

Acerca de la legislación de extranjería en España

David CIENFUEGOS SALGADO

A don Miguel de Béistegui, nativo de tierras fantásticas, y a su embajador: don Miguel Bonilla López, a quienes no puede afectar una Ley de Extranjería.

SUMARIO: 1. Palabras preliminares; 2. El contenido de la ley; 3. La libertad de reunión, manifestación y asociación; 4. Alcances e intenciones; 5. La inconstitucionalidad de la Ley; 6. El contexto social; 7. Notas finales. Anexo: *STC 259/2007, de 19 de diciembre de 2007*

1. Palabras preliminares

España es un país con una industria creciente y una participación activa en los procesos industriales y comerciales europeos. Aunque lejana aún de los márgenes de desarrollo que presentan países como Alemania, Francia o Reino Unido, su crecimiento acelerado en los últimos años hace decir a muchos españoles que les “llegó la abundancia”. Su incorporación a la Unión Europea potenció tal perspectiva. Una consecuencia de este *boom* industrial ha sido la alta demanda de obreros.

Como ocurre en países con puestos de trabajo que no son aceptados por la población residente, la inmigración “legal” fue insuficiente para cubrir los puestos de trabajo, y dados los límites impuestos por la política inmigratoria, empezó a desarrollarse una abundante inmigración que no contaba con el beneplácito oficial (ni los documentos que legalizarán su estancia). En este contexto surgieron redes de tráfico de inmigrantes que, lucrando con las necesidades de éstos, empezaron a crear problemas a las autoridades españolas y europeas, por cuanto a la par de la actividad incurrieron en conductas delictivas: trata de blancas, prostitución forzada, tráfico de sustancias narcóticas, asesinatos, etcétera.

Al mismo tiempo algunos sectores empezaron a protestar por la invasión migratoria, pues se consideraba que la mayoría de ellas afectaría la pervivencia cultural española, al traer sus

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

propios acervos culturales. En ámbitos restringidos se advirtió el renacimiento de ideologías racistas y xenofóbicas.

Estos son algunos de los hechos, si particularizamos habrán muchos más, y algunos de ellos, quizá nos inclinarán por considerar injusta la ley de extranjería que se dictó en España. Pero por el momento, amén de ponderaciones axiológicas la ley de extranjería es, precisamente eso, un marco normativo legalmente emanado, y seguramente decisiones políticas y jurídicas del gobierno ibérico matizarán tal afirmación, (por ejemplo, al dictarse un reglamento).

La intención de este breve trabajo es ocuparnos del contenido de la citada normativa y explicitar algunos de sus alcances e intenciones, así como describir el contexto social en que aparece.

En primer lugar debe explicarse que la ley original (4/2000 de 11 de enero), fue reformada por una posterior (8/2000 de 22 de diciembre), y que serían los conceptos de esta reforma los que causarían el revuelo entre los extranjeros que residen y laboran en España. Las leyes en comento se refunden en la *Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, conocida como Ley de Extranjería, cuyas reformas de 22 de diciembre son publicadas en el Boletín Oficial del Estado el 12 de enero de 2001 y entran en vigor un mes después: el 12 de febrero de 2001.

2. El contenido de la ley

La Ley se encuentra integrada por cinco títulos. Inicia con un título preliminar que delimita el ámbito de la ley y, a continuación, el título primero se ocupa de los derechos y libertades de los extranjeros. El segundo título establece el régimen jurídico de los extranjeros; el tercero regla las infracciones en materia de extranjería y el régimen sancionador y el último título sirve para fijar la coordinación de los poderes públicos. Entre la ley original y la posterior a la reforma aparecen insertas al menos veintisiete disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y finales.

Título Preliminar. Conforme al numeral 1.1 son extranjeros los que carecen de la nacionalidad española, y a ellos es aplicable la Ley, aunque con ciertas excepciones: a) agentes diplomáticos, funcionarios consulares miembros de misiones diplomáticas permanentes o especiales y de las oficinas consulares, y sus familiares; b) representantes y delegados, así como los demás miembros y sus familiares, de las misiones permanentes o de las delegaciones ante los organismos intergubernamentales con sede en España o en Conferencias internacionales que se celebren en España; y, c) los funcionarios destinados a Organizaciones internacionales o intergubernamentales con sede en España, así como sus familiares (a. 2).

Título I. En este título se regulan los derechos y libertades de los extranjeros, divididos en cuatro capítulos. El primero señala los derechos y libertades de los extranjeros en una redacción general; el segundo capítulo se ocupa de la reagrupación familiar; el tercero señala las garantías jurídicas con que contarán los extranjeros y el cuarto habla de las medidas antidiscriminatorias. A continuación analizaremos cada capítulo.

Capítulo I Derechos y libertades de los extranjeros (a. 3 al 15). Conforme al modelo constitucional español, la ley de extranjería reconoce a los extranjeros el conjunto de derechos y libertades establecidos en el Título I de la Constitución; agregando que se entiende que los extranjeros ejercitan tales derechos en condiciones de igualdad con los españoles, aunque, como veremos a continuación, con variados matices. Debe recordarse que el a. 13 de la Constitución española señala:

1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.
2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.
3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo.
4. La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.

Es importante recalcar este artículo dado que, a diferencia de otros modelos (por citar un ejemplo, el caso mexicano, donde el A. 1 de la constitución señala que en México todos los habitantes gozarán de las garantías consagradas en el código político), en el constitucionalismo español se advierte una exclusividad en la titularidad de los derechos y libertades (matizada por el primer párrafo del artículo transcrito). Así, en el capítulo dedicado a los derechos y libertades, el artículo 14 señala: “los españoles son iguales ante la ley...”; el 19, “los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia...”; otros numerales también explicitan los destinatarios: el 29 señala que “todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva...”; el 35, “todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo...”. Como podrá advertirse en el análisis posterior a los extranjeros les queda una titularidad residual, en los casos legalmente establecidos.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

El a. 4.1 de la ley de extranjería señala a los extranjeros el derecho y la obligación de conservar la documentación que acredite su identidad, expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación en España. El a. 5 por su parte se ocupa de la libertad de tránsito de los extranjeros y señala las limitaciones derivadas del texto constitucional.

Los artículos 7 y 8 causaron revuelo al condicionar las libertades de reunión, manifestación y asociación a la obtención previa de autorización de estancia o residencia en España. Es evidente que esta disposición les niega tales libertades a quienes en este momento no poseen una condición migratoria “adecuada” a los requerimientos gubernamentales. Para evitar una amplia digresión dedicamos un apartado a comentar las limitaciones a estas libertades.

Importantes limitaciones se advierten también en los renglones del derecho a la educación, al trabajo y a la seguridad social, aunque justo es decirlo el nivel de protección contenida en los preceptos 9 y 10 aún es alto.

En materia de educación, el a. 9.1 dispone que los “extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas”. Asimismo, en materia de educación infantil, impone a las Administraciones Públicas que garanticen la existencia de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población extranjera que lo solicite (a. 9.2).

Limita el acceso a la educación de carácter no obligatorio: sólo pueden acceder los extranjeros residentes. Esta calidad legal es necesaria para recibir, cuando se necesite, “una enseñanza para su mejor integración social, con reconocimiento y respeto a su identidad cultural”. Igualmente será necesario ser extranjero residente para acceder al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica, o para crear y dirigir centros de enseñanza o investigación.

En materia de trabajo y seguridad social se limita la protección a los “extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen”, así como a los “extranjeros residentes en España” (a. 10).

Otra de las limitaciones que mayor revuelo causaron fue la relativa a la libertad de sindicación, que conforme al ordenamiento español “podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia”. Por cuanto hace a la huelga se estableció que podrá ejercerse tal derecho cuando se esté autorizado “a” trabajar (a. 11).

Cabe destacar que existe un derecho a la asistencia sanitaria (a. 12) y seguridad social básica (a. 13) extensible a todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa. Igual ocurre con la obligación de tributar y la posibilidad de transferir de un país a otro su patrimonio (a. 15).

Capítulo II Reagrupación familiar (a. 16 al 19). En este apartado se expresa el derecho de los extranjeros residentes en España a reagrupar con ellos a los siguientes familiares: a) el cónyuge; b) los hijos del residente y del cónyuge, menores de dieciocho años o incapacitados; c) los menores de dieciocho años o incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal; d) los ascendientes del reagrupante o su cónyuge cuando estén a su cargo (a. 17).

Cabe mencionar que tal derecho queda sujeto a un reglamento que determine las condiciones en que pueda darse la reagrupación familiar. Asimismo, se prevén los efectos de esta reagrupación en circunstancias especiales: obtención de autorización de residencia para el cónyuge o los hijos (a. 19). También se prevé que hay un derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar (a. 16).

Capítulo III. Garantías jurídicas (a. 20 al 22). Aquí se regulan los derechos a la tutela judicial efectiva, al recurso contra los actos administrativos y a la asistencia jurídica gratuita en cualquier jurisdicción, todos ellos garantizados a los extranjeros en España.

Capítulo IV De las medidas antidiscriminatorias (a. 23 al 24). Habíamos mencionado las expresiones discriminatorias que se presentaron en algunos sectores españoles, lo que justifica un apartado dedicado al tema.

Se establece a efectos legales la definición de discriminación: *todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural* (a. 23.1).

Esta definición se complementa por un apartado que enfatiza: *En cualquier caso, constituyen actos de discriminación:*

a) Los efectuados por la autoridad o funcionario público o personal encargados de un servicio público, que en el ejercicio de sus acciones, por acción u omisión, realice cualquier acto discriminatorio prohibido por la ley contra un ciudadano extranjero sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

b) Todos los que impongan condiciones más gravosas que a los españoles, o que impliquen resistencia a facilitar a un extranjero bienes o servicios ofrecidos al público, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

c) Todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales y socioasistenciales, así como a cualquier otro derecho reconocido en la presente Ley Orgánica, al extranjero que se encuentre regularmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

d) Todos los que impidan, a través de acciones u omisiones, el ejercicio de una actividad económica emprendida legítimamente por un extranjero residente legalmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

e) Constituye discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad, siempre que se refieran a requisitos no esenciales para el desarrollo de la actividad laboral (a. 23.2).

Por la extensión dedicada a la problemática de la discriminación puede intuirse que a pesar de lo que se dice en cuanto a que no existe discriminación en España, existe una muy aceptable “duda razonable” sobre la vigencia de tal afirmación.

Título II. Este título, dedicado a explicitar el régimen jurídico de los extranjeros en España, consta de cuatro capítulos: el primero se ocupa de explicitar las condiciones de entrada y salida en territorio español; el segundo se ocupa de las diversas situaciones o regímenes de los extranjeros; el tercero se ocupa del permiso de trabajo y de los regímenes especiales, y, el último, de las tasas por autorizaciones administrativas.

Capítulo I De la entrada y salida del territorio español (a. 25 al 28). La prevención general alude a la exigencia a los extranjeros que pretendan entrar en España para que lo hagan por los puestos habilitados al efecto, con pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad y un visado. Este último requisito queda excluido cuando así se establezca en convenio internacional suscrito por España o cuando el extranjero sea titular de una autorización de residencia en España o documento análogo que le permita la entrada en territorio español. La excepción a esta regla es aquella que permite la entrada en España de los extranjeros cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España (a. 25).

El numeral 26 se ocupa de los supuestos en que está prohibida a los extranjeros la entrada a España; y el 27 detalla los supuestos en que se expedirá el visado de estancia. Por su parte el a. 28 regula la salida de España: “las salidas del territorio español podrán realizarse libremente, excepto en los casos previstos en el Código Penal y en la presente ley... el Ministro de Interior podrá prohibir la salida del territorio español por razones de seguridad nacional o de salud pública...”.

Capítulo II Situaciones de los extranjeros (a. 29 al 35). Las situaciones en que pueden encontrarse los extranjeros son: estancia, residencia temporal y residencia permanente. Para los efectos de esta ley son extranjeros residentes los que cuentan con un permiso de residencia temporal o permanente.

Se define la estancia como “la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a noventa días”; residencia temporal “es la situación que autoriza a permanecer en España por un período superior a noventa días e inferior a cinco años”; residencia permanente “es la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones con los españoles”.

Además de las situaciones mencionadas se prevé tres regímenes especiales: para estudiantes, para apátridas, indocumentados y refugiados, y para menores.

Capítulo III Del permiso de trabajo y regímenes especiales (a. 36 al 43). El artículo 36 señala en su apartado primero que “los extranjeros mayores de dieciséis años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, deberán obtener, además del permiso de residencia o autorización de estancia, una autorización administrativa para trabajar”. El segundo apartado se refiere a los casos en que se pretenda ejercer una profesión que exija una titulación especial, para lo cual “la concesión del permiso se condicionará a la tenencia y, en su caso, homologación del título correspondiente. También se condicionará a la colegiación, si las leyes así lo exigiesen”.

El numeral 37 se ocupa de los permisos de trabajo por cuenta propia y el 38 de los permisos de trabajo por cuenta ajena. En el a. 39 queda establecida la facultad del Gobierno para señalar el contingente anual de mano de obra, fijando “el número y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen a trabajadores extranjeros que no se hallen ni sean residentes”.

En el a. 41 se señalan los diez supuestos en los cuales “no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo” para conceder el permiso de trabajo. En el numeral 42 se señalan las actividades y supuestos excepcionales en las que no es necesario obtener un permiso de trabajo

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

El a. 42 se ocupa del régimen especial de los trabajadores de temporada y el 43 de los trabajadores transfronterizos y de la prestación transnacional de servicios.

Capítulo IV De las tasas por autorizaciones administrativas (a. 44 al 49). En este apartado se regla lo relativo al hecho imponible (a. 44), el devengo de las tasas (a. 45), los sujetos pasivos (a. 46), los supuestos de exención (a. 47), la cuantía de las tasas (a. 48), y la competencia para la gestión, recaudación y autoliquidación de las tasas (a. 49).

Título III. Este título, denominado “De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador” comprende los artículos 50 al 66. En ellos se establecen y enumeran las infracciones leves, graves y muy graves, así como las sanciones que corresponden a cada una de ellas, y algunas normativas para hacer plausible el control inmigratorio.

Las infracciones leves, sancionables con multa de hasta 300 euros, son las siguientes: a) la omisión o el retraso en la comunicación a las autoridades españolas de los cambios de nacionalidad, de estado civil o de domicilio, así como de otras circunstancias determinantes de su situación laboral cuando les sean exigibles por la normativa aplicable; b) el retraso, hasta tres meses, en la solicitud de renovación de las autorizaciones una vez hayan caducado; c) encontrarse trabajando en España sin haber solicitado autorización administrativa para trabajar por cuenta propia, cuando se cuente con permiso de residencia temporal.

Las infracciones graves, penadas con multa de 301 hasta 6,000 euros, son las siguientes: a) encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente; b) encontrarse trabajando en España sin haber obtenido permiso de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida; c) incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento del Ministerio de Interior los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio; d) el incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley; e) la comisión de una tercera infracción leve, siempre que en un plazo de año anterior hubiere sido sancionado por dos faltas leves de la misma naturaleza; f) la participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana; g) las salidas del territorio español por puestos no habilitados, sin exhibir la documentación prevista o contraviniendo las prohibiciones legalmente impuestas.

Por su parte, las infracciones muy graves, sancionadas con multa de 6,001 hasta 60,000 euros, son las siguientes: a) participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o 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; b) inducir, promover, favorecer o facilitar, formando parte de una organización con ánimo de lucro, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español, siempre que el hecho no constituya delito; c) la realización de conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos en los términos previstos en el artículo 23 mencionados líneas atrás; siempre que el hecho no constituya delito; d) la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el correspondiente permiso de trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados; e) la comisión de una tercera infracción grave siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas graves de la misma naturaleza; f) el transporte de extranjeros por vía aérea, marítima o terrestre, hasta el territorio español, por los sujetos responsables del transporte, sin que hubieran comprobado la validez y vigencia, tanto de los pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes, como, en su caso, del correspondiente visado, de los que habrán de ser titulares los citados extranjeros; g) el incumplimiento de la obligación que tienen los transportistas de hacerse cargo sin pérdida de tiempo del extranjero transportado que, por deficiencias en la documentación antes citada, no haya sido autorizado a entrar en España.

Existe la excepción a tales infracciones por el hecho de transportar hasta la frontera española a un extranjero que, habiendo presentado sin demora su solicitud de asilo, ésta le es admitida a trámite, de conformidad con lo establecido en el artículo 4.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo (a. 54.3)

La parte final de este título está dedicada a regular la prescripción de las infracciones y de las sanciones (a. 56), la expulsión del territorio español (a. 57), los efectos de la expulsión y devolución (a. 58), los supuestos de colaboración y denuncia contra redes organizadas (a. 59), la situación de retorno (a. 60), las medidas cautelares acordadas por las autoridades gubernativas (a. 61), el ingreso en centros de internamiento (a. 62), los procedimientos preferentes (a. 63), la ejecución de la expulsión (a. 64), el carácter recurrible de las resoluciones sobre extranjeros (a. 65) y las obligaciones de los transportistas (a. 66).

Título IV. Este último título, “Coordinación de los poderes públicos”, comprende los artículos 67 al 70 y se encarga de explicitar la coordinación que habrá de darse entre los órganos de la Administración del Estado en relación con el fenómeno migratorio. Se

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

constituye un Consejo Superior de Política de Inmigración en el que participarán representantes del Estado, de las Comunidades Autónomas y de los municipios. Dicho Consejo estará encargado de establecer las bases y criterios de la “política global en materia de integración social y laboral de los inmigrantes, para lo cual recabará información y consulta de los órganos administrativos, de ámbito estatal o autonómico, así como de los agentes sociales y económicos implicados con la inmigración y la defensa de los derechos de los extranjeros” (a. 68). Asimismo se prevé la existencia de un órgano de consulta, información y asesoramiento en materia de integración: el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, constituido por representantes de las Administraciones públicas, de las asociaciones de inmigrantes y de las organizaciones sociales de apoyo, en forma tripartita y equilibrada (a. 70).

En condensado resumen así está estructurada la Ley de Extranjería en vigor. Pueden advertirse algunos elementos polémicos en su redacción, pero, como mencionamos al inicio de estos comentarios, lo que no podremos evitar es llegar a la conclusión de que al final la Ley de Extranjería es ley: *lex dura est*, decían los romanos. Y mientras no haya una decisión política al respecto se deberá aplicar, en tanto se desee preservar el valor de la ley en el sistema jurídico español. Aunque esto, como habrá de señalarse es algo difícil de lograr atendiendo las circunstancias políticas y económicas por las que atraviesa España, y, en general, la Unión Europea.

3. La libertad de reunión, manifestación y asociación

Como advertimos uno de los cambios que más rechazo generó fue el relativo a la limitación en el ejercicio de ciertos derechos, mismo que quedó condicionado a la obtención y posesión de una autorización de estancia o residencia en España.

La Constitución española contempla el ejercicio de este derecho en el artículo 21, el cual señala: “1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa. 2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”.

En el caso de la Ley de Extranjería, el texto original del artículo séptimo, en la ley 4/2000 señalaba:

1. Los extranjeros que se encuentren en España podrán ejercitar, sin necesidad de autorización administrativa previa y de conformidad con lo

dispuesto en las normas que lo regulan, el derecho de reunión recogido en el artículo 21 de la Constitución.

2. Los promotores de reuniones o manifestaciones en lugares de tránsito público darán comunicación previa a la autoridad competente con la antelación prevista en la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Reunión, la cual no podrá prohibirla o proponer su modificación sino por las causas previstas en dicha Ley.

El primer borrador pretendió cambiar la redacción, otorgando aún amplia protección al derecho consagrado constitucionalmente:

1. Los extranjeros que se hallen en España conforme a lo dispuesto en el Título II de esta Ley, podrán ejercitar, sin necesidad de autorización administrativa previa y de conformidad con lo dispuesto en las normas que lo regulan, el derecho de reunión recogido en el artículo 21 de la Constitución.

2. Los promotores de reuniones o manifestaciones en lugares de tránsito público darán comunicación previa a la autoridad competente con la antelación prevista en la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Reunión, la cual no podrá prohibirla o proponer su modificación sino por las causas previstas en dicha Ley.

Y finalmente la redacción que se aprobó, y quedó en la Ley 8/2000, fue:

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

2. Los promotores de reuniones o manifestaciones en lugares de tránsito público darán comunicación previa a la autoridad competente con la antelación prevista en la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Reunión, la cual no podrá prohibirla o proponer su modificación sino por las causas previstas en dicha Ley.

Queda así limitado el derecho de los extranjeros de reunirse y manifestarse a la autorización previa de estancia o residencia en España. Hay que señalar que desde que entró en vigor la ley, en múltiples ocasiones contingentes de extranjeros “ilegales” han ejercido tales libertades, al protestar por la Ley en cita.

Por cuanto hace al derecho de asociación se encuentra contemplado en el numeral 22 de la Constitución española: “1. Se reconoce el derecho de asociación. 2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delitos son ilegales. 3. Las asociaciones

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad. 4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada. 5. Se prohíben las asociaciones secretas o las de carácter paramilitar”.

La Ley de Extranjería, antes de la reforma señalaba:

Todos los extranjeros que se encuentren en España podrán ejercer el derecho de asociación conforme a las leyes que lo regulen para los españoles. Sólo podrán ser promotores los residentes.

El borrador que se presentó para este artículo pretendía como nueva redacción la siguiente:

Todos los extranjeros que se encuentren legalmente en España podrán ejercer el derecho de asociación conforme a las leyes que lo regulen para los españoles. Sólo podrán ser promotores los residentes

Y al final, la redacción aprobada en la ley 8/2000 fue:

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

Llama la atención la limitación de estos artículos, que debe entenderse en referencia al *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (Roma, 4 de noviembre de 1950), conocido como Convenio de Roma, que España ratificó en 1979 y del que hizo reserva expresa del contenido del artículo 11, relativo a la libertad de reunión y de asociación, en los siguientes términos: “España, de conformidad con el artículo 64 del Convenio, se reserva la aplicación de: 2. El artículo 11, en la medida en que fuere incompatible con los artículos 28 y 127 de la Constitución Española”.

Un análisis del contenido de los artículos 28 y 127 no da razones para considerarse aplicable en el caso de los extranjeros: el a. 28 señala que puede limitarse el derecho de sindicación en los casos de las miembros de las “Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades d su ejercicio para los funcionarios públicos”; y el a. 127 señala que los “Jueces y Magistrados, así como los Fiscales mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos. La ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional de los Jueces, Magistrados y Fiscales”. Así, la reserva, se entiende fácilmente incompatible con el caso de los extranjeros.

Visto lo anterior es conveniente referirse al contenido puntual del a. 11 del Convenio de Roma:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.
2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado.

En la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* se expresa de nueva cuenta la protección a las libertades de reunión y asociación (a. 12) y en especial se extienden los criterios para evitar la discriminación (a. 20 y 21).

Resulta interesante revisar también el argumento esgrimido por el Defensor del Pueblo al referirse a tales libertades, en su mensaje explicando su decisión de no recurrir la Ley de Extranjería: “Por otra parte, el Tribunal Constitucional ya se pronunció acerca de algunos puntos de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre "Derechos y Libertades de los Extranjeros en España", - como los derechos de reunión, asociación, que ahora son de nuevo objeto de controversia- pero mantuvo que el tratamiento dado a los inmigrantes irregulares por aquella Ley era plenamente constitucional”.

4. Alcances e intenciones

La intención fundamental de la ley es controlar los flujos migratorios hacia España. Algo que, no podemos negar, es derecho de cada país (con los aciertos y errores que presente), y España lo ejerció en cumplimiento, también, de una directiva de la Unión Europea. Ello ha supuesto la afectación personal de quienes se encuentran “ilegalmente” en el país, que consideran tener un derecho a permanecer y trabajar en España. Y del contenido de la ley se podrá advertir que no hay un sentimiento xenofóbico o el resurgimiento de un nacionalismo; que las autoridades españolas no están a la caza de “inmigrantes” para arrojarlos al mar. No hay nada de eso, pero si hay consecuencias molestas para quienes están en España y, a consecuencia de la ley, no podrán desempeñar una labor remunerada.

Es evidente que el Estado español no dispone de los medios para hacer una exhaustiva revisión de la calidad migratoria de todos aquellos que parezcan “sospechosos” a la mejor de las maneras mexicana. Asimismo, en su momento, la propuesta inicial de posibilitar el transporte de aquellos ecuatorianos que optarán por regresar a su país y realizar el trámite

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

migratorio, se vio rebasado por la ingente cantidad de ciudadanos ecuatorianos que se acogieron a tal propuesta: más de veinte mil. El gobierno español dio marcha atrás y sostuvo la posibilidad de realizar el trámite en España, sin necesidad de viajar al país sudamericano, siempre que se contara con una propuesta laboral y empezó a flexibilizar los trámites.

5. La inconstitucionalidad de la Ley

Una de las primeras reacciones de partidos políticos, gobiernos y organizaciones no gubernamentales fue la de expresar que algunos de los artículos de la ley en comento contravenían el espíritu de la constitución española, y además vulneraban compromisos adoptados en el ámbito internacional por el Estado español. El debate se ventiló en un primer momento en las Universidades, la mayoría de las Facultades de Derecho del país ibérico abrieron sus puertas para que profesores, activistas, representantes de inmigrantes y del mismo gobierno expusieran sus posiciones.

A la par de las discusiones académicas, diversas Comunidades Autónomas, que consideraron que la Ley de Extranjería tenía artículos que iban contra los principios constitucionales, solicitaron dictámenes a sus cuerpos asesores. La institución del Defensor del Pueblo, ante cientos de peticiones, inició el estudio de la citada legislación y llegó a la conclusión de que la Ley era Constitucional y expresó su decisión de no presentar el recurso de inconstitucionalidad. En una nota difundida el 23 de marzo de 2001 señalaba:

El Defensor del Pueblo no presentará recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Extranjería. Esta Institución ha realizado un detenido estudio de todas y cada una de las más de 700 peticiones para que el Defensor del Pueblo presentara un recurso de inconstitucionalidad a diversos artículos de la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social. Tanto de aquellas que sólo solicitaban, sin argumento, la presentación de recurso, como de las que venían acompañadas de estudios jurídicos: CC OO, Jueces para la Democracia, Unión Progresista de Fiscales, Colegio de Abogados de Barcelona y Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR).

Igualmente, el Defensor del Pueblo ha estudiado los dictámenes del Consejo de Estado sobre el proyecto de ley; el del Consejo General del Poder Judicial, así como los elaborados por cuatro catedráticos de Derecho Constitucional, a los que el Defensor del Pueblo consideró conveniente consultar, ante una decisión de tanta trascendencia. Aparte, por supuesto, de los asesoramientos de los servicios correspondientes de esta Institución, que cuentan con la

experiencia de 18 años en la defensa de los derechos constitucionales. Pues bien: de todos ellos se deduce que la Ley es constitucional.

Además de ponderar cuidadosamente todos estos derechos, el Defensor del Pueblo ha decidido seguir el criterio de sus antecesores, según el cual, esta Institución no ejerce la legitimación que constitucionalmente tiene concedida, cuando ya lo han hecho otras personas o instituciones que, invocando su legitimación, presentan recursos de inconstitucionalidad.

La Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón, en el dictamen 42/2001 de 6 de marzo, sobre la Ley de Extranjería consideró, en relación con los derechos de reunión, manifestación y asociación, lo siguiente:

Pues bien, el artículo primero en sus apartados 5, 6 y 9 de la Ley orgánica 8/2000, al dar una nueva redacción a los artículos 7, 8 y 11 de la Ley orgánica 4/2000, afecta a los derechos reconocidos a los extranjeros en los citados artículos (reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga). En los textos de estos apartados se incluye una redacción que supedita el ejercicio de los derechos en ellos reconocidos a la circunstancia de que los extranjeros tengan autorización de estancia o de residencia.

.....

La deducción o conclusión fácilmente extraíble de este planteamiento normativo es bien clara: unos determinados derechos (los que concretamente referimos ahora) sólo pueden ser ejercidos por los extranjeros que posean la categoría de residentes, que son, precisamente, los que han obtenido una autorización administrativa como la mencionada. Dado lo que hemos indicado en el apartado anterior sobre la titularidad de los derechos fundamentales por los extranjeros debemos juzgar si la autorización de residencia como requisito **sine qua non** para disfrutar de los derechos mencionados, constituye una correcta limitación del ejercicio de los derechos en el sentido indicado por el art. 11.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y todo ello partiendo de que nuestra Constitución reconoce el derecho de reunión a todos (art. 21.1), situación semejante al derecho de asociación (art. 22) y sindicación (art. 28.1), añadiendo el art. 28.2 que el derecho de huelga es un derecho fundamental de los trabajadores.

Pues bien: nuestra respuesta a la cuestión planteada es tajantemente negativa. Para ello debemos afirmar que los Tratados internacionales y a la

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

cabeza esta Convención -pero también la Declaración Universal de Derechos Humanos, en diversos preceptos-, parámetro de la interpretación de los derechos fundamentales de los extranjeros como hemos indicado, atribuyen la titularidad de los derechos mencionados a las personas, con independencia de su situación administrativa que no se nombra en ningún momento. Bien es verdad que para estos Tratados son legítimas las restricciones a esos derechos (cfr. art. 11.2 del Convenio y en nuestra jurisprudencia constitucional la STC 91/1983, f.j 3), pero la mención de la LO 8/2000 no es en modo alguno una restricción, sino una simple y llana ablación del derecho. En efecto: los derechos fundamentales de quienes no posean la autorización administrativa mencionada no existen; no es que sean limitados o su ámbito de disposición restringido, es que no pueden ejercitarse en ninguna forma y lo que no puede ejercitarse en el mundo de lo jurídico es, sencillamente, inexistente. Y ello máxime cuando se predica de categorías enteras de personas definidas y concretadas, solamente, por la referencia "negativa" a la ausencia de una mera autorización administrativa. Se ha producido, por lo tanto, una exclusión de los derechos para toda esta categoría de personas lo que contraviene directamente el contenido constitucional de los mismos y hace que los preceptos de la LO 8/2000 mencionados deban reputarse inconstitucionales.

A todo lo indicado queremos añadir, también, que si la dignidad de la persona (art. 10.1) ha significado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la directa atribución, sin más, de una serie de derechos fundamentales a los extranjeros, todos los que se consideraban vinculados a esa dignidad e imprescindibles para ser realizada, existe otra expresión en el artículo 10.1 que nos debe conducir al mismo resultado. Se trata de la mención al "libre desarrollo de la personalidad" en su relación a los derechos fundamentales que estamos tratando en este apartado del Dictamen.

En efecto, a no ser que se mantenga una concepción del hombre esencialmente contraria a su aspecto naturalmente sociable, los derechos que ahora contemplamos (reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga), contemplan diversas actividades del hombre que éste desarrolla necesariamente en unión de otros hombres, como emanación imprescindible de su ser naturalmente social. Si la dignidad de la persona ampara la titularidad del derecho a la vida o a la integridad social entre otros derechos

fundamentales, el libre desarrollo de la personalidad que es también como la dignidad de la persona "fundamento del orden político y de la paz social" (cfr. art. 10.1 CE) debe llevar igualmente a que, sin ningún tipo de problemas, se acepte la naturalidad de la titularidad del derecho de reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga como expresiones necesarias de ese libre desarrollo de la personalidad del hombre que sólo puede tener lugar en unión y compañía de otros hombres. Este argumento incidiría especialmente, para hacer mucho más estrictas y concretas las hipotéticas limitaciones que en función de la autorización del art. 11.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales pudieran tener lugar. Se trata, por tanto, de un argumento añadido a los efectos de resaltar la evidente inconstitucionalidad en que incurre la LO 8/2000, cuando derechos vinculados al desarrollo de la personalidad son cercenados de raíz, sin ningún criterio de modulación y sin, además, argumentos de razón –motivación– que puedan –mediante su presencia suficiente en la Exposición de Motivos– inducir a una consideración distinta.

.....

El debate está abierto y corresponderá al Tribunal Constitucional español pronunciarse sobre el particular. Ante la presión política y social que enfrenta el Estado español, es probable que la decisión del Tribunal se incline por la modificación de los artículos más polémicos.*

6. El contexto social

¿En torno a qué España gira la Ley de Extranjería? España es parte de una Europa con problemas, a futuro, de crecimiento. Así, la ONU ha advertido a los europeos de la necesidad de abrirse a la inmigración para mantener su crecimiento y proteger las pensiones de los millones de europeos que entran en los últimos años de su vida laboral. Información publicada según Eurostat, en Europa se necesitan unos 44 millones de inmigrantes hasta 2050 para superar el problema.

* Recién se pronunciaron en 2007 las sentencias del Tribunal Constitucional español. Se trata de las sentencias STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007 y STC 259/2007, 260/2007, 261/2007, 262/2007, 263/2007, 264/2007 y 265/2007, de 19 de diciembre de 2007. Al final de este ensayo se agrega como anexo la sentencia STC 259/2007. El criterio que suya a tales resoluciones es el de reconocer ciertos derechos como inherentes a la dignidad humana y por tanto en su ejercicio se prescinde de cualquier calificación sobre la calidad administrativa de los sujetos.

LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA: FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO

Durante el 2000 los inmigrantes fueron aproximadamente unos 816,000, casi 100,000 más que en 1999. Su origen: el Magreb, Turquía, India, África subsahariana y los Balcanes. Además se calcula que al menos tres millones de personas viven *clandestinamente* en Europa, de los cuales al menos trescientos mil están en España. Los países con mayor porcentaje de inmigrantes son: Luxemburgo con 114 por cada 1000 habitantes; Alemania con 24 por cada 1000 habitantes; Bélgica con 20 por cada 1000 habitantes; Irlanda con 6 por cada 1000 habitantes; Holanda e Italia con tres por cada 1000 habitantes; Reino Unido con 2 por cada 1000 habitantes; y al final, Austria, España, Francia y Portugal con un inmigrante por cada 1000 habitantes.

Por otra parte, han sido los inmigrantes los que han evitado que en España se registren más muertes que nacimientos equilibrando la balanza demográfica. Según datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), publicados en El País, en 1998 se inscribieron 364.427 bebés de padres españoles, mientras que el número de fallecimientos ascendió a 357.950. Los 20.054 hijos de padres extranjeros, principalmente mujeres magrebíes y latinoamericanas, aseguraron un superávit de 6.477 personas y evitaron que España entrase en lo que los demógrafos califican como crecimiento negativo. Este fenómeno, según las fuentes consultadas, se agudizó durante 1999.

Sin embargo, frente a los datos que muestran la evidente necesidad de los inmigrantes en una Europa cada vez más vieja, se encuentran también los justificantes de un modelo económico que, como apunta José María Ridaó (“Acabar con la esclavitud persiguiendo a los esclavos”, *El país*, 12 de abril de 2001), con los cambios en el mundo desarrollado, ha desencadenado un formidable *efecto llamada*, contra el que nada pueden ni podrán vallas electrificadas, legiones de policías ni mares convertidos en pavorosas tumbas colectivas. Pero que, además ha desatado una serie de reacciones: rechazo, protección, xenofobia y racismo. El miedo a perder una identidad cultural, ante el avance de las culturas particulares de los grupos inmigrantes, y la posibilidad misma de que éstos no se integren, advertida por Giovanni Sartori en su más reciente libro, hacen que la inmigración sea un tema espinoso en la mayoría de los países que enfrentan tal problema.

De esta última circunstancia alerta Sartori, en entrevista de Hermann Terstch, cuando distingue tal perspectiva en los procesos de integración de grupos culturales ajenos:

Creo que los *ciudadanistas*, quienes siguen creyendo que la integración es una cuestión de mera concesión de la ciudadanía, están cometiendo un grave error. Los papeles no equivalen a integración. Conceder sin más la ciudadanía a personas que en gran parte vienen dispuestas a no integrarse y que acaban formando grupos o tribus de no integrables, y así fácilmente grupos de presión en contra precisamente

de la sociedad abierta que aceptó acogerlos, es uno de los inmensos errores que se están cometiendo. Esos grupos que no quieren integrarse crean compartimentos estancos en la sociedad que rompen el principio de igualdad ante la ley que las sociedades que vivimos en pluralismo hemos creado durante siglos. Hay culturas que niegan los principios en los que nosotros vivimos y nosotros hemos de ser tolerantes, como antes dije, pero sólo ante la reciprocidad de la tolerancia. El respeto a la identidad del anfitrión debe ponerse como condición para una integración.

El contexto social será un factor importante en la resolución judicial que dictará el órgano de constitucionalidad español. Pero además, servirá de telón para analizar las reacciones que puede provocar la inmigración en otros países europeos.

7. Notas finales

Hay que decir que pese a leyes e intenciones, tarde o temprano se admitirá que España será diferente (y eso es lo que muchos aún no entienden). De ser un país que se caracterizaba por la emigración de sus habitantes ha pasado a ser un país destino de emigrantes, es hoy un país de inmigrantes. Ahora los españoles se enfrentan al mundo de la invasión del sur, no aquella invasión que duró ocho siglos, sino una invasión de inmigrantes europeos (del Este), africanos y americanos.

Pero también es preciso decir que España, y Europa en general, necesitan de la mano de obra de esos inmigrantes. Según cálculos conservadores al menos en los próximos años se necesitarán un millón y medio de trabajadores para conservar los ritmos de crecimiento actuales en los países de la Unión Europea, y estos niveles aumentarán conforme se incorporen los demás países europeos. Y son necesarios los inmigrantes porque los países europeos, con sus poblaciones autóctonas, tienen los niveles más bajos de natalidad: España tiene el índice de natalidad más bajo del mundo y de seguir las tendencias actuales dentro de diez años será el país con mayor porcentaje de viejos en el mundo.

Pensemos que esta ley de extranjería no es sino el principio de un largo proceso. Hoy se está regulando la inmigración, para que mañana la integración avance por cauces adecuados. La integración que viene será la que haga diferente a España. Será la suma de esos pequeños detalles culturales lo que matizará la nueva España. Baste afirmar que España es hoy tierra de abundancia para los miles de rumanos, guineos ecuatoriales, ucranianos, ecuatorianos, marroquíes, venezolanos u otros que llegan, sin documentos migratorios, a tratar de trabajar, y todos ellos llevan las especificidades culturales de los grupos étnicos a los cuales pertenecen, y que a la larga habrán de enriquecer culturalmente a la España de hoy.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

Un último matiz, que quizá no sea ya necesario; la ley de extranjería no está “destinada” a los inmigrantes ecuatorianos o a los africanos, se trata simplemente de regular todos los flujos migratorios, sin poner demasiado énfasis en el lugar donde se originan. Lo que busca la ley es detener un poco las redes de tráfico de inmigrantes que abundan en algunos países africanos y americanos. La mejor prueba de que no se trata de detener un tipo específico de inmigrantes es la puesta en marcha de acuerdos bilaterales con países como Ecuador para que quienes inmigren vayan con los documentos.

Este último matiz es importante, porque la concepción del ciudadano de a pie tiende a identificar como destinatarios de la ley, en muchos caso a personas de grupos raciales negros; mientras que otros admiten la posibilidad de una inmigración latinoamericana a partir del hecho de que se comparten valores culturales (lengua, religión, historia más o menos común). Esto ya implica, en alguna forma, brotes de racismo que en territorio español han tenido lamentables consecuencias.

Amén de ello, y ante la consideración de que los inmigrantes de países latinoamericanos son bien vistos por la mayor parte de los españoles, se barajó la posibilidad de propiciar la creación de “batallones iberoamericanos” con el fin de fortalecer el ejército español. La razón es muy simple: se abandonó la obligatoriedad del servicio militar y la baja tasa de natalidad está afectando ya a la institución castrense. Falta que se apruebe, sin embargo, puede verse ya un signo de entendimiento en la materia.

Para terminar, permítaseme abandonar el tema que nos ocupa para dos reflexiones: España es en Europa la única aliada de los latinoamericanos: basten mencionar las recomendaciones españolas a la Unión Europea para que se apoye a tales países con créditos para el desarrollo, o las aportaciones contra la pobreza, o los fondos que suministra en casos de desastres naturales. España está interesada en el desarrollo económico de los países americanos (de México para abajo). Esta preocupación en algunos sectores se maneja como preocupación por sociedades culturalmente hermanas y en otros casos se maneja pretendiendo una obligación moral por haber sido otrora territorios coloniales.

La decisión de la Unión Europea, con la abstención española, de exigir a los colombianos visado para ingresar al territorio comunitario ha sido recibida con no pocas voces de traición. Sin embargo, con la cabeza un poco más fría quizá entendamos que la decisión no puede entenderse en tal sentido si revisamos las circunstancias que encierran tal suceso: la progresiva integración europea que conduce a la adopción de normativas comunes, en materia de seguridad, para todos los países integrantes, de las que no puede desvincularse el gobierno español.

Debe señalarse que España tiene que admitir que necesita de los países latinoamericanos (y algunos países africanos y asiáticos) para echar mano, en este mundo global de un arma que no ha sido suficientemente aprovechada: el español. En la medida en que los pueblos hispanohablantes logren avances económicos y sociales estará abriendo la puerta a que el idioma español (que justo es decirlo no es de los españoles, sino de quienes lo hablan) tenga también un auge que potencie la presencia cultural y económica de los países que lo hablan, entre los que predominan los latinoamericanos.

Una cita de colofón, correspondiente ya al 2008 en que se reproduce este añejo artículo y que resulta de actualidad:

Es ilustrativo analizar cómo países tradicionalmente expulsores de mano de obra dejaron de ser generadores de emigración por necesidad a partir de su integración a la Unión Europea, como son los casos de Irlanda, Portugal y España. La explicación radica en el crecimiento de la demanda laboral y la oferta de empleos mejor remunerados en sus respectivos territorios, gracias al apoyo solidario de las naciones que los acogieron en esa comunidad de naciones. El caso de España resulta interesante ya que de ser una nación expulsora de migrantes se convirtió en una receptora, la cual vio cómo, en los primeros 20 años transcurridos desde su ingreso a la Unión Europea, “el producto interior bruto (PIB) por habitante (medido en Paridad del Poder de Compra en euros de 2005) se ha incrementado de forma considerable durante el periodo 1985-2005. Desde un nivel inferior a los 8,000 euros por habitante antes de la entrada en la UE, se ha pasado a más de 23,000 euros por habitante en 2005, un 99% de la renta media de la UE ampliada. Durante sus 20 años de pertenencia a la UE, la economía española ha acumulado un crecimiento total del PIB de 17 puntos porcentuales por encima del crecimiento medio europeo (España ha crecido un 64.6% acumulado y la UE-15 un 47.9%).

En lo que toca a los movimientos migratorios, a comienzos de la década de los noventa, Portugal, Italia y España eran los países de la OCDE que presentaban saldos netos menores, siendo el país receptor por excelencia Alemania. Esta tendencia se ha invertido con el cambio de siglo de tal manera que España se ha convertido en el país de la OCDE con el saldo neto migratorio más elevado. La causa del mismo responde a la conjunción de dos fenómenos: el retorno de emigrantes y el aumento de la inmigración. En el breve lapso de una década, la población extranjera por cada 100 mil habitantes ha pasado de ser inferior a 100 a superar el millar. Para 2006, había en el país ibérico más de tres millones y medio de extranjeros –de los que 2.7 millones poseen permiso de residencia–, lo que supone un aumento de más de tres millones de inmigrantes en sólo una década. Del total de migrantes el 28% era de origen

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

comunitario, mientras que el otro 72% provenía de otras zonas del mundo, principalmente Latinoamérica, el norte de África y la Europa no comunitaria.¹

Anexo: STC 259/2007, de 19 de diciembre de 2007

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 1640-2001, interpuesto por el Letrado de la Junta de Andalucía contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Ha comparecido el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 22 de marzo de 2001 el Letrado de la Junta de Andalucía, en la representación que legalmente ostenta del Consejo de Gobierno de esa Comunidad Autónoma, interpone recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 1, apartados 5, 6, 9, 15, 16 y 56 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

La impugnación se fundamenta en los motivos de los que seguidamente, de forma sucinta, se deja constancia:

a) El recurrente comienza exponiendo el régimen jurídico previsto constitucionalmente en relación con los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en España, señalando que, conforme a la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, los mismos están dotados de la protección constitucional, siendo, en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal. En relación con ello indica que cabe hablar de tres grupos de derechos

¹ Enrique Bautista Villegas, "La agenda de los indocumentados", *Nexus*, México, DF, no. 369, septiembre de 2008, p. 54.

fundamentales en relación a los extranjeros: el primero de ellos serían aquellos derechos y libertades en los que resulta obligado para el legislador equiparar a los españoles y extranjeros en su goce, por tratarse de derechos inherentes a la persona en cuanto ser humano; el segundo serían aquellos derechos reservados a los españoles; y el tercero estaría formado por aquellos derechos de los que los extranjeros gozaran en los términos que fijen los tratados y las leyes, respecto a los cuales el legislador no goza de una absoluta libertad de configuración, sino que ha de atenerse a una serie de límites. Tales límites son las previsiones constitucionales en torno al derecho en cuestión y el necesario respeto a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, los cuales devienen, por expreso mandato constitucional, en criterio de interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas. Tal función cumplirían la Declaración universal de los derechos humanos (en adelante, DUDH), el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (en adelante, PIDCP), el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas (en adelante, CEDH) y la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE).

b) Expuesto lo anterior la representación procesal de la Junta de Andalucía inicia el examen de los distintos preceptos impugnados, comenzando por el punto 5 del art. 1 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, que modifica el apartado 1 del art. 7 de la Ley Orgánica 4/2000, relativo a la regulación de las libertades de reunión y manifestación, las cuales se reconocen para los extranjeros que hubieran obtenido autorización de residencia o estancia en España. Esta previsión se estima contraria a los arts. 21, 10.2 y 13.1 CE, 20 y 29.2 DUDH, 22 PIDCP, 11 CEDH y 12 y 52 CDFUE al hacer depender la titularidad y el ejercicio del derecho de las libertades de reunión y manifestación de la situación administrativa en la que se encuentra el extranjero en España, circunstancia que no tiene encaje dentro de las limitaciones permitidas por las declaraciones y tratados citados.

c) El punto 6 del art. 1 de la Ley Orgánica 8/2000 da nueva redacción al art. 8 de la Ley Orgánica 4/2000, reconociendo a todos los extranjeros el derecho de asociación, si bien restringe su ejercicio a la obtención de la autorización de estancia y residencia en España. Por motivos similares a los inmediatamente expuestos el art. 8 se considera contrario a los arts. 22, 10.1 y 13.1 CE, 20 y 29 DUDH, 22 PIDCP, 11 CEDH y 12 y 52 CDFUE, en cuanto se priva del ejercicio del derecho de asociación a los extranjeros que carezcan de autorización de estancia o residencia.

d) La modificación de la regulación de las libertades de sindicación y huelga contenida en el art. 11 de la Ley Orgánica 4/2000 constituye el objeto del punto 9 del art. 1 de la Ley Orgánica 8/2000, que se considera contrario a los arts. 28, 10.2 y 13.1 CE, 23 DUDH, 11 PIDCP, 11 CEDH, 12 y 58 CDFUE y 8.1 del Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC), al hacer depender el derecho de sindicación de los extranjeros de la

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

autorización de estancia o residencia en España y el derecho de huelga de la autorización para trabajar.

e) En cuanto a la regulación del derecho a la asistencia jurídica gratuita, el recurrente entiende que la nueva redacción del art. 22 de la Ley Orgánica 4/2000, dada por el punto 16 del art. 1 de la Ley Orgánica 8/2000 puede ser contrario a los arts. 119 y 24.1, en relación con los arts. 10 y 13.1, CE, en cuanto trata de imponer límites a la titularidad y ejercicio del derecho de asistencia jurídica gratuita de los extranjeros que no sean residentes, reconociéndoles tal derecho a los efectos de los procedimientos administrativos y judiciales citados en el precepto recurrido, excluyéndolo respecto de todos los demás. Esta nueva redacción del precepto puede suponer una modificación tácita del art. 2 de la Ley 1/1996, reguladora de la asistencia jurídica gratuita. El derecho de asistencia jurídica gratuita, en cuanto forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, no puede limitarse en función de la situación administrativa del extranjero.

f) Y, finalmente, se impugna el nuevo art. 63.4, en relación con la redacción dada al art. 21.2, por estimar que podría resultar contrario al art. 24, en relación con los arts. 10 y 13.1 CE, en cuanto no se limita a establecer que la orden de expulsión es ejecutiva, sino que va más allá, al ordenar que se ejecute de forma inmediata, lo que supone una restricción del derecho del extranjero al acceso a los Tribunales y, por consiguiente, en definitiva, al derecho a la tutela judicial efectiva, tanto para interponer recursos, en los supuestos en los que no se precise agotar la vía administrativa, como para solicitar y obtener, en su caso, la suspensión de la ejecución del acto.

Concluye el escrito de demanda solicitando del Tribunal Constitucional que, tras los trámites legales oportunos, dicte Sentencia en la que se declare la inconstitucionalidad del inciso “y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España” de los arts. 7.1, 8 y 11.1; del inciso “cuando estén autorizados a trabajar” del art. 11.2; del párrafo 1 del art. 22, en los términos que se desprende de la fundamentación jurídica de la demanda; y, finalmente, del art. 63.4, todos ellos de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

2. Mediante providencia de 22 de mayo de 2001 la Sección Tercera del Tribunal acordó admitir a trámite el presente recurso de inconstitucionalidad; dar traslado de la demanda y de los documentos presentados, conforme establece el art. 34 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, y al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimasen pertinentes, y, finalmente, publicar la incoación del recurso en el “Boletín Oficial del Estado”. Dicha publicación se llevó a efecto en el “Boletín Oficial del Estado” núm. 131, de 1 de junio de 2001.

3. *Por escrito registrado el 30 de mayo de 2001 el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, compareció en el proceso y solicitó una prórroga del plazo para alegaciones por ocho días más, que le fue concedida por providencia de la Sección Tercera del Tribunal, de 5 de junio de 2001.*

4. *Por escrito registrado el 8 de junio de 2001 la Presidenta del Congreso de los Diputados comunicó que la Mesa de la Cámara había acordado, en la reunión celebrada el 5 de junio, no personarse ni formular alegaciones en el presente proceso constitucional, poniendo a disposición del Tribunal las actuaciones de la Cámara que pueda precisar.*

5. *Mediante escrito presentado el 15 de junio de 2001 la Presidenta del Senado comunicó que la Mesa de la Cámara, en su reunión del día 5 de junio, había acordado dar por personada a la Cámara en este procedimiento y por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.*

6. *El Abogado del Estado cumplimentó el trámite conferido mediante escrito presentado en el Registro de este Tribunal el 26 de junio de 2001, en el que suplica que, previos los trámites legales, se dicte Sentencia por la que se desestime el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 8/2000.*

a) *El escrito se inicia con una consideración previa, señalando que nuestra Constitución no establece una equiparación absoluta en materia de derechos fundamentales entre extranjeros y nacionales, ya que el art. 13.1 CE prevé la posibilidad de establecer un régimen especial, y por otro lado ello no puede deducirse de las expresiones utilizadas en los preceptos constitucionales, ni siquiera poniéndolos en conexión con los arts. 53.1 y 10 CE. En relación con el primero, porque del mismo no se infiere el ámbito subjetivo de los derechos fundamentales, ya definidos en los textos correspondientes, sino unas medidas de garantía de un derecho preexistente. En relación con el segundo, porque, a pesar de que la jurisprudencia constitucional ha aplicado el art. 10 CE para señalar aquellos derechos que son imprescindibles para garantizar la dignidad humana, nunca ha afirmado que todos los derechos fundamentales se hayan de aplicar con igual extensión a todos, al margen de su nacionalidad. La generalización de la equiparación entre españoles y extranjeros hace quebrar la argumentación de la demanda, que va en contra del criterio sostenido por el Tribunal Constitucional (STC 107/1984), y de ahí que no pueda aceptarse la afirmación de que los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga son derechos propios de la dignidad humana.*

b) *A continuación el Abogado del Estado señala que, al plantear el principal problema constitucional que suscita el presente recurso, a saber, si el legislador orgánico ha excedido su capacidad al establecer restricciones a los derechos de los extranjeros, la parte recurrente ha olvidado tener en cuenta la virtualidad del Ordenamiento jurídico al configurar la situación jurídica de aquéllos cuando se encuentran en territorio español. Las impugnaciones formuladas, a su juicio, habrían atendido escasamente al presupuesto general de aplicación de la legislación*

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

española (el derecho de permanencia en el territorio español), abordando los derechos fundamentales como derechos extraterritoriales con vigencia universal independientemente de cualquier conexión territorial. De este modo se habría olvidado que los derechos a residir y a circular dentro de las fronteras del Estado no son derechos imprescindibles para la dignidad humana, y por tanto no pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadanos (SSTC 107/1984; 94/1993).

Los preceptos impugnados, reguladores de los derechos de reunión, manifestación y asociación, no niegan a los extranjeros el disfrute de las libertades públicas que corresponden a los españoles sino que condicionan su ejercicio a la obtención de la autorización de estancia o residencia en España. Ello no implica que el ejercicio de estos derechos supuestamente preexistentes se vea supeditado a una ocasional autorización administrativa, sino que la autorización tiene un significado constitutivo de un derecho de configuración legal, que nace con la propia autorización, dado que ningún extranjero tiene un derecho propio a residir o circular en España. En el presente recurso no se ha impugnado ninguno de los preceptos de la Ley que condicionan la estancia o residencia en España al cumplimiento de los requisitos legales (art. 25), ni se ha cuestionado el reverso de estas normas, es decir, la irregularidad o ilicitud de las situaciones que por falta de autorización determinan el deber de abandonar el territorio. Y si el presupuesto del ejercicio de los derechos fundamentales es la estancia o residencia en España resulta difícil reconocer estos derechos a quienes no deben estar en territorio español. Los preceptos impugnados vienen a expresar una incompatibilidad material entre la situación legal de los extranjeros no autorizados a estar o residir y el presupuesto práctico de estos derechos, que es la residencia en España. El legislador, haciendo uso de las facultades de configuración legal (art. 13.1 CE), habría optado por una alternativa plenamente ajustada a la Constitución: definir los términos en que los extranjeros pueden ejercitar determinados derechos fundamentales, excluyendo a quienes con su presencia en España empiezan por vulnerar la propia ley española. No resulta, pues, consecuente admitir como legítima la expulsión del territorio y al mismo tiempo combatir una restricción de derechos cuyo ejercicio y efectividad sólo es concebible en una situación normal y regular de residencia en España.

c) Las anteriores consideraciones serían aplicables a los derechos de reunión y asociación, de cuyo ejercicio se excluye a quienes se hallen en España en situación ilegal e irregular. La invocación de la STC 115/1987 por la parte recurrente no sería pertinente para el enjuiciamiento de la Ley impugnada, ya que en la propia Sentencia se establecía una distinción entre la competencia para la suspensión de las asociaciones y la legitimidad de las diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros.

d) Por lo que hace a la limitación de los derechos de sindicación y huelga (nueva redacción del art. 11 de la Ley Orgánica 4/2000), la parte demandante los sitúa en el ámbito de las relaciones de trabajo, partiendo de que el trabajador extranjero, aun ilegalmente en España, puede ser

sujeto de un contrato válido de trabajo (art. 38.3 de la Ley). Para el Abogado del Estado no se trata de que la ley reconozca el derecho de quien no puede estar en España, sino de una medida de eficacia relativa y parcial, que tiende a evitar tanto el abuso del trabajo ajeno como la permanencia ilegítima de extranjeros no autorizados. Sin embargo los extranjeros no autorizados para estar o residir en España no están autorizados tampoco para trabajar válidamente. Y ello porque constituiría un absurdo irreconciliable con el sentido común permitir que quien no está autorizado a trabajar pudiera ejercer el medio de presión sobre el empresario que le otorga el derecho fundamental a la huelga.

e) A continuación, el Abogado del Estado rechaza la pretensión de la parte recurrente de fundamentar la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados en su contradicción con los tratados internacionales ratificados por España en materia de derechos fundamentales. Y ello porque, de acuerdo con lo previsto en el art. 10.2 CE, la configuración de los derechos fundamentales en los tratados internacionales no es un parámetro de constitucionalidad de las leyes españolas, pues la citada disposición constitucional está destinada a la interpretación de aquéllos (ATC 195/1991). La constitucionalidad de los preceptos recurridos debe enjuiciarse utilizando como parámetro, en primer lugar, los artículos de la Constitución, pero no comparando directamente los términos de los preceptos recurridos con las expresiones contenidas en los tratados internacionales. En la demanda se reconoce que los derechos regulados pueden ser restringidos para los extranjeros, de acuerdo con lo previsto en el art. 13.1 CE y la STC 115/1987, pero se afirma que la restricción contenida en los preceptos recurridos vulnera la Constitución de acuerdo con el alcance que tiene de conformidad con los tratados internacionales ratificados por España. Tal planteamiento no puede prosperar, porque los tratados invocados no contienen una previsión expresa sobre el alcance subjetivo que han de tener esos derechos en relación con los extranjeros, ni es posible deducirla de las expresiones que contienen. Por el contrario en esos tratados sí es posible encontrar el “orden público” como motivo de limitación al ejercicio de los derechos que se regulan en la Ley impugnada.

A lo anterior se añade que los tratados tienen una virtualidad propia, que se desenvuelve a través de sus propios mecanismos de defensa, y desde este punto de vista ninguna objeción puede hacerse a los preceptos impugnados, pues la Ley Orgánica recurrida dispone en su art.1 que “[l]o dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte”, de modo que los preceptos impugnados no pueden haberlos infringido.

f) En relación con la nueva redacción del art. 20 de la Ley Orgánica 4/2000, que pasa a ser el art. 22, entiende el Abogado del Estado que el art. 1.2 de la Ley Orgánica 4/2000 (en la nueva redacción dada por el art. 1.1 de la Ley Orgánica 8/2000) establece que “lo dispuesto en esta Ley se entenderá sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los tratados internacionales en que España sea parte”. Dicha cláusula obliga a entender que el nuevo art. 22.2 de la Ley

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

Orgánica 4/2000 deja a salvo las normas más beneficiosas que en materia de asistencia jurídica gratuita pudieran contener los tratados o las leyes especiales, entre éstas el art. 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (LAJG), y por ello no debe atribuirse a aquel precepto eficacia derogatoria de las normas internas o internacionales más favorables en materia de asistencia jurídica gratuita a extranjeros.

En este punto el Abogado del Estado se remite a las alegaciones vertidas en su día en el recurso de inconstitucionalidad 1555-1996, interpuesto por el Defensor del Pueblo contra el art. 2 LAJG, en su inciso “que residan legalmente en España”, planteando si el legislador español está constitucionalmente obligado a asegurar la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros en los supuestos no comprendidos en el art. 22 de la Ley Orgánica 4/2000 en su nueva redacción, o en el art. 2 LAJG. De acuerdo con los convenios internacionales, especialmente el CEDH y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la respuesta a tal cuestión es que, salvo el supuesto del inculpado en un proceso penal, la denegación del derecho a la justicia gratuita supondrá infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, del que son titulares los extranjeros, sólo cuando en el caso sea indispensable para lograr un acceso efectivo a la justicia, para ejercer con efectividad el derecho al recurso o, en general, para evitar indefensiones materiales o padecimientos de la igualdad procesal de armas.

Después de realizar un repaso a las leyes españolas que regulan la asistencia jurídica gratuita, el Abogado del Estado señala que la función, tanto del art. 22 de la Ley Orgánica 4/2000 en su nueva redacción, como del art. 2 LAJG, es señalar el campo propio de la ley española en el reconocimiento del derecho de justicia gratuita a los extranjeros, quedando fuera del mismo los tratados y convenios internacionales de los que España es parte. Los numerosos convenios internacionales podrían ser invocados como fundamento para que se prestara asistencia jurídica gratuita a extranjeros más allá de lo dispuesto en las normas de derecho interno, y en consecuencia la falta de reconocimiento del derecho en la legislación interna respecto de los extranjeros que no residan en España no significa que aquéllos queden privados del derecho a la asistencia jurídica gratuita, sino que deben buscar el fundamento de su derecho en una norma convencional internacional. Sería por ello constitucionalmente lícito que el legislador se limitara a reconocer el derecho de los extranjeros residentes en España, y quedasen implícitamente confiadas a la norma internacional las ulteriores extensiones de este derecho a los demás extranjeros, tal como se hace en el art. 22.2 de la Ley Orgánica 4/2000. Tal precepto, sin embargo, no tiene por qué ser interpretado en sentido excluyente o prohibitivo, de manera que la palabra “residente” no prohíbe reconocer, en esos supuestos extremos, el derecho a la justicia gratuita en aplicación directa de los arts. 24.1 y 119 CE.

g) Según el Abogado del Estado el nuevo art. 63 de la Ley Orgánica 4/2000 establece un procedimiento preferente de expulsión tras la incoación del procedimiento sancionador. La entidad recurrente no cuestiona las causas de expulsión que motivan el procedimiento preferente,

sino la ejecutividad de la resolución de expulsión por sus repercusiones indirectas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo tales objeciones no quedarían justificadas, puesto que no se ha establecido una regla singular diferente a la común de la ejecutividad de los actos administrativos y el legislador ha instituido un procedimiento más abreviado de expulsión para causas de muy sencilla apreciación o de especial gravedad, pero ha previsto trámites suficientes y un derecho a la resolución motivada, observando así las garantías esenciales de cualquier procedimiento administrativo sin limitar las formas de control y tutela judicial previstas en el Ordenamiento jurídico.

7. Por providencia de 17 de diciembre de 2007, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 19 del mismo mes y año

II. Fundamentos jurídicos

1. El Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía impugna a través del presente recurso de inconstitucionalidad el artículo 1, apartados 5, 6, 9, 15, 16 y 56 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En los mencionados apartados 5, 6, 9, 15, 16 y 56 del artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, se da nueva redacción a los arts. 7.1, 8, 11, 21.2 (antes 19.2) y 22 (antes 20) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y se le añade un nuevo art. 63, respectivamente.

2. Antes de proceder al examen de cada una de las impugnaciones aducidas es preciso que nos pronunciemos respecto a la incidencia que sobre el objeto de este proceso constitucional puede tener la reciente STC 236/2007, de 7 de noviembre, en la que este Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por los que se dio nueva redacción a algunos de los preceptos de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

Pues bien, ha de estimarse que ha desaparecido sobrevenidamente el objeto de este proceso constitucional en relación con la impugnación del apartado 16 del artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por el que se da nueva redacción al art. 22 (antes art. 20) —derecho a la asistencia jurídica gratuita— de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. El Letrado del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía recurre el citado precepto en cuanto en él se limita el derecho a la asistencia jurídica gratuita en función de la situación administrativa del extranjero, circunscribiendo, por lo tanto, su impugnación al apartado 2 del mencionado precepto, cuya inconstitucionalidad y nulidad fue declarada por este Tribunal en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, por vulnerar el art. 24 CE (FJ 13). La referida declaración de inconstitucionalidad y nulidad del art. 22.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, determina la pérdida sobrevenida del objeto de esta concreta impugnación, ya que “[s]iendo el efecto inmediato de la anulación de cualquier norma su expulsión del ordenamiento jurídico de

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

una vez por todas y para siempre, medida irreversible por su propia naturaleza, la pretensión que se ejercita aquí y ahora resulta ya redundante y vacía de contenido, sin finalidad práctica alguna. En definitiva, una vez que nuestras Sentencias dejan si efecto uno o varios preceptos legales, cualquier otro proceso paralelo o posterior queda desprovisto automáticamente de su propio objeto. Una disposición sólo puede extinguirse una sola vez, por definición ... Tal desaparición sobrevinida del elemento objetivo del proceso impide cualquier consideración sobre lo que en el lenguaje forense ha dado en llamarse el fondo del asunto” (STC 166/1994, de 26 de mayo, FJ 2; ATC 267/2002, de 10 de diciembre, FJ 2).

En aplicación también de la transcrita doctrina constitucional ha de estimarse por el contrario que subsisten, no habiéndose producido una pérdida sobrevinida de objeto, las impugnaciones referidas a los apartados 5, 6 y 9 del artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por los que se da nueva redacción a los arts. 7.1, 8 y 11.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, pues en la ya mencionada STC 236/2007, de 7 de noviembre, se declaró la inconstitucionalidad de dichos preceptos, pero tal pronunciamiento no fue acompañado, sin embargo, de la correlativa nulidad de los mismos (FJ 17), por lo que no han sido expulsados del ordenamiento jurídico y, consiguientemente, no se ha producido la pérdida de objeto de estas impugnaciones (SSTC 156/2005, de 9 de junio, FJ 3; 52/2006, de 16 de febrero, FJ 3).

3. El Letrado del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía recurre el apartado 5 del artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, que da nueva redacción al art. 7.1 — Libertades de reunión y manifestación— de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, por entender que vulnera los arts. 21, 10.2 y 13 CE, en conexión los arts. 20 y 29.2 de la Declaración universal de los derechos humanos, 22 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y 11 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, al hacer depender la titularidad y el ejercicio de las libertades de reunión y manifestación de la situación administrativa en la que el extranjero se encuentre en España.

El Pleno de este Tribunal en la reciente STC 236/2007, de 7 de noviembre, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad del precepto recurrido por similar motivo impugnatorio al ahora alegado, habiendo declarado la inconstitucionalidad, sin nulidad, de la nueva redacción que el apartado 5 del artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, da al art. 7.1 de la ley Orgánica 4/2000, 11 de enero, ya que “no realiza una modulación del derecho de reunión, estableciendo condiciones a su ejercicio, sino que niega este derecho a los extranjeros que no dispongan de autorización de estancia o residencia en España”, por lo que “vulnera el art. 21 CE en su contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el art. 10.2 CE” (FJ 6).

A fin de evitar reiteraciones innecesarias, procede remitirse ahora a los razonamientos de la mencionada Sentencia en los que el Tribunal ha fundado la declaración de inconstitucionalidad del precepto legal ahora concernido, con los efectos que en la misma se indican. (FFJJ 6 y 17).

4. El Letrado del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía recurre el apartado 6 del artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, que da nueva redacción al art. 8 — Libertad de asociación— de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, por entender que vulnera los arts. 22, 10.2 y 13 CE, en conexión los arts. 20 y 29.2 de la Declaración universal de los derechos humanos, 22 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y 11 Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, al hacer depender el ejercicio por los extranjeros del derecho de asociación de la obtención de autorización de estancia o residencia en España.

El Pleno de este Tribunal en la reciente STC 236/2007, de 7 de noviembre, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad del precepto recurrido por similar motivo impugnatorio al ahora alegado, habiendo declarado la inconstitucionalidad, sin nulidad, de la nueva redacción que el apartado 6 del artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, da al art. 8 de la ley Orgánica 4/2000, 11 de enero, “al excluir cualquier ejercicio de este derecho por parte de los extranjeros que carecen de autorización de estancia o residencia en España”, por lo que “vulnera el art. 22 CE en su contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el art. 10.2 CE” (FJ 7).

A fin de evitar reiteraciones innecesarias, procede remitirse ahora a los razonamientos de la mencionada Sentencia en los que el Tribunal ha fundado la declaración de inconstitucionalidad del precepto legal ahora concernido, con los efectos que en la misma se indican (FFJJ 7 y 17).

5. El Letrado del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía recurre el apartado 9 del artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, que da nueva redacción al art. 11 — Libertad de sindicación y huelga— de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, por entender que vulnera los arts. 28, 10.2 y 13 CE, en conexión con los arts. 23 de la Declaración universal de los derechos humanos, 11 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, 11 Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales y 8.1 del Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, al hacer depender el derecho de sindicación de los extranjeros de la autorización de estancia o residencia en España y el derecho de huelga de la autorización para trabajar.

El Pleno de este Tribunal en la reciente STC 236/2007, de 7 de noviembre, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad del precepto recurrido en relación con el derecho de sindicación por similar motivo impugnatorio al ahora alegado, habiendo declarado la inconstitucionalidad, sin nulidad, de la nueva redacción que el apartado 9 del artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, da al art. 11.1 de la ley Orgánica 4/2000, 11 de enero,

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

“por ser contrario al art. 28.1 CE”, si bien se precisó que la inconstitucionalidad del precepto “venía referida exclusivamente al derecho de sindicarse libremente, pero no al derecho a afiliarse a una organización profesional” (FJ 9).

A fin de evitar reiteraciones innecesarias, procede remitirse ahora a los razonamientos de la mencionada Sentencia en los que el Tribunal ha fundado la declaración de inconstitucionalidad del precepto legal ahora concernido, con los efectos que en la misma se indican (FFJJ 9 y 17).

6. En relación con la nueva redacción que el apartado 9 del artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, da al art. 11.2 —derecho de huelga— de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, el Letrado del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía funda su impugnación en la circunstancia de que hace depender el derecho de huelga de los extranjeros a la previa autorización para trabajar, la cual se condiciona a la previa obtención del permiso de residencia o de la autorización de estancia, lo que, a su juicio, resultaría contraria a los arts. 28, 10.2 y 13 CE, en conexión con los arts. 23 de la Declaración universal de los derechos humanos, 11 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, 11 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales y 8.1 del Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales.

Por su parte, el Abogado del Estado se opone a la estimación en este extremo del recurso de inconstitucionalidad, al considerar que si los extranjeros no autorizados para estar o residir en España no están autorizados tampoco para trabajar válidamente carecería de sentido permitir que quien no está autorizado a trabajar pudiera gozar del derecho de huelga.

7. La autorización para trabajar a la que se refiere el precepto controvertido está regulada en el art. 36.1 de la Ley Orgánica 4/2000, el cual, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, dispone que los extranjeros mayores de 16 años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional precisarán de la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar, autorización que habilitará al extranjero para residir durante el tiempo de su vigencia y que ha de ser solicitada por el empleador que pretenda contratar al trabajador extranjero.

Expuesto lo anterior el examen del motivo de inconstitucionalidad alegado ha de comenzar indagando en torno al contenido constitucionalmente declarado del derecho de huelga, para, a continuación, valorar si la limitación impuesta por el legislador orgánico resulta constitucionalmente lícita a la luz del contenido esencial del derecho, teniendo en cuenta el criterio interpretativo derivado del art. 10.2 CE, que obliga a interpretar los derechos y libertades consagrados en nuestra Constitución de acuerdo con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.

El art. 28.2 CE dispone: “Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas

para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”. Asimismo, en relación con este derecho, el art. 8.1 d) del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC) de 16 de diciembre de 1966 reconoce el derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país, y el art. 6 de la Carta social europea reconoce el derecho de los trabajadores y empleadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga.

En nuestra jurisprudencia, desde la inicial STC 11/1981, de 8 de abril, hemos afirmado que la huelga “que como hecho consiste en la cesación o paro en el trabajo, es un derecho subjetivo del trabajador que simultáneamente se configura como un derecho fundamental constitucionalmente consagrado, en coherencia con la idea del Estado social y democrático de Derecho. Entre otras significaciones tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes, como instrumento de presión constitucionalmente reconocido que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos, conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales” (STC 123/1992, de 28 de septiembre, FJ 4). En esta misma Sentencia y fundamento jurídico también señalamos que: “Como cualquier otro derecho, el de huelga ha de moverse dentro de un perímetro que marcan, por una parte, su conexión o su oposición respecto de otros derechos con asiento en la Constitución, más o menos intensamente protegidos y, por la otra, los límites cuyo establecimiento se deja a la Ley, siempre que en ningún caso se llegue a negar o menoscabar su contenido esencial. Este, en principio, consiste en la cesación del trabajo en cualquiera de sus manifestaciones, núcleo que implica a su vez la facultad de declararse en huelga, estableciendo su causa, motivo y fin y la de elegir la modalidad que se considera más idónea al respecto, dentro de los tipos aceptados legalmente”. La huelga puede tener por objeto reivindicar mejoras en las condiciones económicas, o, en general, en las condiciones de trabajo, y puede suponer también una protesta con repercusión en otras esferas o ámbitos.

Este derecho presenta una directa relación en su ejercicio con el derecho de libertad sindical consagrado en el art. 28.1 CE ya que, como señala la ya referida STC 11/1981 (FJ 11): “Define al derecho de huelga el ser un derecho atribuido a los trabajadores uti singuli, aunque tenga que ser ejercitado colectivamente mediante concierto o acuerdo entre ellos. Para aclarar lo que se entiende por ejercicio colectivo debe señalarse que son facultades del derecho de huelga la convocatoria o llamada, el establecimiento de las reivindicaciones, la publicidad o proyección exterior, la negociación y, finalmente, la decisión de darla por terminada. Se puede, por ello, decir que si bien la titularidad del derecho de huelga pertenece a los trabajadores, y que a cada uno de ellos corresponde el derecho de sumarse o no a las huelgas declaradas, las facultades en que consiste el ejercicio del derecho de huelga, en cuanto acción colectiva y concertada, corresponden tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

sindicales”. La consecuencia de ello es que, si bien la titularidad del derecho de huelga pertenece a los trabajadores, el mismo puede ser ejercitado por las organizaciones sindicales con implantación en el ámbito laboral al que se extiende la huelga, como contenido esencial del derecho a la libertad sindical.

Establecido de este modo el contenido esencial del derecho de huelga que se deriva de nuestra doctrina, esto es, aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de los intereses para cuya consecución el derecho se otorga, es de apreciar que la dicción literal del art. 28.2 CE no realiza distinción alguna en cuanto a los sujetos titulares del derecho y tampoco lo hace el Real Decreto-ley 17/1997, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, sino que, coherentemente con su consideración de medio legítimo para la defensa de los intereses de los trabajadores, lo reconoce de manera general a todos ellos.

Ese concepto de trabajador, relevante para la determinación del ámbito subjetivo del derecho de huelga, ha de entenderse, en línea con lo que ya hemos afirmado en la STC 236/ 2007 (FJ 9) en relación con el derecho a la libertad sindical del trabajador extranjero, en su caracterización material, independientemente de la legalidad o ilegalidad de situación, de suerte que en ella ha de incluirse a todo aquel que presta sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona. Siendo ello así no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores extranjeros, aunque la anterior situación resulte exigible para la celebración válida de su contrato de trabajo [art. 38 de la Ley Orgánica 4/2000, y arts. 1.1 y 7 c) texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, aprobado Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo]. A mayor abundamiento debemos recordar que el propio párrafo segundo del apartado 3 del art. 36 de la misma Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por el art. 1.29 de la Ley Orgánica 8/2000, sienta el criterio en cuya virtud la carencia de la correspondiente autorización para trabajar no invalida el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero. De esta forma el propio legislador orgánico, con tal declaración de equiparación, pretende proteger los derechos del trabajador extranjero que, aun careciendo de autorización administrativa para trabajar, está efectivamente trabajando en nuestro país. Tales derechos no se atribuyen a la persona en razón de su nacionalidad o de la situación administrativa en la que puede encontrarse en un momento determinado, sino sólo por el hecho de ser trabajador. Entre esos derechos básicos se encuentra [art. 4.1 e) del Estatuto de los trabajadores] el de huelga. Por ello en relación con tal derecho ninguna duda puede haber respecto a que el mismo, de titularidad individual y ejercicio colectivo, se encuentra dentro de los medios legítimos para la defensa de los intereses de los trabajadores, concepto éste más amplio que el de derechos, de forma que no resulta constitucionalmente admisible que se prive al trabajador de una protección cuya razón de ser es la propia defensa de sus intereses.

Así pues la exclusión total del derecho de huelga de aquellos extranjeros que trabajen a pesar de carecer de la correspondiente autorización administrativa para ello —la cual, por lo demás, no están personalmente obligados a solicitar— no se compadece con el reconocimiento del derecho de huelga que proclama el art. 28.2 CE, interpretado conforme a la normativa internacional sobre este derecho ratificada por España, en particular el art. 8.1 d) PIDESC, en cuya virtud los Estados signatarios del Pacto han de garantizar el ejercicio del derecho de huelga, de forma que la regulación que se establezca deberá tener por objeto el ejercicio del derecho y no impedirlo a los trabajadores que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena sin contar con los preceptivos permisos legales.

La concepción criticada no se corresponde con la titularidad del derecho fundamental ejercitable en la defensa de los intereses de los trabajadores, entre los que puede encontrarse la consecución de la plena regularidad de su situación administrativa. De ahí que no resulte absurdo, como alega el Abogado del Estado, reconocer este concreto derecho a los extranjeros no autorizados administrativamente para trabajar en España, quienes pueden ejercerlo para la defensa de sus intereses, entre los que puede encontrarse la regularidad de su situación, pese a la irregularidad de la misma. De esta forma la norma aquí controvertida no garantiza la debida protección de los intereses que, a través del reconocimiento constitucional del derecho de huelga, se tratan de satisfacer.

En consecuencia debemos declarar la inconstitucionalidad del inciso “cuando estén autorizados a trabajar” del art. 11.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por el art. 1, punto 9, de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por ser contrario al art. 28.2 CE.

8. El examen de la impugnación de los arts. 21.2 (aun cuando el suplico de la demanda hace referencia al párrafo 1 del art. 22, de la argumentación de la misma se deduce sin dificultad que el precepto impugnado es el art. 21.2) y 63.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción que a los mismos dan los puntos 15 y 56 del artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, ha de ser abordado conjuntamente, como, por otra parte, hace el recurrente en su escrito de demanda, dado que los mismos se refieren a aspectos relacionados con la regulación de la ejecutividad de la resolución de expulsión adoptada en el seno del denominado procedimiento preferente, previsto en el nuevo art. 63 de la Ley Orgánica 4/2000.

Los preceptos impugnados disponen lo siguiente:

“Artículo 21. Derecho al recurso contra los actos administrativos ...

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”.

“Artículo 63. Procedimiento preferente ...

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

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

El Letrado de la Junta de Andalucía señala que los términos en los que están redactados ambos preceptos pueden interpretarse en el sentido de que se ha tratado de sustraer a los Tribunales la posibilidad de suspender la ejecución de estos actos, lo que resultaría contrario al art. 24 CE. El Abogado del Estado considera, por el contrario, que el legislador ha configurado un procedimiento administrativo más abreviado para causas de muy sencilla apreciación o de especial gravedad en el que han de observarse las garantías esenciales de cualquier procedimiento administrativo sin limitar las formas de control y tutela judicial previstas en el Ordenamiento jurídico, lo que evita cualquier vulneración del art. 24 CE.

El examen de este motivo de inconstitucionalidad ha de ceñirse, en consecuencia, a la alegada imposibilidad de acordar la suspensión cautelar de la expulsión acordada por la autoridad administrativa en el denominado procedimiento preferente de la que se derivaría la consiguiente vulneración del art. 24.1 CE. Este procedimiento preferente previsto en el art. 63 de la Ley Orgánica 4/2000, resulta ser de aplicación a unos supuestos determinados por la realización de las conductas tipificadas como infracciones graves o muy graves en el apartado 1 de ese artículo, que aquí no ha sido cuestionado. Como señala el fundamento jurídico 16 de la STC 236/2007, de 7 de noviembre, al que procede remitirse, el examen de los mismos justifica la celeridad del proceso en razón de tratarse de causas de fácil apreciación o de especial gravedad. Asimismo, en nuestra citada Sentencia y fundamento jurídico, afirmamos que se trata de un procedimiento administrativo sancionador, lo que determina que a este procedimiento preferente le sean aplicables los valores esenciales reflejados en el art. 24 CE, entre ellos el que proscribe cualquier indefensión, lo cual sin duda resulta también de aplicación en lo relativo a la tutela cautelar derivada del régimen de suspensión de los actos administrativos impugnados.

En tal sentido es doctrina constitucional que el derecho a la tutela judicial reconocido en el art. 24.1 CE no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso (STC 14/1992, de 10 de febrero, FJ 7). La potestad jurisdiccional de suspensión responde, como todas las medidas cautelares, a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial; esto es, la de evitar que un posible fallo favorable de la pretensión quede, contra lo dispuesto en el art. 24.1 CE, desprovisto de eficacia, guardando dicha eficacia o efectividad de la tutela judicial una estrecha relación con todo lo atinente a las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo y, en particular, con la regulación del régimen de suspensión del acto impugnado (STC 238/1992, de 17 de diciembre, FJ 3). En la STC 66/1984, de 6 de junio, declaramos que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface facilitando que la ejecución pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión, declaración esta reiterada en posteriores resoluciones (además de otras, SSTC 76/1992, de 14 de mayo; 148/1993, de 29 de abril; 341/1993, de 18 de noviembre;

78/1996, de 20 de mayo; AATC 265/1985, de 24 de abril; 458/1988, de 18 de abril; 116/1995, de 4 de abril; 95/2000, de 30 de marzo). En relación con la concreta materia de extranjería, la STC 115/1987, de 7 de julio, ya señaló (FJ 4) que “si bien la efectividad de la tutela judicial que el art. 24 CE establece no impone en todos los casos la suspensión del acto administrativo recurrido sino que lo que garantiza es la regular y adecuada prestación jurisdiccional, en un proceso con todas las garantías, por parte de los órganos judiciales”, ello no significa que resulte constitucionalmente admisible el establecimiento de un principio general absoluto de no suspensión, de tal suerte que en dicha Sentencia, en que se destacaba el nexo entre la potestad jurisdiccional en suspensión cautelar y la efectividad de la tutela judicial, declaramos inconstitucional el último inciso del art. 34 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de junio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España en cuanto establecía que “en ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la presente Ley”.

De acuerdo con los criterios anteriormente expuestos procede que comencemos el examen de los preceptos impugnados por el art. 21.2, el cual parece querer excepcionar del régimen general sobre la ejecutividad de los actos administrativos a la orden de expulsión adoptada en el seno del procedimiento preferente, remitiéndose a lo dispuesto en esta Ley para la tramitación de expedientes con carácter preferente. En relación con ello debemos tener en cuenta, en primer lugar, el carácter sancionador de la orden de expulsión acordada en el seno de dicho procedimiento preferente, lo que determina que la misma deba ser notificada al interesado con indicación de los recursos que contra la misma se puedan interponer, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para presentarlos (art. 57.9) así como que no le sea de aplicación el régimen general que, en cuanto a la ejecutividad de los actos administrativos, se deriva del art. 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, sino el que, para las resoluciones sancionadoras, establece el art. 138.3 de la misma Ley 30/1992, conclusión ratificada por el art. 65 de la Ley Orgánica 4/2000, en cuanto dispone que el régimen de ejecutividad de las resoluciones administrativas sancionadoras será el previsto con carácter general. La aplicación de lo dispuesto en ambos preceptos determina que la resolución de expulsión acordada en el seno de un procedimiento preferente será ejecutiva cuando la misma ponga fin a la vía administrativa (art. 138.1 de la Ley 30/1992), lo que determinará a su vez la posibilidad de poder solicitar el correspondiente control judicial sobre la decisión adoptada por la Administración (art. 25.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio), encontrándose justificada la regulación del segundo inciso del art. 21.2 precisamente por el carácter sancionador de la resolución adoptada en el procedimiento preferente y sin que la misma suponga vulneración alguna del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

Tampoco puede considerarse que el art. 63.4, el cual reproduce una previsión similar a la contenida en el art. 30.3 de la Ley Orgánica 7/1985, genere indefensión, por cuanto del mismo no se deriva una regla general diferente a la común de la ejecutividad de las resoluciones sancionadoras que se acaba de exponer. A lo anterior ha de añadirse que los extranjeros sometidos a este procedimiento preferente disponen de las garantías esenciales del procedimiento administrativo, como el derecho de audiencia y el derecho a una resolución motivada y recurrible, lo que garantiza tanto el control judicial de la decisión como, en su caso, la posibilidad de solicitar su suspensión con arreglo al régimen general aplicable a los actos administrativos. Del mismo modo tampoco la brevedad de los plazos en la ejecución de la expulsión acordada en un procedimiento preferente implica per se la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. No cabe interpretar este precepto en el sentido de que limita las formas de tutela judicial previstas en el Ordenamiento jurídico —en particular, el pronunciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la eventual suspensión de la decisión de expulsión de acuerdo con lo previsto en su Ley reguladora—, por cuanto la decisión ha de ser notificada al interesado y es susceptible de ser recurrida, a la vez que resulta posible que el legislador prevea la reducción de los plazos cuando dicha decisión responda a una finalidad razonable y necesaria, como es el caso de los supuestos previstos en el art. 63.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que determinan la tramitación preferente de los expedientes de expulsión (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 16).

En conclusión, no es posible apreciar que los preceptos impugnados vulneren las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, conforme a las cuales debe quedar asegurado que las pretensiones cautelares de los justiciables se someten a la consideración de un Tribunal de justicia, y que éste resuelva sobre las mismas, ya que dichos preceptos no impiden al extranjero afectado ejercer la posibilidad procesal de que la ejecutividad del acto impugnado sea sometida a un control judicial que pueda concluir, en su caso, con la suspensión de los efectos del acto administrativo.

9. En orden al contenido y alcance del fallo de esta Sentencia, hemos de reiterar la declaración de inconstitucionalidad, pero sin que proceda declarar su nulidad, de los apartados 5, 6 y 9 del artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, que dan nueva redacción a los arts. 7.1, 8 y 11.1, exclusivamente respecto al derecho a sindicarse libremente, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, por las razones ya expuestas en la STC 236/2007, de 7 de noviembre (FJ 17), y que ahora se dan por reproducidas.

Distinto debe ser el alcance del fallo en relación con el apartado 9 del artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, que da nueva redacción al art. 11.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre el derecho de huelga de los extranjeros, cuya inconstitucionalidad debe conllevar la declaración de nulidad del inciso “cuando estén autorizados a trabajar”, pues, como se ha expuesto en el correspondiente fundamento jurídico, la exclusión total del derecho de

aquellos extranjeros que trabajen a pesar de carecer de la correspondiente autorización administrativa para ello no se compadece con el reconocimiento del derecho de huelga que proclamada el art. 28.2 CE, interpretado conforme a la normativa internacional sobre este derecho fundamental ratificado por España.

FALL O

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad núm. 1640-2001, interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra 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 y, en consecuencia:

1º Declarar extinguido el recurso por desaparición sobrevenida del objeto respecto de la impugnación del art. 22.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

2º Declarar la inconstitucionalidad, con los efectos que se indican en el fundamento jurídico 9, de los arts. 7.1, 8 y 11.1 (exclusivamente respecto al derecho a sindicarse libremente) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

3º Declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso “cuando estén autorizados a trabajar” del art. 11.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

4º Desestimar el recurso en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a diecinueve de diciembre de dos mil siete.

Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas a la Sentencia de fecha 19 de diciembre de 2007, recaída en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1640-2001, al que se adhieren los Magistrados don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez y don Roberto García-Calvo y Montiel

Con expresión de mi sincero respeto al parecer de los Magistrados que con su Voto han constituido la mayoría sobre la que se basa la Sentencia, ejerciendo el derecho establecido en el art. 90.2 LOTC, reitero en este Voto mi discrepancia con la argumentación de la Sentencia y la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 7.1, 8, 11.1 (exclusivamente respecto al derecho a sindicarse libremente) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de los derechos y libertades de

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

los extranjeros en España y su integración social, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por las mismas razones ya expresadas en mi Voto particular a la STC 236/2007, de 7 de noviembre, que a fin de evitar repeticiones innecesarias doy aquí por reproducido.

Asimismo, en la medida en que la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del art. 11.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, se basa en idéntica argumentación a la plasmada en aquella Sentencia respecto a los mencionados preceptos legales manifiesto igualmente mi disenso con dichas declaración y argumentación, dando por reproducidas las razones ya expresadas en el indicado Voto.

Madrid, a diecinueve de diciembre de dos mil siete.