

RÉGIMEN JURÍDICO Y POLÍTICAS SOBRE EXTRANJERÍA EN ESPAÑA. COMENTARIO A LA STS DE 20 DE MARZO DE 2003

JUAN MANUEL GOIG MARTÍNEZ
Profesor Titular de Derecho Constitucional
UNED

SUMARIO

1. Introducción
2. La legislación de extranjería en España
3. La STS de 20 de marzo de 2003
4. Consecuencias jurídicas del fallo del Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN

Si bien los procesos migratorios no son un producto de nuestro Siglo, puesto que los desplazamientos de personas en busca de mejores condiciones de vida han existido siempre, sí es cierto que los flujos migratorios han experimentado un incremento cualitativo y cuantitativo, que es observado con preocupación por parte de los gobiernos, la sociedad civil y los organismos internacionales por la gran repercusión que tienen en las relaciones sociales y políticas, no sólo entre los países de origen y receptores de la inmigración, sino también internas.

El constante y progresivo aumento de los procesos migratorios hacia las Democracias Occidentales ha sido visto por éstas como un problema, y les ha llevado, en muchos casos, a modificar, o adaptar, sus normas reguladoras de la extranjería en torno a la situación por la que están atravesando, dirigiéndose principalmente hacia la restricciones de la entrada de extranjeros, y a la limitación de derechos y libertades, al objeto de preservar determinados bienes jurídicos y evitar el conflicto.

No obstante, debemos de reflexionar sobre dos cuestiones de enorme interés. En primer lugar, como ha indicado Elías Díaz¹, el Derecho, en cuanto sistema de control social, puede y debe desempeñar un papel importante en los procesos de cambio, integración, equilibrio o conflicto dentro de una determinada sociedad. El Derecho puede frenar el cambio, detenerlo, acelerarlo o canalizarlo. Si el Derecho es contemplado como ordenación social, pero también como criterio para la resolución institucionalizadora de conflictos, constituyendo, por consiguiente un criterio de decisiones estable y generador de seguridad para que los conflictos sean resueltos mediante procesos o instituciones², el sistema jurídico de un Estado tiene la obligación de canalizar y solucionar los posibles conflictos que se puedan producir, y, en este caso la regulación legislativa de la inmigración debe de obedecer a esta obligación. Pero, sobre todo, el entramado normativo que regule el fenómeno migratorio, deberá respetar la visión constitucional sobre el derecho de extranjería.

2. LA LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA EN ESPAÑA

2.1. LA LEY 7/1985

Como indicaba el Preámbulo de la LO 7/1985 de 1 de julio, de derechos y libertades de los extranjeros en España, nuestro ordenamiento jurídico ha carecido, desde el Real Decreto de 17 de noviembre de 1852 de una norma general que formulara y sistematizara los principios que debían informar la situación de los extranjeros y sus aspectos más importantes y pusiera fin a la proliferación de disposiciones de distinto rango que, hasta su aprobación, regulaban el derechos de extranjería, y que, por problemas de dispersión normativa; descoordinación entre diferentes fuentes normativas y, en muchas ocasiones, por constituir disposiciones de carácter interno, atentaban contra la seguridad jurídica.

A pesar de la importancia de esta ley, especialmente por constituir la primera fuente normativa en la materia con pretensión de generalidad, así como por su intención, plasmada en el Preámbulo de: a) «reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades», y b), pretender «favorecer la integración de los extranjeros en la sociedad española», nacía con una primera premisa errónea: en el propio Preámbulo se indica cómo la remisión que el artículo 13.1 CE hace cuando se refiere a «en los términos que establezcan los Tratados y la ley» es entendida por el legislador como un *mandato constitucional*. Esta primera premisa errónea parte de considerar que el art. 13.1 CE permite al legislador concretar el alcance de los derechos y libertades de las

1. DÍAZ, E.: *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1988, p. 183.

2. Vid. DIEZ-PICAZO, L.: *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1987.

que los extranjeros gozan en España, olvidando que por tratarse de derechos constitucionales, es la propia Constitución la que reconoce estos derechos y libertades y el alcance de los mismos. La proclamación contenida en el artículo 13.1 CE no constituye un mandato constitucional para elaborar una normativa específica que regule los derechos y libertades de los inmigrantes que se encuentran en España, puesto que el propio reconocimiento constitucional; el Derecho Internacional en materia de Derechos suscrito por el Estado español, y las propias leyes específicas de desarrollo de los derechos, para el caso de aquellos que lo necesitaran —en el momento de elaboración de la Ley, el TC ya había indicado, cómo los derechos y libertades contenidos en el Capítulo II son derechos de aplicación inmediata— son las fuentes precisas para fijar el alcance en el disfrute de los derechos y libertades del Título I por parte de los inmigrantes.

La LO 7/1985 que regula el régimen de entrada, trabajo y establecimiento, salidas, garantías e infracciones y sanciones del régimen jurídico, así como la situación de los extranjeros y determinados regímenes especiales, acomete, una regulación de los derechos y libertades del inmigrante, incompleta e incorrecta y de dudosa constitucionalidad —hecho este último que fue posteriormente reconocido por el TC—, afirmando en su artículo 4:

«Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidas en el Título I de la Constitución, en los términos establecidos en la presente Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos.»

Esta afirmación legislativa, que se produce después de que el TC estableciera en la STC 107/1984, los criterios generales de reconocimiento de derechos y libertades a los extranjeros, olvida, por un lado, que los inmigrantes gozan de derechos y libertades que la Constitución reconoce en el Título I, en primer lugar, *en los términos que reconoce la propia Constitución*, y también en los términos que establezcan los Tratados Internacionales de los que España sea parte —la remisión a los Tratados se hace con carácter general para todo el contenido de la Ley en el art. 3 («Lo dispuesto en la presente ley se entenderá en todo caso sin perjuicio de los establecido... en los Tratados Internacionales en los que sea parte España»)—, y por otro que el propio TC reconoce la existencia de determinados derechos que, por su vinculación indispensable a la dignidad de la persona, no pueden ser libremente modulados por el legislador.

A esta incorrección legislativa, previa y esencial en materia de determinación del alcance del ejercicio de derechos y libertades por los inmigrantes, se une la incompletud con que se trata el reconocimiento de determinados derechos y libertades. A pesar de que el Preámbulo manifiesta la voluntad de equiparar a los extranjeros con los propios ciudadanos españoles en el reconocimiento de derechos y libertades, cuando la LO 7/1985 reconoce a los extranjeros los derechos de reunión y manifestación (art. 7); asociación (art. 8) y educación

(art. 9), lo hace depender del hecho de que «se hallen legalmente en territorio nacional», olvidando que, aunque en los dos primeros casos, se traten de derechos de libertad, y en cierta medida de participación, por lo que su ejercicio puede resultar molesto para los poderes públicos, su vinculación con la dignidad humana, y con el libre desarrollo de la personalidad el derecho a la educación, es innegable, tratándose de parámetros que constituyen fundamento del orden público y de la paz social y, además, somete los derechos de reunión y asociación a autorización previa, en contra del propio mandato constitucional, por el mero hecho de su ejercicio por parte de extranjeros.

Ni la LO 7/1985, que fue declarada inconstitucional por STC 115/1987 de 7 de julio en lo que respecta a las limitaciones contenidas para el ejercicio del derecho de reunión y del derecho de asociación, ni los Reales Decretos 1119/1986 de 26 de mayo y 155/1996, de 2 de febrero, que reglamentaban su ejecución, regulaba adecuadamente los derechos y libertades de los extranjeros ni sirvieron para adaptar dicha ley, tanto a la cambiante situación de la inmigración en España; a los Tratados Internacionales que el Estado había ratificado en materia de derechos y libertades; como a las exigencias de los nuevos compromisos internacionales adquiridos por España.

2.2. LA LEY 4/2000, DE 11 DE ENERO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS INMIGRANTES Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL

La LO 7/1985, más que una ley que regulaba los derechos y libertades de los extranjeros, incidía en los aspectos más puros del derecho de extranjería: el régimen de entrada, permanencia y salida, y las situaciones jurídicas del inmigrante, y procedía, como hemos tenido ocasión de estudiar, a tratar de forma sectorial y sectaria los derechos y libertades de los inmigrantes, siendo incapaz de responder adecuadamente a los nuevos retos que los cambios de los flujos migratorios suponían.

En el año 1998, el Congreso de los Diputados aprobaba un Acuerdo³ en el que se reconocía:

«La subcomisión entiende que los emigrantes no pueden ser considerados solamente como mano de obra sino como personas titulares de derechos, en especial, al desarrollo personal y social, con respeto a su propia identidad cultural, a la igualdad de trato, eliminando toda forma de discriminación por motivo de nacionalidad o de raza, particularmente en los ámbitos de las condiciones laborales, profesionales, educativas, cultural, de vivienda, de sanidad...»

3. Acuerdo de la Comisión de Política Social y Empleo sobre inmigrantes y refugiados, aprobado por el Pleno del Congreso el 23 de Junio de 1998 (BOCG de 15 de julio de 1998), recogido por SANTAOLAYA MACHETTI, P. (coord) en *Comentarios a la Nueva Ley de Extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2000, p. 55.

El inmigrante tiene derecho a la participación social mediante el ejercicio de los derechos de sindicación, asociación y reunión. En cuanto a la participación política, futuras reformas que en materia de legislación electoral deben de contemplar la participación de los inmigrantes regulares en el ámbito local.

La declaración parlamentaria ponía de manifiesto la necesidad de otorgar la máxima cota de derechos a los inmigrantes, reconociendo que éstos no solo deben ser titulares de aquellos que, igualmente vinculados a la dignidad humana aun sin mención jurisprudencial expresa, implicaban la participación del inmigrante en los asuntos públicos, así como gran parte de los derechos económicos, sociales y culturales, proclamados como «principios rectores» al objeto de favorecer la integración social de los inmigrantes.

Con este espíritu nace la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social que implicaba la ruptura con la anterior legislación de extranjería y la superación de gran parte de las reticencias con las que tradicionalmente se han venido considerando los procesos migratorios.

Al margen de los preceptos de la LO 4/2000 relativos al control de entrada, permanencia, salida y situaciones jurídicas de los extranjeros, respecto a los cuales, el legislador dispone de un margen dispositivo mayor, por constituir cuestiones de política estatal, dentro de ciertos márgenes, es en materia de reconocimiento de derechos a los no nacionales donde se observa un mayor avance y desarrollo respecto a la legislación que le precedía.

El punto de arranque de esta nueva concepción de los derechos y libertades de los extranjeros, y que desmonta el tratamiento tradicional que sobre la materia se ha hecho, lo constituye el art. 3 LO 4/2000:

«1. Los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley Orgánica.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos Internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarias a los mismos.»

Frente a la LO 7/1985 que proclamaba «el ejercicio de los derechos reconocidos legalmente en condiciones de igualdad como mero criterio interpretativo» este precepto determina la igualdad en el «goce» de los derechos y libertades del Título I por los extranjeros, adoptando como criterio interpretativo los Tratados Internacionales sobre la materia, aunque matizando que dicho goce se hará en los términos establecidos en esta Ley Orgánica y esta deter-

minación de la igualdad se manifiesta a lo largo del Título I de la Ley (Derechos y libertades de los extranjeros).

La LO 4/2000, de acuerdo con los principios constitucionales y con los Tratados en materia de derechos y libertades reconoce a los inmigrantes, en las mismas condiciones que los españoles, y con independencia de cual sea su situación administrativa derechos fundamentales de reunión y manifestación; de asociación y el derecho a la educación como derechos de libertad que favorecen el libre desarrollo de la persona y que permiten la participación social, para dar efectividad a otros derechos fundamentales. También, y como derechos de configuración legal, a tenor de lo establecido por la doctrina del TC, la ley reconoce otros derechos a los inmigrantes cuando reúnan determinados requisitos, como la residencia (participación política; libertad de circulación y residencia; trabajo; seguridad social) u ostenten la condición de trabajadores en los términos que establece la ley (sindicación y huelga).

Pero, además, la ley extiende, en las mismas condiciones que los españoles, determinados derechos a los inmigrantes, sobre la base de un nuevo criterio que no ha sido tenido en cuenta hasta el momento, cual es la inscripción en el Padrón municipal (el derecho a elegir representantes para participar en los debates y decisiones municipales que les conciernan; asistencia sanitaria; derecho al sistema público en ayudas en materia de vivienda⁴).

Junto a ello se reconoce a los extranjeros residentes el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar, como manifestación del derecho a la intimidad, especialmente vinculado a la dignidad humana, intimidad familiar que se convierte en derecho, para aquellos familiares que la ley establece y que se encuentran fuera del territorio del Estado español, a obtener la residencia para reagrupación con el residente en nuestro territorio.

La LO 4/2000 constituyó un intento de equiparar a inmigrantes y españoles no sólo en derechos fundamentales, sino también en los llamados «derechos económicos, sociales y culturales» sin distinguir, salvo para aquellos para los que se exija, al igual que para los españoles, el cumplimiento de determinados requisitos, en virtud de la situación administrativa, favoreciendo la integración social y luchando contra la discriminación.

En definitiva, como ha indicado Santaolaya Machetti⁵, la LO 4/2000 era una Ley necesaria que pretendía adecuar el proceso migratorio a la nueva realidad social, con un objetivo mucho más amplio que el de la LO 7/1985, que introduce importantes novedades y que supone una considerable mejora del estatus de los extranjeros, y cuyo fracaso provocaría consecuencias impredecibles. Pero,

4. *Y ello a pesar de que el propio art. 18.2 de la Ley 4/1996, de Bases del Régimen Local establece que «la inscripción de los extranjeros en el Padrón municipal no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no le confiera la legislación vigente, especialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España».*

5. En Comentarios a la *Ley de Extranjería*, ASENSI SABATER (COORD.), Valencia, Edijus, pp. 14 y ss.

al mismo tiempo, y como consecuencia del convulsivo proceso de tramitación parlamentaria, nació aquejada de una fuerte provisionalidad.

2.3. LA REFORMA DE LA LO 4/2000 POR LA LO 8/2000 DE 22 DE DICIEMBRE. UNA NUEVA LEY DE EXTRANJERÍA

La vida de la LO 4/2000 fue efímera⁶. La reforma por LO 8/2000 se trata de una reforma profunda que afecta a gran parte del articulado, que crea nuevos preceptos y nuevas Disposiciones y que, principalmente, viene a modificar el espíritu y la intención con que fue aprobada la LO 4/2000, lo que nos lleva a afirmar que el resultado de esta reforma, es una Nueva Ley de Extranjería.

Si la LO 7/1985 centraba la regulación en la extranjería, el control de entrada y la actividad de policía de inmigración, por encima de la regulación de los derechos y libertades, respecto a los que no establecía la equiparación entre españoles e inmigrantes en su goce, la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, contempla la inmigración como un fenómeno complejo, estableciendo mecanismos dirigidos a la integración social del inmigrante, y haciendo desaparecer en gran parte la tradicional diferencia entre los inmigrantes por causas de su situación administrativa y atenuando los controles a los procesos migratorios.

Tras la reforma, que afecta a un 80% de la Ley, no sólo se modifica gran parte del sistema de entrada, salida, permanencia y situaciones de los inmigrantes, sino que se cambia el reconocimiento de derechos a los extranjeros, retornando a una situación muy parecida a la contemplada por la LO 7/1985, recuperando la clara distinción entre los extranjeros dependiendo de su situación administrativa.

Los motivos principales de la reforma, expuestos en la Exposición de Motivos, son el haberse detectado durante la vigencia de la LO 4/2000 aspectos en los que la realidad del fenómeno migratorio supera las previsiones de la norma y la necesidad de que nuestra normativa fuera conforme a los compromisos internacionales adoptados por España —concretamente con las conclusiones adoptadas por los Jefes de Estado y de Gobierno en Tampere sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia comunes—. En lo que al segundo aspecto se refiere, aunque es cierto que en Tampere se acordó

6. Aunque en un principio, la tramitación parlamentaria de la LO 4/2000, contó con un importante consenso parlamentario, consenso que se manifestó en el Congreso de los Diputados, a su paso por el Senado, el gran número de enmiendas presentado por el Grupo Parlamentario Popular, dio lugar a un enfrentamiento con el resto de fuerzas políticas que consiguieron finalmente aprobar el Texto de la Ley con la sola oposición del Grupo Popular que apoyaba al Gobierno, quien anunció, por la inminencia de elecciones, proceder a una profunda reforma si obtenía la suficiente mayoría en la contienda electoral.

El triunfo del Partido Popular por mayoría absoluta trajo, como una de sus consecuencias, la reforma de la LO 4/2000, por la LO 8/2000.

que se debía de garantizar un trato justo a los nacionales terceros países que residieran en el territorio de los Estados miembros, *pero cuya residencia fuera legal*, las conclusiones de Tampere, a pesar del importante valor político, no son jurídicamente vinculantes y no dejan de ser una mera -posición común- cuyos efectos no pueden ser comparados a los Tratados Internacionales sobre derechos y libertades ratificados por España, que, además de constituir un criterio interpretativo, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. Respecto al primer motivo —las distorsiones observadas—, como ha indicado el Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre el Anteproyecto a la LO 8/2000, emitido el 26 de julio de 2000, se ha procedido a una reforma inmediata sin un período de tiempo suficiente para comprobar pormenorizadamente los efectos de la aplicación de la misma, y sin haber esperado a la aprobación de su Reglamento de desarrollo.

Aun cuando la Exposición de Motivos manifiesta la intención de equiparación en las cotas mas altas a los nacionales y extranjeros en el ejercicio de derechos y libertades, se procede a una curiosa restricción de éstos sobre la base del argumento de que ante la anterior legislación, generosa en el reconocimiento de derechos y libertades a todos los inmigrantes, aumentaría el número de inmigrantes que pudiera llegar a España.

Para entender el alcance de esta restricción debemos de tener en cuenta dos elementos muy importantes: la reforma del art. 3 de la Ley y la precisión legal de que el goce y disfrute de derechos se conecta al presupuesto de que el extranjero debe residir legalmente en España.

El art. 3 de la LO 8/2000, al establecer que:

Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidas 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,

entiende, tal y como se ha hecho por amplios sectores doctrinales que, de acuerdo con el artículo 13.1 CE, por tratarse de derechos de configuración legal —según la jurisprudencia constitucional— cada derecho fundamental reconocido a los inmigrantes no tendrá otro alcance que aquel que se establece en virtud del Tratado o Ley a cuya regulación se remite el citado precepto, olvidando que por tratarse de derechos constitucionales, cada derecho fundamental reconocido a los extranjeros tienen el alcance que les marca la propia Constitución.

Sin embargo, no todos los derechos de los extranjeros son derechos de configuración legal, puesto que los derechos están vinculados a la dignidad, y *-la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre... constituyendo, en consecuencia un mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar (STC 120/1990, de 27 de*

junio; STC 57/1994, de 28 de febrero)», y «la Constitución salvaguarda absolutamente aquellos derechos y aquellos contenidos de los derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal, y no como ciudadano; o dicho de otro modo...aquellos derechos y libertades que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (STC 242/1994, de 20 de julio entre otras)». Pero aun admitiendo una interpretación muy restrictiva de que todos los derechos de los inmigrantes son derechos de configuración legal, lo que permitiría ciertas restricciones, esto no le otorga al legislador una libertad ilimitada, puesto que una cosa es autorizar diferencias entre los extranjeros y los nacionales, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales. Si los inmigrantes son titulares de derechos fundamentales, existe un contenido derivado del propio Texto constitucional que el legislador ha de respetar, por lo que su libertad de configuración está limitada, es decir, la libertad de limitación no es ilimitada, y para que los límites o los condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros hay que tener en cuenta los principios elaborados por el TEDH, y aplicados por el propio TC, en virtud de los cuales, para que los condicionamientos sean legítimos es preciso, en primer lugar, que éstos hayan sido previstos en la ley; en segundo lugar, estas limitaciones deben ser necesarias para la defensa del derecho que se trate en una sociedad democrática, necesidad que no se justifica en la mera oportunidad política, sino en la necesaria finalidad legítima; y en tercer lugar, que el condicionamiento sea proporcional con el fin legítimo perseguido. Se trata de una interpretación restrictiva de los límites a los derechos (SSTEDH, *Caso Sunday Times*; *Caso Dudgeon*; STJCE, *Caso Johnston*, de 15 de mayo de 1996).

El nuevo texto implica un claro retroceso respecto al reconocimiento de los derechos y libertades de los extranjeros y su filosofía es muy diferente al texto original de la LO 4/2000 puesto que está dirigido a restringir o limitar fuertemente sus derechos y libertades cuando su situación no haya sido regularizada.

El panorama descrito nos muestra no sólo la desaparición de algunos derechos respecto a la Ley originaria —el derecho de los familiares del residente legal a obtener la residencia para reagruparse—, sino también la vinculación directa entre la titularidad y el disfrute de derechos y libertades y la residencia o estancia legal en territorio español, lo cual ofrece dudas y levanta sospechas de inconstitucionalidad, sobre todo para aquellos derechos fundamentales respecto de los que no deja de ser sorprendente la diferencia de trato, y el alcance de esta diferencia, sobre la base de la situación administrativa del inmigrante.

3. LA STS DE 20 DE MARZO DE 2003

El Tribunal Supremo ha sido el encargado de resolver, mediante STS de 20 de marzo de 2003 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6.^a) el

primero de un rosario de recursos que penden sobre la normativa española sobre extranjería. Mediante esta sentencia, recaída en recurso interpuesto por dos asociaciones pro inmigrantes contra el RD 864/2001 de 20 de julio de 2001 por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero de 2000 sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, reformada por LO 8/2000 de 22 de diciembre —en adelante RELODYLE—, constituye un elemento importante en aras a corregir determinadas previsiones reglamentarias en materia de extranjería y modifica ciertas peculiaridades sobre la política de inmigración que ha adoptado el ejecutivo al margen de las previsiones constitucionales y legales, declarando nulos de pleno derecho varios artículos reglamentarios que han sido declarados ilegales, de manera tal que su consecuencia jurídica principal es la de su inexistencia, de la cual se derivan otras múltiples.

3.1. ESTADO DE DERECHO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La sentencia parte, como no podría ser de otra manera, puesto que el Supremo no es el órgano encargado de enjuiciar la constitucionalidad de las leyes, y sobre la LO 4/2000, modificada por LO 8/2000 tendrá ocasión de pronunciarse el TC, como consecuencia de los numerosos recursos de inconstitucionalidad interpuestos, parte de un presupuesto principal y básico de todo Estado de Derecho, cual es la necesidad de que todos los poderes públicos deben de respetar el principio de legalidad reconocido en el art. 9.2 y 9.3 CE.

La proclamación contenida en el artículo 9.3 CE, está reconociendo una serie de principios que tienen el carácter informador de todo el ordenamiento jurídico, pero que, principalmente todos ellos, que no son compartimentos estancos, sino que, por el contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirvan a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho (STC 27/1981, de 20 de julio), derivan de dos que se consideran principales: el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica⁷, cuya relación con la libertad y la igualdad, y la obligación que los poderes públicos tienen de hacerlas reales y efectivas es inmediata.

El principio de legalidad constituye una de las consagraciones políticas del Estado de Derecho y, al mismo tiempo, se convierte en uno de los elementos más importantes sobre el que se edifica este modelo de Estado. Es una garantía esencial de nuestro Estado, cuyo significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que correspondan a las personas depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos deben de quedar exentos de la acción del ejecutivo y de sus produc-

7. VILLAR PALASÍ, J.L Y SUÑE LLIÑAS, E.: «Comentario al artículo 9» en Alzaga Villaamil, O. (dir) *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Vol I, Madrid, Edersa-Cortes Generales, 1996, p. 575.

tos normativos propios (STC 83/1984, de 24 de julio)prohibiéndose que, a pesar de admitirse la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a las normas reglamentarias, las remisiones hagan posible una regulación independiente y no subordinada a la ley, lo que supondría la degradación de la reserva de ley.

El principio de seguridad jurídica responde al sentimiento individual que exige reconocer cuales son las consecuencias jurídicas de los propios actos. La seguridad jurídica entendida en su sentido más amplio implica la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cual ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho (STC 36/1991, de 14 de febrero), y en sentido más restrictivo, la seguridad jurídica equivale a certeza del Derecho; implica claridad y no confusión y la obligación de procurar que sobre la materia sobre la que se legisla hay de provocar situaciones objetivamente confusas (STC46/1990, de 15 de marzo). La seguridad jurídica, como ha manifestado el TC (STC 71/1982, de 30 de noviembre) es un principio constitucional especialmente relacionado con los demás enumerados en el art. 9.3 CE, que enlaza con el principio de reserva de ley y, en sentido más general, con el de legalidad y, al requerir certeza en la regla del Derecho, proscrib e fórmulas proclives a la arbitrariedad. Los principios constitucionales del art. 9.3 tienen la condición informadora de todo el ordenamiento jurídico y sirven para promover los valores superiores que propugna el Estado social y democrático de Derecho, puesto que constituyen suma de certeza, legalidad, jerarquía y publicidad, irretroactividad de la ley no favorable e interdicción de la arbitrariedad, y que sirven para promover el orden jurídico.

El Estado de Derecho proclamado en el artículo 1.1 CE implica la unidad de la Constitución y la unidad del ordenamiento jurídico; la supremacía de la Constitución y la interpretación de todo el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución, y la vinculación de todos los poderes públicos a la Norma Suprema y al resto del ordenamiento jurídico y la realización de los principios de legalidad y seguridad jurídica.

Con el principio de legalidad como prisma principal, la STS viene a incidir, con carácter principal, en tres aspectos esenciales: limitaciones reglamentarias al ejercicio de derechos y libertades; principios y ámbitos que deben de regular las relaciones entre la Administración y los administrados que ostentan la condición de extranjeros, y vicios de legalidad por incompetencia, a lo que se podría añadir los absurdos ilegales a que puede dar lugar la aplicación estricta del Reglamento.

3.2. EL REGLAMENTO Y LAS LIMITACIONES A DERECHOS Y LIBERTADES

La vulneración del principio de legalidad, respecto al cual, el propio Tribunal ya anuncia en el Fundamento Jurídico 1.º, que constituye el punto de partida en su examen jurisdiccional, es puesta de manifiesto en varias ocasio-

nes. Así, en los Fundamentos Jurídicos 3.º, 6.º, u 8.º, el órgano judicial recuerda la necesidad de que los preceptos impugnados no se regulen al amparo de una norma de rango legal. Ahora bien, con ser ello grave, más lo es las manifestaciones que el Tribunal Supremo hace en los Fundamentos Jurídicos 4.º, 5.º, 9.º, 14.º, o 15.º, en los que se pone de manifiesto cómo la potestad reglamentaria del gobierno, no sólo no respeta el principio de legalidad, sino que afecta al ejercicio de derechos fundamentales o derechos vinculados directamente a derechos constitucionales o que forman parte de su contenido.

3.2.1. *La libertad de residencia y circulación*

En lo que al contenido del art. 19 CE se refiere, la sentencia, en relación al artículo 38.5 RELODYLE, que establece: « Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el Ministerio del Interior podrá autorizar la estancia en territorio español, por un máximo de tres meses en un período de seis, a los extranjeros que hubieran entrado en el mismo con documentación defectuosa o incluso sin ella o por lugares no habilitados al efecto....pudiendo adoptar en tales casos, como medidas cautelares, alguna de las medidas enumeradas en el artículo 5 de la LO. 4/2000 reformada por LO 8/2000», nos recuerda como el precepto legal (art. 5 LODYLE) en modo alguno contempla la posibilidad de extender tales medidas limitativas del derecho a la libre circulación con carácter general a supuestos distintos a los contemplados legalmente, « por lo que la extensión que se hace por vía reglamentaria del alcance del artículo 5 LODYLE resulta contrario al mismo y al artículo 19 de la Constitución». Únicamente, de manera excepcional e individualizadamente, y en la forma en que preceptúa el art. 5 LODYLE, podrá establecerse tal limitación a los extranjeros que se encuentren en España en la situación de estancia a que se refiere el art. 38 impugnado, y declarado ilegal, situación que ha de considerarse de estancia legal, principio sobre el que gravita la LO 4/2000 con su reforma, una vez que se conceda la autorización preceptiva. A través del precepto reglamentario indicado, no sólo se vulnera el principio de legalidad, sino que se vulnera un derecho fundamental, cuyas limitaciones están perfectamente reguladas por el Derecho Internacional, por la Constitución y por las previsiones legales, entre cuyos supuestos no se contempla el recogido reglamentariamente.

La libertad de residencia y circulación, como ha sido confirmado, tanto por la jurisprudencia constitucional (STC 242/1994, de 20 de julio; ATC 331/1997, de 3 de octubre, entre otras) y por la jurisprudencia del TEDH (*Caso Abdulaiz y otros vs. Reino Unido*, de 28 de mayo de 1985; *Caso Moustaqin vs. Francia*, de 23 de enero de 1991), aun cuando los Estados deben de respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma, se vincula a la amplia potestad que los Estados poseen para controlar la entrada y salida de su territorio.

«Aunque el derecho a elegir residencia en el territorio de cualquier Estado viene proclamado como ideal común de todos los pueblos por el art. 13.1 DUDH...es lo cierto que tal idea no ha conseguido hacerse realidad y que el art. 19 CE reserva este derecho a los nacionales» (STS, de 25 de junio de 1980). La libertad de circulación a través de las fronteras del Estado no es un derecho imprescindible para la garantía de la dignidad humana, pero la inexistencia de declaración constitucional que proclame directamente la libertad de circulación de personas que no ostentan la nacionalidad española no es argumento bastante para considerar resuelto el problema, puesto que la dicción del art. 19 CE no es suficiente y habrá que tener en cuenta el art. 13 CE.

Los Estados en uso de su soberanía y de acuerdo con los Tratados Internacionales tienen libertad para determinar los requisitos de entrada de los extranjeros en su territorio. Las condiciones de acceso de los inmigrantes al territorio son determinadas por el legislador, como instrumentos de la política de inmigración, pero *una vez que las condiciones han sido legalmente fijadas y cumplidas, puede concluirse que los inmigrantes que por disposición de una ley o de un Tratado, o por autorización concedida por la autoridad competente, tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el art. 19, aun cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles, sino en las condiciones que determinan los Tratados⁸ y las leyes a las que se refiere el artículo 13.1 CE.* (STC 93/1994, de 21 de marzo).

Los derechos de los extranjeros de residencia y circulación son por naturaleza, ubicación y garantía, derechos constitucionales, pero en cambio su particular configuración es de carácter legal⁹. Se trata de un derecho fundamental garantizado por los artículos 13 y 19 CE y por los Tratados Internacionales, aunque vinculado a la residencia legal, de manera que el derecho de residencia de los extranjeros en España no puede depender de la exclusiva discrecionalidad administrativa (STS, de 3 de noviembre de 1981).

Respecto a las limitaciones, el art. 5.1 LO 8/2000 se remite:

— A las establecidas por los Tratados con carácter general. El art. 12.3 PIDCP establece que estos derechos no podrán ser objeto de restricción *«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»*.

8. Dentro de los Tratados suscritos por España y con trascendencia interpretativa a estos efectos se encuentra el PIDCP, y en concreto sus artículos 12 y 13, de los cuales se derivan límites a las posibilidades abiertas al legislador para determinar los supuestos de expulsión de un extranjero que reside legalmente en un país; el primero de ellos, la predeterminación en una norma de las condiciones en que procede la expulsión; el segundo la apertura de posibilidades de defensa del extranjero afectado, exponiendo las razones que le asisten en contra de su expulsión (STC 242/1994, de 27 de julio).

9. GONZÁLEZ-TREVÍJANO SÁNCHEZ, P.J.: *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Madrid, SPFDUC-Cívitas, 1991, p. 79.

— A las establecidas por las leyes. Dentro de ellas podemos referirnos a las reguladas en la LO 1/1992 de 21 de febrero de Protección de la Seguridad Ciudadana; o las reconocidas en los arts. 20 y 24 de la LO 4/1981, de 16 de abril sobre los estados de alarma excepción y sitio (el art. 24 establece que los extranjeros que se encuentren en España vendrán obligados a realizar las comparecencias que se acuerden...), y las reconocidas en la Ley 5/1984, de 26 de marzo, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado, que se manifiestan en el mismo sentido que la ley anterior.

— A las acordadas por la autoridad judicial, con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición en los que el extranjero tenga la condición de imputado, víctima o testigo (arts. 90.3 y 105.1 Código Penal), o como consecuencia de sentencia firme que pueden consistir en la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.

— Según el artículo 5.2 LO 8/2000, *«podrán establecerse medidas limitativas específicas cuando se acuerden en la declaración de estado de excepción o sitio en los términos previstos en la Constitución y excepcionalmente por razones de seguridad pública, de forma individualizada, motivada y en proporción a las circunstancias que concurren en cada caso, por resolución del Ministerio del Interior, adoptada de acuerdo con las garantías jurídicas del procedimiento sancionador... Las medidas limitativas...podrán consistir en la presentación periódica ante las autoridades competentes y en el alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente»*.

Si bien las limitaciones establecidas por los Tratados y las leyes, o las acordadas por la autoridad judicial están plenamente justificadas, las contempladas en el art. 5.2 LO 8/2000 deben de ser estudiadas de manera especial. En primer lugar, algunas de estas medidas limitativas específicas ya están reconocidas en el párrafo anterior— las acordadas en la declaración de los estados de excepción o sitio, o por razones de seguridad pública— por la remisión que se hace a las limitaciones acordadas por las leyes. En segundo lugar, las medidas limitativas específicas acordadas por resolución del Ministerio del Interior, deberán ser acordadas con las garantías jurídicas del procedimiento sancionador, que deberá tener en cuenta los principales principios y garantías constitucionales del orden penal y del proceso penal, con ciertos matices (STC 45/1997, de 11 de marzo), han de ser resultado de un procedimiento en el que se respeten sustancialmente los derechos del art. 24 CE, quedando sometido al control judicial (STC 77/1983, de 3 de octubre), y deberá respetar los principios de legalidad, irretroactividad, tipicidad, proporcionalidad, derecho a la presunción de inocencia y principio «non bis in ídem»¹⁰. Cuando el art. 5.2 manifiesta en qué podrán consistir estas medidas limitativas específicas, indica

10. Sobre los principios que informan el procedimiento administrativo sancionador en materia de extranjería, Vid. CAMPO CABAL, J.M. (coord). *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Madrid, Cívitas, 2001, pp. 352 y ss.

no sólo la presentación periódica ante las autoridades competentes, ya previstas en las leyes antes indicadas, sino también el alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, lo que puede identificarse a las sanciones penales de confinamiento o extrañamiento, y que limitan derechos fundamentales como el de libre circulación, sanciones que compete imponerlas a la autoridad judicial y no a las administrativas¹¹. La potestad sancionadora de la Administración deberá garantizar los derechos de los particulares y la seguridad jurídica, de forma que no podrán imponer directa o indirectamente una pena de privación de libertad ni limitar derechos fundamentales (art. 25 CE y STC 77/1983, de 3 de octubre).

También entiende el TS vulnerado el principio de legalidad en relación con el derecho a la libre circulación reconocida en el art. 19 CE en el Fundamento Jurídico 9.^a al examinar el contenido del artículo 57 del Reglamento cuando establece: «A los extranjeros que se encuentren en España y que justificando documentalmente una necesidad excepcional de salir del territorio español no puedan proveerse de pasaporte propio, por encontrarse en alguno de los casos expresados en el art. 34.2 LODYLE...se les podrá expedir...un título de viaje...», en relación con el precepto legal al que se hace referencia, cuyo inciso final prevé que «los que deseen viajar al extranjero serán además provistos de un título de viaje», por entender que *«el precepto legal no establece condicionamiento alguno para la provisión de título de viaje, salvo la previa documentación a que se refiere el propio precepto, por lo que condicionar la provisión de título de viaje a la justificación documental de una necesidad excepcional de salir del territorio español, frente al simple deseo de viajar al extranjero a que se refiere la ley, implica una clara contradicción con la norma de rango superior, y por lo tanto debe procederse a su anulación»* y que a idéntica situación debe llegarse con la expresión reglamentaria «podrá expedir», por *«suponer una mera posibilidad frente al carácter imperativo del art. 34.2 de la ley cuando dice que “serán además provistos”*, por limitar, más allá de lo autorizado por la ley, la libertad de entrada y salida del territorio español reconocida.

3.2.2. Limitaciones al derecho a la libertad personal

En lo que respecta a la vulneración del derecho a la libertad personal por vía reglamentaria, por contravenir el principio de legalidad, ésta es observada en dos ocasiones de manera clara y manifiesta por el Tribunal Supremo.

Los inmigrantes son titulares de la libertad, entendida en su sentido amplio, que constituye uno de los fundamentos mínimos del Estado de Derecho, y, por consiguiente, de sus manifestaciones, en especial de la libertad física como soporte de las demás (STC 233/1993, de 12 de julio). La libertad que

11. MASSÓ GARROTE, M.: *Nuevo Régimen de Extranjería*, Madrid, La Ley, 2001, p. 93.

se protege en el art. 17 CE no es la libertad general de actuación o derecho de autodeterminación individual, sino, pero como una manifestación de aquella, la libertad física frente a la detención, condena o internamiento arbitrario (STC 120/1990, de 27 de junio). Como ha manifestado el TC (STC 115/1987, de 7 de julio), «*El derecho a la libertad personal del art. 17 CE es un derecho inherente a la persona humana, de aquellos que según la STC 107/1984, corresponden por igual a españoles y extranjeros*», entre cuyo contenido, no sólo se establece que las privaciones de libertad, cautelares o definitivas, han de realizarse por quienes tengan capacidad para ello, con indicación de los motivos que le llevaron a dictar tales medidas (STC 3/1992, de 13 de junio), sino que habrán de hacerse con las garantías reconocidas constitucionalmente, deberán de estar justificadas, y ser proporcionales a los bienes que se pretenden proteger y deberán de regularse por ley orgánica. Se trata, además, de un derecho del que, por su estrecha vinculación con la dignidad, alcanza su pleno desarrollo constitucional en otros derechos, como los reconocidos en los artículos 15 y 18¹², y de los que se derivan una serie de derechos relacionados con la detención, y que el TC ha proyectado sobre toda privación de libertad gubernativa y de carácter preventivo (SSTC 341/1993, de 18 de noviembre; 115/1987, de 7 de julio).

La Sentencia nos recuerda en el Fundamento Jurídico 14.º, al examinar el contenido del art. 127.2c del REODYLE, que extiende la posibilidad de internamiento a todos los supuestos en que se haya dictado acuerdo de devolución, mientras que el art. 58.5 de la Ley de Extranjería sólo admite que el internamiento se produzca en los supuestos de expulsión por contravenir la prohibición de entrada, que la norma reglamentaria contraviene manifiestamente la ley, tanto por extender el internamiento a supuestos no previstos legalmente, como por confundir las figuras de devolución y expulsión, manifestando claramente que «*extender por vía reglamentaria una medida cautelar que afecta al Derecho a la libertad a supuestos no previstos legalmente resulta contrario al ordenamiento jurídico*».

Respecto a la impugnación que se hace del art. 130 REODYLE, relativo al internamiento y a las normas que deben de regir esta situación, por tratarse de cuestiones que atañen directamente al estatuto jurídico de los extranjeros que, al amparo de lo dispuesto en los artículos 60 y 62 de la Ley de Extranjería, hayan sido ingresados en centros de internamiento, y entendiendo que dicho estatuto jurídico puede afectar y limitar el ejercicio de diversos aspectos esenciales del derecho a la libertad de los extranjeros, dicho ejercicio deberá estar regulado por ley, en este caso con carácter orgánico. Especialmente interesante es la reflexión que hace el TS en el Fundamento Jurídico 15.º del art. 53.1 CE. La posición central que los derechos y libertades ocupan en el sistema político español está, expresamente manifestada en dicho precepto, y la vinculación que para los poderes públicos implica, deberá ser entendida como

una «vinculación especial»: los poderes públicos están sometidos a la Constitución en general, y en especial a los derechos y libertades que reconoce, puesto que éstos constituyen el pilar principal del Estado, manifestando la finalidad propia de toda limitación del poder constitucional en un Estado de Derecho, que consiste en proteger los ámbitos de libertad e igualdad. La vinculación que se impone a los poderes públicos de respeto a los derechos y libertades, implica, que sólo por ley podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales, y, en todo caso, deberá respetarse el contenido esencial. Como pone de manifiesto el TS, el art. 53.1 CE ha querido añadir un plus de garantía *«derivado del hecho de que los derechos son directamente aplicables y en consecuencia reserva al legislador, las Cortes Generales, la posibilidad de, respetando su contenido esencial, regular el ejercicio de esos derechos entre los que naturalmente se encuentra el Derecho a la libertad proclamado en el art. 17 y que se predica de toda persona y no solo de los nacionales»*. Ello lleva al TS a anular los apartados 2 y 6 del precepto reglamentario puesto que de su contenido se derivan limitaciones reglamentarias al ejercicio de derechos para las personas internadas, más allá de las reconocidas legalmente, cuales son la periodicidad en las comunicaciones, o el establecer la posibilidad de imponer medidas correctivas a los internos que no respetan las normas de convivencia sin especificar cuales sean unas y otras. La asimilación de las garantías de que las personas pueden disfrutar en una situación de internamiento, como la que nos ocupa, y la detención preventiva, implica una exigencia de rango legal en toda limitación a los derechos inherentes a la situación, limitación que, como ha manifestado el TC (STC 11/1991, de 17 de enero), *«deberá ser siempre entendida en un sentido restrictivo que sea compatible con el valor preferente de disfrute de los derechos fundamentales»*. Las situaciones de privación de libertad implican una mayor protección y garantía de las personas, dentro de las cuales, además, se encuentra el derecho a un control de legalidad de su situación ejercida por un Tribunal (STEDH de 18 de junio de 1971, *Casos de Wilde, Ooms y Versyde*)

3.2.3. Limitaciones en el derecho de reagrupación familiar

La Ley 4/2000 reconoce expresamente el derecho fundamental a la intimidad familiar y a la vida en familia como, y eleva a categoría de derecho, como parte del contenido de este derecho a la intimidad familiar, el derecho de determinados familiares (art. 17) a obtener la residencia en España para reagruparse con el residente (art. 16)

Se alinea así la Ley, con la consideración del TEDH que sostiene que para el desarrollo de la persona es necesario no ser privado de la dimensión familiar, derecho que ha sido defendido en numerosas ocasiones frente a decisiones administrativas de expulsión (STEDH, de 18 de febrero de 1991, *Caso Moustaguin vs Bélgica*; STEDH de 19 de febrero de 1996, *Caso Gull vs Suiza*;

STEDH, de 26 de septiembre de 1997, *Caso El Bujaidi vs. Francia*). Se trata, además, de un derecho que se manifiesta, de acuerdo con su regulación legislativa inicial en una doble dirección: el derecho del inmigrante residente a reagrupar a sus familiares para poder desarrollarse familiarmente; y el derecho de sus familiares a obtener la residencia para reagruparse, pudiendo, a su vez, reagrupar a sus propios familiares, derecho que, en la reforma por LO 8/2000, se restringe respecto al contenido inicial, por cuanto, a pesar de permitir la reagrupación de familiares por quienes hayan adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación, pone trabas a las primeras reagrupaciones, y remite a una posterior reglamentación el cumplimiento de determinados requisitos art. 17.2 LODYLE)¹³—.

Esta modulación reglamentaria, se ha plasmado en el art. 41.5 REODYLE, de manera ilegal, según el TS, puesto que del contenido del precepto impugnado se determina que únicamente se puede ejercer el derecho de reagrupación de los familiares del primer reagrupado cuando éstos contaran con un permiso de residencia obtenido con independencia del conseguido en virtud del derecho de reagrupación inicial, criterio contrario al contenido legal. De ello, el TS, manifiesta, que si bien las nuevas reagrupaciones pueden estar reglamentariamente condicionadas a determinados presupuestos, *«lo que no puede hacer el Reglamento es invertir el criterio de la Ley y prohibir dichas reagrupaciones, máxime cuando la ley, de acuerdo con lo previsto en el art. 13 CE configura para su ejercicio por los extranjeros, lo que es un derecho fundamental reconocido en la Constitución y a interpretar según las normas internacionales al efecto de las que España es parte»*, recordando al efecto el art. 16 LODYLE en relación con el art. 17.5 CE a la luz del art. 10.2 CE y la

13. La LO 8/2000 se sitúa en la órbita del Derecho Comparado de nuestro entorno. En Italia, la Ley de 1998 (arts. 26 y 27) reconoce el derecho a la reagrupación familiar y el derecho a la unidad familiar y protección del menor, a aquellos inmigrantes que dispongan de un permiso de residencia, carta de residencia definitiva, asilados, estudiantes, o que se encuentran por motivos religiosos (art. 28 D.L. 286/1998, por el que se desarrolla la Ley 40/1998, modificada por Ley 189 de 30 de julio de 2002) y se otorga la posibilidad de reagrupar no separado, a los hijos menores dependientes, propios o del cónyuge; a los progenitores dependientes, y a otros familiares dependientes hasta el tercer grado (arts. 28 y 29 D.L. 286/1998). En Alemania, la *Ausländergesetz* de 1990, considera como un derecho la reagrupación del cónyuge y descendientes del residente, pero la reagrupación de otros familiares es una potestad discrecional para el Estado (arts. 17 a 22). La Ley de 1998 de Francia, reconoce el derecho a reagrupar al cónyuge y descendientes menores, pero la posibilidad de reagrupar a otros familiares, y a la pareja no casada es una potestad discrecional (art. 6). La Ley belga de 1991, reconoce en su art. 10.4 que el extranjero residente tiene derecho a reagrupar a cónyuge y descendientes. No obstante, la Propuesta de Directiva de la UE, que prevé que esté incorporada para el 31 de diciembre de 2002, reconoce en su art. 5 el derecho de reagrupación de los siguientes familiares:

- I. I. a) El cónyuge o la pareja de hecho que tenga una relación duradera,
- II. II. b) Los hijos menores del reagrupante y cónyuge o del reagrupante y la pareja de hecho, incluidos los adoptados,
- III. III. c) Los ascendientes del reagrupante o de su cónyuge o pareja, dependientes, y
- IV. IV. d) Los hijos mayores, no casados, cuando no puedan sostener su situación por motivos de salud.

normativa internacional (arts. 12 y 16 DUDH; art. 8 de la Declaración Europea y arts. 9 y 10 de la Convención de Naciones Unidas que reconoce los Derechos del Niño) que reconocen este derecho.

3.2.4. *Ámbito de las limitaciones en el ejercicio de derechos y libertades*

Aunque los derechos y libertades no sean ilimitados y resistentes a toda disposición legal, no basta la invocación formal de cualquier bienes constitucionales que justifiquen una limitación, sino que dichos límites, siempre establecidos por ley, deberán respetar su contenido esencial, y éste contenido esencial exige que el legislador justifique la adecuación de la medida que limite la tutela de derechos o bienes constitucionalmente reconocidos, que la medida se considere necesaria para dicha tutela y que la limitación no resulte desproporcionada al objeto perseguido por la ley¹⁴.

Por consiguiente la posición del legislador, al limitar los derechos y libertades, se encuentra especialmente sometida e impregnada por la propia Constitución y por el espíritu constitucional que la rodea, de forma tal que a la hora de regular un derecho o una libertad deberá tener en cuenta el contenido constitucionalmente declarado, pero además, deberá aceptar las exigencias derivadas de la definición del Estado español como Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1); los valores superiores del ordenamiento jurídico, y las facultades que de ellos se derivan; deberá tomar en consideración, por mandato del art. 10.2, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales ratificados por España en materia de derechos y libertades, sin olvidar que forman parte del ordenamiento interno, y, especialmente por su sometimiento a la Constitución (art. 9.1) y su vinculación a los derechos y libertades (art. 53.1) deberá tener en cuenta la especial relación de la dignidad de la persona con los derechos. Y es que la dignidad se coloca en una posición especial respecto a la delimitación de la actuación de los poderes públicos de los intérpretes constitucionales en lo que a los derechos y libertades se refiere. la dignidad de la persona humana es el valor constitucional último¹⁵ y el sustrato de los derechos fundamentales¹⁶, y no sólo la dignidad, sino que el artículo 10.1 se configura como el fundamento dogmático constitucional¹⁷.

14. LÓPEZ PINA, A. y GUTIERREZ GUTIERREZ, I.: *Elementos de Derecho Público*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 105.

15. FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *La dogmática de los derechos humanos*, Lima, Ed. Jurídicas. 1994, pp. 50-51.

16. MARTÍNEZ SOSPEDRA, M.: *Derecho Constitucional español*, Valencia, San Pablo CEU, 1995, pp. 78-79.

17. PAREJO ALFONSO, L.: «Constitución y valores del ordenamiento» en *Estudios sobre la Constitución española*. Homenaje al Prof. García de Enterría, Vol.1. adrid, Cívitas. 1991, p. 109.

«Toda limitación para el ejercicio de un derecho (...) ha de estar amparada por la Constitución» (STC 291/1993, de 19 de octubre). Pero, además, toda medida restrictiva de los derechos y libertades deberá respetar los valores y principios de una sociedad democrática, como ha indicado el TEDH¹⁸, y los postulados del Estado de Derecho, de manera que toda limitación deberá articularse a través de una ley, de manera que la regulación de los ámbitos de libertad han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y de sus productos normativos (STC 83/1984, de 24 de julio).

El carácter excepcional con que deberá considerarse toda acción que limite o restrinja un derecho o una libertad reconocida constitucionalmente, implica que ésta deberá hacerse sólo por ley, que deberá respetar el contenido esencial del derecho, pero, además, deberá estar motivada y justificada, y deberá ser proporcional al fin perseguido, y así lo ha establecido reiteradamente el TC: «*Cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización, y el hecho o conjunto de hechos que lo justifican debe explicitarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. de modo que la motivación es (...) un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos*» (SSTC 26/1981, de 17 de julio; 13/1985, de 31 de enero, entre otras), además, toda limitación para el ejercicio de un derecho, no sólo deberá estar motivada, sino que «*las medidas limitadoras habrán de ser necesarias para conseguir el fin perseguido*», y «*ha de ser aplicada según criterios de racionalidad y proporcionalidad*» (STC 291/1993, de 18 de octubre) al fin que se persigue.

Si ello es así, de lo que no cabe la menor duda, las limitaciones y restricciones que el REODYLE contempla en relación con los derechos mencionados implican una clara violación del principio de legalidad, del Estado de Derecho proclamado constitucionalmente, y un intenso ataque al Texto constitucional.

3.3. LIMITACIONES EN LAS RELACIONES CON LA ADMINISTRACIÓN

El art. 20 de la LO 8/2000 extiende, con carácter general, a los procedimientos administrativos en materia de extranjería, las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo. En este sentido, a pesar de que el TC ha considerado que la tutela judicial efectiva sólo se predica de la actuación judicial y no puede ser invocada frente a actuaciones de la Administración (SSTC 175/1987, de 4 de noviembre; 197/1988, de 24 de octubre, o 243/1988, de 19 de diciembre, entre otras), existen numerosas sentencias del TS que ponen de manifiesto que las cuestiones de extranjería deberán solventarse mediante un procedimiento que respete totalmente las garantías

18. Entre otras, STEDH, *Caso Silver y otros*, de 25 de marzo de 1983.

implícitas en el art. 24 CE (SSTS de 27 de marzo de 1991, o de 25 de febrero de 1992), manifestando que el derecho a un procedimiento administrativo debe ostentar todas las garantías por ser una de las manifestaciones del derecho a la tutela efectiva, al ser clave para el logro de la seguridad jurídica que debe imperar en las relaciones entre la Administración y el administrado (STS de 15 de julio de 1999) y ser un mecanismo por el que se dificulta la arbitrariedad de los poderes públicos, contribuyendo a su interdicción (art. 9.3 CE).

La LO 8/2000 establece algunas excepciones en este tratamiento que afectan, tanto al procedimiento administrativo como a la vía judicial, y que pueden afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y al derecho a la defensa, no obstante, se trata de cuestiones que deberán ser resueltas por el TC en todo lo que pudieran afectar a la constitucionalidad de la Ley de Extranjería.

En lo que al Reglamento se refiere, el TS ha entendido que el art. 84 del mismo, relativo a los supuestos de inadmisión a trámite de la solicitud del permiso de trabajo, es ilegal en sus apartados 2 y 6, por cuanto resultan contrarios a los arts. 20 y 71 de la LRJ-PAC. En el primer supuesto, porque al considerar como supuesto de inadmisión la falta de competencia del órgano a quien se dirige la solicitud, se viola el art. 20.1 de la citada ley que reconoce que «el órgano administrativo que se estima incompetente...remitirá directamente las actuaciones al órgano que considerare competente si éste pertenece a la misma Administración Pública», de manera tal que la inadmisión sólo sería procedente, y legal, cuando se trate de órganos que pertenecen a distintas Administraciones. En el segundo inciso del precepto considerado ilegal —solicitud presentada utilizando procedimientos inadecuados de acuerdo con lo establecido reglamentariamente—, por cuando resulta contrario al mandato legal del art. 71 LRJ-PAC que establece un plazo para subsanación de defectos o presentación de documentos.

Todo ello, por entender el TS que «la Ley 30/1992 es aplicable a todas las Administraciones Públicas y a ella habrán de adecuarse todos los procedimientos administrativos», y por tratarse de cuestiones que deberán ser definidas a través de instrumentos legales.

3.4. OTRAS MANIFESTACIONES DE ILEGALIDAD CONTENIDAS EN LA SENTENCIA

Junto a las limitaciones contenidas en materia de derechos y libertades, y a la alteración de ciertos principios que deben de regir la actuación de la Administración en los procedimientos de extranjería, el TS entiende que el Reglamento contiene *vicios de ilegalidad por incompetencia*.

Así, en el Fundamento Jurídico 13.º, y en relación con el art. 117.2 del Reglamento, al regular las medidas cautelares en el procedimiento de expulsión, entiende el TS que la disposición reglamentaria traslada dicha competencia a persona distinta a la reconocida de forma tajante y clara por el art. 61.1

de la Ley de Extranjería, de manera que se contraviene unan norma de rango superior.

No obstante, y pese a la gravedad de la cuestión anterior, por cuanto se altera el principio competencial que debe de regir las relaciones administrativo-Administración, resulta especialmente contrario al mandato constitucional de reserva legal la declaración de ilegalidad por incompetencia que el reglamento hace respecto a órganos jurisdiccionales. Cuando el art. 136.3 del Reglamento establece para los órganos judiciales ciertas obligaciones relacionadas con actos de resolución y actos de comunicación y notificación, entiende el TS que el precepto reglamentario *«impone deberes a los Jueces y Magistrados y altera por tanto su Estatuto al margen de lo dispuesto en el art. 2.2 LOPJ que limita las funciones de los Juzgados y Tribunales a la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, así como a «lo de más que expresamente les sea atribuido por ley en garantía de cualquier derecho»*, así como que el acto *«tiene efectos en el proceso cuya regulación debe ser efectuada por ley»*, de manera que la ilegalidad es patente, y debe procederse a la anulación del precepto reglamentario *«por imperativo del art. 122 CE, del art. 2.2 LOPJ y por el alcance procesal de la norma, cuya regulación debe efectuarse por norma con rango de ley»*.

La STS también declara ilegales, por contravenir el contenido legal sobre extranjería, los arts. 49.2 d) y e) y 138.1 b), toda vez que advierte, bien de la dificultad o imposibilidad de dar cumplimiento a dichos preceptos reglamentarios sin que a la vez se esté incumpliendo manifiestamente la ley, o bien que sea ésta de imposible cumplimiento. Así, en el primero de los supuestos, que exige la convivencia en España, al menos durante un año, para la exención de visados al cónyuge extranjero, el TS, además de poner de manifiesto la vulneración del principio de legalidad, indica como de mantenerse el contenido del precepto *«se está obligando a permanecer en territorio español durante un año en situación irregular»*. Respecto al art. 138.1 b), relativo a la posibilidad de devolución de extranjeros, junto a manifestar que dicho precepto efectúa una interpretación extensiva que va más allá del mandato legal del art. 58.2 LODYLE, se crea el absurdo reglamentario de aplicar una prohibición de entrada a aquellos que pretenden hacerlo de manera ilegal, a quien se encuentre dentro del territorio nacional en tránsito o en ruta, toda vez que se hace una interpretación contra ley que aplica un régimen excepcional que no goza de las garantías de la expulsión a supuestos distintos de los legalmente establecidos.

4. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL FALLO DEL TRIBUNAL SUPREMO

La normativa estatal sobre extranjería ya ha empezado a ser contestada en vía jurisprudencial. De la STS de 20 de marzo de 2003 se derivan dos importantísimos efectos. De un lado el hecho de declarar nulos de pleno derecho

determinados preceptos del REODYLE, implica la posibilidad de que sean interpuestos recursos contra aquellas actuaciones administrativas que hayan tenido lugar en aplicación de los preceptos declarados contrarios a la ley, lo que puede tener un especial interés en materia de inadmisión a trámite de solicitudes de permiso de trabajo, y de manera fundamental, la necesidad de dar respuesta a actuaciones administrativas que hubieran podido dar lugar, a la luz de los fundamentos jurídicos de la sentencia, a limitaciones o restricciones ilegales de derechos y libertades. Sin embargo, la consecuencia más notable ha sido el anuncio de reforma de la LODYLE que inicialmente hizo el ejecutivo, y nos referimos a la primera modificación anunciada, puesto que ya se ha anunciado una segunda reforma a ésta última, anuncio de reforma que ha sido presentada como un intento de mantener las tesis gubernamentales, puestas de manifiesto en una norma reglamentaria declarada parcialmente ilegal, con la intención de adaptar la ley al contenido reglamentario. (Así, en el BOCG n.º 160-1 de 20 de junio de 2003 se publica el Proyecto de Ley de reforma de la «Ley de extranjería», reforma ya aprobada (BOCG n.º 284-2003), bajo la justificación, entre otras causas, de incorporar determinadas consideraciones técnicas efectuadas por el TS.)

Lo que se pretende con esta reforma es una inversión del principio de legalidad, de manera tal que, demostrado por vía jurisprudencial, que el Reglamento no se ajusta a los preceptos legislativos en alguno de sus preceptos, contraviniendo así los mandatos constitucionales, se modifica la Ley para hacerla coincidir con la normativa inferior en jerarquía, vulnerando no sólo el principio de legalidad, sino dando lugar a un auténtico fraude constitucional y atentando contra los postulados del Estado de Derecho, puesto que no podemos obviar que el Estado de Derecho es una forma de Estado en el que los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y la primacía del principio de legalidad implica la sumisión del poder ejecutivo a la ley, así como la estricta legalidad de la acción administrativa y el control jurisdiccional de la misma (STC 43/1983, de 20 de mayo); la independencia e imparcialidad de la justicia y el respeto de los fallos judiciales y su efectivo cumplimiento por los poderes públicos (STC 167/1987, de 28 de septiembre).

Esta sentencia constituirá, sin duda, una primera e importante sanción a la normativa estatal sobre extranjería, que puede tener una profusa continuidad. El TS tiene pendiente de resolver el Recurso 2/120/2002, interpuesto por la Comisión española de ayuda al refugiado (CEAR) contra los artículos 41.8, en el que se recogen un conjunto de criterios restrictivos y contradictorios respecto a la renovación de permisos de residencia temporal no previstos en la Ley; 122.2, que regula las medidas cautelares en el procedimiento para imponer la sanción de multa, introduciendo un conjunto de criterios no previstos legislativamente y el art. 138.1, precepto este último que ha sido ya anulado por el TS. Además se ha planteado también recurso por la Federación de Transportes de UGT por considerar que, a través de los arts. 79.1.d) y 91. 2d)

del REODYLE, relacionados con la autorización para trabajar, se contraviene, tanto la Ley 4/2000, como la Ley de Puertos.

Todo ello, sin olvidar que sobre la LO 4/2000, en su reforma por LO 8/2000 pesan ocho recursos de inconstitucionalidad por violación de preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas. Directamente relacionada con esta afirmación, debemos indicar como la STC 95/2003 de 22 de mayo, recaída en recurso de inconstitucionalidad promovida por el Defensor del Pueblo contra el inciso «que residan legalmente en España» del art. 2 a) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia jurídica, a pesar de la nueva regulación que sobre la materia hace el art. 22 de la LO 4/2000, reformada por LO8/2000, que, no obstante contiene restricciones al derecho de asistencia jurídica gratuita, ha puesto de manifiesto que la privación por el legislador del derecho a la gratuidad de la justicia a un grupo de personas físicas, en este caso inmigrantes, que reúnan las condiciones económicas previstas con carácter de generalidad para acceder a tal derecho implica una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva al que, de forma instrumental, ha de servir el desarrollo legislativo del art. 119 CE, puesto que si no se les reconociese el derecho a la gratuidad de la justicia, su derecho a la tutela judicial efectiva resultaría meramente teórico y carecería de efectividad, de manera que *«al apreciarse inconstitucionalidad en la exigencia del requisito de la legalidad de la residencia, los extranjeros que se encuentren en España y reúnan las condiciones requeridas legalmente para ello, podrán acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación con cualquier tipo de procesos a efectos del cual gocen de la precisa legitimación»*.

En definitiva, el conjunto de procesos judiciales y constitucionales de los que pende la normativa sobre extranjería, implica, al menos, la existencia de serias dudas sobre su adecuación al estatus constitucional español sobre extranjería.