

El puente está quebrado: reflexiones sobre las causas y consecuencias de la STC 236/2007 (RTC 2007, 236)*

Andrée Viana Garcés

Itziar Gómez Fernández

Investigadoras del Instituto de Derecho Público Comparado de la
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. ARITMÉTICA JUDICIAL O ACUMULACIÓN PROCESAL
3. PANORÁMICA Y ZOOM SOBRE LA STC 236/2007–3.1. *Primera panorámica: La fractura de una expectativa. El escenario desperdiciado*–a) Eje del sistema de construcción jurisprudencial: un problema artificial–b) Mapa de metodologías y respuestas, aparentemente firmes y poderosamente tímidas–c) El puente quebrado de la STC 236/2007–3.2. *Zoom: Los detalles de una pieza complicada*–a) Utilización de la metodología en el análisis de los motivos de inconstitucionalidad–b) Un obiter dictum para el futuro
4. OTRA QUIEBRA PARA EL PUENTE. DE LOS EFECTOS DE LA ÚLTIMA GENERACIÓN DE SENTENCIAS O DE UNA MUTACIÓN PERVERSA AL PORVENIR–4.1. *Los fallos desestimatorios*–4.2. *La declaración de inconstitucionalidad (con nulidad) y las declaraciones de pérdida sobrevenida del objeto del recurso*–4.3. *Las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad sin nulidad*–a) Pero ¿por qué hace esto el Tribunal?–b) Distorsiones en el momento en que la sentencia ha de desplegar sus efectos

* Otra versión de este trabajo se publica en el *Anuari de la Immigració a Catalunya*.

1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno migratorio va siempre más rápido que las normas y decisiones públicas, transforma la realidad antes de que el poder del Derecho obre sobre él, y se funda y re-funda en ámbitos sociales a los que la ciencia jurídica apenas llega con dificultad.

El fenómeno de la inmigración ha ido dejando atrás al Tribunal Constitucional, como ha ido dejando atrás la Ley y la articulación de las políticas públicas. Durante veinte años, el mismo TC había estado preparando el terreno para tener una carrera pareja con la inmigración, para establecer un sistema dinámico capaz de acompañar al fenómeno en toda su envergadura real. Han sido veinte años de jurisprudencia tímida pero –lentamente– reorientada en dirección a la normalidad del extranjero dentro del sistema de derechos y garantías constitucionales, es decir, hacia la equiparación del extranjero y el nacional. Pero, cuando había que dar el paso firme, cuando debió haber cruzado el puente hacia la normalidad plena, el Tribunal dio un giro inesperado y en lugar de construir el puente y andarlo de un lado al otro, lo quebró.

Por todo ello, la finalidad de este texto es presentar una lectura crítica de la última generación de sentencias del Tribunal Constitucional¹ sobre el «estatuto constitucional del extranjero» en España. Sin embargo, el proceso de revisión pondrá un cierto énfasis en la STC 236/2007 por ser la que *reconceptualiza* toda la línea jurisprudencial e inaugura la nueva *tendencia decisoria*, seguida ya por siete decisiones sobre los mismos temas.

Ofreceremos un enfoque macro de las decisiones judiciales que prepararon la escena constitucional para la llegada de la STC 236/2007; luego haremos una especie de zoom sobre esa sentencia para resaltar sus puntos más críticos y explicar con más detalle por qué creemos que el puente de transición a la normalidad constitucional del extranjero está quebrado, no sólo por la metodología y la repetición de problemas jurídicos fútiles. Y, finalmente, volveremos a ampliar el foco de crítica para englobar todas las sentencias

¹ Nos referimos a las SSTC 236, y 250 a 265 del año 2007. En realidad hubo un recurso de inconstitucionalidad más contra la LO 8/2000. Si sólo hay 8 sentencias es porque el Gobierno de las Illes Balears, que interpuso el Recurso de Inconstitucionalidad núm. 1670/2001, planteado en relación con el art. 1, apartados 5, 6, 9 y 16 de la Ley Orgánica 8/2000, desistió del procedimiento, siendo aceptado tal desistimiento por el TC mediante ATC 29/2006, de 1 de febrero de 2006. Además se plantearon contra la misma Ley cuatro cuestiones de inconstitucionalidad por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Oviedo en relación a con el artículo 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000. Todas ellas [cuestiones 422-2007, 731-2007, 3676-2007 y 7425-2007] se inadmiten por infundadas mediante los AATC 409/2007, 454/2007, 455/2007 y 457/2007.

del último bloque y analizar los efectos que el mismo Tribunal dispuso para ellas.

Aquí y ahora –antes de entrar al análisis crítico de las sentencias– nos gustaría destacar sólo tres elementos esenciales:

1. La LO 4/2000 es aprobada a finales de la VI legislatura por el Congreso de los Diputados tras rechazarse por 190 votos las enmiendas procedentes del Senado y apoyadas por el Grupo Parlamentario Popular. Unos meses más tarde, en noviembre del año 2000, y ya en la VII legislatura, con una mayoría absoluta del PP en el Congreso de los Diputados, se aprueba –por 187 votos a favor de los parlamentarios del PP, CiU y Coalición Canaria– la LO 8/2000, que viene a reformar la LO 4/2000. Será esta, la LO 8/2000 la que será objeto de recurso por unos legitimados que, claramente, se sitúan ideológicamente entre quienes habían defendido y aprobado la primera «versión» de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Es decir los recurrentes son, o bien los integrantes del grupo parlamentario mayoritario de la oposición (STC 261/2007), o bien los órganos colegiados Ejecutivos (SSTC 259, 262, 263, 264, 265/2007) o Asambleas (SSTC 236, 260/2007) de Comunidades Autónomas en las cuales dichos Ejecutivos o Asambleas, se revestían de un color político distinto al del partido que, con su mayoría absoluta en el Congreso, había aprobado la Ley Orgánica en cuestión. Es interesante observar el hecho de que la mayoría de los recursos son presentados por entes autonómicos que consideran que la Ley «afecta a su propio ámbito de autonomía», y esa actuación es admitida por el Tribunal Constitucional amparándose en una interpretación no restrictiva del art. 32.2 LOTC, y en el siguiente argumento: Las CCAA pueden interponer recurso de inconstitucionalidad contra una disposición siempre que exista una norma atributiva de competencias que les permita actuar en determinada materia que forme parte del contenido de la regulación que se pretende impugnar. En este caso, y a pesar de que el art. 149.1.2 CE otorga al Estado central competencia exclusiva en materia de *nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo*, es cierto que la LO 8/2000 regula aspectos relacionados con los extranjeros que sí son responsabilidad de las Comunidades Autónomas en virtud de su asunción de competencias sectoriales en materia de enseñanza, vivienda, policía, menores, asistencia social o sanidad, sin olvidar el hecho de que los derechos afectados por la Ley pueden ejercerse frente a todos los poderes incluidos los autonómicos.

2. **Los derechos o principios sobre los que el Tribunal se pronuncia** en las distintas sentencias se pueden agrupar en tres grandes bloques:

a. **Los derechos cuyo disfrute se limita, no ya a los extranjeros en general, sino a los inmigrantes irregulares en particular.** Se trata de:

- *Las libertades de reunión y manifestación (art. 21 CE), el derecho de asociación (art. 22 CE), y el derecho a la educación [no obligatoria para los menores de 18 años (art. 27.1 CE)] y el derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 24 CE).* No resulta

sencillo unificar las causas de inconstitucionalidad que los recurrentes identifican en la redacción dada por la LO 8/2000 a los preceptos que regulan el ejercicio de los anteriores derechos por los extranjeros. Pero si se puede identificar el argumento principal de inconstitucionalidad: según los recurrentes la jurisprudencia del Tribunal Constitucional permite asegurar que los derechos citados son derechos inherentes a la persona y derivados de la dignidad humana (art. 10 CE) de modo que no resulta constitucionalmente admisible la distinción en su ejercicio entre españoles y extranjeros.

- *Los derechos de sindicación y huelga (art. 28 CE)*, cuya limitación podría resultar inconstitucional por vulneración del contenido esencial constitucionalmente declarado de estos derechos.

b. *El derecho a la intimidad familiar*, en la dimensión correspondiente al derecho al reagrupamiento familiar. En este caso el problema al que se enfrenta el Alto Tribunal es la determinación de si el derecho a la vida familiar está integrado como parte del contenido del derecho a la intimidad familiar y si, entonces, lo referente a aquel derecho queda protegido por la garantía de la reserva de ley.

c. *Los derechos o principios que pueden verse afectados por la regulación que la Ley hace de distintos procedimientos administrativos (sancionadores o no) relacionados con el control de flujos (concesión de visado, expulsión, retorno)*

- *El derecho a la libertad personal (art. 17 CE)*, que se vería afectado por la regulación que se hace del retorno y de la posibilidad de internamiento previo al mismo si éste no se produjera en las 72 horas siguientes al rechazo en frontera (art. 60 LO 4/2000); y por el plazo de duración máxima (40 días) de la medida cautelar de internamiento adoptada durante la tramitación de un expediente sancionador (art. 62 LO 4/2000).

- *Libertad de residencia y circulación (art. 19 CE)*, derecho que podría verse limitado por la medida cautelar prevista en el seno de procedimientos sancionadores destinados a la expulsión del extranjero de territorio nacional que limita –precisamente– la libertad de residencia y circulación.

- *Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)*. Este derecho es alegado en sus dimensiones de: a) *derecho a la motivación*, respecto de la obligación o no de motivar la denegación de visado en ciertos casos (arts. 20.2 y 27.5 LO 4/2000); b) *derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión*, que sería cercenado por el hecho de no conceder sino 48 horas para presentar alegaciones en caso de incoación de ciertos expedientes de expulsión (art. 63.2 LO 4/2000); c) *derecho a la justicia cautelar*, que se vería afectado por la regulación de los arts. 1.15 y 1.56 LO 8/2000, de los que podría deducirse la imposibilidad de acordar la suspensión cautelar de la expulsión acordada por la autoridad administrativa en el proceso preferente.

- *El principio de legalidad penal (non bis in idem, y predeterminación de las conductas ilícitas y las sanciones correspondientes art. 25.1 CE)*, que se alega como vulnerado por la previsión del art. 1.50 LO 8/2000, que anuncia como causa de

expulsión la condena por la comisión de un ilícito penal, y que además podría contener habilitaciones en blanco a la administración a la hora de imponer este tipo de sanciones.

3. *Las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la Ley española de derechos y libertades de los extranjeros adquiere una especial relevancia en el contexto europeo*, en un momento en que los países de nuestro entorno (Francia e Italia especialmente) están endureciendo sus políticas migratorias, a través de medidas terriblemente restrictivas de los derechos fundamentales de los extranjeros, especialmente de los extranjeros indocumentados, o irregulares. Si observamos los pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal en esta perspectiva «europea», nos cumple albergar cierto optimismo a juzgar por el resultado final de los mismos, que declaran inconstitucionales algunos de los restrictivos preceptos de la Ley relativos al disfrute por los extranjeros irregulares de derechos como la reunión, manifestación, educación, huelga, etc...Ahora bien, ese optimismo relativo, sólo posible si miramos lo que están haciendo nuestros vecinos, se ve matizado en cuanto profundizamos en las técnicas y argumentos usados por el Tribunal para alcanzar las conclusiones que alcanza y que, en todo caso, podrían haber sido incluso más sensibles con la situación –tantas veces penosa– de los extranjeros en nuestro país.

2. ARITMÉTICA JUDICIAL O ACUMULACIÓN PROCESAL

¿Por qué es necesario leer ocho sentencias resolutorias de otros tantos recursos de inconstitucionalidad para conocer el juicio del Tribunal Constitucional sobre el ajuste de la LO 8/2000 a la Constitución? O, planteado de otro modo, ¿por qué el TC decide no hacer uso de la facultad que su Ley Orgánica (art. 83 LOTC) le concede para acumular procesos con objetos conexos? El observador externo podría pensar que, dado que todos los recursos se refieren a la misma ley, se hubiera justificado la «*unidad de tramitación y decisión*» de los mismos para dotar de mayor coherencia a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

Tal unidad de tramitación y decisión podría haber sido determinada de oficio por el Tribunal, eso sí, previa audiencia de los comparecidos en cada uno de los procesos constitucionales, o a instancia de cualquiera de los personados en los procedimientos. Pues bien, ni las partes comparecidas en los distintos procesos solicitaron la acumulación, ni el Tribunal optó por acumular en ningún momento de ninguno de los procedimientos.

Es cierto que es potestad del órgano juzgador decidir si procede o no la acumulación, siempre y cuando concurran determinados requisitos, y que por tanto se defiende jurídicamente la decisión de no acumular. Pero en la medida en que consideramos que los requisitos necesarios para que se dé la agrupación se daban en el presente caso, cabe preguntarse por qué el Tribunal decidió no hacerlo.

Por un lado se requiere la *conexión de objetos* entre los procesos susceptibles

de agrupación. Esta conexión se interpreta por el propio Tribunal de forma flexible, de manera que no es preciso ni que exista identidad de las partes (conexión subjetiva), ni de los preceptos recurridos. Ese núcleo básico coincidente concurrirá cuando en todos los procesos exista el mismo objeto material, y la misma *causa petendi* o razón por la cual se pide la declaración de inconstitucionalidad –en el caso concreto que nos ocupa– (AATC 201/1985 y 198/1993).

Parece claro que los ocho (en principio nueve) recursos contra la Ley 8/2000 se refieren al mismo objeto material, es decir, la Ley que modifica la LO 4/2000 de Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social. Y no sólo eso, sino que se da una coincidencia notable en los preceptos recurridos, así como en las razones de inconstitucionalidad alegadas, que se vinculan en su mayoría: a) a la idea de que la limitación de los derechos fundamentales de los extranjeros contemplada en la Ley va contra de la dignidad de la persona reconocida en el art. 10.1 CE, y contra una serie de tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España y aplicables a la solución del recurso por vía de lo dispuesto en el art. 10.2 CE.

Y es relativamente fácil verificar esta identidad material. Sólo 3 de las 8 sentencias incluyen pronunciamientos innovadores: la STC 236/2007 que resuelve la mayor cantidad de dudas de constitucionalidad [sobre los apartados 5, 6, 7, 9 (sobre un párrafo), 12, 13, 14, 16, 20, 50 (una sección), 53, 56 del art.1 LO 8/2000]; la STC 259/2007 [apartados 9 (sobre otro párrafo), 15, 56 (otro apartado) del art. 1 LO 8/2000]; y la STC 260/2007 (apartados 50 [otra sección], 54 y 55 del art. 1 LO 8/2000). De forma que hay una sentencia que se pronuncia sobre el ajuste constitucional de 12 preceptos (o secciones de preceptos) de la Ley recurrida y otras dos que se pronuncian sobre tres preceptos (o secciones) más cada una, utilizando, en la mayoría de los casos para juzgar la constitucionalidad de estos seis preceptos, el reenvío a argumentaciones previas contenidas en la sentencia 236/2007 o en sentencias o autos anteriores aún. El resto de los pronunciamientos (de la STC 261 a la STC 265/2007) no aportan nada nuevo, y vuelven sobre preceptos cuya constitucionalidad ya ha sido analizada en las sentencias 236, 259 y 260, pero sobre todo en la primera de éstas.

Por tanto, el mismo Tribunal, en sus sentencias, está resaltando la conexión de objetos. Está resaltando que el contenido de sus pronunciamientos es tan cercano, que en realidad los procesos que resuelven podrían haber sido integrados en uno sólo. Uno solo en que se resolviesen todas las dudas de constitucionalidad, sobre los 16 preceptos recurridos².

Ahora bien, junto a la existencia de un «núcleo básico coincidente» (ATC

² Dos preceptos, el 1.9 y el 1.50 LO 8/2000 son recurridos de forma fraccionada, y se resuelve sobre su constitucionalidad también de forma fraccionada, refiriéndose las SSTC 236 y 259 a dos apartados diferentes del art. 1.9, y las SSTC 236 y 260 a apartados diferentes del art. 1.50.

471/2007), es preciso que concurra también la *valoración de la oportunidad de unificar* la tramitación y la decisión. Según la doctrina del Tribunal Constitucional «*se trata de requisitos diferentes que han de concurrir necesariamente y de manera simultánea para que proceda la acumulación, no bastando con que se dé el primero de ellos*» (ATC 280/1982).

La concurrencia del criterio de oportunidad implicará que la acumulación de los procesos sea necesaria para alcanzar una decisión jurídica uniforme y para favorecer la economía procesal. Y dice el propio tribunal que «*dictar una sola sentencia no es razón de oportunidad suficiente (ATC 261/2007, de 24 de mayo). A veces la contestación en una única sentencia a la totalidad de las pretensiones suscitadas resultaría excesivamente compleja (AATC 76/2000, de 29 de febrero, F. 2; 215/2002, de 29 de octubre, F. 2, y 216/2002, de 29 de octubre, F. 2)*».

Aparentemente, en este caso, la elaboración de una sola sentencia hubiera simplificado el pronunciamiento sobre el asunto. Ya se ha apuntado como es muy poco lo que aportan de nuevo las sentencias posteriores a la 236/2007. Los problemas principales de constitucionalidad de la Ley son resueltos en esta primera sentencia que, posiblemente, fue la primera precisamente porque el recurso que resolvía era el referido a mayor número de preceptos de la ley. Ahora bien, hubiera sido perfectamente viable resolver en la misma las dudas de constitucionalidad sobre los otros 4 preceptos recurridos y no contenidos en la demanda del Parlamento de Navarra, y sobre las dos secciones de los arts. 1.9 y 1. 50 LO 8/2000 ya analizados –en otros aspectos– en la primera decisión.

Y desde luego, lo que hubiera simplificado sin duda, es la conjugación de efectos de los fallos de las sentencias. A esto hacemos referencia en el apartado referido a tales efectos.

Es posible que la acumulación suponga inconvenientes de orden formal (adopción de la decisión de acumular, traslado a todas las partes para que se pronuncien sobre la acumulación, complejidad en el relato de los antecedentes de la sentencia, complejidad en la discusión de la ponencia, que habrá de ser necesariamente más larga y difícil de elaborar al referirse a mayor cantidad de preceptos objeto de control y parámetro de control, etc....) que desaconsejen su utilización, y que las ventajas de la acumulación sólo puedan ser analizadas *a posteriori*, es decir, una vez se elaboran y aprueban los pronunciamientos y los fallos. Pero la certeza de que la coherencia de un solo pronunciamiento del Tribunal sobre una misma Ley sería mayor y ayudaría en la labor de integración e interpretación del sistema normativo conforme a la Constitución, no se ve cercenada por estas dificultades.

3. PANORÁMICA Y ZOOM SOBRE LA STC 236/2007

La perspectiva que ofrece una mirada al contexto de una decisión judicial es amplia y completa, como la que ofrece un gran angular a un fotógrafo

de paisajes. En cambio, la imagen que se alcanza a percibir analizando aisladamente una sentencia es reducida, y probablemente falseada por la ausencia de los elementos que componen el escenario general en el que fue dictada. Por eso, para entender la repercusión de la STC 236/07 conviene construir –aunque sea muy precariamente– la línea jurisprudencial que le sirve de escenario. Si ubicamos la sentencia 236/2007, sobre la línea jurisprudencial que esperaba su llegada, quedarán resaltados sus giros inesperados, su renuncia a pasar por la puerta que se le había ido abriendo desde hace 20 años hacia la construcción de una teoría normalizadora del estatus constitucional del extranjero en España.

Sin perjuicio de lo dicho, creemos que no estará demás asumir una perspectiva de acercamiento, una lectura en zoom de la sentencia 236/2007, para resaltar los detalles metodológicos y lógicos que hacen que sea una pieza jurisprudencial frágil y, porque no decirlo, decepcionante.

3.1. Primera panorámica: La fractura de una expectativa. El escenario desperdiciado

a) *Eje del sistema de construcción jurisprudencial: un problema artificial*

La jurisprudencia sobre derechos de extranjeros es desarticulada. El TC no ha creado conscientemente un cuerpo de sentencias con una misma lógica, ni puede decirse que las líneas opuestas que podrían encontrarse dentro del grupo de sentencias que tratan este tema, hayan sido construidas de manera sistemática, con referencias explícitas a la opción contraria. El Tribunal ha ido cambiando de opciones metodológicas para aproximarse a los problemas planteados en cada asunto, aisladamente, sin hacer un esfuerzo de unificación jurisprudencial.

El primer obstáculo para componer una línea jurisprudencial que permita entender cuál es el régimen jurídico-constitucional de los derechos fundamentales de los extranjeros en España, es que no se puede identificar el problema jurídico que resuelven las sentencias que conforman la línea.

En efecto, dado que el TC, cuando se trata de resolver asuntos sobre derechos de extranjeros, no concentra su argumentación en los problemas materiales, sino que se enfoca en el problema metodológico. Por eso para construir una línea jurisprudencial más o menos comprensible, hemos identificado como problema jurídico planteado tácitamente en las sentencias que componen la línea el siguiente: *¿Los poderes públicos tienen las mismas limitaciones respecto de los derechos y libertades constitucionales de los extranjeros –exceptuando los del artículo 23–, que respecto de los derechos y libertades constitucionales de los españoles?*

Estudiar las sentencias del Tribunal desde este problema jurídico permite identificar que en todas ellas el TC se ha preocupado más por crear categorías de derechos o métodos especiales para analizar los casos en que hubiese extranjeros, que por resolver los problemas de fondo mediante la utilización

de los tests de proporcionalidad, razonabilidad e igualdad, como lo hace ordinariamente con los demás asuntos –con los asuntos de españoles–.

Esto ha impedido que la línea jurisprudencial sobre los derechos del extranjero, aporte elementos a la discusión sobre el sentido del artículo 13-1 en el título I de la CE, sobre la igualdad como límite al desarrollo legislativo de tales derechos, o sobre los criterios de valoración de la constitucionalidad de las finalidades que soportan una intervención –legislativa o administrativa– sobre aquellos derechos.

b) *Mapa de metodologías y respuestas, aparentemente firmes y poderosamente tímidas*³

Las respuestas que la jurisprudencia constitucional ha dado al problema jurídico que identificamos se mueven entre dos *extremos* opuestos. Las respuestas *extremas* delimitan un campo intermedio, en el que ubicaremos cada una de las sentencias de la línea en la posición «geográfica» más próxima al extremo que coincide con su tesis. Eso nos permitirá visualizar los puntos clave de la narración que hemos extraído de la jurisprudencia del Tribunal en esta materia.

La primera posición (que ubicaremos a la derecha del cuadro que grafique la línea jurisprudencial) parte de la idea de que los derechos de los extranjeros se pueden clasificar en tres categorías. Una de ellas es la de los derechos vinculados a la dignidad humana. La respuesta que el TC da al problema jurídico, en este extremo, es que los poderes públicos tienen las mismas limitaciones respecto de los derechos de extranjeros y españoles sólo cuando esos derechos resulten indispensables para la garantía de la dignidad humana. En consecuencia, las sentencias que ubicaremos más cerca de esa posición son las que utilizan la triple clasificación de derechos como *ratio decidendi*.

La segunda posición (que ubicaremos a la izquierda del gráfico) supone que los límites de las intervenciones del poder público sobre los derechos, tanto de extranjeros como de nacionales, tienen un estándar mínimo en el que deben ser idénticos: respetar el contenido esencial de los derechos. En los puntos más cercanos a esta posición ubicaremos las sentencias que ni siquiera mencionan la clasificación anterior y cuya *ratio decidendi* se basa en el respeto al contenido esencial de los derechos. También cerca de esa posición, pero no en los puntos más próximos al extremo, ubicaremos las decisiones cuya *ratio decidendi* se basa en el contenido esencial pero que no dejan de mencionar las categorías, o que utilizan la *vinculación a la dignidad* como argumento auxiliar del contenido esencial. El mapa de la línea será, entonces, el siguiente:

³ Este método para representar gráficamente líneas jurisprudenciales es tomado de LOPEZ MEDINA, Diego, *El derecho de los jueces*, Legis, Bogotá, 2007.

¿Los poderes públicos tienen las mismas limitaciones respecto de los derechos y libertades constitucionales de los extranjeros –exceptuando los del artículo 23–, que respecto de los derechos y libertades constitucionales de los españoles?

<p>El núcleo duro o contenido esencial de los derechos de extranjeros y españoles es el límite común indisponible para todos los poderes públicos.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • 107/1984 • 99/1985 • 115/1987 • 144/1990 • 94/1993 • 116/1993 • 91/2000 • 95/2003 • 236/2007 • 259/2007 • 260/2007 • 261/2007 • 262/2007 • 263/2007 • 264/2007 • 266/2007 	<p>Los poderes públicos tienen las mismas limitaciones respecto de los derechos de extranjeros y españoles sólo respecto de aquellos (derechos) que resultan indispensables para la garantía de la dignidad humana.</p>
---	--	--

El TC, inaugura esta línea jurisprudencial con la sentencia 107/1984⁴, que remite al legislador la competencia de configurar todos los derechos de los extranjeros (ex artículo 13 CE), excluye la aplicación de la tutela antidiscriminatoria del artículo 14 de las relaciones entre españoles y extranjeros y formula la tan criticada clasificación de los derechos de los extranjeros: los que corresponden por igual a extranjeros y españoles y cuya regulación debe ser igual para ambos porque son indispensables para la garantía de la dignidad humana; los que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (artículo 23) y los que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, y respecto de los que es admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio. En todo caso, hay que decir que incluso en esta sentencia, el TC reservó un ámbito indisponible por el legislador: el de la primera categoría, aunque no podamos saber cuáles son los derechos fundamentales que no puedan incluirse en ella.

Para lo que aquí interesa, esa sentencia inaugura la línea jurisprudencial en su extremo derecho, y las permanentes citas retóricas de esa clasificación harían pensar que el desarrollo de la línea ha sido monótono y fiel a esa posición.

⁴ Que debía resolver si exigir permiso de residencia a un extranjero como requisito de validez de su contrato de trabajo vulneraba el derecho a la igualdad.

Sin embargo, lo cierto es que la siguiente sentencia que profirió el Tribunal matizó un poco las afirmaciones de la STC fundadora. Así, la sentencia **99/1985**⁵ pese a que aplica la clasificación de la STC 107/1984, y entiende que el derecho a la tutela judicial efectiva está dentro del primer grupo de derechos, reconduce el análisis del caso concreto a la garantía del núcleo esencial del derecho.

Pero fue en 1987 cuando el TC dictó la sentencia que cambiaría tímidamente la jurisprudencia. La TC **115/1987** estudia la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley Orgánica 7 de 1985⁶. No recurre a la clasificación propuesta por la sentencia de 1984 y por supuesto no profundiza en las innumerables cuestiones que planteaba su categorización de derechos, sino que asume el estudio de constitucionalidad de las normas aplicando la garantía del contenido esencial de los derechos. Además introduce una regla metodológica a la que no faltará en adelante: el control al legislativo cuando desarrolle los derechos fundamentales de los extranjeros se concentrará en la garantía de su núcleo esencial y no se extenderá al problema de los límites del desarrollo legal de su contenido.

Desde esta sentencia, el TC se limita a garantizar exclusivamente la inmunidad del contenido esencial de los derechos fundamentales de los extranjeros. Es como si a partir de 1987, se hubiese dejado anunciado el problema de la igualdad como límite al desarrollo legal del contenido de esos derechos, hasta que otra sentencia de constitucionalidad asumiera el reto de extender el control de constitucionalidad más allá del núcleo duro.

Mientras tanto, las siguientes sentencias⁷ siguieron el camino marcado. Por ejemplo, la **STC 144/1990**, en cambio, ni siquiera recurre a la clasificación de 1987 y, protegiendo el contenido esencial de los derechos comprometidos, resuelve que una decisión de internamiento de ocho extranjeros con una motivación genérica y sin concreción alguna sobre cada detenido vulnera los derechos a la tutela judicial efectiva y a la libertad. La **STC 94/1993** que resuelve si una orden de expulsión dictada contra una mujer que ya había solicitado la renovación de su permiso de residencia vulnera su derecho a la libre circulación, menciona la clasificación pero analiza la proporcionalidad de la medida y funda la *ratio decidendi* de la sentencia en la violación del contenido esencial del derecho a la libre circulación que la Constitución reconoce a los extranjeros residentes. La **STC 116/1993** ni siquiera hace alusión a los criterios que soportan la clasificación tripartita y

⁵ Debía resolver si la tutela judicial efectiva se veía afectada por la exigencia judicial de un requisito extra legal de *procedibilidad* para perseguir el delito de falso testimonio.

⁶ Antes de la entrada en las Comunidades Europeas, se aprobó la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, paradójicamente una de las más duras de Europa, quizá porque se temía que, la entrada en la Europa Comunitaria convirtiese a nuestro país en zona de tránsito para inmigrantes cuyo destino final eran los países de nuestro entorno más desarrollados económicamente.

⁷ Por supuesto, por las limitaciones de este trabajo, haremos referencia a una mínima parte de ellas.

realiza un examen de constitucionalidad de la actuación administrativa en la que el componente de «extranjería» no establece diferencia alguna⁸. Esta sentencia resuelve proteger el derecho del recurrente a no ser sancionado sino en aplicación de normas que definan la conducta ilícita y la sanción correspondiente, vulnerado por fundar al expulsión en el artículo 29.1 del Decreto 522/1974 que infringía directamente el art. 25.1 CE al definir las conductas determinantes de la expulsión mediante conceptos vagos que dejaban indefinidos los tipos punibles merecedores de tal medida. Por su parte la **STC 91/2000** hábilmente reconduce el discurso de la STC 107/1984 sobre la categoría de derechos indispensables para la garantía de la dignidad humana a la teoría general sobre la garantía del contenido esencial de los derechos, y orienta su análisis a la identificación del núcleo duro de los derechos al proceso justo y a la defensa, para determinar que el poder judicial español puede vulnerar indirectamente los derechos fundamentales si reconoce, homologa o da validez a resoluciones adoptadas por autoridades extranjeras, como en el caso concreto cuando el órgano judicial español consideró posible la entrega incondicionada del recurrente en extradición pese a haber sido juzgado en ausencia por un delito grave, entendiendo que el derecho de defensa es disponible. En la **STC 95/2000** también se menciona la clasificación pero reconduce el problema a la garantía del núcleo básico del derecho a la tutela judicial efectiva en un caso en que los tribunales excluyeron a una extranjera de las prestaciones de salud por no considerarla beneficiaria del sistema con base en una interpretación irrazonable de las normas.

En el año 2003 el TC dictó de nuevo –y tras casi diez años desde la primera– una sentencia sobre la inconstitucionalidad de una Ley que afectaba a los derechos de los extranjeros: la **STC 95/2003** que resolvía un recurso contra el inciso «que residan legalmente en España» del apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. En ella el Tribunal centró su análisis en el problema del respeto al contenido constitucional indisponible que garantiza el artículo 119 al configurar el derecho a la asistencia jurídica gratuita, excluyendo de ella a los extranjeros no residentes. Mencionó la clasificación para insistir en el trato idéntico entre españoles y extranjeros en derechos de la primera categoría. En esta ocasión, el TC no terminó de romper con la doctrina del año 84, pero no retrocedió: Se mantuvo firme en el recurso al núcleo duro como vía de protección a los derechos de los extranjeros. No cerró las puertas a una futura aproximación al problema de la igualdad como límite al desarrollo legal del contenido del derecho (no del contenido esencial indisponible), aunque no se acercó más a él.

⁸ En efecto, esta sentencia resuelve proteger el derecho del recurrente a no ser sancionado sino en aplicación de normas que definan la conducta ilícita y la sanción correspondiente, vulnerado por haber sido expulsado con base en el artículo 29.1 del Decreto 522/1974 que infringía directamente el art. 25.1 CE al definir las conductas determinantes de la expulsión a través de conceptos que por su amplitud y vaguedad dejaban en la más absoluta indefinición los tipos punibles merecedores de tal medida.

En resumen, el escenario jurisprudencial que se había articulado y estaba a la espera de la sentencia que resolviera las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley orgánica 8/2000, era el siguiente: el TC había renunciado tácitamente a la aplicación real de la metodología de las categorías de derecho y se había mantenido constantemente en una línea que –incluso recurriendo retóricamente a la clasificación– recurría a la garantía del núcleo básico de los derechos de los extranjeros, tal como lo hace con los derechos de los españoles, pero sin pasar a estudiar los límites del desarrollo legislativo del contenido del derecho y, por tanto, sin resolver el problema que dejó anunciado y en *stand by* desde el año 1987: la igualdad como límite de la potestad reguladora del legislador a la hora de introducir tratamientos diferenciados entre españoles y extranjeros que no afecten el núcleo duro del derecho y que utilicen como hecho diferencial únicamente la nacionalidad. Veinte años de jurisprudencia hacían pensar que la barrera de las tres categorías había sido debilitada por su uso meramente retórico y acaso auxiliar para apoyar la defensa de la igualdad.

Era más que razonable esperar que se diera un paso adelante para aclarar por fin el estatuto jurídico constitucional del extranjero en España, pues había ya muchas sentencias en las que el mismo TC, tácitamente –y de manera inconsciente– probó la inutilidad práctica de la metodología propuesta en 1984, dejando ver entre líneas que había una contención en el análisis, que siempre quedaba pendiente el siguiente escalón: el examen de constitucionalidad de las medidas diferenciales en el desarrollo legal del contenido del derecho; la cuestión de la igualdad, la tutela antidiscriminatoria frente a la libertad legislativa en materia de derechos de extranjeros. Eso era lo que gran parte de la doctrina esperaba de la STC 236/2007: que trazara por fin el puente para cruzar del estéril debate sobre la categoría de derechos y la intensidad de sus limitaciones, al análisis regular de las intervenciones sobre los mismos, haciendo uso de los tests de igualdad, proporcionalidad y razonabilidad.

c) *El puente quebrado de la STC 236/2007*

Al contrario de lo que se esperaba, la STC 236/2007 complicó el camino con una pirueta sintáctica que funde dos posiciones jurisprudenciales metodológicamente incompatibles, las dos que se sitúan en los extremos geográficos opuestos de la línea jurisprudencial descrita, construyendo así un puente sin destino.

Si la STC 115/1987 cambió la jurisprudencia que había iniciado estérilmente la 107/1984 fue precisamente porque utilizó la garantía del núcleo esencial como única vía de control de constitucionalidad de las intervenciones de los poderes públicos sobre los derechos de los extranjeros, superando así el problema que le suponía al TC imponer la igualdad absoluta en los derechos del primer grupo (y la consiguiente asunción de que hay derechos fundamentales que no están vinculados con la dignidad), evitando la concesión de una potestad al legislador de reconocimiento gracioso de derechos constitucionales y descartando la inmensa discrecionalidad que le atribuía

dicha sentencia para su regulación. Pues bien, la STC 236/2007 propone un método mixto en el que neutraliza las escasas ventajas de ambos sistemas; y con ello, da un giro que deja al TC de espaldas (o casi) a la posibilidad de avanzar hacia la igualdad y la proporcionalidad como límites al desarrollo legislativo del contenido de los derechos.

En efecto, si haciendo un esfuerzo optimista, se encontraba que la 107/1984 tenía su elemento positivo en la reserva de un mínimo indisponible –por discutible que fuese– equiparable a aquellos derechos indispensables para la garantía de la dignidad humana, la STC 236/2007 lo anula. Si la STC 115/1987 constituía un paso adelante –hacia la normalización del estatuto constitucional del extranjero– porque al discurso de la vinculación de unos pocos derechos con la dignidad opuso un método ordinario de protección de los derechos fundamentales –la garantía al núcleo esencial–, la 236/2007 camina hacia atrás.

La STC 236/2007 es, lo que se ha dado en llamar una sentencia *reconceptualizadora*, es decir una sentencia que revisa toda una línea jurisprudencial e introduce nuevas interpretaciones que en su criterio explican mejor lo que se ha dicho. En este caso, el TC reasigna un nuevo sentido a lo que ha sostenido durante veinte años. Por ello, el Tribunal no retrocede de manera directa hacia antecedentes superados para recuperarlos sin más, sino que generando una especie de efecto escoba, recoge fragmentos inconexos de varias sentencias de la línea y crea un *frankenstein* metodológico que no se parece en nada a la «normalización» de la posición del extranjero en la Constitución.

Precisamente por ser una sentencia *reconceptualizadora*, y porque a partir de su publicación se inaugura una nueva línea centramos nuestro análisis en esa decisión. En sus fundamentos jurídicos 3 y 4, el TC condensa el grueso de su argumento metodológico.

El Tribunal vuelve a la tesis de que no todos los derechos son de la misma estirpe, y que por eso la libertad del legislador para intervenirlos depende del derecho en cuestión. Para determinar las limitaciones de la tarea legislativa respecto de los derechos constitucionales del extranjero, el TC propone un método de análisis compuesto por distintos pasos que permitirían avanzar en una clasificación de los derechos.

El TC intenta manejar dos categorías que en principio se podrían identificar con las dos más importantes de 1984 (derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad y derechos de los que son titulares los extranjeros en la medida y bajo las condiciones de la Ley y los tratados), pero que en realidad son más de dos, son nuevas, y probablemente igual de inaplicables que las anteriores.

i. Primera categoría

Si bien el Tribunal regresa al criterio de la conexión con la garantía de la dignidad para definir qué derechos deben ser aplicados de manera idéntica

para españoles y extranjeros, ahora incluye un juicio adicional: el nivel de conexión. Es decir que no es que sólo haya unos derechos imprescindibles para la dignidad humana, sino que todos están vinculados a la dignidad pero con distintos grados de conexión. Según el Tribunal, el grado de conexión con la dignidad se deduce del siguiente proceso:

1. Identificación del derecho abstracto
2. Identificación del contenido esencial del derecho
3. Identificación del grado de conexión del derecho concreto con la dignidad humana utilizando para ello la DIDH y los demás tratados y acuerdos ratificados por España en la materia.

Lo más incomprensible de este esfuerzo argumentativo es que el mismo TC advierte que el problema del criterio de clasificación a partir de la vinculación con la dignidad humana, es que todos los derechos fundamentales, por su misma naturaleza lo cumplen. Para resolver el problema, en lugar de prescindir del criterio inadecuado, el tribunal empeora el escenario: ahora no es que haya derechos que no estén vinculados a la dignidad, sino que todos lo están pero en grados de conexión diferentes. Ese grado de conexión se debe deducir identificando el núcleo esencial del derecho y buscando la conexión con la dignidad que le reconozcan los tratados internacionales.

Esta metodología tiene, principalmente, tres problemas: el primero consiste en que ningún tratado internacional utiliza el criterio del *nivel de vinculación con la dignidad* el segundo en que está construida sobre un error de lógica jurídica, porque los derechos tienen, todos, una única vinculación posible con la dignidad: una relación de dependencia necesaria; y el tercero es que supone una interpretación que no consulta los criterios que la propia Constitución impone y que, por eso mismo, no tiene efectos útiles.

La metodología propuesta por el tribunal se aparta de los criterios que la Constitución impone, pues supone la utilización la técnica hermenéutica de la literalidad y afirma que, si el derecho es reconocido directamente por la Constitución al extranjero, mediante fórmulas universales como «todos», «todas las personas» o mediante fórmulas impersonales como «se garantiza», el legislador no puede negarlo. Este razonamiento –que no es exclusivo de esta sentencia– es, en sí mismo, extraño a la lógica constitucional, pues pareciera insinuar que el legislador, en otras ocasiones, sí podría negar el ejercicio de un derecho reconocido constitucionalmente.

Dicho de otro modo, el TC recurre a la interpretación literal de los preceptos para determinar el contenido esencial y la extensión subjetiva de los derechos, y reduce el 10.2 a un mecanismo auxiliar para determinar el grado de conexión con la dignidad. Esta metodología se aparta de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE, que como el TC⁹ ha indicado, permite enten-

⁹ Desde la STC 38/1981 hasta la STC 236/2008.

der que los tratados internacionales ratificados por España sean «instrumentos valiosos para configurar el sentido y alcance de los derechos». Ese precepto es una cláusula de integración de los tratados como herramienta básica para fijar, por vía interpretativa, el contenido de los derechos, y es de «gran relevancia para los extranjeros, pues la normativa internacional de derechos humanos ha superado, ya hace décadas, la clásica distinción nacional-extranjero, proclamando la existencia de un conjunto de derechos cuya titularidad se predica de todo ser humano, creando lo que se ha venido a calificar como *Standard* mínimo internacional de derechos»¹⁰.

Ciertamente, ningún artículo que reconozca un derecho fundamental puede ser leído literalmente y de manera aislada de los tratados internacionales suscritos por España, ni de la DUDH, porque así lo dispuso expresamente el constituyente. Es decir, el recurso al sistema hermenéutico de la *literalidad* queda excluido por expresa disposición constitucional cuando se trata de la interpretación de una norma constitucional que verse sobre derechos fundamentales.

De otra parte, la inaplicación del 10.2 en todo su rigor hace que la alternativa metodológica del Tribunal no tenga efectos útiles: habría bastado con admitir que las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales mediante fórmulas excluyentes como «los Españoles», o «los ciudadanos», sólo tienen el efecto restrictivo que su texto sugiere si no contradicen los tratados ratificados por España, y que, de lo contrario prima la interpretación que resulte conforme con éstos. En la práctica, según lo ha dicho el mismo TC, el contenido que las Convenciones reconozcan a los derechos se convierte en el constitucionalmente declarado, cuando el legislador o cualquier otro poder público adopte decisiones en relación con uno de tales derechos o libertades reduciendo el contenido que le atribuyan los citados Tratados¹¹.

Y, finalmente, el TC recurre con mucho rigor al sistema de la literalidad para saber cuándo un derecho ha sido reconocido directamente por la Constitución y para deducir de ello una limitación de la libertad del legislador que, por el contrario, no sería aplicable a otros artículos con redacción diferente. Uno pensaría que esa es la utilidad de ese método de interpretación: distinguir el nivel de discrecionalidad del poder legislativo en unos y otros casos, otorgando un plus de libertad de configuración al legislador respecto de los derechos que supuestamente no son reconocidos al extranjero directamente por la Constitución por así indicarlo su tenor literal, y prohibiendo la restricción del ejercicio de aquellos que sí lo son. Pero el mismo TC dice que, en todo caso, la Ley puede establecer legítimamente condiciones al ejercicio de derechos reconocidos *ex constitutione* a los no nacionales. En otras palabras, el plus de libertad al legislador –en las teorías

¹⁰ VIDAL FUEYO, María del Camino, *Constitución y extranjería: los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pg. 70.

¹¹ STC 36/1991 de 14 de febrero.

del Tribunal–, viene dado por el hecho de que el titular del derecho sea un extranjero. Siendo así, habría podido prescindir de la literalidad como método de lectura constitucional pues según su propia argumentación no aporta ningún efecto útil en la tarea de definir el régimen especial aplicable a los derechos de los extranjeros en España.

ii. Segunda categoría

Además de la primera categoría en la que parecerían caer todos los derechos constitucionales, el TC insiste en otra «formalmente» traída de 1984: la de aquellos «derechos de los que serán titulares los extranjeros en la medida y condiciones que se establezcan en los tratados y las leyes». No hay pistas sobre cuáles serían esos derechos ni sobre los efectos que tendría su clasificación en esa categoría: a lo largo de la sentencia el TC no hace uso explícito de ella. Siempre, incluso para proteger el alcance prestacional del derecho a la educación, conduce sus análisis según la metodología propia de la primera categoría.

iii. Tercera categoría

Finalmente, el TC anuncia la existencia de otra categoría de derechos: aquellos «que por *su propia naturaleza* son incompatibles con la situación de irregularidad». Es decir, existen unos derechos, no sabemos cuáles, cuya naturaleza jurídica somete su eficacia al cumplimiento de ciertas condiciones administrativas.

No se trata de modulaciones legales al ejercicio de un derecho fundamental, sino de un nuevo tipo de derechos constitucionales *naturalmente* dependientes de requisitos de derecho administrativo.

No encontramos en la sentencia aplicación práctica para esta novedad, por lo que no podemos saber a qué se refiere el Tribunal. En rigor, sólo hay derechos fundamentales y el legislador –como siempre– juega su papel en el desarrollo de su contenido respetando su contenido esencial y los límites que más allá del mismo le imponen la igualdad, la proporcionalidad y la razonabilidad; o un derechos no constitucionales de creación legal, o cargas administrativas propiamente dichas... pero imaginar una mezcla de los tres es forzar demasiado la doctrina jurídica y sugerir efectos probablemente incompatibles con el sistema de fuentes de un Estado Constitucional, como el de imputar a «*la naturaleza jurídica*» de un derecho constitucional su inferioridad frente a normas de naturaleza administrativa.

3.2. Zoom: Los detalles de una pieza complicada

Consideramos interesante sistematizar los argumentos esgrimidos por el Tribunal en el estudio de los cargos de inconstitucionalidad resueltos en la STC 236/2007 de acuerdo con la metodología en ella propuesta.

- a) *Utilización de la metodología en el análisis de los motivos de inconstitucionalidad*
- i. Motivos para cuyo estudio aplica la metodología sin ninguna matización

El derecho de reunión y derecho de asociación. Para el análisis de estos derechos, el Tribunal, efectivamente, recurre a definiciones abstractas tomadas de la propia jurisprudencia y al tenor literal de los artículos que reconocen esos derechos. Luego, para seguir rigurosamente el método de análisis, aborda la cuestión del «grado de conexión» de los derechos con la dignidad, y para ello enumera o transcribe los artículos de los tratados o declaraciones de derechos humanos pertinentes, para deducir directamente de ellos que esos tratados y declaraciones «parecen vincular el derecho de reunión a la dignidad» y que «el derecho de asociación se encuentra, pues, vinculado a la dignidad humana» porque protege el valor de la sociabilidad y porque los tratados lo proyectan universalmente.

Teniendo en cuenta esas conclusiones, tanto para el derecho de asociación como para el de reunión, el Tribunal resuelve que la Ley no establece condiciones al ejercicio del derecho sino que niega estos derechos a los extranjeros que no tienen autorización de estancia o residencia, y por eso las normas respectivas son inconstitucionales¹².

- ii. Motivos para cuyo estudio matiza el esquema metodológico propuesto

El derecho a sindicarse libremente es tratado por el tribunal bajo un esquema metodológico diferente. En este caso, la *ratio decidendi* de la declaración de inconstitucionalidad se centra en la discusión acerca de si una determinada condición de ejercicio de un derecho lo limita o priva a unas personas del ejercicio de su contenido esencial. En efecto, aunque de nuevo recurre al texto para hacer una interpretación literal del artículo 28-1 CE y a su propia jurisprudencia para explicar el alcance del derecho, y relaciona los artículos correspondientes de la DUDH, del PIDCP, del PIDESC, del CEDH, y de los convenios 87 y 98 de la OIT, esta vez no esgrime el argumento de la vinculación con la dignidad. Simplemente concluye que la limitación en el ejercicio del derecho, consistente en poseer una autorización de estancia o residencia, niega por completo el derecho a los extranjeros

¹² Junto a estos dos derechos analizados en la STC 236/2007, la STC 260/2007 también utiliza este esquema metodológica para resolver la duda de constitucionalidad relativa al apartado 54 del art. 1 LO 8/2000. En este caso se impugnaba la medida cautelar en cuya virtud podría imponerse, en el seno de procedimientos sancionadores en los que pueda proponerse la expulsión del extranjero, la obligación de residencia en un determinado lugar. Esta medida limitaría, según los recurrentes, la libertad de residencia y circulación (art. 19 CE), pero según el TC *las personas que no poseen la nacionalidad española sólo tienen derecho a residir en España, y a circular dentro del territorio nacional cuando se lo otorga la disposición de una Ley o de un tratado o la autorización concedida por una autoridad competente, puesto que «la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana».*

sin papeles –y por tanto sin contrato de trabajo–, lo que no se corresponde con la titularidad del derecho fundamental ni con su objeto, que puede consistir precisamente en la defensa del interés de obtener el mencionado contrato laboral.

Esto demuestra la dificultad de aplicar la metodología propuesta por el Tribunal y la necesidad de abordar los problemas jurídicos desde una perspectiva más realista. Sin embargo, en lugar de dar el salto al análisis de constitucionalidad de las finalidades que justificaban la medida y a la proporcionalidad de esta última, el Tribunal continúa en la discusión alrededor del dilema limitación-exclusión. Pero aunque en el marco de esa aparente disyuntiva, lo cierto es que el TC, para resolver este cargo, se centra en la protección del núcleo esencial del derecho a sindicarse libremente, omitiendo, insistimos, toda consideración sobre la «estirpe» del derecho según las nuevas categorías, o sobre su nivel de vinculación con la dignidad humana¹³.

El derecho a la educación. La forma en que el TC asume el estudio de los cargos de inconstitucionalidad por vulneración al derecho de educación deja abiertas muchas dudas provechosas. Igual que en los derechos anteriores, para éste también recurre a la interpretación literal del artículo correspondiente (27 CE) y relaciona el contenido relevante de la DUDH, el PIDCP, del PIDESC y del CEDH para concluir sin otro análisis que «de las disposiciones transcritas se deduce la inequívoca vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana, dada la innegable trascendencia que aquélla adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad y para la misma convivencia en sociedad». Más adelante, el TC aclara que este derecho, además de tener un contenido primario de derecho de libertad, tiene una dimensión prestacional que obliga a los poderes públicos a procurar su efectividad, no solamente en el nivel básico sino que deben garantizar «el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza».

A partir de allí, el TC entiende que el derecho a la educación incluye el acceso a la enseñanza no obligatoria y que los extranjeros sin autorización para residir no pueden ser privados de ella.

El TC cierra el fundamento jurídico dedicado a la educación con una afirmación que se deriva de un test de proporcionalidad tácito, del que se deriva la inconstitucionalidad de condicionar el ejercicio del derecho de educación con medidas propias de la política migratoria como la obtención de determinada situación administrativa de extranjería:

¹³ En sintonía con esta argumentación, la STC 259/2007 establece que el contenido esencial del derecho a la huelga no permite establecer distinciones en cuanto a sujetos titulares del derecho sino que «de manera coherente con su consideración de medio legítimo para la defensa de los intereses de los trabajadores, lo reconoce de manera general a todos ellos», independientemente de que sean nacionales o extranjeros regulares o irregulares.

«Ese derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor».

Dado que el TC se abstuvo de presentar el test completo en el cuerpo de la sentencia, no podemos saber los resultados exactos de cada uno de los juicios propios de dicho test (constitucionalidad de la finalidad, adecuación de la medida, necesidad de la misma, proporcionalidad en sentido estricto), pero por la redacción de la conclusión a la que llega la sentencia, podríamos aventurarnos a afirmar que el TC considera que el derecho a la educación no puede ser intervenido para finalidades ajenas a las relacionadas con la propia educación, como son las relativas a la política migratoria.

Éste es el tipo de análisis que debería hacer el TC en todos los casos. Es la manera de plantearse otro problema jurídico, uno distinto al que ha estancado su análisis hasta ahora. Uno que tenga directa relación con el caso concreto. Estos juicios concretos sobre la intervención legislativa a un derecho permitirán una construcción progresiva del puente hacia la normalidad constitucional del extranjero como sujeto de derechos.

iii. Motivos para los que prescinde totalmente de la metodología de las categorías y la vinculación con la dignidad

El derecho a la vida familiar. Para resolver el problema sustancial que se plantea en este punto, el Tribunal se aparta de la metodología de las categorías. El problema planteado se refiere a la remisión en blanco que hace la Ley al reglamento, para el desarrollo de los requisitos para acceder a la reagrupación familiar, puede constituir una violación de la reserva de Ley que protege el derecho a la intimidad familiar.

La argumentación del TC se orienta a demostrar que el derecho a la vida familiar y la reagrupación familiar no están integrados en el contenido del derecho a la intimidad familiar y a demostrar que la remisión de la Ley al reglamento no se refiere a aspectos relacionados con la intimidad familiar.

Asegura que la reagrupación familiar no ha sido reconocido como derecho fundamental ni en la jurisprudencia del mismo Tribunal ni en la del TEDH. Pero además —y ésta es la gran debilidad de esta parte de la sentencia— sostiene que el derecho consagrado en el artículo 18.1 CE, pese a coincidir con el que se reconoce en el artículo 8.1 del CEDH, no contiene un derecho a la vida familiar: se aparta expresamente de la jurisprudencia del TEDH y de lo que ella ha establecido respecto del contenido del artículo 8 del CEDH. Así, aunque en otras partes de la misma sentencia ha reconocido la fuerza vinculante que tiene el contenido del CEDH en los términos fijados por la interpretación del TEDH, se aparta expresamente de ella. Así, despeja el camino para afirmar que, la remisión de la Ley al reglamento, en materia de requisitos de la reagrupación familiar, no versa sobre derechos fundamentales protegidos por la reserva de ley.

Probablemente si el Tribunal se hubiera ceñido a la metodología con la que estudió el derecho a la asociación, o a la que utilizó en esta misma sentencia para el derecho a la educación –cuando recurrió expresa y rigurosamente a la jurisprudencia del TEDH–, o simplemente hubiese observado con firmeza el mandato del artículo 10.2, tendría que haber concluido que el derecho a la vida familiar es parte del derecho a la intimidad familiar. Y, seguramente, el reconocimiento del derecho a la vida familiar como contenido del artículo 18.1, habría llevado al TC a reconocer que la reagrupación es una herramienta para su protección en los casos en que esa vida familiar no sea posible en otro lugar, como lo ha dicho repetidamente el Tribunal de Estrasburgo.

Derecho a la tutela judicial efectiva y a una decisión motivada. El problema planteado, consiste en que la Ley orgánica permite que no se motiven las decisiones de denegación de visados en algunos supuestos. Aquí, el TC no utiliza el método de la clasificación de derechos en todo su rigor. Insiste, sí, en que el derecho a la tutela judicial efectiva es imprescindible para la garantía de la dignidad humana, pero inmediatamente después reconduce el debate al ámbito jurídico protegido por la obligación de motivar las decisiones. En un ejercicio argumentativo confuso, haciendo referencia a sentencias anteriores con citas incompletas y descontextualizadas, el TC sostiene lo siguiente:

«La inconstitucionalidad del precepto sólo podría sostenerse si la norma impugnada hubiera impedido el control jurisdiccional de estos actos administrativos basándose en su carácter potestativo o discrecional pues ‘con dicha fundamentación se niega la proyección que en este ámbito tiene la propia interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que proclama el art. 9.3 CE’ (SCT 163/2002, de 16 de septiembre, FJ5). Pero la Ley enjuiciada somete a control de los Tribunales esta actividad administrativa (art. 106.1 CE), con lo cual la Administración deberá estar en todo momento en condiciones de explicar que no ha ejercido de forma arbitraria sus facultades discrecionales».

El método de argumentación del TC en este apartado es utilizado en toda la sentencia, pero este párrafo, por la fuerza que cobra en la decisión respectiva, es especialmente significativo y problemático. Si hubiese trazado un puente analógico serio con la sentencia 163/2002, habría tenido que variar su conclusión.

En efecto, lo que la STC 163/2002 sostiene es justamente lo contrario de lo que el Tribunal pretende hacerle decir. La tesis de la sentencia citada está compuesta por dos argumentos complementarios: que la administración no puede alegar el carácter discrecional del acto administrativo para impedir su control judicial y que de acuerdo con el artículo 54.1.f de la LPC los actos administrativos que se dicten en ejercicio de potestades discrecionales deben ser motivados. Coherentemente, el TC sostiene, en esa misma sentencia, que si un órgano judicial se niega a controlar un acto administrativo alegando que es discrecional *«con dicha fundamentación se niega la proyección que en este ámbito tiene la propia interdicción de la arbitrariedad de los poderes*

públicos...». Y, finalmente, como refuerzo a esa garantía constitucional de la interdicción de la arbitrariedad, el TC advierte que la «Administración ha de estar en todo momento en condiciones de explicar que no ha ejercido de forma arbitraria sus facultades discrecionales».

En otros términos, lo que hace esa sentencia es recordar que la jurisprudencia del Tribunal ha reconocido la obligación legal de las administraciones de motivar actos administrativos discrecionales. Por eso, al insistir en que la Administración debe poder explicar su proceder en todo momento, el Tribunal no la está librando de su deber de motivar, sino que, al contrario, la está obligando doblemente como garantía al administrado: debe motivar sus actos discrecionales y luego debe ser capaz de explicar, ante el juez, que tales motivaciones no fueron arbitrarias. Todo lo contrario de lo que el mismo Tribunal, cinco años después, quiere hacer decir a esa sentencia, para llegar a una conclusión absolutamente opuesta a la que el precedente utilizado le imponía.

Principio de non bis in idem¹⁴. Los cargos de inconstitucionalidad se basan en que la Ley establece que al mismo sujeto se le puede imponer una sanción penal y una sanción administrativa con base en un mismo fundamento porque la única causa de expulsión (sanción administrativa) es la comisión del hecho punible (castigado con sanción penal). El Tribunal se abstiene de determinar el «nivel de conexión» de los principios del debido proceso con la dignidad humana. Pero no reemplaza esa metodología por una argumentación mejor: directamente sostiene que la condena y la expulsión protegen intereses especiales y bienes jurídicos distintos porque cada uno se impone en el marco de políticas distintas: la criminal y la de extranjería, respectivamente. Con este argumento de alguna manera neutraliza el problema constitucional después de identificarlo. Ciertamente, la existencia de diferentes tipos de derecho sancionatorio ha ampliado la discusión, y el papel del juez constitucional es, justamente, controlar que, dentro de políticas estatales de intervención sobre problemáticas sociales específicas, no se impongan varias sanciones al mismo sujeto por los mismos hechos y con el mismo fundamento. Respecto de esa formulación general, no parece que la Sentencia formule reservas. Sin embargo, al entrar al caso concreto, intenta separar absolutamente los intereses protegidos por la política criminal y la política de extranjería, a pesar de que la norma de extranjería hace una remisión directa a motivos propios del derecho penal.

¹⁴ El mismo apartado 50 del art. 1 de la LO 8/2000 volverá a ser analizado posteriormente por la sentencia 260/207, y también por oposición al principio de legalidad penal del art. 25 de la Constitución. En cambio en este caso se analiza si la nueva redacción dada a los apartados 1, 5, 6 y 7 del art 57 LO 4/2000 es respetuosa con el principio de legalidad penal en sentido estricto, con la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir con la interdicción de la utilización de leyes penales en blanco. El tribunal analizará las previsiones contenidas en los apartados citados para concluir que no se vulnera el principio de legalidad. No se efectúan, en este caso, consideraciones relevantes relativas a la afectación o no de este artículo a los derechos de los extranjeros.

Si bien celebramos que el TC no haya utilizado la metodología de las clasificaciones, lamentamos que la estructura argumental de este problema haya servido para evitar un estudio del tema constitucionalmente relevante –bien identificado por el TC–: la coincidencia de fines en ciertas medidas de las políticas criminal y de extranjería, y la constitucionalidad de utilizar dichos fines para restringir derechos de extranjeros.

Derecho a un proceso que no produzca indefensión¹⁵. En el análisis que el TC realiza para determinar si los plazos reducidos del procedimiento preferente de expulsión generan o no indefensión, no recurre a sus clasificaciones de derechos, sino que su método se acerca a más a la aplicación de un test de proporcionalidad. Sin embargo lo que hace el Tribunal en ese último apartado de la sentencia es apenas una enunciación de los elementos en juego (principio de celeridad, reducción de plazos, finalidad razonable y necesaria, principios propios del procedimiento administrativo de expulsión) sin llegar al ejercicio ordenado y claro que demanda el juicio de proporcionalidad.

iv. Motivos resueltos mediante remisión a decisiones anteriores

Asistencia jurídica gratuita. En este aparte, para resolver que la exigencia del requisito de la legalidad de la residencia para que lo extranjeros puedan acceder a la asistencia jurídica gratuita es inconstitucional, el Tribunal se remite a una decisión precedente sobre el mismo tema: la de la sentencia 95/2003.

El derecho a la libertad personal¹⁶. Para estudiar los cargos que pretenden proteger este derecho, que se alega vulnerado por la regulación legal acerca del retorno y el internamiento de extranjeros, el TC remite a su doctrina de la STC 115/1987 sobre la interpretación conforme del procedimiento de internamiento y su control judicial para concluir que en este caso, como entonces, al ser susceptible de una interpretación conforme a la Constitución, el artículo demandado no es inconstitucional.

b) *Un obiter dictum para el futuro*

Con una primera lectura de la sentencia 236/2007, se podría concluir que el TC no sólo no avanzó hacia los temas pendientes (igualdad, finalidades que legitimarían tratos diferenciados, aplicación regular del test de propor-

¹⁵ También el pronunciamiento de la STC 259/2007 sobre la constitucionalidad de los arts. 21.2 y 63.4 de la LO 4/2000 en la redacción dada por la LO 8/2000 se amoldan al mismo esquema argumentativo. En este caso el Tribunal justifica la razonabilidad del procedimiento de expulsión diseñado por la ley, especialmente en la dimensión relativa a la ejecutividad de la expulsión y a la posibilidad o no de solicitar la suspensión cautelar de la misma.

¹⁶ Este derecho se analiza en relación con la regulación contenida en los arts. 60 y 62.2 LO 4/2000. El primer precepto se declara constitucional en la STC 236/2007 y el segundo en la 260/2007. En un caso se cuestiona el plazo de retención en frontera previa al retorno, en el otro el plazo de ingreso en centros de internamiento antes de la ejecución de la expulsión. En ambos supuestos se desestima la causa de inconstitucionalidad sobre la base del mismo argumento.

cionalidad, etc) sino que modificó el escenario propicio para hacerlo. Habría que admitir que después del último grupo de sentencias, ya no es razonable esperar un salto fácil hacia el análisis de los límites del desarrollo legislativo –en especial el problema de la igualdad– sino que habrá que dar tiempo al tiempo para que se desmonte poco a poco el *collage* metodológico que se impone desde ahora, para, entonces sí, avanzar en la construcción del puente hacia la normalidad constitucional del extranjero.

Sin embargo, y éste es el *pilar enterrado* del que hablábamos al principio, el Tribunal advierte, en un *obiter dictum*, que «la libertad del legislador se ve asimismo restringida por cuanto las condiciones de ejercicio que establezca respecto de los derechos y libertades de los extranjeros en España sólo serán constitucionalmente válidas si respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida».

Es decir que, haciendo una lectura optimista, puede sostenerse que, aunque explícitamente el TC mantiene la discusión en términos de titularidad y ejercicio, y continúa clasificando derechos, ese *obiter dictum*, abre la puerta para que, en el futuro, se estudien los límites del desarrollo legal más allá de su contenido esencial.

En realidad, ésta es la gran aportación de la sentencia: *un obiter dictum para el futuro*. El Tribunal tendrá que recurrir a esta consideración para dejar de plantearse el problema jurídico en términos de límites del poder público respecto de los derechos fundamentales de los extranjeros –como si éstos fueran de naturaleza distinta que la de los derechos fundamentales de los españoles–, y para superar el debate bizantino que ha estancado la jurisprudencia sobre derechos de los extranjeros: el debate sobre si la limitación es compatible con el contenido esencial del derecho o si es una condición que priva de su ejercicio a algunas personas. Es un debate estéril, porque el respeto del derecho no depende de esa distinción sino de la constitucionalidad de la limitación¹⁷.

Dicho de otra forma, distinguir limitación del ejercicio de privación del mismo no resuelve el problema jurídico esencial sobre la constitucionalidad de la intervención legislativa sobre ningún derecho, de ningún sujeto. Tampoco, por supuesto, sobre los derechos de los extranjeros. Lo importante es, como lo ha hecho ordinariamente el TC, aplicar el test de proporcionalidad a cualquier intervención, para valorar si la finalidad que busca la medida o restricción es constitucional, si tal medida es adecuada para lograr la finalidad identificada, si es necesaria, es decir si es la menos restrictiva de las posibles y si es, en estricto sentido, proporcionada, aplicando la Ley de

¹⁷ ROIG MOLES, Eduard, «Los derechos de los extranjeros: titularidad y limitación», en REVENGA SANCHEZ, Miguel (Coord), *I Problemi Costituzionali dell'immigrazione in Italia e Spagna*, Giufèrè Editore, Universidad de Cádiz, y Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

la ponderación: cuanto mayor sea el grado de perjuicio de un derecho, mayor ha de ser la importancia del cumplimiento del derecho o bien jurídico protegido con la medida que restringe el primero.

En efecto, si el Tribunal diera un paso adelante, y superara la discusión sobre la titularidad de los derechos, la única manera de establecer su régimen con seriedad sería elaborando cuidadosamente una línea jurisprudencial con reglas y subreglas jurídicas acerca de las finalidades legítimas que puedan servir de causa a ciertas restricciones, así como acerca de las relaciones entre ciertos bienes jurídicos protegidos constitucionalmente y determinados derechos de los extranjeros en casos típicos de aparente colisión. Coincidimos, pues, con E. ROIG MOLES, en que, «asumida la existencia del derecho, este es el único camino posible para la concreción de su régimen».

4. OTRA QUIEBRA PARA EL PUENTE. DE LOS EFECTOS DE LA ÚLTIMA GENERACIÓN DE SENTENCIAS O DE UNA MUTACIÓN PERVERSA AL PORVENIR

Si nos detuviéramos en la lectura de los argumentos desarrollados por el Tribunal Constitucional podríamos pensar que, a pesar de todo, el resultado final de sus pronunciamientos resulta relativamente positivo si utilizamos como clave de lectura la posición de los inmigrantes –regulares e irregulares– como titulares de derechos fundamentales. El Tribunal reconoce el desajuste entre la opción del legislador de limitar los derechos de reunión, manifestación, asociación, educación (con los matices expuestos), sindicación, huelga, y asistencia jurídica gratuita y los preceptos de la Constitución que contemplan tales derechos. En total declara inconstitucionales una tercera parte de los preceptos recurridos (seis de dieciocho en un total de 7 recursos de inconstitucionalidad). Pero ese reconocimiento pierde buena parte de su fuerza en el mismo instante en que el Tribunal precisa los efectos de sus sentencias. Y aquí no vamos a referirnos sólo a la sentencia 236/2007, sino a todo el «paquete» que resuelve los recursos contra la Ley de extranjería, porque resulta mucho más interesante realizar un análisis de conjunto. Así, los fallos del Tribunal en relación con los recursos interpuestos contra la LO 8/2000 se pueden sistematizar como sigue:

4.1. Los fallos desestimatorios

Artículo recurrido (LO 8/2000) y derecho en liza	Sentencias en que se contiene
Arts. 1.15, 1.56, 1.57→ Tutela judicial efectiva sin indefensión.	259/2007 262/2007 (reitera y se remite a la 259/2007 salvo para el apartado 57, analizado en esta por primera vez)
Arts. 1.12 y 1.13→ Intimidación familiar	236/2007 260/2007 (reitera y se remite a la 236/2007)

Artículo recurrido (LO 8/2000) y derecho en liza	Sentencias en que se contiene
Arts. 1.14 y 1.20 → Tutela judicial efectiva y principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos	236/2007
Art. 1.50→ Legalidad penal	236/2007 y 260/2007 262/2007 (reitera y se remite a la 236/2007)
Art. 1.53→ Libertad personal	236/2007
Art. 1.56→ Tutela judicial efectiva sin indefensión	236/2007 260/2007; 261/2007 (reitera y se remite a la 236/2007)
Art. 1.54→ Libertad de residencia y circulación	260/2007
Art. 1.55→ Derecho a la libertad personal	260/2007

En los casos –y en relación con los preceptos–, en que el Tribunal ha desestimado el motivo de inconstitucionalidad entendiendo que no había vicio de tal en la disposición impugnada, los efectos de las sentencias son fáciles de describir: vinulatoriedad *erga omnes*, e imposibilidad de cualquier planteamiento ulterior del recurso de inconstitucionalidad, o de un conflicto de competencias fundado en la misma infracción de idéntico precepto constitucional, quedando únicamente abierta la posibilidad de que se plantee cuestión de inconstitucionalidad al respecto (art. 38.2 LOTC).

En las sentencias analizadas se desestiman los recursos planteados contra 12 disposiciones de la LO 4/2000 en la redacción dada por la LO 8/2000. En todos los supuestos en que el mismo precepto es impugnado en varios recursos, el Tribunal mantiene incólume su declaración de ajuste constitucional remitiendo para ello –en las sucesivas sentencias– al fundamento jurídico de la primera en la que se pronunció sobre el tema. La acumulación de los recursos (en aplicación del art. 83 LOTC) hubiera evitado este ejercicio de remisión de unas sentencias a otras que obliga a leer siempre la primera en la que el Tribunal se pronuncia sobre determinado precepto para entender las demás.

4.2. La declaración de inconstitucionalidad (con nulidad) y las declaraciones de pérdida sobrevenida del objeto del recurso

Artículo recurrido (LO 8/2000) y derecho en liza	Sentencias en que se contiene
Art. 1.9 → Derecho a la huelga	259/2007 → Declaración de inconstitucionalidad (y nulidad) del inciso «cuando estén autorizados a trabajar».
	260/2007; 261/2007; 262/2007; 263/2007; 264/2007; 265/2007 → <i>Pérdida sobrevenida del objeto del recurso</i>
Art. 1.7 → Derecho a la educación	236/2007 → Declaración de inconstitucionalidad (y nulidad) del inciso «residentes»
	262/2007 → <i>Pérdida sobrevenida del objeto del recurso</i>
Art. 1.16 → Derecho a la asistencia jurídica gratuita (tutela judicial efectiva)	236/2007 → Declaración de inconstitucionalidad (y nulidad) del inciso «residentes»
	259/2007; 261/2007; 262/2007; 263/2007; 264/2007; 265/2007 → <i>Pérdida sobrevenida del objeto del recurso</i>

Las sentencias estimatorias o de inconstitucionalidad producen efectos de cosa juzgada –se cierra la posibilidad de revisar de nuevo el asunto–, vinculan a todos los poderes públicos –de modo que legislador, ejecutivo y legislativo han de estar a lo contenido en ellas–, y producen efectos generales –frente a todos o *erga omnes*– desde la fecha de su publicación en el BOE (art. 38 LOTC). Además, y según el art. 39 de la LOTC una declaración de inconstitucionalidad lleva aparejada indefectiblemente la nulidad de los preceptos impugnados, lo que significa su exclusión del ordenamiento jurídico para siempre.

Este tipo de pronunciamiento concurre en relación con tres preceptos de la LO 8/2000 que son parcialmente anulados por el fallo del Constitucional. Esa anulación parcial se concreta en la exclusión de una expresión o inciso de los artículos en cuestión, de modo tal que no desaparecen en su totalidad, sino que, modificando su redacción al anular las expresiones consideradas inconstitucionales, pierden el vicio de inconstitucionalidad¹⁸.

¹⁸ Así, la redacción actual de los preceptos de la LO 4/2000 declarados inconstitucionales es la siguiente:

Art. 9. 3. Los extranjeros tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. En concreto, tendrán derecho a acceder a los niveles de educación y

La exclusión del ordenamiento previamente referida es causa de un efecto lógico, que se contemplará en los procesos que, planteados ante el TC (y cuando no se hubiera dado acumulación), tuvieran por objeto la misma disposición ya declarada inconstitucional (y nula): en estos casos el Tribunal deberá declarar tales recursos vacíos de contenido, es decir sin objeto, de manera que no podrá volver a pronunciarse sobre el fondo del asunto, sino que estará obligado a declarar extinguido el procedimiento por pérdida sobrevenida de su objeto.

4.3. Las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad sin nulidad

Artículo recurrido (LO 8/2000) y derecho en liza	Sentencias en que se contiene
Art. 1.5 → libertades de reunión y manifestación	236/2007, reiterada en: 259/2007; 260/2007; 261/2007; 262/2007; 263/2007; 264/2007; 265/2007
Art. 1.6 → libertad de asociación	236/2007, reiterada en: 259/2007; 260/2007; 261/2007; 262/2007; 263/2007; 264/2007; 265/2007
Art. 1.9 → Libertad de sindicación	236/2007, reiterada en: 259/2007; 260/2007; 261/2007; 262/2007; 263/2007; 264/2007; 265/2007

Este tipo de pronunciamiento concurre en el caso que nos ocupa en relación con la declaración de inconstitucionalidad de los apartados 5 (libertades de reunión y manifestación), 6 (libertad de asociación) y 9 (libertad de sindicación) del art. 1 de la LO 8/2000. Eso significa que el Tribunal Constitucional estima que tales preceptos van contra los dictados de la Constitución, pero a pesar de ello no los anula, yendo en contra de lo que su propia Ley orgánica le impone ex art. 39 LOTC, y siguiendo la práctica de Tribunales Constitucionales como el alemán (arts. 31 y 47 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal). Esta práctica jurisprudencial de disociación de los efectos de inconstitucionalidad y nulidad, que no es habitual porque supone que el Tribunal se sale de los límites que –para su propia actuación– marca la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, tampoco es del todo extraordinaria.

a) *Pero ¿por qué hace esto el Tribunal?*

Porque es consciente de que la asociación rígida de estos dos efectos puede llegar a generar problemas prácticos en la ejecución de los fallos de determi-

enseñanza no previstos en el apartado anterior y a la obtención de las titulaciones que correspondan a cada caso, y al acceso al sistema público de becas y ayudas.

Art. 11.2 – (los extranjeros) De igual modo podrán ejercer el derecho de huelga.

Art. 22.2. *Los extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan.*

nadas sentencias. Para soslayar esos problemas utiliza distintos tipos de mecanismos o argumentos jurídicos¹⁹, de entre los cuales nos interesan dos, los dos que emplea en esta sentencia:

En primer lugar se ha llegado a considerar inconstitucional una disposición sin declararla nula, porque tal declaración hubiera provocado, según el Tribunal, efectos más perniciosos sobre el ordenamiento, dejando una laguna de negativas consecuencias para el sector material regulado. Esto es lo que afirma para el presente supuesto el TC en el fundamento jurídico 17 de la sentencia 236/2007, asegurando que la anulación de los artículos de la Ley que garantizan los derechos de reunión, asociación y sindicación *«produciría un vacío legal que no sería conforme a la Constitución, pues conduciría a la denegación de tales derechos a todos los extranjeros en España, con independencia de su situación»*. Si el vicio de constitucionalidad de los apartados 5, 6 y 9 del art. 1 LO 8/2000 se cifra en la exclusión de los irregulares del disfrute de los derechos de asociación, reunión, manifestación y sindicación, la anulación de los incisos de dichos preceptos que conducen a tal exclusión no generarían un problema de vacío normativo. A lo sumo se produciría una extensión del régimen de disfrute del derecho desde los extranjeros regulares a los irregulares, pero no un vacío. Y eso nos trasladaría al otro argumento.

Y en segundo lugar, el mismo fundamento jurídico, refleja un argumento basado en la voluntad del Tribunal de impedir que la sentencia pueda incidir en la libertad de configuración normativa que corresponde al legislador. Incluso obviando el hecho de que, cuando el Tribunal disocia los efectos de las sentencias también está alterando la voluntad de un legislador que en 1979, y de nuevo en el 2007, al reformar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, previó expresamente la conexión entre ambos descartando la posibilidad de disociación, es preciso cuestionar este argumento. Parece claro que el Tribunal considera inconstitucional la exclusión de los inmigrantes irregulares en la descripción de los titulares de los derechos en liza, del mismo modo que lo consideraba en relación con los preceptos declarados inconstitucionales y nulos. La opción legislativa fue excluirlas, por tanto la opción legislativa es inconstitucional y es precisamente en esos casos cuando el Tribunal está legitimado –por la Constitución, por su propia Ley

¹⁹ Más allá de los que se citarán a continuación puede hacerse referencia a los siguientes: a) A veces disocia los efectos en los supuestos de inconstitucionalidad por omisión (STC 45/1989 y 22/1992), figura que tampoco reconoce la Ley Orgánica del Tribunal pero que ha hallado cabida en la jurisprudencia constitucional. En estos casos es evidente la necesidad de disociar los efectos: sencillamente no existe norma con rango de Ley que declarar nula, con lo cual tal declaración es imposible.; b) En ocasiones ha matizado, por distintas razones, los efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad (STC 45/1989), difiriendo la nulidad en el tiempo, por ejemplo, para que ésta empezase a desplegar efectos con notoria posterioridad a la publicación en el BOE de la sentencia de inconstitucionalidad (STC 195/1998); y c) También se ha dado el caso de recursos de inconstitucionalidad que «escondían» realmente un conflicto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, y en cuyas sentencias resolutorias el Tribunal se ha limitado a declarar la inconstitucionalidad de la Ley y la titularidad de la competencia controvertida en ejercicio de la cual se había elaborado dicha Ley (STC 133/1990).

Orgánica, por la razón de ser misma de su existencia— para *alterar la voluntad del legislador*. Si empujáramos el argumento del Tribunal antes expuesto hasta sus últimas consecuencias, deberíamos negar toda intervención del Tribunal en el control de constitucionalidad de la ley, lo cual parece bastante absurdo si tenemos en cuenta que es ese control la razón de existir originaria de las cortes constitucionales. La mera posibilidad de controlar la constitucionalidad de la ley, supone que el Tribunal va a alterar la voluntad del legislador. En este caso la eliminación de los incisos considerados inconstitucionales no hubiera supuesto más que actuar como legislador negativo, del mismo modo que lo hace, sin mayor obstáculo, en relación con los apartados 1.7, 1.9. y 1.16 LO 8/2000.

b) *Distorsiones en el momento en que la sentencia ha de desplegar sus efectos*

El fallo del Tribunal en este punto genera una serie de distorsiones en el momento en que la sentencia ha de desplegar sus efectos.

i. En relación con el efecto de cosa juzgada

Los preceptos que son declarados inconstitucionales pero no nulos en la sentencia 236/2007, son los únicos que conforman el objeto de todos y cada y uno de los demás recursos de inconstitucionalidad presentados contra la LO 8/2000. A pesar de que el Tribunal los declara inconstitucionales en la sentencia citada, todas las que siguen reiteran la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad, como si la misma fuera realmente necesaria. Es cierto que en, en puridad, el objeto de los recursos posteriores no ha desaparecido como tal, puesto que al no concurrir declaración de nulidad, el precepto impugnado aún existe en el ordenamiento. Pero no lo es menos que tal precepto (tales preceptos) ya han sido declarados inconstitucionales, y en un supuesto tan singular, debería haberse activado el efecto de cosa juzgada, impidiendo al Tribunal volver a fallar sobre la constitucionalidad del mismo precepto. Seguramente tal distorsión técnica sea debida a dos desviaciones previas ya identificadas: la ausencia de acumulación de los procesos (lo que hubiera evitado la retahíla de reiteraciones contempladas en las sentencias posteriores a la 236/2007), y una disociación de efectos no prevista por nuestro ordenamiento, y cuyas consecuencias se escapan al control del mismo. Es muy probable que pueda llegar a decirse que el efecto de cosa juzgada se aplica sólo a las sentencias en que nulidad e inconstitucionalidad van asociadas, pero no es menos cierto que no es eso lo que dice la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En el fondo aquí el Alto Tribunal ha aplicado la misma lógica que utiliza al reiterar las «declaraciones de constitucionalidad», pero seguramente no deba ser la misma la lógica aplicable. Una consecuencia de esta última es la posibilidad que se arroga aquí el Tribunal de poder entrar de nuevo —potencialmente— al fondo del asunto. Esto supone que si cambiase la composición del Pleno del Tribunal y se planteasen eventualmente cuestiones de constitucionalidad sobre los preceptos que nos ocupan, éstos podrían llegar a ser declarados constitucionales bajo una nueva perspectiva jurisprudencial del Alto Tribunal. Esta posibi-

lidad podría parecer absurda. Pero seguramente lo es tanto como el razonamiento del Tribunal Constitucional.

- ii. En relación con el efecto de vinculatoriedad erga omnes y especialmente hacia los poderes públicos

Enlacemos esta última reflexión con la anterior. Los preceptos declarados inconstitucionales no son declarados nulos. Ello supone que siguen vigentes en el ordenamiento, lo que significa que jueces y funcionarios de la administración pública van a encontrarse en la tesitura de tener que aplicar algunos aspectos de la Ley declarados inconstitucionales pero que siguen integrando la ley. ¿Qué hará el funcionario que reciba la solicitud de inscripción en el registro de asociaciones de una asociación integrada exclusivamente por inmigrantes irregulares? ¿Deberá inscribirlos o no?, y si un sindicato recibe la solicitud de afiliación de un trabajador extranjero irregular ¿deberá negarle la incorporación?, ¿podría el inmigrante irregular acudir ante los tribunales para impugnar una decisión en este sentido?, ¿y que hará el juez? Evidentemente éste está vinculado por la jurisprudencia del Tribunal, como todos los demás ciudadanos y poderes públicos, ¿estará entonces obligado a aplicar un precepto que el Tribunal ha declarado inconstitucional?, ¿podría elevar cuestión de constitucionalidad al respecto?, es decir si se entiende que la norma declarada inconstitucional es determinante para la resolución de un caso, ¿el juez la aplicará o entenderá que es preciso aplicar directamente la «versión constitucional» del precepto tal y como resulta de la exégesis del Tribunal? Realmente las dudas que plantea el fallo constitucional en este punto son innumerables y fuerzan la actuación de los jueces como integradores del ordenamiento. Da la sensación de que la casuística futura irá dando respuesta a las mismas. Y el mayor temor es que finalmente la aplicación o no de la Ley dependa de la voluntad de los funcionarios y de los jueces ordinarios, y de su posición personal e ideológica en relación con la ley. Toda una oda a la seguridad jurídica.

El Tribunal podría haber hecho las cosas muchísimo mejor. Incluso aceptando que la disociación de efectos fuera necesaria, el máximo intérprete de la Constitución podría haber precisado el alcance de los efectos de un fallo tan singular (ilegal) y problemático: podría haber dado un plazo al legislador, u orientado la labor de jueces y funcionarios obligados a aplicar la ley, o considerado la declaración de nulidad a partir de una determinada fecha si el legislador no actúa, manifestando la plena vigencia de la Ley hasta entonces, etc.

Pero no lo ha hecho y, además, con ese ánimo de mostrarse respetuoso con la voluntad del legislador –una voluntad abiertamente declarada inconstitucional– se ha hecho un flaco favor en términos protección de su propia posición constitucional.