya, es la ofrecida en el Voto particular suscrito por el entonces Presidente del Tribunal, Sr. *Tomás y Valiente*, y por los Magistrados Sres. *Rubio Llorente* y *García-Mon*, formulado frente a la STC 115/1987, de 7 de julio, interpretación en la que los dos problemas hermenéuticos advertidos aparecen íntimamente imbricados. Según esta posición, el artº 13.1 CE 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». 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».

El Juez de la Constitución, frente a la primera cuestión, ha interpretado ampliamente la locución «libertades públicas», entendiendo que dentro de ella tienen cabida tanto los derechos fundamentales como las mismas libertades públicas (así, STC 107/1984, fund. jur. 3º y STC 99/1985, de 30 de septiembre, fund. jur. 2º). Y en relación con el segundo problema, el Tribunal ha rechazado que el artº 13.1 CE entrañe una suerte de desconstitucionalización de los derechos y libertades de los extranjeros, pues, siguiendo el razonamiento del alto órgano (STC 107/1984, fund. jur. 3º), el artº 13.1 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, siempre según el Tribunal, son todos ellos, sin excepción en cuanto a su contenido, «derechos de configuración legal», interpretación esta última que no deja de ser bastante incongruente con alguno de sus otros posicionamientos en la materia por parte del Tribunal, pero que, en relación con la problemática que nos interesa y en la que más adelante entraremos, tiene una notable trascendencia.

En definitiva, la divergencia hermenéutica apuntada conduce a una última consecuencia: mientras para quienes suscriben el Voto particular la libre capacidad de configuración por el legislador del régimen de las libertades públicas de los extranjeros encuentra sus límites tan sólo en los Tratados internacionales, para el Tribunal, la libre capacidad dispositiva del legislador en este ámbito se ve delimitada por el propio contenido constitucionalmente configurado en relación a cada libertad. Sin embargo, la diferente consecuencia jurídico-constitucional que se desprende de una u otra interpretación se difuminará en aquellos derechos o libertades cuyo contenido no haya sido constitucionalmente configurado, como también en aquellos otros aspectos relativos al régimen de ejercicio de una libertad que no hayan sido específicamente contemplados por la Norma suprema.

Por lo demás, el notable acento que el Tribunal parece haber puesto en su calificación como «derechos de configuración legal» de todos los derechos de los extranjeros «sin excepción», al margen ya de revelar la confusión de la doctrina constitucional en esta materia (en el mismo sentido, *Elisa Pérez Vera y Paloma Abarca Junco*: «Extranjería. Comentario al artículo 13 de la Constitución», en Oscar Alzaga, director, «Comentarios a la Constitución Española de 1978», Cortes Generales--Editoriales de Derecho Reunidas, tomo II, Madrid, 1997,

págs. 183 y sigs.; en concreto, págs. 200-201), en cuanto parece propiciar una mayor capacidad dispositiva del legislador en relación con las libertades públicas, que respecto de aquellos derechos fundamentales que se vinculan a la dignidad de la persona de modo inmediato, presupone una cierta aproximación a las tesis sustentadas por los signatarios del varias veces citado Voto particular.

III. El Tribunal, con carácter general, ha completado su doctrina sobre los derechos de los extranjeros, estableciendo una clasificación de los mismos que se ha acomodado, en cierta medida, a la clásica diferenciación de la teoría general de los derechos entre titularidad y ejercicio. A partir de esta distinción ha llevado a cabo una clasificación tripartita de los derechos de los extranjeros.

Ya el año anterior a la publicación de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, primera norma ordenadora de la material, el Tribunal (STC 107/1984, de 23 de noviembre, fund. jur. 4º) dejaba perfilada su doctrina al distinguir tres tipos de derechos: a) unos derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; b) un segundo grupo de derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el artº 23 CE, según dispone el artº 13.2 CE y con la salvedad que contiene), y c) un último grupo 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.

Así estructurados los derechos de los extranjeros, el siguiente paso consistía en encontrar un criterio clasificador que permitiera incluir a los distintos derechos y libertades en la primera o en la última de las categorías. Tal criterio podía haberse buscado en la literalidad de los enunciados constitucionales, que en unos casos

refieren el derecho a «toda persona» o «todos», mientras en otros lo refieren a «los españoles» o «los ciudadanos», e incluso los hay que contemplan la titularidad del derecho o libertad en términos impersonales (así, los artículos 20, 21 y 22 CE hablan de que «se reconoce» el derecho que enuncian).

La poca claridad del constituyente en esta cuestión, el hecho de que tal solución no fuera avalada por el Derecho convencional, la inaceptable radical privación de derechos (tales como la libertad de circulación, la libre elección de residencia, el derecho a la objeción de conciencia, el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión y oficio...) que para los extranjeros supondría tal interpretación y el hecho de que la propia Norma suprema admita una interpretación mas coherente y razonable, como el Alto Tribunal reconoce en su STC 94/1993, de 22 de marzo, fund. jur. 2º, cuando pone de relieve que el artº 13.2 CE sólo reserva a los españoles la titularidad de los derechos reconocidos en el artº 23 CE, conducirían al Tribunal, no sin vacilaciones, al abandono como criterio clasificador de aquel al que venimos refiriéndonos.

Así las cosas, el criterio definitivo ha sido el de, a la vista de la naturaleza misma del derecho o libertad de que se trate, proceder a dilucidar si el mismo pertenece a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, prescindiendo de esta terminología, ciertamente equívoca, si el derecho o libertad es imprescindible para la garantía de la dignidad humana que, conforme al artº 10.1 CE, constituye el fundamento del orden político y de la paz social.

Como en otro lugar ya tuvimos oportunidad de señalar (*Francisco Fernández Segado*: «La dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional español», op. cit., pág. 74), todos y cada uno de los derechos que la Constitución enuncia en su Título I son, en mayor o menor grado, inherentes a la persona y a su dignidad radical, y todos contribuyen, en una u otra

medida, al desarrollo integral del ser humano o, por utilizar la locución constitucional del artº 10.1, al «libre desarrollo de la personalidad». Esto no es puesto en duda por el Tribunal, que, legítimamente, se limita a atender al nivel de graduación de la conexión derecho/libertad-dignidad, pues, en coherencia con lo antes expuesto, es obvio que aun vinculándose todos los derechos con la dignidad, el grado de esa vinculación no es en modo alguno el mismo en todos los derechos, y de esa mayor o menor conexión o vinculación con la dignidad se pueden derivar consecuencias jurídicas en el ámbito del que venimos ocupándonos. Y eso precisamente es lo que ha hecho el Juez de la Constitución.

En definitiva, los derechos que el Tribunal considera imprescindibles para la garantía de la dignidad humana se ubicarían en la primera de las categorías (derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros). En su jurisprudencia, el Tribunal ha ido conformando un catálogo, no cerrado desde luego, de estos derechos. Y así, en su STC 107/1984, fund. jur. 3º, precisa que «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».

Tal pronunciamiento general ha ido siendo completado, si bien, insistimos en ello, no exhaustivamente, en otras Sentencias. De esta forma, en la STC 115/1987, de 7 de julio, fund. jur. 1º, el Tribunal ha adicionado a los anteriormente citados, el derecho a la libertad del artº 17 CE. Y en la STC 99/1985, de 30 de septiembre, fund. jur. 2º, ha hecho otro tanto con el derecho a la tutela judicial efectiva del artº 24.1 CE. Nos parece evidente que en este primer bloque de derechos habría que incluir otros varios, aunque el Tribunal no haya tenido oportunidad de pronunciarse al respecto. Tal sería el caso, a nuestro modo de ver, del derecho a la libertad religiosa y de

culto, del derecho al honor, del derecho a la libertad de expresión, de las garantías del debido proceso del artº 24.2 CE, del derecho a la legalidad penal o sancionadora y también, sin la más mínima pretensión de exhaustividad, del derecho a la educación.

En la segunda de las categorías (exclusión hecha de aquel grupo de derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros, a los que se refiere el artº 13.2 CE), esto es, en la de aquellos derechos o libertades en los que constitucionalmente cabe una diferencia de trato, en cuanto al ejercicio del derecho, entre extranjeros y españoles, el Tribunal ha tenido oportunidad de incluir, entre otros, el derecho a la libertad de residencia y de desplazamiento o circulación del artº 19 CE (STC 94/1993, de 22 de marzo, fund. jurs. 2º, 3º y 4º, y STC 116/1993, de 29 de marzo, fund. jur. 2º); el derecho de reunión del artº 21 CE (STC 115/1987, de 7 de julio, fund. jur. 2º); el derecho de asociación del art. 22 CE (STC 115/1987, fund. jur. 3º), y el derecho al trabajo del artº 35 CE (STC 107/1984, de 23 de noviembre, fund. jur. 4º). Y nos parece fuera de toda duda que, entre otros varios, en este bloque de derechos habrá que incluir asimismo la libertad de sindicación y el derecho de huelga. En definitiva, al margen de algunos otros derechos, las llamadas libertades públicas tendrían su ubicación en este segundo bloque de derechos, circunstancia que encontraría su razón de ser en que su vinculación con la dignidad de la persona, existiendo, desde luego, no sería tan fuerte, tan inmediata como en el caso de los derechos que se han de ubicar en la primera de las categorías.

Como fácilmente puede apreciarse, la diferencia sustancial entre uno y otro bloque de derechos es que los no inmediatamente vinculados a la dignidad de la persona otorgan al legislador una mayor capacidad dispositiva. Como ha admitido el Juez de la Constitución (STC 115/1987, fund. jur. 3º), el legislador, al amparo del

artº 13.1 CE, dispondrá de la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de tales libertades por parte de los extranjeros, siempre, desde luego, de acuerdo con el Derecho convencional. Más allá del necesario respeto al Derecho internacional de los derechos humanos, el legislador también vendrá vinculado, a la vista de la doctrina constitucional ya señalada, por el contenido constitucional del derecho, cuando el mismo se halle contemplado por la misma Norma suprema, y tampoco podrá ignorar el legislador, cuando opte por el establecimiento de un trato diferencial en el ejercicio del derecho entre españoles y extranjeros, el principio de razonabilidad de la diferencia.

IV. La remisión que al Derecho convencional lleva a cabo el artº 13.1 CE exige de unas consideraciones adicionales.

De entrada, conviene advertir que tal reenvío no ha de entenderse en el sentido de que el legislador haya de circunscribir su actuación a plasmar miméticamente lo establecido en los Tratados internacionales en la materia, de modo tal que, por ejemplo, si un Tratado declara titular de un derecho a toda persona, sin ninguna matización adicional, no pueda el legislador español introducir la nacionalidad como criterio sustentador de una diferencia de trato en el ejercicio de tal derecho, pese a ser, en principio, posible esa diferencia a la vista de la doctrina constitucional ya expuesta. No es ese el sentido del artº 13.1 CE, norma que entraña tan sólo que el ejercicio de los derechos y libertades por los extranjeros se ha de acomodar a lo que establezcan los Tratados, que a su vez, de acuerdo con el artº 10.2 CE, operan como criterio hermenéutico de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades constitucionalmente reconocidas.

Por otro lado, no puede dejar de tenerse presente que las previsiones de los Tratados en la materia no son exactamente coincidentes en todos los casos ni respecto de todos los derechos, aunque sí mues-

tren pautas tendenciales comunes, a las que debiera atenderse prevalentemente en el supuesto de que una norma puntual de un Tratado se separe de ellas.

Desde otra perspectiva, y pese a su obviedad, conviene no olvidar el carácter limitado de los derechos, o lo que es igual, que todos los derechos tienen límites. No hay derechos absolutos, con alguna salvedad, como, a nuestro juicio, el derecho a no ser sometido a tortura ni a pena o trato inhumano o degradante, al que alude el artº 15 CE, como una reiteradísima jurisprudencia constitucional ha venido sosteniendo ya desde las primeras Sentencias del Tribunal (así, la STC 11/1981, de 8 de abril, fund. jur. 9º). Bien al contrario, «su ejercicio está sujeto tanto a límites expresos constitucionalmente como a otros que puedan fijarse para proteger o preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos» (STC 181/1990, de 15 de noviembre, fund. jur. 3º). A este respecto, no puede olvidarse que «los derechos de los demás» también son fundamento del orden político y de la paz social (artº 10.1 CE).

En esta misma dirección, es asimismo necesario tener presente que los Tratados internacionales en materia de derechos humanos, por lo general, acogen cláusulas que habilitan al legislador democrático para sujetar el ejercicio de los derechos a restricciones orientadas a la salvaguarda de los derechos y libertades de los demás y de una serie de bienes de inexcusable protección en un Estado democrático. Quizá la cláusula paradigmática sea el artº 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH), de 10 de diciembre de 1948, a cuyo tenor: «En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la Ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática».

V. Las reflexiones que preceden deben de servir de premisa inexcusable a la hora de abordar una cuestión tan compleja, y desde luego de no fácil o incontrovertible solución, como la relativa a la constitucionalidad de las modificaciones que en el régimen de derechos y libertades de los extranjeros en España establecido por la Ley Orgánica 4/2000, ha venido a introducir la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, norma legal esta última que, en todo caso, y como ya significamos en un momento anterior, se sigue asentando en el principio de ejercicio por los extranjeros de los derechos que les reconoce la Ley en condiciones de plena igualdad con los españoles, introduciendo como principal rasgo diferencial frente a la Ley a la que viene a reformar, en clara similitud con las determinaciones de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, la exigencia de hallarse en situación legal para poder ejercer algunos derechos (de reunión y manifestación, asociación, sindicación y huelga) reconducibles a la categoría de derechos no inmediatamente vinculados con la dignidad de la persona, pues en los derechos que se conectan de modo directo e inmediato con el que bien puede ser considerado núcleo axiológico de nuestro ordenamiento, esto es, con el valor dignidad del ser humano, la Ley mantiene el principio ya preestablecido por la Ley 4/2000, de absoluta igualdad entre españoles y extranjeros en el ejercicio de estos derechos.

Quizá no sea inoportuno recordar la reiterada doctrina constitucional acerca de la presunción de constitucionalidad de las normas, presunción que adquiere su más intenso grado respecto de aquellas normas que provienen del órgano que en cada momento actualiza la voluntad soberana del pueblo, del que emanan todos los poderes del Estado (artº 1º.2 CE). Esta presunción de constitucionalidad de la Ley, como ha subrayado la mejor doctrina (*Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández*: «Curso de Derecho Administrativo», vol. 1, 4ª ed., reimpr., Civi-

tas, Madrid, 1986, pags. 126-127), va más allá de la simple afirmación formal de que cualquier Ley se tendrá por válida hasta que sea declarada inconstitucional, al implicar, materialmente, que siempre que sea «razonablemente posible», entre las varias interpretaciones que posibilite una Ley, se ha de entender que el legislador ha querido inclinarse por la que posibilita el mantenimiento de la norma dentro de los límites constitucionales.

Por lo demás, también parece pertinente poner de relieve la existencia de lo que bien podríamos denominar «indicios de constitucionalidad» de la Ley, indicios que vendrían dados por el hecho de que, siendo la exigencia de situación legal de los extranjeros requisito necesario para que éstos pudieran ejercitar determinados derechos en igualdad con los españoles, a tenor de las previsiones de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, tal exigencia no fue constitucionalmente impugnada (en el recurso de inconstitucionalidad núm. 880/1985, promovido por el Defensor del Pueblo contra algunas normas de la citada Ley Orgánica 7/1985), pese a lo cual, como veremos con detalle más adelante, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 115/1987, vino a entender de modo implícito —y más rotundamente aún, nos atreveríamos a decir que incluso explícitamente, como intentaremos mostrar después— que esa exigencia era perfectamente acorde con la Constitución, tesis que, por otra parte, se incardina en la reiterada doctrina jurisprudencial de que no pueden exigirse derechos desde la ilegalidad.

VI. Antes de entrar en el análisis particularizado del articulado de la Ley Orgánica 8/2000 sólo nos resta precisar que en sintonía con la categorización de los derechos y libertades antes esbozada, vamos a acomodar a la misma nuestras reflexiones en torno a la nueva Ley, no sin antes hacer una última precisión. Aunque en nuestro análisis nos atenderemos básicamente a aquellos derechos y libertades cuya nueva

regulación mayores dudas ha suscitado, desbordando este ámbito de reflexión, vamos a referirnos asimismo a la problemática de la constitucionalidad del régimen jurídico de algún otro derecho que, pese a no haber sido alterado por la Ley 8/2000, no ha dejado de plantear serios problemas hermenéuticos.

2.- DERECHOS QUE CORRESPONDEN POR IGUAL A ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS

Vamos a referirnos dentro de estos derechos al derecho a la educación y al derecho a la legalidad de la potestad sancionadora administrativa, en relación con la tipificación de las infracciones en materia de extranjería.

A) *El derecho a la educación*

La Ley Orgánica 8/2000 modifica dos de los apartados del artº 9º de la Ley Orgánica 4/2000 (los apartados primero y segundo, pasando este último a figurar como apartado tercero en la nueva redacción), adicionando otros dos nuevos apartados (los que en el actual texto figuran como segundo y cuarto). A tenor de la nueva redacción dada al artº 9º:

1. «Todos los extranjeros menores de 18 años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas».

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 dere-

cho 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 de 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».

Estamos ante un precepto perfectamente acorde con la Constitución, pues, de un lado, todos los extranjeros menores de 18 años quedan perfectamente equiparados a los españoles, independientemente de cual sea su situación en España, gozando en plenitud no sólo del derecho de acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, sino también a la obtención de la correspondiente titulación y al acceso al sistema público de ayudas y becas. Más aún, a la vista de la dicción del apartado primero, como después razonaremos con mayor detalle, entendemos que bien puede sostenerse que el precepto posibilita el acceso de los extranjeros a otros niveles educativos distintos de la enseñanza básica, en concreto a todos aquellos niveles que, como el bachillerato, se imparten dentro de los primeros 18 años de vida.

En cuanto a los extranjeros residentes, quedan también equiparados a los españoles en el goce del derecho a la educación de naturaleza no obligatoria. La norma no alude a los extranjeros que sin ser residentes se encuentran en nuestro país en una situación legal como es la situación de estancia, lo que quizá se explica porque esta situación entraña una corta permanencia en territorio español: no superior a 90 días.

Para calibrar en su justa medida el paso adelante que entraña la nueva normación del derecho a la educación, incluso tras la reforma operada por la Ley 8/2000, frente a la Ley Orgánica 7/1985, nos bastará con recordar que el artº 9º de esta última reconocía el derecho a la educación tan sólo a los extranjeros que se hallaran legalmente en España, derecho que había de entenderse circunscrito al acceso a la enseñanza básica y obligatoria.

Hemos de iniciar el análisis particularizado de las modificaciones introducidas por la Ley 8/2000 por los nuevos apartados, cuarto y segundo del artº 9º, que la misma incorpora.

El apartado cuarto es una norma que se orienta a fomentar la actividad prestacional de los poderes públicos en materia educativa: promover que los extranjeros residentes que lo necesiten puedan recibir una enseñanza orientada a su mejor integración social. Nos hallamos ante una norma que no sólo no suscita reparo alguno, sino que, por el contrario, ha de ser enjuiciada muy positivamente en cuanto persigue alcanzar una mejor integración social de los extranjeros residentes.

Tampoco debe plantear objeción alguna el nuevo apartado segundo. En su redacción originaria, el artº 9º.2 reconocía el derecho de los extranjeros a la educación de naturaleza no obligatoria en iguales condiciones que los españoles, precisando que, específicamente, tendrían derecho a acceder al nivel de educación infantil. Ello no dejaba de ser un tanto paradójico por cuanto que el artº 7º.2 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE), no extiende obligatoriamente la educación infantil a toda la población española, sino que sólo obliga a las Administraciones públicas educativas a garantizar «la existencia de un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que la solicite».

En coherencia con lo dispuesto en la LOGSE respecto de los españoles, el nuevo

apartado segundo del artº 9º establece una previsión idéntica respecto de los extranjeros que lo soliciten, con lo que el principio de igualdad de trato entre españoles y extranjeros ahora sí que es real.

El apartado primero del mismo precepto introduce una modificación consistente en precisar que el derecho de todos los extranjeros menores de 18 años a la educación en las mismas condiciones que los españoles es asimismo un deber. Lejos de suscitar reparo alguno, nos parece que esta modificación viene exigida por la propia naturaleza del derecho a la educación.

En efecto, el artº 27.4. CE establece que la enseñanza básica es obligatoria. En la misma dirección, el artº 26.1 DUDH dispone que la instrucción elemental será obligatoria, y el artº 13.2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC), de 19 de diciembre de 1966, señala que la enseñanza primaria debe ser obligatoria. Más recientemente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE), de 7 de diciembre de 2000, en su artº 14.2, da por supuesta la existencia de una enseñanza obligatoria cuando prevé que el derecho a la educación «incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria». Y si la enseñanza básica es obligatoria, parece obvio que el derecho a la educación es, al unísono, un deber, deber que debe recaer sobre los padres o responsables legales de los menores de edad.

La última de las modificaciones afecta al apartado tercero y se ciñe a la exigencia de residencia para tener derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en idénticas condiciones que los españoles, derecho que el artº 9º.2 de la L.O. 4/2000 reconocía a los extranjeros en general. El ejercicio de este «derecho a la educación de naturaleza no obligatoria» se traduce en el derecho de acceso a los niveles de educación y enseñanza no previstos en el apartado anterior, relativo a la educación

infantil, con la subsiguiente obtención de las titulaciones que correspondan en cada caso y el acceso al sistema público de becas y ayudas. Es decir, que al margen ya de la educación infantil, que se rige por la norma específica del apartado segundo, y a la que tienen acceso todos los extranjeros, los que tengan la condición de residentes quedan plenamente equiparados a los españoles en el acceso a los diferentes niveles educativos de naturaleza no obligatoria.

La modificación sustancial que, frente a la redacción inicial dada al artº 9º por la Ley 4/2000, se introduce ahora, como ya se ha dicho, consiste en no equiparar a los españoles en el acceso a la educación no obligatoria a aquellos extranjeros que no sean residentes. Sin embargo, el alcance de esta reforma, a nuestro juicio, exige atender a la norma que acoge el apartado primero.

El artº 9º.1 reconoce a todos los extranjeros menores de 18 años un derecho a la educación que comprende el acceso a «una enseñanza básica, gratuita y obligatoria». De entrada, hay que entender que la enseñanza comprendida dentro de este derecho a la educación, a la vista de las previsiones de la LOGSE (específicamente, de sus artºs. 3º.2, 12, 17, 18, 25 y 30), no es sólo la comprendida dentro de la educación primaria, sino que abarca también la etapa de educación secundaria obligatoria, que completa la enseñanza básica. Más aún, si se atiende a las edades en que se han de cursar los distintos niveles educativos, se puede constatar que el bachillerato se ha de cursar entre los 16 y los 18 años. Una interpretación del artº 9º.1 favorable a la maximización del derecho que nos ocupa, tan estrechamente vinculado con uno de los fundamentos de nuestro orden político como es «el libre desarrollo de la personalidad» (artº 10.1 CE), debiera conducir a entender que todo extranjero menor de 18 años que haya cursado los distintos niveles de enseñanza obligatoria previstos por la LOGSE en las edades que

la propia Ley establece, ha de tener derecho en iguales condiciones que los españoles a acceder al nivel del bachillerato (o su equivalente en la formación profesional), aunque tal nivel no pueda concepirse como de enseñanza obligatoria, sino meramente voluntaria. Así entendido el artº 9º.1, el único nivel educativo en el que no se produciría en modo alguno la plena equiparación entre españoles y extranjeros no residentes sería en el nivel de la enseñanza universitaria. Una interpretación como la que acabamos de sostener minimizaría notablemente las diferencias en el goce del derecho a la educación tal y como fue concebido por la L.O. 4/2000 y tal y como ha quedado conformado tras la reforma de la L.O. 8/2000.

Llegados aquí, el necesario acomodo del derecho que examinamos a los Tratados internacionales en la materia ratificados por España exige atender a las previsiones del Derecho convencional al objeto de constatar si, efectivamente, esa sintonía normativa se produce.

Con carácter general puede afirmarse que los Tratados ratificados por nuestro país exigen la absoluta igualdad en el goce del derecho a la educación por parte de todas las personas, independientemente de su nacionalidad y de la situación en que puedan encontrarse en el país en el que son extranjeros. Dicho esto conviene precisar de inmediato que esa paridad o igualdad se predica en relación con el nivel educativo que se califica de «enseñanza primaria» (artº 13.2 PIDESC) o de «instrucción elemental y fundamental» (artº 26.1 DUDH).

Significativamente, cuando se contempla el acceso a la enseñanza en general, esto es, sin circunscribirla a un nivel educativo determinado, el Derecho convencional no prevé exactamente lo mismo. Buena prueba de ello la encontramos en el artº 3º, de la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza, de 14 de diciembre de 1960, a cuyo tenor, los Estados Partes, a fin de eliminar o prevenir

cualquier discriminación, se comprometen a «conceder a los súbditos extranjeros *residentes* en su territorio, el acceso a la enseñanza en las mismas condiciones que a sus propios nacionales». Esto es, la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros se condiciona a la situación de residencia por parte de estos últimos.

Otros Instrumentos internacionales marcan como pauta a seguir por los Estados Partes la generalización y accesibilidad a todos tanto de la enseñanza secundaria como de la enseñanza superior. Este es el caso del PIDESC, cuyo artº 13.2, en sus apartados b/ y c/, establece que los Estados Partes en el Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho de toda persona a la educación:

a) «La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria, técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita».

b) «La enseñanza superior debe hacerse, igualmente, accesible a todos sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y, en particular, con la implantación progresiva de la enseñanza gratuita».

Como puede apreciarse, esta norma del PIDESC marca una pauta a seguir, dirección en la que desde luego creemos que se ubica nuestra legislación.

A la vista de todo lo expuesto, no nos cabe duda de que, tras su reforma, el artº 9º de la Ley se acomoda a las previsiones convencionales citadas, como también a las de otros Instrumentos internacionales en la materia a los que no nos hemos referido (como sería el caso del artº 28.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989), yendo incluso más allá de las exigencias del Derecho convencional, pues no sólo reconoce a todo extranjero que se encuentre en España, independientemente de cual fuere su situación, el derecho de

acceso a la enseñanza primaria en igualdad de condiciones que los españoles, sino también, de acuerdo con la interpretación expuesta, el derecho de acceso a la enseñanza secundaria obligatoria asimismo en paridad de condiciones con los nacionales, e incluso, en las condiciones expuestas y siempre a nuestro modo de ver, el derecho de acceso a una enseñanza voluntaria como es el bachillerato o la formación profesional equivalente.

En definitiva, estamos ante una norma que, a nuestro juicio, es plenamente acorde con las exigencias constitucionales interpretadas desde las normas del Derecho convencional.

B) El derecho a la legalidad de la potestad sancionadora administrativa

I. Una de las críticas que se han formulado frente a la Ley es su posible vulneración del derecho a la legalidad de las infracciones administrativas o, si así se prefiere, a la legalidad de la potestad sancionadora administrativa del artº 25.1 CE. Tal vulneración vendría dada por la falta de taxatividad o certeza en la definición legal de algunas de las infracciones legalmente sancionadas (así, las del artº 52, a/, 53, a/ y 54.1, a/).

Conviene decir, ante todo, que en las normas citadas la ley Orgánica 8/2000 no ha introducido ninguna modificación significativa respecto de las previsiones equivalentes de la L.O. 4/2000.

Dicho esto, hay que rechazar de plano todo atisbo de inconstitucionalidad como consecuencia de una vulneración de las exigencias constitucionales dimanantes del artº 25.1 CE, supuestamente producida con ocasión de la tipificación de las infracciones.

Ciertamente, como es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional (entre otras, STC 42/1987, de 7 de abril, fund. jur. 2º), el derecho fundamental del artº 25.1 comprende no sólo una garantía de carácter formal, referida «al rango necesario de las normas tipificadoras», pues «el artº 25.1 es

expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora», sino también una garantía de orden material que no sólo se refiere al ámbito estrictamente penal, sino también a las sanciones administrativas y que «se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes».

Ahora bien, es asimismo reiteradísima doctrina constitucional (STC 42/1987, fund. jur. 2º) que «el alcance de la reserva de Ley establecida en el artº 25.1 no puede ser tan estricto en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas como por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto, bien por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, bien por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias (STC 2/1987, de 21 de enero), bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos de ordenación territoriales (STC 87/1985, de 16 de julio) o materiales».

Una lectura de las normas citadas con anterioridad conduce, de modo inequívoco, a la conclusión de su perfecto acomodo con el principio de predeterminación legal de las conductas sancionadas como infracciones. Que el artº 52, a) no precise cuanto tiempo ha de transcurrir para que se produzca el retraso en la comunicación a las autoridades que se tipifica como infracción, o que el artº 53, a), tras referirse a «la prórroga de estancia» o «la autorización de residencia», aluda a «documentos análogos» cuando fueren exigibles, son aspectos que pueden ser perfectamente precisados por la vía reglamentaria, pues, como una vez más ha señalado el Tribunal (STC 42/1987, fund. jur. 2º), la reserva de Ley del artº 25.1 «no excluye la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias».

En definitiva, y una vez más de acuerdo con el Tribunal (STC 42/1987, fund. jur.

2º), sólo una norma de rango legal «vacía de todo contenido material propio, para la tipificación de los ilícitos administrativos y las correspondientes consecuencias sancionadoras» contrariaría las exigencias del artº 25.1 CE. Basta con leer las normas legales que tipifican las infracciones en materia de extranjería para apreciar de inmediato que se acomodan plenamente a la garantía de orden material del artº 25.1 y, por lo mismo, son exquisitamente respetuosas con la Constitución.

II. Otra crítica formulada frente al articulado de la Ley ha sido la de que su artº 57, al contemplar la expulsión del territorio como sanción imponible a los extranjeros que realicen algunas de las conductas tipificadas como muy graves o graves a que alude el apartado primero del mismo precepto, remitiéndose a los artículos 53 y 54, podría violar el derecho del artº 25.1 CE por transgresión del principio de proporcionalidad de las penas y sanciones, como asimismo, en conexión con el anterior, el principio de igualdad, al posibilitar ese artº 57 la expulsión de extranjeros que se encuentren legalmente en España, mientras que las mismas infracciones cometidas por un español no acarrear su expulsión.

La tacha de esa supuesta inconstitucionalidad es de una enorme endeblez jurídico-constitucional y ha de ser rechazada.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el propio Derecho convencional ofrecen argumentos incontestables en pro de la legitimidad constitucional de las previsiones del artº 57 de la Ley.

En relación con la supuesta infracción del principio de proporcionalidad y, como consecuencia, del derecho que acoge el artº 25.1 CE, ha de comenzar recordándose la rotunda doctrina del TC, para el que «el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales». Dicho con otras palabras,

«desde la perspectiva del control de constitucionalidad (...) no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no» (STC 55/1996, de 28 de marzo, fund. jur. 3º).

Para cumplir formalmente con la premisa que acaba de señalarse se ha esgrimido el principio de igualdad frente al legislador que, como dice el TC (STC 144/1988, de 12 de julio, fund. jur. 1º), impide que este pueda «configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibir lo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria».

Pocos esfuerzos se han de hacer para mostrar que los extranjeros, ni siquiera los que se hallen en situación legal, no se encuentran en idéntica situación que los españoles. El propio artº 14 CE prescribe que «los españoles son iguales ante la Ley»; es decir, se refiere sólo a los españoles. Consiguientemente, no puede en modo alguno entenderse que el legislador haya introducido una desigualdad arbitraria al posibilitar en el artº 57 la expulsión de los extranjeros y no de los españoles.

El Derecho de los Tratados no hace sino corroborar la precedente reflexión. En efecto, el artº 13 PIDCP determina: «El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la Ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión».

La norma del PIDCP es inequívoca: cabe la expulsión de un extranjero aun cuando este se halle legalmente en el Estado; la expulsión debe acomodarse a las previsiones legales, y al extranjero han de reconocérseles unas determinadas garantías, garantías que son las acogidas por la Ley 30/1992, a la que se remite el artº 50 de la Ley, tras la reforma llevada a cabo por la L.O. 8/2000.

A mayor abundamiento, no pueden dejar de recordarse algunas reflexiones del TC en torno al principio de proporcionalidad (STC 55/1996, de 28 de marzo, fund. jur. 6º y SIC 161/1997, de 2 de octubre, fund. jur. 11). A juicio del TC, «en el ejercicio de su competencia de selección de los bienes jurídicos que dimanen de un determinado modelo de convivencia social y de los comportamientos atentatorios contra ellos, así como de determinación de las sanciones penales necesarias para la preservación del referido modelo, el legislador goza, dentro de los límites establecidos por la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. No sólo cabe afirmar, pues, que, como no puede ser de otro modo en un Estado social y democrático de Derecho, corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal, sino también que, con la excepción que imponen las citadas pautas elementales que emanan del Texto constitucional, dispone para ello de plena libertad. De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad del legislador que, aunque no puede prescindir de ciertos límites constitucionales, estos no le imponen una solución precisa y unívoca».

Innecesario es decir que estas reflexiones no sólo tienen validez en el ámbito penal sino también en el administrativo sancionador.

III. Otra apreciación crítica que se ha formulado frente a la Ley, desde la óptica de su legitimidad constitucional, ha venido referida a la posible vulneración del principio «*non bis in idem*».

El mencionado principio no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa. Sin embargo, como ha interpretado el TC (STC 159/1985, de 27 de noviembre, fund. jur. 3º), «esta omisión textual no impide reconocer su vigencia en nuestro ordenamiento, porque el principio en cuestión, como ha señalado este Tribunal desde su Sentencia 2/1981, de 30 de enero, fund. jur. 4º, está íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas en el artº 25 de la Norma fundamental».

Se ha podido ver como posible causa de esa advertida vulneración constitucional la previsión del artº 54.1, a) cuando tipifica como infracción muy grave el «estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana».

Recordemos que esta determinación ya se encontraba recogida en el artº 50, b) de la L.O. 4/2000, que tipificaba como infracción muy grave: «Participar en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. Es decir, la misma previsión».

Dicho esto ha de anticiparse que, por las razones que a continuación se exponen, en modo alguno puede entenderse que la previsión normativa del artº 54.1, a) último inciso, contraría el principio *non bis in idem*. Nos hallamos ante una norma perfectamente acorde con las exigencias constitucionales dimanantes del artº 25.1 CE. Veamos por qué.

Ya en su primera jurisprudencia el TC tuvo oportunidad de referirse al principio 'que nos ocupa en estos términos: «El principio general del derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más

conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones (administrativa y penal) en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración (...)» (STC 2/1981, de 30 de enero, fund. 4º)

Aunque referido a la concurrencia de sanciones penales y administrativas, nada impide la aplicación de este principio a los supuestos de duplicidad de sanciones administrativas, como ya estableciera la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1984.

En el caso que nos ocupa, resulta incuestionable la identidad del sujeto y del hecho. Aún así, la dualidad de sanciones, como ha reconocido el TC (STC 234/1991, de 10 de diciembre, fund. jur. 2º), sería constitucionalmente admisible si la normativa que la impone pudiera justificarse «porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado». Y desde luego, podría hablarse de un distinto fundamento si admitiéramos la existencia de una relación de supremacía especial de la Administración que lo justifique, como podría ser su especial posición respecto de los extranjeros.

Pero incluso en el caso de que admitamos que el fundamento o, si así se prefiere, el interés a salvaguardar es sustancialmente idéntico, ha de afirmarse rotundamente que no habrá vulneración del principio *non bis in idem* por la sencilla razón de que no cabe jurídicamente la imposición de una doble sanción.

En efecto, el artº 28.3 de la Ley Orgánica 1/1992, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, dispone: «En casos de infracciones graves o muy graves, las sanciones que correspondan podrán sustituirse por la expulsión del territorio español, cuando los infractores sean extranjeros, de

acuerdo con lo previsto en la legislación sobre derechos y libertades de los extranjeros en España».

Consecuentemente, si se cometiese una infracción de las tipificadas por el artº 24 de la citada Ley Orgánica 1/1992 como muy graves, constitutiva a su vez de una infracción muy grave, a tenor del artº 54.1, a) de la L.O. 4/2000, tras su modificación por la 8/2000, y se aplicase, de acuerdo con las previsiones de los artºs. 57 ó 63 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, la sanción de expulsión del territorio español, no cabría imponer al extranjero ninguna otra sanción, ni de conformidad con la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, por la ya citada previsión de su artº 28.3, ni tampoco por la Ley de Extranjería, pues su artº 57.3 es tajante al determinar que: «En ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa».

Tampoco en modo alguno cabría imponer una duplicidad de sanciones administrativas en el supuesto de que el extranjero que hubiese cometido la infracción prevista en el artº 54.1, a) no pudiese ser expulsado por hallarse, por ejemplo, en alguna de las situaciones a que alude el artº 57.6 de la L.O. 4/2000 tras su reforma por la 8/2000 (ser cónyuge de un extranjero en situación legal, ascendiente, hijo menor o incapacitado a cargo del primero...). En tal caso hay que entender que al infractor extranjero le sería aplicable la sanción prevista por la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, pero no la que pudiera corresponderle de aplicarle las previsiones de la L.O. 4/2000, modificada por la 8/2000. Justifiquemos el por qué.

El artº 50 de la L.O. 4/2000, modificada por la 8/2000 dispone: «El ejercicio de la potestad sancionadora por la comisión de las infracciones administrativas previstas en la presente Ley Orgánica, se ajustará a lo dispuesto en la misma y en sus disposiciones de desarrollo, y en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo

Común (LRJAP). Pues bien, el artº 133 de la citada Ley 30/1992 (norma que se ubica en el Capítulo primero, relativo a los «Principios de la potestad sancionadora», del Título IX, referente a «De la potestad sancionadora», de la Ley) prevé: «No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento». Y en desarrollo de esta norma legal, el punto 5.1 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, y dictado, como se determina en su artículo único, en desarrollo del Título IX de la Ley 30/1992, prescribe lo que sigue: «El órgano competente resolverá la no exigibilidad de responsabilidad administrativa en cualquier momento de la instrucción de los procedimientos sancionadores en que quede acreditado que ha recaído sanción penal o administrativa sobre los mismos hechos, siempre que concurra, además, identidad de sujeto y fundamento».

Las previsiones normativas anteriores son tan concluyentes que nos eximen de cualquier otro comentario. Es inequívoco que la Ley Orgánica 4/2000, tras su reforma por la Ley Orgánica 8/2000 en modo alguno vulnera el principio de *non bis in idem*.

3. DERECHOS EN LOS QUE ES ADMISIBLE LA DIFERENCIA DE TRATO ENTRE ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS

En este segundo bloque de derechos nos vamos a referir, sucesivamente, a los siguientes: las libertades de reunión y manifestación y de asociación, y la libertad de sindicación y de huelga.

A) *Las libertades de reunión y manifestación y de asociación*

La Ley Orgánica 8/2000 modifica el apartado primero del artº 7º (libertades de reunión y manifestación), que queda con este tenor:

«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».

En análoga dirección, se reforma el texto del artº 8º (libertad de asociación), de conformidad con el cual:

«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».

Si se contrasta en ambos casos el texto reformado con el originario, se constata de inmediato que la reforma se circunscribe a la exigencia que para ejercer estos derechos impone la Ley de hallarse en situación legal, lo que acontecerá cuando el extranjero haya obtenido la pertinente autorización de estancia o residencia en España. Ello supone, lisa y llanamente, retornar en términos prácticamente idénticos al régimen de ejercicio de estas libertades establecido por los artºs. 7º y 8º de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, exigencia que -recordémoslo- ni fue impugnada en el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo contra algunos preceptos de la citada Ley, ni fue declarada constitucionalmente ilegítima por el TC, pese a poderlo haber hecho al amparo de las previsiones del artº 39.1 de su Ley Orgánica reguladora. Bien al contrario, el Tribunal, pese a la poca claridad de sus razonamientos, vino, de hecho, a convalidar la constitucionalidad de la citada exigencia, como intentaremos demostrar más adelante.

Las libertades de reunión y manifestación y de asociación, como ha reconocido el TC (STC 115/1987, de 7 de julio, funds. jurs. 2º y 3º), no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana. Ello no significa que los extranjeros no gocen de estas libertades, como sucede en algunos otros ordenamientos constitucio-

nales europeos. Significa tan sólo que es posible establecer una diferencia de trato entre españoles y extranjeros en el ejercicio de estos derechos (STC 107/1984, de 23 de noviembre, fund. jur. 4º). Como en otro momento precisa el TC, «el artº 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» (STC 115/1987, fund. jur. 39). Y éstas, en lo que ahora interesa, se traducen, de un lado, en la inexcusabilidad de que los extranjeros sean titulares de estas libertades, y de otro, en la necesidad de que la diferencia de trato que pueda establecer el legislador en el ejercicio de las mismas entre extranjeros y españoles se acomode al Derecho convencional.

Si se atiende a la nueva redacción dada a los artºs. 7º.1 y 8º por la L.O. 8/2000, se advierte de inmediato que la nacionalidad en nada afecta a la titularidad de estas libertades, pues los extranjeros son titulares de los derechos de reunión y manifestación y de la libertad de asociación. Sólo afecta al ejercicio de las mismas libertades, para el que la Ley exige la autorización de estancia o residencia en España.

Y así las cosas, la cuestión puede plantearse en los siguientes términos: ¿Está habilitado el legislador, atendiendo a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para establecer la referida diferencia de trato entre españoles y extranjeros en el ejercicio de estas libertades? Anticipemos que nuestra respuesta es inequívocamente positiva. Para justificarla, se impone atender al Derecho convencional.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), de 10 de diciembre de 1948, contempla estas libertades en su artº 20.1, de acuerdo con el cual: «Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas». Esta previ-

sión debe, sin embargo, ser complementada con la del artº 29.2 de la Declaración que dispone:

«En el ejercicio de sus derechos y en disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la Ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática».

El PIDCP reconoce los derechos de reunión y de asociación en sus artºs. 21 y 22, respectivamente. De acuerdo con el artº 21:

«Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la Ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás».

El derecho de asociación es contemplado por el artº 22 PIDCP en los siguientes términos:

1. «Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses».

2. «El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la Ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las Fuerzas Armadas y de la policía».

Por último, el Convenio de Roma, esto es, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, acoge las liber-

tades de reunión y asociación en su artº 11 en los siguientes términos:

1. «Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses».

2. «El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la 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. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las Fuerzas Armadas, de la policía o de la Administración del Estado».

Como puede apreciarse, el común denominador de estos tres Textos internacionales es que a la par que reconocen las libertades de reunión y asociación (en el caso del PIDCP y del Convenio de Roma en el propio precepto incluso; en el supuesto de la DUDH, en otro precepto distinto), habilitan al legislador nacional para que pueda establecer, mediante Ley obviamente, restricciones al ejercicio de estos derechos en orden a la salvaguarda de una serie de bienes relevantes en una sociedad democrática, como son: la seguridad nacional, la seguridad pública o el orden público, la defensa del orden y la prevención del delito y la protección de los derechos y libertades ajenos.

Pues bien, no cabe duda alguna de que el legislador español, al introducir la diferencia de trato ya comentada entre españoles y extranjeros en el ejercicio de las libertades de reunión y manifestación y de asociación, persigue inequívocamente unos objetivos que se enmarcan en algunos de los bienes contemplados por el Derecho convencional; dicho de otro modo, persigue salvaguardar bienes dignos de protección en una sociedad democrática

ca y cuya protección, por lo mismo, le habilita para establecer la diferencia de trato en el ejercicio de estas libertades entre españoles y extranjeros.

El propio Tribunal Constitucional ha venido a reconocer que existe un «interés específico estatal, relacionado con la policía de extranjeros» (STC 115/1987, fund. jur. 1º).

Más allá de ello, este interés viene exigido por nuestros compromisos comunitarios europeos, pues a nivel europeo ha sido expresamente reconocido que la lucha contra la inmigración, la estancia y el trabajo irregulares de nacionales de países terceros en el territorio de los Estados miembros constituye una cuestión de interés común. Y así, el Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht, el 7 de febrero de 1992, en su artículo K.1, apartado tercero, letra c), determina que para la realización de los fines de la Unión, en particular de la libre circulación de personas, los Estados miembros consideran de interés común, entre otros ámbitos, «la política de inmigración y la política relativa a los nacionales de terceros Estados acerca», entre otros aspectos, «de la lucha contra la inmigración, la estancia y el trabajo irregulares de nacionales de los terceros Estados en el territorio de los Estados miembros».

En sintonía con la previsión anterior, los Ministros de los Estados miembros de las Comunidades Europeas encargados de la inmigración adoptaban la Recomendación de 1º de junio de 1993, relativa a los controles y a la expulsión de los nacionales de países terceros que residan o trabajen sin autorización. Y en la misma línea, el Consejo de la Unión Europea, con fecha de 22 de diciembre de 1995, aprobaba una Recomendación sobre la armonización de los medios de lucha contra la inmigración y el empleo ilegales y sobre la mejora de los medios de control previstos a tal fin.

En esta última Recomendación -en la que se destaca expresamente su conformidad a la legislación comunitaria, al Convenio Europeo para la protección de los

Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 y a la Convención de Ginebra, de 28 de julio de 1951, relativa al Estatuto de los Refugiados, modificada por el Protocolo de Nueva York, de 31 de enero de 1967- se recomienda (y valga la redundancia) a los Estados miembros que lleven a cabo una armonización de los medios de control de los extranjeros, para comprobar que cumplen las condiciones fijadas por la normativa aplicable en materia de entrada, permanencia y empleo, inspirándose, entre otras, en estas dos orientaciones:

1) Conveniencia de controlar la situación de los extranjeros en lo referente a la estancia cuando resulten indicios de estancia irregular, supuesto que podría darse, entre otros casos, en el de realización de controles de identidad realizados para prevenir alteraciones del orden o de la seguridad pública. (punto 2 de la Recomendación).

2) Adopción por parte de los Estados miembros de «todas las medidas necesarias para reforzar y mejorar los medios de identificación de los extranjeros en situación irregular» (punto 10).

No cabe la más mínima duda de que la exigencia legal de que el extranjero haya obtenido la autorización de estancia o residencia en España para que pueda ejercer las libertades de que venimos ocupándonos es una medida legal perfectamente legítima y acorde con las normas del Derecho Comunitario expuestas y con la que se pretenden salvaguardar bienes tan relevantes en una sociedad democrática como la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito y la protección de los derechos y libertades ajenos, bienes todos ellos contemplados como dignos de ser protegidos en una sociedad democrática por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Y a todo ello habría que añadir que la paz social, bien constitucional de enorme relevancia (artº 10.1 CE), exige de medidas específicas orientadas a impedir las alteraciones que en la convi-

vencia social podrían producir la presencia de extranjeros en términos no legales. Todo ello sin olvidar que, como se afirmaba en el Preámbulo de la Ley Orgánica 7/1985, «en íntima armonía con la seguridad jurídica se halla el respeto a las situaciones de legalidad de los extranjeros», como punto de partida no sólo para el pleno ejercicio de ciertas libertades, sino también para lograr un correcto tratamiento de la extranjería.

En definitiva, la diferencia de trato establecida por el legislador en los artºs. 7º.1 y 8 de la Ley respeta las previsiones del Derecho convencional, pues pretende salvaguardar bienes que tal Derecho considera dignos de ser protegidos en una sociedad democrática aunque ello exija la restricción del ejercicio de estas libertades, viene en alguna medida exigida por el Derecho Comunitario y, finalmente, pretende de igual forma la tutela de bienes y principios constitucionales de la máxima relevancia.

Llegados aquí, sería innecesario abundar en otros argumentos en respaldo de nuestra tesis. Ello no obstante, y a mayor abundamiento, hemos de referirnos a cómo el TC ha venido a convalidar la legitimidad constitucional de la diferencia de trato entre españoles y extranjeros a que venimos refiriéndonos.

Los artºs. 7º y 8º de la L.O. 7/1985, sobre Derechos y libertades de los Extranjeros en España, como ya se dijo, exigían para el ejercicio de estas libertades que tales extranjeros se hallaran legalmente en España. En el recurso promovido por el Defensor del Pueblo contra algunos preceptos de la citada Ley (entre ellos, los artºs. 7º y 8º, bien que por cuestiones que nada tienen que ver con la ahora abordada), no fue impugnada esa exigencia de situación legal del extranjero para el ejercicio de estas libertades, lógicamente por presuponerla el Defensor del Pueblo conforme con los mandatos constitucionales.

El TC es una instancia rogada, pero al amparo del artº 39.1º de su propia Ley

Orgánica (Ley Orgánica 2/1979) puede declarar la nulidad de preceptos no impugnados «a los que deba extenderse por conexión o consecuencia»; y sin embargo no lo hizo en este caso, pese a declarar la no conformidad con la Constitución de alguna cláusula del artº 7º y del artº 8º de la L.O. 7/1985 por entero marginal al tema que ahora nos interesa. Quiere ello decir que, al menos implícitamente, el TC convalida la constitucionalidad de estas previsiones: exigencia del artº 7º de que para ejercitar el derecho de reunión los extranjeros se hallaran legalmente en territorio español, y de igual forma, exigencia del mismo precepto de que sólo pudieran promover la celebración de reuniones públicas, así como manifestaciones, los extranjeros que tuvieran la condición legal de residentes; finalmente, exigencia del artº 8º de que el ejercicio del derecho de asociación por los extranjeros requiriese que estos se encontraran legalmente en España.

Pero más allá de ese reconocimiento implícito de la legitimidad constitucional de tales exigencias legales, el TC, a nuestro juicio, se llega incluso a manifestar expresamente en favor de la constitucionalidad de esta exigencia, y ello en relación con las dos libertades de que venimos ocupándonos.

Respecto del derecho de reunión pueden entresacarse de la fundamentación jurídica del TC (STC 115/1987, fund. jur. 2º) estas afirmaciones bien significativas:

«El Defensor del Pueblo impugna sólo parcialmente este artículo» (el artº 7º de la L.O. 7/1985, que exigía la estancia legal en territorio español para que los extranjeros pudieran ejercitar el derecho de reunión, exigencia que no fue impugnada).

«El recurso parte así de la base de que el artº 21 de la Constitución *reconoce también directamente a los extranjeros* el derecho de reunión» (siempre y cuando, añadiríamos nosotros, se hallen en situación legal, exigencia requerida para su ejercicio)

«El artº 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...»

«El precepto impugnado permite el ejercicio del derecho de reunión...»

La lectura lógica y coherente de las afirmaciones vertidas en los textos entrecuillados por el TC no deja resquicio a la duda: el TC considera perfectamente coherente con los mandatos constitucionales la exigencia de hallarse en situación legal para poder ejercer el derecho de reunión.

Más nítido aún es el razonamiento jurisprudencial en relación con el derecho de asociación. En el fund. jur. 3º de la STC 115/1987, puede leerse lo que sigue:

«Debe admitirse que, de acuerdo a sus propios términos, el artº 22 de la Constitución, en contraste con otras Constituciones comparadas, reconoce también directamente a los extranjeros el derecho de asociación. En esta línea, el artº 8º 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...».

Es decir, para el TC, el artº 8º de la L.O. 7/1985 se sitúa «en línea» con la Constitución, esto es, en conformidad con el reconocimiento constitucional del derecho de asociación también a los extranjeros, a diferencia de otros ordenamientos constitucionales, no siendo relevante, como más adelante se recalca, la exigencia de encontrarse legalmente en España prevista por el artº 8º a efectos de poder ejercer el derecho en cuestión. La convalidación de la legitimidad constitucional de esta exigencia legal es patente y palmaria.

Y así lo habrían de reconocer el Presidente del Tribunal, Sr. *Tomás y Valiente*, y los Magistrados Sres. *Rubio Llorente* y *García-Mon*, en el Voto particular formulado por ellos a la STC 115/1987. En dicho

Voto (en el que, en esencia, defendían una más libre capacidad de configuración de estas libertades por el legislador) manifestaban su conformidad con esa parte de la Sentencia «no impugnada ni considerada inconstitucional por nuestros colegas, en la que se niega a los extranjeros no residentes la libertad de manifestarse o de celebrar reuniones públicas en lugar cerrado».

En definitiva, argumentos tan variados y contundentes nos excusan de otras reflexiones. La constitucionalidad de las normas que hemos venido comentando no deja ningún resquicio a la duda.

B) Las libertades de sindicación y de huelga

I. El artº 11 de la L.O. 4/2000, tras su reforma por la 8/2000, queda redactado en los siguientes términos:

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 están autorizados a trabajar, podrán ejercer el derecho de huelga».

En su redacción originaria, el artº 11 reconocía estas libertades a los trabajadores extranjeros que se hallarán en España. Ello significa que la reforma introducida por la L.O. 8/2000 opera en una doble dirección: de un lado, exigiendo para el ejercicio de la libertad de sindicación por los extranjeros la previa obtención de autorización de estancia o residencia en España, y de otro, requiriendo para el ejercicio del derecho de huelga la previa autorización para trabajar, que ha de acomodarse, a su vez, a las determinaciones del Capítulo tercero del Título II de la Ley.

En lo sustancial, la norma legal retorna al régimen jurídico establecido por el artº 10 de la L.O. 7/1985, que reconocía la

libertad de sindicación y el derecho de huelga a los trabajadores extranjeros que se hallen legalmente en España», previsión que no fue impugnada por el Defensor del Pueblo en el recurso de inconstitucionalidad promovido por el mismo contra algunas normas de la L.O. 7/1985, y que por tanto se presumió en aquel momento conforme con la Constitución.

II. El artº 28.1 CE reconoce el derecho de todos a sindicarse. Ello significa que tanto los españoles como los extranjeros son titulares de la libertad de sindicación, pero en cuanto derecho no imprescindible para la dignidad humana, el legislador se encuentra habilitado para establecer normativamente una diferencia de trato en el ejercicio de este derecho entre españoles y extranjeros, habilitación que vendrá delimitada, de conformidad con las previsiones constitucionales de los artºs. 13.1 y 10.2, por el Derecho convencional de los Derechos Humanos. Se impone, pues, atender al mismo para constatar si la diferencia de trato establecida encuentra cobertura en los Tratados internacionales, anticipando, ya desde este mismo momento, una respuesta positiva.

El artº 8º.1 PIDESC dispone que los Estados Partes en el Pacto se comprometen a garantizar:

a) «El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la Ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos».

b) El artº 22 PIDCP, transcrito ya al referirnos al derecho de asociación, prescribe en su apartado primero:

«Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras incluso el dere-

cho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses».

A su vez, el apartado segundo del mismo artículo 22, también antes transcrito, sujeta el ejercicio de la libertad de sindicación a las restricciones previstas en la Ley y necesarias en una sociedad democrática, e interés de un conjunto de bienes que enuncia en estos términos:

«El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la Ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las Fuerzas Armadas y de la policía».

No reiteraremos el texto del artº 11 del Convenio de Roma de 1950 que, como ya expusimos y transcribimos al referirnos al derecho de reunión y de asociación, consagra, en su apartado primero, la libertad de asociación de toda persona, «incluido el derecho de fundar, con otros, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses». A renglón seguido, el apartado segundo posibilita el establecimiento de restricciones a esta libertad cuando, previstas por la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la salvaguarda de una serie de bienes expresamente contemplados (la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito...).

La Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961, contempla en su artº 5º el que denomina «derecho sindical» en los términos siguientes:

«Para garantizar o promover la libertad de los trabajadores y empleadores de constituir Organizaciones locales, nacionales o internacionales para la protección de sus intereses económicos y sociales y de adherirse a esas Organizaciones, las Partes Contratantes se comprometen a que la

legislación nacional no menoscabe esa libertad, ni se aplique de manera que pueda menoscabarla. Igualmente, el principio que establezca la aplicación de estas garantías a los miembros de las Fuerzas Armadas y la medida de su aplicación a esta categoría de personas deberán ser determinados por las Leyes y los Reglamentos nacionales».

Finalmente, el artº 2º del Convenio nº 87 de la O.I.T. sobre Libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicación, de 9 de julio de 1948, dispone:

«Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas».

La norma anterior puede ser complementada, en alguna medida, por la previsión del artº 8º.1 del mismo Convenio, por cuya virtud:

«Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente Convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad».

Señalemos por último que el artº 9º.1 del propio Convenio dice:

«La legislación nacional deberá determinar hasta que punto se aplicaran a las Fuerzas Armadas y a la policía las garantías previstas en el presente Convenio».

A la vista de los textos transcritos, es claro que el tratamiento en el Derecho convencional de la libertad de sindicación sigue muy de cerca el dado al derecho de asociación, lo que es lógico si se advierte que esta libertad es una manifestación particularizada del derecho de asociación.

Esta similitud se manifiesta también en la autorización que, expresamente en unos casos, los más, e indirectamente en otros, los Textos internacionales otorgan al legislador nacional para sujetar el ejercicio

de esta libertad a las restricciones que, en una sociedad democrática, se entiendan necesarias en orden a la salvaguarda de un conjunto de bienes dignos de protección a los que, como hemos visto, aluden el artº 8º.1 PIDESC, el artº 22.2 PIDCP y el artº 11.2 del Convenio de Roma.

Pero aún hay otro aspecto que tiene su interés. En el ejercicio del derecho a la libertad sindical parece posible, en mayor medida que en el ejercicio del derecho de asociación, sujetar a un más amplio universo de personas a determinadas restricciones, peculiaridades o condicionamientos.

En efecto, los Tratados internacionales siguen de cerca esta regla: artº 8º.2 PIDESC (que se refiere a los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado); artº 22.2 PIDCP (que alude a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía); artº 11.2 del Convenio de Roma (que cita a los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado), y artº 5º de la Carta Social Europea (que menciona a los miembros de las fuerzas Armadas).

Ello, por lo demás, casa a la perfección con las previsiones de nuestra Norma Suprema. En ella, de una u otra forma, en mayor o menor medida, se hallarían dentro de ese universo de personas que pueden ver sujeta su libertad de sindicación a más amplias restricciones, los miembros de las fuerzas o Institutos Armados o de los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar, los funcionarios públicos y los Jueces, Magistrados y Fiscales en activo.

A la vista de las normas transcritas, parece evidente que la libertad de sindicación admite una delimitación menos universal del ámbito de sujetos que disfrutan de la misma, si se la conecta con la libertad de asociación. Y esta reflexión no es inocua, sino que es un argumento más a adicionar a los que, al tratar de las libertades de reunión y asociación, dábamos en orden a justificar la habilitación de nuestro legislador para introducir en el

ejercicio de esas libertades el tantas veces mencionado trato diferencial entre españoles y extranjeros, y ello en tanto en cuanto los argumentos expuestos al referirnos a la libertad de asociación son trasladables en sus propios términos a la libertad de sindicación.

En definitiva, los bienes a cuya salvaguarda provee el trato diferencial entre españoles y extranjeros en el ejercicio de la libertad de sindicación, a tenor del artº 11.1 de la Ley Orgánica 4/2000 tras su reforma por la 8/2000, son previstos como dignos de tutela y protección por el Derecho convencional, quedando de esta forma constitucionalmente legitimada la actuación del legislador.

A mayor abundamiento, podría traerse a colación aquí la doctrina del TC en la STC 115/1987, fund. jur. 3º, en relación con el derecho de asociación. Si no ha de ser considerada como especialidad relevante, desde el punto de vista de las exigencias constitucionales, la exigencia del artº 8º de la Ley Orgánica 4/2000, tras su reforma por la 8/2000, en el sentido de que el ejercicio del derecho de asociación requiera de la previa obtención por el extranjero de la autorización de estancia o residencia en España, tampoco lo debe ser la misma exigencia para el ejercicio de la libertad de sindicación.

Por todo lo expuesto, ha de concluirse que el artº 11.1 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la 8/2000, es perfectamente acorde con los mandatos constitucionales, interpretados en conexión con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

III. *El derecho de huelga* es contemplado por el artº 11.2 de la Ley que, tras su reforma por la L.O. 8/2000, determina:

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

En su redacción originaria, el artº 11.2 reconocía «a los trabajadores extranjeros», sin mayores precisiones, el derecho a la huelga. Quiere ello decir que la reforma se

circunscribe a la exigencia de una autorización o permiso de trabajo; obtenida la misma, el trabajador extranjero, como se infiere claramente del inciso inicial del artº 11.2 («De igual modo»), que nos remite al apartado primero, quedará equiparado al trabajador español en el ejercicio del derecho a la huelga.

La reforma operada por la L.O. 8/2000 retrotrae el ejercicio de este derecho al régimen establecido por el artº 11.2 de la L.O. 7/1985, que reconocía a los trabajadores extranjeros que se hallaran legalmente en España el ejercicio del derecho de huelga en idénticas condiciones que los trabajadores españoles y conviene recordar que esta norma no fue impugnada por el Defensor del Pueblo en el recurso en su momento promovido contra algunos preceptos de aquella Ley.

La Constitución, en su artº 28.2, inciso inicial, dispone:

«Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses».

Ciertamente, los trabajadores extranjeros son titulares de este derecho, y en perfecta sintonía con ello, el artº 11.2 de la Ley otorga la titularidad del derecho a los trabajadores españoles y extranjeros. Pero de ello no se ha de deducir, como varias veces se ha significado, que los trabajadores extranjeros hayan de gozar de igualdad de trato con los españoles. Por contra, es posible que el legislador establezca una diferencia de trato en el ejercicio del derecho. Juzgar acerca de su legitimidad constitucional requerirá, una vez más, acudir a las normas del Derecho convencional.

Los Tratados Internacionales contemplan de forma muy concisa el derecho a la huelga. Así, el artº 8º.1 d/ PIDESC se limita a señalar que los Estados Partes en el Pacto se comprometen a garantizar «el derecho de huelga *ejercido de conformidad con las leyes de cada país*».

La Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961, en su artº 6º.4, a fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho

de negociación colectiva, las Partes Contratantes se comprometen a reconocer «el derecho de los trabajadores y empleados, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga, sin perjuicio de las obligaciones que puedan dimanar de los Convenios Colectivos en vigor».

Finalmente, la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 9 de diciembre de 1989, adoptada por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de la Comunidad Europea reunidos en Estrasburgo, en su punto decimotercero, ubicado en la parte relativa a la «libertad de asociación y negociación colectiva», titulares de cuyos derechos son (según el punto undécimo) «los empresarios y los trabajadores de la Comunidad Europea», determina:

«El derecho de recurrir a acciones colectivas en caso de conflicto de intereses incluye el derecho de huelga, sin perjuicio de las obligaciones que resulten de las reglamentaciones nacionales y de los convenios colectivos».

Los Tratados Internacionales, en relación con el derecho de huelga, es evidente que otorgan al legislador nacional una mayor capacidad dispositiva a la hora de regular las condiciones de su ejercicio. Bien significativo al efecto es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que, lisa y llanamente, se limita a llevar a cabo un reenvío al legislador nacional para que sea éste quien garantice el derecho en cuestión.

Si atendemos ahora a la normativa comunitaria, podemos comenzar trayendo a colación el artº K.1, apartado tercero, letra c), en otro momento citado, del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht, el 7 de febrero de 1992, que considera de interés común para los Estados miembros, la política de inmigración y la política relativa a los nacionales de terceros Estados acerca de «la lucha contra la inmigración, la estancia y el trabajo irregulares de nacionales de los terceros Esta-

dos en el territorio de los Estados miembros».

En desarrollo de la referida norma comunitaria se aprobaba la ya citada Recomendación del Consejo de la Unión Europea, de 22 de diciembre de 1995, sobre la armonización de los medios de lucha contra la inmigración y el empleo ilegales y sobre la mejora de los medios de control previstos a tal fin. Entre las recomendaciones que contiene la norma figuran: la exigencia de que los empresarios que deseen contratar a extranjeros «deberían verificar la regularidad de su situación en materia de residencia y de trabajo» (punto quinto); la determinación de que «toda persona que, en virtud del derecho nacional del Estado miembro de que se trate, haya recurrido al empleo de extranjeros desprovistos de la autorización necesaria debería ser objeto de las sanciones apropiadas» (punto sexto), y, finalmente, la recomendación de que «los Estados miembros deberían tomar todas las medidas necesarias para reforzar y mejorar los medios de identificación de los extranjeros en situación irregular» (punto décimo).

En definitiva, la exigencia legal de que el trabajador esté autorizado a trabajar, o lo que es igual, cuente con un permiso de trabajo, para que pueda ejercitar el derecho a la huelga, no sólo no contraría las previsiones del Derecho convencional en la materia, sino que es perfectamente coherente con las normas del Derecho Comunitario. Además, por intermedio de esta exigencia se pretenden salvaguardar bienes que el Derecho convencional, reiteradamente, considera susceptibles de ser protegidos en una sociedad democrática, como la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito y la protección de los derechos y libertades ajenos. Sin olvidar que la convivencia social y la seguridad jurídica justifican y legitiman la exigencia introducida por el legislador en el artº 11.2 de la Ley, tras su reforma llevada a cabo por la L.O. 8/2000. Por todo ello, ninguna tacha de inconstitucionalidad

puede objetarse frente a la nueva redacción dada al artº 11.2.

4. LAS GARANTÍAS JURÍDICAS

El Capítulo tercero del Título I de la L.O. 4/2000 ha sido reformado en los tres artículos que lo integran (artºs. 18, 19 y 20 en la redacción originaria, que se corresponden a los actuales artºs. 20, 21 Y 22) por la L.O. 8/2000, reformas éstas de muy diversa entidad a las que vamos a referirnos a continuación.

A) *El derecho a la tutela judicial efectiva*

De las tres modificaciones introducidas en el actual artº 20 de la Ley, relativo al derecho a la tutela judicial efectiva, dos de ellas (el inciso final que se adiciona a su apartado tercero y el nuevo apartado cuarto) es evidente que no presentan ningún reparo constitucional.

La reforma más controvertida es la que afecta al apartado segundo, al que se adiciona un nuevo inciso último que viene a establecer una salvedad frente a la regla general que incorpora el artº 20.2, de plena equiparación de las garantías de los procedimientos administrativos en materia de extranjería con las establecidas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, esto es, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero. La salvedad viene referida a lo dispuesto en el artº 27, esto es, a lo dispuesto en relación con los procedimientos administrativos de concesión y expedición de visados.

Conviene precisar, ante todo, que la salvedad establecida no debe entenderse en el sentido de considerar excluidas todas las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo (y en particular, las de publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, a las que menciona expresamente el artº 20.2) del procedimiento de concesión de

visados. Por el contrario, lo que significa es que algunas de esas garantías se habrán de modular en los términos del artº 27 de la propia Ley. Es evidente, por ejemplo, que el principio constitucional del artº 9.3 CE, de publicidad de las normas, ha de ser escrupulosamente respetado.

Esta interpretación, lógicamente, nos conduce directamente a atender al tenor literal del citado artº 27. Del mismo hay que destacar, en primer término, que se remite a una norma reglamentaria a los efectos del establecimiento de 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, norma que, tras su reforma por la Ley 4/1999, dispone:

«Los procedimientos instados ante las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares por ciudadanos extranjeros no comunitarios se regirán por su normativa específica, que se adecuará a los compromisos internacionales asumidos por España y, en materia de visados, a los Convenios de Schengen y disposiciones que los desarrollen, aplicándose supletoriamente la presente Ley».

Ello significa que la propia Ley procedimental administrativa ya prevé una normativa específica adecuada al llamado «Sistema de Schengen» (Acuerdo de Schengen de 1985 y, especialmente, Convenio de 19 de junio de 1990, de Aplicación del Acuerdo de Schengen y normas que lo desarrollan), y es obvio que esa especificidad puede entrañar modulaciones del sistema de garantías contemplado en la propia Ley 30/1992.

La innovación más relevante contemplada por el artº 27 en materia de garantías, frente al texto originario equivalente (numerado como artº 25), se ciñe a la exigencia de motivación de la resolución administrativa denegatoria del visado. El artº 25.3 L.O. 4/2000 exigía que la denegación fuera expresa y motivada, si bien, de inmediato, establecía una excepción: «Excepcionalmente y con carácter tempo-

ral, el Gobierno podrá establecer para los nacionales de un determinado país, o procedentes de una zona geográfica, supuestos en los que la denegación no ha de ser motivada», bien que la salvedad precedente no regía cuando se tratara de visados de residencia solicitados por personas que invocaran ser titulares de un derecho subjetivo a residir en España, supuesto en el que la denegación había de ser, en todo caso, motivada.

Tras su reforma por la L.O. 8/2000, el artº 27.5 exige, con más precisión que su texto equivalente anterior, el carácter inexcusable de la motivación de la denegación de visado cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena.

Por otro lado, si la denegación fuese debida a la inclusión del solicitante de visado en la lista de personas no admisibles a que se refiere el artº 96 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, el propio artº 27.5 dispone que se le comunicará así de conformidad con las normas establecidas en dicho Convenio. Para los demás supuestos el artº 27.5 guarda silencio, si bien su interpretación «a sensu contrario» nos conduce a entender que en esos restantes supuestos la denegación de visado no habrá de ser motivada.

Como puede apreciarse, la diferencia de regulación legal en este punto no es tan grande como pudiera hacer pensar una lectura precipitada del texto del artº 20.2. La Ley Orgánica 4/2000 posibilitaba, todo lo excepcionalmente que se quiera la no motivación de la denegación de visado. Tras su reforma por la L.O. 8/2000, se amplía, potencialmente al menos, el número de supuestos en que la motivación de la resolución administrativa denegatoria no va a ser necesaria.

Conviene recordar que el artº 12.3 de la L.O. 7/1985 disponía que: «Para la concesión del visado se atenderá el interés del Estado español y de sus nacionales, en los términos previstos reglamentariamente. La denegación no necesitará ser motivada».

Ciertamente, la concepción recogida por la L.O. 7/1985 viene a concebir el visado como un instrumento de control de la entrada de extranjeros, en cierto modo vinculada con la función de dirección de la política exterior que el artº 97 CE atribuye al Gobierno. En conexión con esa visión se venía a sostener la discrecionalidad de la concesión o denegación del visado.

Esa visión, modulada desde luego por el inexcusable respeto a los derechos subjetivos que pueda haber en juego, cuando los haya, no ha dejado de estar presente, aunque atenuadamente, ni en la L.O. 4/2000 (véase su artº 25.2) ni en la reforma operada en ella por la L.O. 8/2000 (véase su artº 27.3, que sujeta el ejercicio de la potestad de otorgamiento o denegación de visados a los compromisos internacionales vigentes en la materia, potestad que además ha de orientarse, entre otros objetivos, al cumplimiento de los fines de la política exterior del Reino de España).

El Tribunal Constitucional, en buena medida, ha legitimada esta concepción. A su juicio (STC 94/1993, de 22 de marzo, fund. jur. 3º), la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadanos. Es pues lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esas derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeras en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella (de igual forma, STC 107/1984, de 23 de noviembre, fund. jur. 4º).

Si los argumentos expuestos precedentemente los proyectamos sobre la determinación del artº 27.5, podremos constatar que cuando la solicitud de visado tiene que ver con derechos o intereses legítimos, se exige la motivación de la resolución denegatoria. Sólo cuando nada

tenga que ver con tales derechos o intereses será innecesaria aquella motivación. Ciertamente, toda restricción de derechos ha de ser motivada; de ahí que cuando exista un supuesto derecho o interés, la Ley exija la motivación; pero justamente cuando no se aprecie derecho subjetivo alguno para entrar en España, pues, como antes señalábamos, siguiendo la doctrina constitucional, no existe un derecho de los extranjeros a entrar o residir en España, es cuando no se requerirá la motivación de la resolución denegatoria.

Si a las anteriores reflexiones unimos que hay bienes relevantes en juego, como la seguridad ciudadana, la política de inmigración, a los que la propia Ley alude (en su artº 27.3), la defensa del orden y la prevención del delito, entre otros varios, y atendemos a la circunstancia de que la resolución es controlable en sede jurisdiccional, tendremos razones suficientes como para concluir que no puede oponerse reparo alguno desde la óptica constitucional a la previsión del inciso final del nuevo artº. 20.2 de la Ley.

Desde otra perspectiva, se ha considerado que el derecho a la tutela judicial efectiva se vería constreñido en el caso del procedimiento de expulsión preferente contemplado por el artº 63 de la Ley, en cuanto que dificultaría enormemente la defensa por la perentoriedad de los plazos que la citada norma prevé.

Frente a esa argumentación no cabe sino esgrimir que en el citado procedimiento se respetan las garantías de defensa de la persona objeto de un expediente de expulsión. En efecto, la propuesta motivada de expulsión, cuando proceda, se ha de hacer llegar por escrito al interesado; este, en los supuestos en que se haya procedido a la detención preventiva, tendrá derecho a asistencia letrada que, en su caso, se le proporcionará de oficio, y a ser asistido por interprete, y de forma gratuita cuando careciere de medios económicos. De otro lado, la resolución administrativa sancionadora será recurrible con arreglo a

lo dispuesto en las leyes. No encontrándose el extranjero en España, podrá cursar los recursos procedentes, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, a través de las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes, quienes los remitirán al organismo competente, de conformidad con lo establecido por el artº 65 de la ley. En definitiva, la ejecución de la resolución de expulsión no priva al extranjero expulsado de su derecho a los recursos previstos por la Ley.

Por todo lo expuesto bien puede concluirse significando que el procedimiento preferente de expulsión no produce indefensión ni, por lo mismo, conculca el derecho a la tutela judicial efectiva.

B) *El derecho al recurso contra los actos administrativos y la ejecutividad de la resolución de expulsión con carácter preferente*

La L.O. 8/2000 ha modificado, mas en la letra que en su espíritu, el apartado segundo del artº 21 de la L.O. 4/2000, artículo relativo al derecho al recurso contra los actos administrativos. De conformidad con la nueva redacción dada al citado artº 21.2:

«El régimen de ejecutividad de los actos administrativos dictados en materia de extranjería será el previsto con carácter general en la legislación vigente, salvo lo dispuesto en esta Ley para la tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente».

Como acaba de señalarse, el espíritu de la reforma es el mismo de la redacción originaria del precepto. En efecto, el artº 19.2 de la L.O. 4/2000 (equivalente al actual artº 21.2) disponía:

«El régimen de ejecutividad de los actos administrativos dictados en materia de extranjería será el previsto con carácter general por la ley, salvo lo dispuesto sobre el procedimiento de expulsión de urgencia que se regulará por lo dispuesto en esta Ley Orgánica».

El contraste entre ambas normas revela meridianamente que el espíritu de la norma pervive idéntico tras su reforma, pudiéndose identificar en el deseo de extender los criterios generales del procedimiento administrativo común, en cuanto a la justicia cautelar, también a los actos administrativos dictados en materia de extranjería. Esa es la regla general que sigue haciendo suya el artº 21.2. Tal regla general nos viene dada por la previsión del artº 138.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de acuerdo con la cual: «La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa», norma que encuentra su desarrollo en el artº 21.2 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, y a cuyo tenor: «Las resoluciones que no pongan fin a la vía administrativa no serán ejecutivas en tanto no haya recaído resolución del recurso ordinario que, en su caso, se haya interpuesto o haya transcurrido el plazo para su interposición sin que esta se haya producido». Esta, pues, es la regla general que rige en la Ley. El inciso final del artº 21.2 de la Ley, tras su reforma por la 8/2000, contempla una salvedad frente a esa regla general. La excepción viene referida a «lo dispuesto en esta Ley para la tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente». Y en efecto, el artº 63.4 de la Ley dispone: «La ejecución de la orden de expulsión en estos supuestos (procedimiento preferente) se efectuará de forma inmediata».

La salvedad referida también se hallaba prevista, como ya se ha advertido, en el artº 19.2 del texto originario de la L.O. 4/2000, que contemplaba como excepción frente al régimen de ejecutividad de los actos administrativos previsto con carácter general, «lo dispuesto sobre el procedimiento de expulsión de urgencia que se regulará por lo dispuesto en esta Ley Orgánica». Sin embargo, lo cierto

es que la ley no regulaba de modo específico ningún procedimiento con tal denominación, lo que tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2000 ha sido subsanado.

La constitucionalidad del artº 21.2 de la Ley 4/2000, reformada por la 8/2000, no admite dudas de ningún género a la vista de la doctrina sentada por el TC en su Sentencia 115/1987. En efecto, en ese fallo el Tribunal razona como sigue:

«La regla de la inmediata ejecutividad de los actos administrativos puede ser perfectamente válida como regla general, y puede justificarse para la salvaguardia de otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, si esta exige la comprensión de los derechos de los extranjeros. Pero esta comprensión es una excepción a la regla del funcionamiento normal del derecho, que debe ser interpretada restrictivamente, debe producir la mínima perturbación posible en el derecho afectado, y sólo ha de producirse en los casos y por las circunstancias que la Ley prevé». (STC 115/1987, de 7 de julio, fund. jur. 4º).

El Tribunal, en la misma línea argumental, sigue razonando del siguiente modo:

«La efectividad de la tutela judicial que el artº 24 de la Constitución establece no impone en todos los casos la suspensión del acto administrativo recurrido, pues dicho precepto lo que garantiza es la regular y adecuada prestación jurisdiccional, en un proceso con todas las garantías, por parte de los órganos judiciales» (STC 115/1987, fund. jur. 4º).

En definitiva, de la doctrina constitucional pueden extraerse estas consecuencias:

1ª) El derecho a la tutela judicial efectiva es uno de esos derechos que requiere de igualdad de trato entre españoles y extranjeros. El artº 21.2 es plenamente coherente con esa exigencia en cuanto que en su inciso primero extiende los criterios generales del procedimiento administrativo común, en cuanto a la justicia cautelar,

también a los actos administrativos dictados en materia de extranjería, abandonando así la cláusula inicialmente acogida por el artº 34 de la L.O. 7/1985, que consagraba como principio general absoluto la no suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas en relación con los extranjeros.

2ª) La efectividad de la tutela judicial que el artº 24 CE establece no impone en todos los casos la suspensión del acto administrativo recurrido. La regla de la inmediata ejecutividad de los actos administrativos, incluso cuando comprima derechos de los extranjeros, puede justificarse para la salvaguardia de otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, como es el caso de la seguridad exterior del Estado, el orden público, la defensa del orden y la prevención del delito y los derechos y libertades ajenos, bienes todos ellos a cuya salvaguarda responde la salvedad prevista por el artº 21.2 frente al régimen general de ejecutividad de los actos administrativos dictados en materia de extranjería.

3ª) En cuanto supone una comprensión o restricción de un derecho, la quiebra de la regla general en el régimen de ejecutividad de los actos administrativos sólo ha de producirse en ciertos casos y por las circunstancias previstas por la Ley. Por ello, y en estricto respeto a esta interpretación del TC, el artº 21.2 de la Ley circunscribe la quiebra del principio general a unas resoluciones muy específicas y concretas: las resoluciones de expulsión con carácter preferente a que alude la Ley.

Es por todo lo expuesto por lo que puede concluirse que el artº 21.2 de la Ley es plenamente legítimo desde el punto de vista constitucional.

C) *El derecho a la asistencia jurídica gratuita*

La L.O. 8/2000 ha modificado los dos apartados que integran el actual artº 22 (anterior artº 20), relativo al derecho a la

asistencia jurídica gratuita. A tenor del nuevo precepto:

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».

Las modificaciones introducidas por la Ley respecto al tratamiento de este derecho por la redacción originaria de la L.O. 4/2000 se circunscriben a las dos siguientes:

1ª) Pierden el derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, cuando acreditaran insuficiencia de recursos económicos para litigar.

2ª) El derecho a la asistencia jurídica gratuita 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, se reconoce no a «los extranjeros» genéricamente, como hacía el artº 20.1 de la L.O. 4/2000 en su redacción originaria, sino a «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».

El razonamiento a seguir para mostrar la constitucionalidad de esta norma, que no

admite la más mínima duda, mas aun si se advierte que no es la única norma legal a la que ha de atenderse para una cabal y completa comprensión de la materia, exige atender a la doctrina constitucional establecida en torno al derecho a la gratuidad de la justicia que consagra el artº 119 CE. Tal doctrina puede sistematizarse como sigue:

1/ El derecho a la gratuidad de la justicia «es no solo 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» (STC 16/1994, de 20 de enero, fund. jur. 3º). Más ampliamente, este derecho trata de asegurar que ninguna «persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar» (STC 138/1988, de 8 de julio, fund. jur. 2º).

2/ «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» (STC 16/1994, fund. jur. 3º).

3/ «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» (STC 16/1994, fund. jur. 3º).

4/ El reconocimiento de esta amplia libertad de configuración legal va unido, en el propio texto del artº 119 CE, a la explicitación de un contenido constitucio-

nalmente 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». Esta fórmula «encierra un núcleo indisponible que, sin necesidad de definirlo de forma exhaustiva, supone, sin duda, que la justicia gratuita debe reconocerse a quienes no puedan hacer frente a los gastos originados por el proceso sin dejar de atender a sus necesidades vitales y a las de su familia, al objeto de que nadie quede privado del acceso a la justicia por falta de recursos económicos» (STC 16/1994, fund. jur. 3º).

5/ El derecho a la designación de Abogado y Procurador de oficio «únicamente despliega toda su eficacia en relación con el imputado en un proceso penal, siendo en todos los demás casos, un derecho relativo sometido a diversos condicionamientos procesales y materiales» (STC 138/1997, de 22 de julio, fund. jur. 4º).

A la vista de esta doctrina constitucional y de las modificaciones introducidas en el régimen jurídico de este derecho por la L.O. 8/2000, se imponen varias reflexiones encaminadas a mostrar la legitimidad constitucional de dicho régimen.

Aunque la Ley prescinde de la referencia a «los que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente», algo que, a nuestro juicio, entra dentro de la plena capacidad dispositiva del legislador, mantiene como titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros residentes que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar, quienes se encuentran en condiciones de absoluta igualdad con los españoles. Se sigue así la pauta sentada por la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, cuya artº 2º, al abordar el ámbito personal de aplicación, se refiere en su apartado a), entre otros, a «los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar».

Al margen ya de los extranjeros residentes, el apartado primero del artº 22 concede este derecho a la asistencia jurídica gratuita (como también el derecho a la asistencia de intérprete) a los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la Ley 1/1996, en relación con unos procedimientos administrativos o judiciales cualificados por sus posibles consecuencias: la denegación de entrada en territorio español y su devolución o expulsión de nuestro territorio; de igual forma, se reconoce este derecho en todos los procedimientos en materia de asilo. La exigencia de hallarse en España, aparte ya de parecernos absolutamente lógica, evita a la Administración un notable volumen de recursos humanos, económicos y organizativos, recursos que serían necesarios de no mediar tal exigencia, pues de ello se derivaría la prestación de este derecho cuando, por ejemplo, fuere denegado un visado en una oficina consular de España. Innecesario es decir que la incorporación de tal exigencia de hallarse en España para la prestación de este derecho se enmarca plenamente en la libre capacidad de configuración del derecho por el legislador, que, como es doctrina constitucional ya expuesta, puede atender a la hora de configurar este derecho a los recursos económicos de que pueda disponer en cada momento.

Y en cuanto a la exigencia, también incorporada por la L.O. 8/2000, de que el extranjero que se halle en España carezca de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita, ha de considerarse perfectamente coherente con la finalidad inmediata que, a juicio del TC, persigue este derecho, que no es otra que permitir el acceso a la justicia a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello.

La Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social no pretende en esta

materia abarcar toda la regulación de la misma; no tendría sentido que lo hiciese, pues la previsión del artº 119 CE («la justicia será gratuita cuando así lo disponga la Ley») acogía una reserva de Ley a la que iba a dar cumplimiento el legislador ordinario por intermedio de la ya citada Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, norma legal cuyo artº 2º, e) dispone: «En el orden jurisdiccional penal, tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuitas, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, aun cuando no residan legalmente en territorio español». Esta previsión, que hacía innecesaria su reiteración por la L.O. 8/2000, da pleno cumplimiento a las normas del Derecho convencional, que exigen que toda persona acusada de un delito tenga derecho, siempre que el interés de la justicia así lo exija, a que se nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo (artº 14.3, d/ del PIDCP y artº 6º.3, c/ del Convenio de

Roma), y, de igual forma, satisface en plenitud la doctrina jurisprudencial del TC, para el que, como ya dijimos, el derecho que nos ocupa «únicamente despliega toda su eficacia en relación con el imputado en un proceso penal, siendo en todos los demás casos, un derecho relativo sometido a diversos condicionamientos procesales y materiales» (STC 138/1997, de 22 de julio, fund. jur. 4º).

En definitiva, a la vista del artº 22 de la ley, tras su reforma por la L.O. 8/2000, y teniendo en cuenta las previsiones de otras normas legales, como, particularmente, las de la ley 1/1996, y también las de la Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre, por la que se desarrolla el artº 17.3 de la Constitución en materia de asistencia letrada al detenido y al preso y modificación de los artºs. 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es evidente que la norma en cuestión no suscita tacha o reparo constitucional alguno, siendo plenamente legítima desde la óptica constitucional.