

EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO 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

1. El estatuto jurídico-constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España

1. 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 Sres. Magistrados 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. 2º).

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 art. 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 per-

sona 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 art. 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 reconocido (STC 107/1984, de 23 de noviembre, fund. jur. 3º), 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 art. 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, primigeniamente, hay que recordar el art. 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 Pú-*

blica, 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 art. 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 Sres. Magistrados 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 art. 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*, entendiéndolo 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 art. 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 art. 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 excep-

ción 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 espa-

ñosles 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 art. 23 CE, según dispone el art. 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 más 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 art. 13.2 CE sólo reserva a los españoles la titularidad de los derechos reconocidos en el art. 23 CE, conducirían al Tribunal, no sin vacilaciones, al abandono como criterio clasificador de aquél 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 19 CE (STC 94/1993, de 22 de marzo, funds. jurs. 2º, 3º y 4º, y STC 116/1993, de 29 de marzo, fund. jur. 2º); el derecho de reunión del art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 muestren 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 art1 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 (art. 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 salvaguardia 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 art. 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 (art. 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. I, 4ª ed., reimpr., Civitas, Madrid, 1986, págs. 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 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, al derecho a la intimidad familiar, en relación especialmente con la reagrupación familiar, 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 art. 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 art. 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.

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

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

fectamente 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 educati-

vas 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 art. 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 art. 27.4 CE establece que la enseñanza básica es obligatoria. En la misma dirección, el art. 26.1 DUDH dispone que la instrucción elemental será obligatoria, y el art. 13.2, a/ 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 artículos 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 art. 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* (art. 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 conceptuarse como de enseñanza obligatoria, sino meramente voluntaria. Así entendido el art. 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* (art. 13. 2 PIDESC) o de *instrucción elemental y fundamental* (art. 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 art. 3º, e/ 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 art. 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 art. 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 art. 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 intimidad familiar y la reagrupación familiar

El Capítulo segundo del Título I de la Ley Orgánica 4/2000 ha sido objeto de varias modificaciones: de un lado, se reforman parcialmente los artículos 16 y 17; de otro, se añaden dos nuevos artículos, los artículos 18 y 19.

La Ley Orgánica 4/2000 vino a considerar el derecho a la intimidad familiar como el fundamento del derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros residentes en España. Conviene recordar que años antes, el Consejo de Ministros de la Unión Europea había adoptado, en su reunión de 1º de junio de 1993, la Resolución relativa a la armonización de las políticas nacionales en materia de reagrupación familiar. Mediante esta Resolución se estableció que las políticas nacionales de los Estados miembros sobre la materia debían regirse por los principios comunes enunciados en la Resolución, con el subsiguiente compromiso de la adaptación de sus legislaciones nacionales antes del 1º de enero de 1995, en el bien entendido de que tales principios ni son jurídicamente vinculantes ni proporcionan una base de actuación para los individuos, como se recoge expresamente en la Resolución.

En cumplimiento del compromiso adquirido por España, se reguló la reagrupación familiar por intermedio del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985.

La Ley Orgánica 8/2000 modifica el art. 16.2 en el sentido de reconocer que los titulares del derecho a la reagrupación familiar son los extranjeros residentes en España y no los familiares de los extranjeros residentes. Esta modificación, que en nada altera el espíritu de la norma, parece, por lo demás, mucho más coherente que la originaria dicción del precepto con el art. 16.1, que reconoce a los extranjeros residentes el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar, del que dimana el derecho a la reagrupación familiar.

La segunda modificación que introduce la Ley Orgánica 8/2000 afecta al art. 16.3 y consiste en la adición de un nuevo párrafo a tenor del cual: *Reglamentariamente se podrá determinar el tiempo previo de convivencia en España que se tenga que acreditar en estos supuestos*, esto es, en aquellos supuestos de ruptura del vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición de residencia por el cónyuge y sus familiares con él agrupados.

La Resolución del Consejo de Ministros de la Unión Europea a que anteriormente aludíamos prevé que transcurrido un período de tiempo *razonable* desde que se efectuó la reagrupación familiar, los reagrupados puedan obtener una autorización de residencia desvinculada de la del reagrupante. En sintonía con ello, el art. 54.5, b) del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, aprobado por Real Decreto 155/1996,

que debe entenderse vigente en todo aquello que no contravenga lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, y hasta tanto se apruebe el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, a lo que el Gobierno se compromete en el plazo de seis meses (Disposición final segunda de la L.O. 8/2000), dispuso que el cónyuge de un extranjero residente podía obtener un permiso de residencia independiente, entre otras circunstancias, cuando acreditara haber convivido en España con su cónyuge durante dos años, plazo que podría ser reducido cuando concurrieran circunstancias de carácter familiar que así lo justificaran.

En la misma dirección se orienta la adición al art. 16.3 del párrafo antes transcrito, que se acomoda a los principios comunitarios fijados por la Resolución del Consejo de Ministros de la Unión y al que ningún reparo puede oponerse ni desde la óptica constitucional ni desde el Derecho convencional. Desde esta última perspectiva, recordaremos que, interpretando el art. 8.1 del Convenio de Roma (a cuyo tenor: *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar...*), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que el derecho a la intimidad familiar reconocido en tal precepto del Convenio implica la imposibilidad de la expulsión de un extranjero cuando su grado de arraigo en el país de residencia sea tal, que en la práctica carezca ya de referentes vitales en otro país, e innecesario es decir que ese arraigo se vinculará a la permanencia en el nuevo país durante un cierto período de tiempo. Esta doctrina del Tribunal de Estrasburgo, de alguna manera, contribuye, desde la perspectiva del Derecho convencional, a legitimar esa exigencia de un determinado período de convivencia en España cuando se rompa el vínculo matrimonial, exigencia que late en el nuevo párrafo del art. 16.3 y que, por otra parte, guarda una clara armonía con la determinación del nuevo art. 19.1, b) –artículo introducido por la Ley Orgánica 8/2000– que, reproduciendo lo dispuesto por el art. 54.5, b) del Reglamento de Extranjería varias veces citado, exige para la obtención de una autorización de residencia independiente por el cónyuge, la acreditación de haber vivido en España con su cónyuge durante dos años, plazo que podrá reducirse cuando concurren circunstancias de carácter familiar que lo justifiquen.

Por lo demás, tampoco la remisión a una norma reglamentaria que hace el nuevo párrafo del art. 16.3 puede ser constitucionalmente objetada, pues esta habilitación legal a la potestad reglamentaria no posibilita una regulación independiente de la Ley, sino un complemento muy puntual de la regulación legal.

En definitiva, ni el párrafo del art. 16.3 comentado ni tampoco, en cierta conexión con él, el texto del nuevo art. 19, pueden ser constitucionalmente objetados. Se acomodan, a nuestro juicio, a los principios comunitarios, al Derecho convencional y a la propia Constitución.

El art. 17 de la Ley Orgánica 4/2000 resulta también modificado. El inciso inicial del apartado primero se formula por la Ley Orgánica 8/2000 en términos no idénticos a los del mismo inciso del propio precepto en su redacción originaria. Estamos simplemente ante una reforma exigida en coherencia con la nueva y, como ya se vio antes, más precisa redacción dada ahora al texto del art. 16.2.

Como reforma técnica asimismo ha de ser calificada la que se introduce en el apartado d) del art. 17.1, sustituyendo la originaria expresión *cuando dependan económicamente de éste* por la de *cuando estén a su cargo*. Al margen de esta modificación, el nuevo texto del apartado d) incluye entre los familiares reagrupables a los ascendientes del cónyuge del reagrupante.

La supresión de los apartados e) y f) de la redacción dada al art. 17 por la Ley Orgánica 4/2000 se acomoda a los principios comunitarios y encaja perfectamente en la libre capacidad dispositiva del legislador.

Y tampoco merece reproche constitucional alguno, por las mismas razones expuestas en relación con el último párrafo del art. 16.3, el nuevo apartado segundo que en el art. 17 introduce la Ley Orgánica 8/2000, por el que se reenvía a la norma reglamentaria la determinación de las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación y, en especial, del que corresponda a quienes hayan adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación.

En el Capítulo a que venimos refiriéndonos la Ley Orgánica 8/2000 ha introducido un nuevo precepto (al margen ya del mencionado art. 19) numerado como art. 18 y relativo al procedimiento para la reagrupación familiar.

El aspecto más destacable del nuevo art. 18 es que mientras el derecho a la reagrupación familiar se hacía depender en la Ley Orgánica 4/2000 de la residencia legal en España y de la justificación del parentesco, tras la reforma, con la subsiguiente introducción del nuevo precepto, se vuelve en cierto modo a la situación establecida por el art. 56 del Reglamento de Extranjería, aprobado por Real Decreto 155/1996. En efecto, la reagrupación familiar se hace depender ahora asimismo de que se disponga de un alojamiento adecuado y de los medios de subsistencia suficientes para atender las necesidades de la familia una vez reagrupada. Para el ejercicio del derecho de reagrupación se exige también haber residido legalmente un año y disponer de autorización para residir al menos otro año. La reforma, ciertamente, endurece las condiciones del ejercicio del derecho, pero, desde luego, se ajusta estrictamente a los principios comunitarios plasmados en las varias veces mencionada Resolución del Consejo de Ministros de la Unión Europea, en la que los Estados miembros se reservaban el derecho a exigir un período de residencia previa del reagrupante, así como a supeditar la entrada y residen-

cia de familiares a la disponibilidad de alojamiento adecuado y de recursos suficientes. Como ningún mandato constitucional ni convencional exige una regulación en otro sentido de las condiciones de ejercicio de este derecho, es claro que el endurecimiento de las mismas se integra en las facultades de libre disposición de nuestro legislador.

C) 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 artículo 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 artículo 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 Ley Orgánica 4/2000.

Dicho esto, hay que rechazar de plano todo atisbo de inconstitucionalidad como consecuencia de una vulneración de las exigencias constitucionales dimanantes del art. 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 art. 25.1 comprende no sólo una garantía de carácter formal, referida *al rango necesario de las normas tipificadoras*, pues *el art. 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 art. 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 art. 52, a/ no precise cuánto tiempo ha de transcurrir para que se produzca el retraso en la comunicación a las autoridades que se tipifica como infracción, o que el artículo 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 la previsions del art. 57 de la Ley.

En relación con la supuesta infracción del principio de proporcionalidad y, como consecuencia del derecho que acoge el art. 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. 1°), impide que éste 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 prohibirlo 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 art. 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 art. 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 art. 13 de 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 aún cuando éste 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 art. 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. 6° y STC 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 dimanar 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, éstos 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 art. 25 de la Norma fundamental.*

Se ha podido ver como posible causa de esa advertida vulneración constitucional la previsión del art. 54.1, a/ de la Ley, 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 art. 50.b) de la Ley Orgánica 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 art. 54.1, a/, último inciso, contraría el principio *ne bis in idem*. Nos hallamos ante una norma perfectamente acorde con las exigencias constitucionales dimanantes del art. 25.1. de la C.E. 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. jur. 4º).

Aunque referido a la concurrencia de sanciones penales y administrativas, nada impide la aplicación de este principio a los supuestos de du-

plicidad 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 mismo 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 art. 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 art. 24 de la citada Ley Orgánica 1/1992 como muy graves, constitutiva a su vez de una infracción muy grave, a tenor del art. 54.1, a/ de la Ley Orgánica 4/2000, tras su modificación por la 8/2000, y se aplicase, de acuerdo con las previsiones de los artículos 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 art. 28.3, ni tampoco por la Ley de Extranjería, pues su artículo 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 art. 54.1, a/ no pudiese ser expulsado por hallarse, por ejemplo, en alguna de las situaciones a que alude el art. 57.6 de la Ley Orgánica 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 in-

fractor 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 Ley Orgánica 4/2000, modificada por la 8/2000. Justifiquemos el por qué.

El art. 50 de la Ley Orgánica 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 los 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 art. 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 mismo 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: la libertad de circulación, las libertades de reunión y manifestación y de asociación, la libertad de sindicación y huelga, el derecho de asilo, el derecho al trabajo y a la Seguridad Social y, por último, el derecho a ayudas en materia de viviendas.

A) El derecho a la libertad de circulación

La Ley Orgánica 8/2000 no altera los términos en que el art. 5º.1 de la Ley Orgánica 4/2000 reconoce el derecho de los extranjeros que se ha-

llen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de la propia Ley, a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia. Tan sólo modifica, en un sentido hipergarantista, los términos del apartado segundo del mismo artículo.

Dicho esto y antes de entrar en un análisis más particularizado del régimen de ejercicio de este derecho, es preciso anticipar que ninguna tacha de inconstitucionalidad puede oponerse al mismo.

Como acaba de decirse, a tenor del apartado primero del art. 5º, los extranjeros que se encuentren en nuestro país en alguna de las situaciones a que se refiere el artículo 29 de la Ley (estancia, residencia temporal y residencia permanente) gozan del derecho a la libertad de circulación y a la libre elección de su residencia.

La exigencia de encontrarse en una situación legal para poder ejercer el derecho, introducida por la Ley Orgánica 4/2000, se acomoda plenamente a la previsión del artículo 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de 19 de diciembre de 1966, a cuyo tenor: *Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.* En la misma dirección se sitúa el artículo 45.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Niza el 7 de diciembre de 2000, de acuerdo con el cual: *De conformidad con lo dispuesto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se podrá conceder libertad de circulación y de residencia a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro.* Es decir, la situación de legalidad del extranjero es un requisito inexcusable para el ejercicio del derecho.

La determinación de tal exigencia, como requisito para el ejercicio del derecho, se acomoda perfectamente a la naturaleza del derecho, pues, como ha significado el TC (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, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España y a residir en ella.*

Como antes se dijo, la Ley Orgánica 8/2000 ha modificado tan sólo el apartado segundo del art. 5º. Dicho apartado, ya en su redacción originaria, contemplaba la posibilidad de adopción de medidas limitativas específicas cuando se acordaran en la declaración de los estados de excepción o sitio en los términos constitucionalmente previstos, y excepcionalmente y de forma individualizada por el Ministro del Interior por razones de seguridad pública.

La reforma ahora introducida en el art. 5º.2 se orienta básicamente a acentuar las garantías de que se han de rodear las medidas limitativas

previstas por el precepto: motivación de la medida limitativa individualizada, respecto del principio de proporcionalidad y adopción de la misma de acuerdo con las garantías jurídicas del procedimiento sancionador previsto en la Ley. Y en lo que hace a la duración de las medidas limitativas, con carácter general, se dispone que la misma no excederá del tiempo imprescindible y proporcional a la persistencia de las circunstancias que justificaron la adopción de las mismas.

Frente a la indefinición de las medidas limitativas del art. 5º.2 de la Ley Orgánica 4/2000, bien poco coherente con las exigencias del principio de legalidad, como destacara Santolaya (Pablo Santolaya Machetti: *Comentario al art. 5º, en Pablo Santolaya Machetti, coordinador, Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 61-62), la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2000 precisa las posibles medidas limitativas, que podrán consistir en la presentación periódica ante las autoridades competentes y en el alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente.

La previsión legal de este conjunto de medidas limitativas, como antes señalamos, ya prevista en la Ley Orgánica 4/2000, se acomoda perfectamente a las exigencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En efecto, el art. 13.3 del PIDCP dispone que, entre otros derechos, el derecho a la libertad de circulación *no podrá ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la Ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.*

En definitiva, el acomodo a lo establecido en los Tratados ratificados por España es evidente, más aún si se recuerda que el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en adelante Convenio de Roma) no contempla estos derechos, por lo que no hay limitaciones derivadas de este Tratado o de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH). Y como ya dijimos con anterioridad, la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica en el art. 5º.2 tan sólo se orienta a acentuar las garantías y a acomodar las posibles medidas limitativas a las exigencias dimanantes del principio de legalidad.

La conclusión es, pues, inequívoca. Ninguna tacha de inconstitucionalidad existe en la modificación introducida en el art. 5º.2 de la Ley.

B) Las libertades de reunión y manifestación y de asociación

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

tima tenga en su poder los documentos de viaje exigidos para entrar en el territorio de las Partes contratantes.

2. Sin perjuicio de los compromisos resultantes de su adhesión 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, y respetando su derecho constitucional, las Partes contratantes se comprometen a establecer sanciones contra los transportistas que, por vía aérea o marítima, transporten desde un tercer Estado hasta el territorio de las Partes contratantes, a extranjeros que no estén en posesión de los documentos de viaje exigidos.

3. Lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 y del apartado 2 se aplicará a los transportistas de grupos que realicen enlaces internacionales por carretera en autocar, con excepción del tráfico fronterizo.

La norma transcrita es compatible con las obligaciones asumidas por las Partes contratantes con arreglo a la Convención de Ginebra de 1951, como las propias Partes reafirman en el punto 28 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, y en sintonía con ello, en el punto 29.1 se comprometen a *que sea examinada toda solicitud de asilo presentada por un extranjero en el territorio de una de ellas.*

Como fácilmente puede apreciarse confrontando el punto 26 del Convenio de Shengen o Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y las previsiones de los apartados segundo y tercero del art. 54 de la Ley con anterioridad referidas, la compatibilidad es plena; las normas legales traen su causa del Convenio internacional ratificado por España, orientado a su vez a hacer realidad la previsión del tratado constitutivo de las Comunidades Europeas, completado por el Acta Única Europea, de lograr un mercado interior, lo que implica un espacio sin fronteras interiores, al que precisamente se refiere el art. 142.1 del Convenio. Y además, las normas del Convenio de Schengen se acomodan perfectamente a los Textos internacionales sobre el Estatuto de los Refugiados.

Por todo ello, no existe en las normas legales ya referidas vicio de inconstitucionalidad alguno que pueda serles reprochado desde la perspectiva del derecho de asilo del art. 13.4 CE, interpretado desde las exigencias del Derecho convencional.

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 (artículos 18, 19 y 20 en la redacción originaria, que se corresponden a los actuales artículos 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 27 de la propia Ley. Es evidente, por ejemplo, que el principio constitucional del art. 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 art. 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 registrarán 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 art. 27 en materia de garantías, frente al texto originario equivalente (numerado como art. 25), se ciñe a la exigencia de motivación de la resolución administrativa denegatoria del visado. El art. 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 temporal, 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 art. 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 art. 96 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, el propio art. 27.5 dispone que se le comunicará así de conformidad con las normas establecidas en dicho Convenio. Para los demás supuestos el art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 25.2) ni en la reforma operada en ella por la L.O. 8/2000 (véase su art. 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 política exterior del Reino de España).

El Tribunal Constitucional, en buena medida, ha legitimado 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 esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 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; éste, 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 intérprete, 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 art. 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, más en la letra que en su espíritu, el apartado segundo del art. 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 art. 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 art 19.2 de la L.O. 4/2000 (equivalente al actual 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 admi-

nistrativo 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 art. 21.2. Tal regla general nos viene dada por la previsión del art. 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 art. 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 ésta se haya producido*. Está, pues, es la regla general que rige en la Ley.

El inciso final del art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 ésta 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, 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 el estricto respeto a esta interpretación del TC, el art. 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 art. 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 art. 22 (anterior art. 20), relativo al derecho a la asistencia jurídica gratuita. A tenor del nuevo precepto:

1. Los extranjeros que se hallan 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 art. 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, más aún 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 art. 119 CE. Tal doctrina puede sistematizarse como sigue:

1) El derecho a la gratuidad de la justicia *es no sólo garantía de los intereses de los particulares, sino también de los intereses generales de la justicia en tanto que tiende a asegurar los principios de contradicción e igualdad procesal entre las partes y a facilitar así al órgano judicial la búsqueda de una sentencia ajustada a Derecho, aunque sin duda su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello* (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, co-*

rresponde 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 art. 119 CE, a la explicitación de un contenido constitucionalmente 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, cuyo art. 2º, al abordar el ámbito personal de aplicación, se refiere en su apartado a), entre otros, a los extranjeros que residen legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

Al margen ya de los extranjeros residentes, el apartado primero del art. 22 concede este derecho a la asistencia jurídica gratuita (como también el derecho a la asistencia de intérprete) a los extranjeros que se ha-

llen 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 art. 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 art. 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 (art. 14.3, d/ del PIDCP y art. 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 to-*

dos 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 art. 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 art. 17.3 de la Constitución en materia de asistencia letrada al detenido y al preso y modificación de los artículos 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. ■