Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo, el 3 de octubre de 1985, sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra los artículos 7, 8, 26 y 34 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de derechos y libertades de los extranjeros en España

(*Boletín Oficial del Estado,* núm.158 de 3 de julio de 1985)

Joaquín Ruiz-Giménez Cortés, en la condición de Defensor del Pueblo, por elección del Congreso de los Diputados y del Senado, y cuyo nombramiento fue publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 30 de diciembre de 1982, con domicilio institucional en Madrid, calle de Eduardo Dato, 31 (Código Postal 28010), en ejercicio de la honrosa misión que me está conferida por el artículo 54 de la Constitución (en lo sucesivo CE) y por la Ley Orgánica 3/1981 de 6 de abril (en adelante LODP), ante este Tribunal Constitucional respetuosamente comparezco y, como mejor proceda en Derecho,

DIGO

Que en ejercicio de la legitimación activa que el ordenamiento jurídico vigente me reconoce (según el artículo 162.1 de la CE, el artículo 32.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, por la que se rige ese Alto Tribunal —en adelante LOTC— y el artículo 29 de la LODP), y una vez emitido, el día 1 del mes en curso, el preceptivo informe por la Junta de Coordinación y Régimen Interior de esta institución, interpongo la presente demanda de

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

contra los artículos 7, 8, 26 y 34 de la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (B.O.E. núm. 158, del 3 de julio de 1985, citada en lo sucesivo como Ley 7/85), por estimar, sin perjuicio del respeto debido a cualquier otra opinión diferente, que en ellos se vulneran los arts. 14, 16, 17, 21, 22, 24, 25 y 53.2 de la Constitución; los artículos 2, 3, 14, 18 y 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas aprobado por la misma Organización el 15 de diciembre de 1966 y ratificado por España el 27 de abril de 1977, B.O.E. núm. 103, del día 30 del mismo mes y año; y los artículos 5, 6, 9, 11, 13 y 14 de la Convención Europea para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (aprobado en Roma por los Estados miembros del Consejo de Europa, el 4 de noviembre de 1950, y ratificado por el Estado español el 10 de octubre de 1979, B.O.E. núm. 243 de la misma fecha); preceptos estos últimos de rango internacional y que forman parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico, según el artículo 96 de la CE, y, a mayor abundamiento, son preceptiva pauta hermenéutica en materia de derechos humanos, a la luz de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la misma Norma Suprema.

El presente recurso se interpone ante este Tribunal Constitucional por estarle atribuida, en plenitud, la jurisdicción y competencia para conocer del mismo, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 161.1 a) de la CE y en los artículos 1.2 y 2.1.1ª) de la LOTC, dentro del plazo y cumplidos todos los requisitos que determinan los artículos 31 a 34, ambos inclusive, de la misma Ley Orgánica.

Consideraciones básicas sobre los valores y principios constitucionales que fundamentan el presente recurso de inconstitucionalidad

1. El precepto fundamental de la CE que define la posición jurídica de los extranjeros en España, con carácter preliminar, se contiene en el artículo 13, que literalmente dice:

   Artículo 13.

   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 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.

   De los apartados íntegramente transcritos del mencionado precepto, interesa, a los efectos del presente recurso, examinar especialmente los dos primeros.

   El apartado 3 se refiere a la llamada extradición pasiva, que ha sido regulada por la Ley 4/85, de 25 de marzo. Asimismo, España ha ratificado el Convenio Europeo de Extradición, de 17 de diciembre de 1957, por Instrumento de 21 de abril de 1982. La nueva Ley española acomoda sus normas a los principios del mencionado Convenio.

   Por lo que se refiere al apartado 4, su materia está también suficientemente desarrollada en nuestra legislación. En efecto, España, por una parte, ha ratificado la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, así como el Protocolo de 1967 (Instrumento de Ratificación de 21 de octubre de 1978), y, por otra, se ha promulgado la Ley de 26 de marzo de 1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado.

2. En el apartado primero del artículo 13, la Constitución proclama que «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley».

   Dos son los problemas que plantea la exégesis de este artículo: cuáles son los derechos que se encuentran comprendidos en la expresión «libertades públicas»; y

cómo ha de ser interpretada la expresión «en los términos que establezcan los Tratados y la Ley».

2.1 Por lo que se refiere al primer problema, la determinación de que derechos puedan estar comprendidos en la denominación «libertades públicas», no es una cuestión pacífica en la doctrina. Desde el punto de vista del Derecho español, no es posible establecer una clara distinción conceptual entre términos tales como «derechos fundamentales» o «libertades públicas». La Sección 1ª del Capítulo 2 del Título I aparece con la rúbrica «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas», con yuxtaposición de los términos a que antes hemos hecho referencia. ¿Se puede colegir de dicha rúbrica que de los derechos proclamados en la Sección 1ª pueden repetimos dividirse en las categorías «derechos fundamentales» y «libertades públicas»?

La verdad es que no puede responderse afirmativamente a tal interrogante. Nuestra Constitución no ha elaborado un criterio sistemático de clasificación de los derechos con suficiente rigor científico. Como ha señalado el profesor Peces-Barba: «la sistemática seguida por nuestra Constitución (se refiere a la clasificación y ordenación de los Derechos) ha de resultar necesariamente insatisfactoria, sobre todo en el plano del análisis doctrinal, pues entre otras cosas, al texto legal le está vedado la utilización de más de un criterio clasificatorio, como habitual en la literatura científica». Y agrega el mencionado autor: «La Constitución de 1978 ha optado por un criterio operativo, que facilita la labor de interpretación y aplicación del Derecho, no por un criterio científico, que tal vez hubiere agrupado los derechos con mayor atención a su naturaleza o contenido» (Peces-Barba, «Derechos Fundamentales». Edit. Latina Universitaria, 1980, pág. 92).

Con especial perspectiva crítica, el profesor Manuel Atienza ha señalado: «La variedad de denominaciones utilizadas en los distintos Capítulos y Secciones (“derechos y libertades”, “derechos fundamentales y libertades públicas”, “derechos y deberes de los ciudadanos”, “principios rectores de la política social y económica”) denotan una verdadera anarquía clasificatoria que hace sospechar que los distintos derechos, libertades, principios (o lo que sean) no pueden considerarse como diferentes especies, excluyentes entre sí, de un mismo género: el de los derechos y deberes fundamentales» (M. Atienza, «Sobre la clasificación de los derechos humanos en la Constitución», “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense” 1981, pág. 125).

Ante este problema, como Defensor del Pueblo, he sostenido ante ese Alto Tribunal, en el recurso promovido con fecha 28 de mayo de 1985, que «los principales comentaristas científicos del Título 1 de la Constitución no vacilan en sostener el carácter de “derechos fundamentales” que tienen todos los derechos

humanos reconocidos por la Constitución en el Título I, Capítulo 2º, figuren en una u otra de sus Secciones, pues lo único que varía es la forma de su protección jurisdiccional, pero no su índole ni su contenido esencial». (Recurso de Inconstitucionalidad contra determinados aspectos de las Leyes 48/84, de 26 de diciembre, y de la Ley Orgánica 8/84 de igual fecha, de 28 de mayo de 1985).

Ahora bien, el artículo 13 de la Constitución afirma que «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título [...]» y la expresión «libertades públicas» aparece —como hemos afirmado anteriormente— en la Sección 1ª del Capítulo 2° ¿Quiere ello decir que los derechos amparados constitucionalmente a los extranjeros son solamente los comprendidos en dicha sección 1ª? El Letrado de las Cortes Generales, José Manuel Serrano Alberca, contesta a este interrogante, afirmando «que las libertades públicas a que se refiere el precepto no son sólo las comprendidas en la Sección 1ª del Capítulo 2º, aunque éstas sean las más importantes, y ello no sólo porque así se deduce del propio debate constitucional, sino porque algunos derechos y deberes, reconocidos en la Sección 2ª no pueden, ni de hecho, estar limitados a los extranjeros. Por esta razón —continúa el autor— el precepto ha de interpretarse con carácter amplio» (José Manuel Serrano Alberca en, «Comentarios a la Constitución», dirigidos por Fernando Garrido Falla, Madrid 1985, pág. 217).

Ese Tribunal Constitucional, por su parte, en su Sentencia num. 108/ 1984, de 26 de noviembre, se ha pronunciado sobre esta cuestión, sosteniendo que «el término 'libertades públicas' no tiene obviamente un significado restrictivo».

Congruentemente con tal pronunciamiento, este «criterio amplio» es también el que ha adoptado el legislador al elaborar la Ley Orgánica 7/85. El legislador ha prescindido en esta Ley del término «libertades públicas». En efecto, su artículo 4º proclama con carácter general: «1. Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en la presente Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos». Y la rúbrica del Título I de la Ley es precisamente «Derechos y libertades de los extranjeros».

Es decir, para el legislador, según se desprende del transcrito precepto» en principio, todos los derechos y libertades del Título I de la Constitución son aplicables a los extranjeros, salvo los expresamente excluidos por el texto constitucional, en los términos que se establezcan en cada Ley reguladora de cada uno de ellos.

La posible exclusión se produce por dos vías. Una, la que se establece en el apartado 2 del artículo 13, relativa a los derechos propiamente políticos, cuya titularidad se reserva a los españoles, salvo lo que, atendiendo a criterios de

reciprocidad, pueda establecerse por Tratado o Ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales.

La segunda es la que se puede deducir del propio articulado del Capítulo 2, al circunscribir la titularidad de algunos derechos y deberes sólo a los españoles. Concretamente, esta delimitación se proclama con respecto a los artículos 14 (igualdad ante la Ley), 19 (libertad de circulación y residencia), 29 (derecho de petición), 30 (deberes militares), 35 (derecho al trabajo), 41 (derecho a la Seguridad Social), 42 (salvaguardia de los derechos de los trabajadores españoles en el extranjero), 47 (derecho a la vivienda), 50 (derecho a la suficiencia económica durante la tercera edad).

Evidentemente esta «exclusión» de la titularidad de estos derechos constitucionales a los extranjeros debe ser interpretada «con cuidadosa prudencia», como ha manifestado el profesor A. Guaita, «pues de otra forma se llegaría a una clara violación de la letra y del espíritu de los Convenios (de derechos humanos) y de la propia Constitución». (A. Guaita, «Régimen de los derechos constitucionales», “Revista de Derecho Político”, núm. 13, 1982, páginas 77-79). Salvo los artículos 19 y 29 (que pertenecen a la Sección 1ª), el resto de los artículos mencionados pertenecen a la Sección 2.ª del Capítulo 2 y al Capítulo 3 y se refieren a los derechos de naturaleza económica y social. En todos estos derechos, y a la luz del artículo 10, apartados 1 y 2 de la CE, los extranjeros tienen, por de pronto, la protección de los Acuerdos Internacionales suscritos por España, y lo que se deriva del artículo 10.1 de la Constitución, que proclama que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad [...] son fundamento del orden político y de la paz social».

En efecto, España está especialmente obligada a cumplir las prescripciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (ratificado —repetimos— por Instrumento de 13 de abril de 1977), cuyo artículo 2° determina:

> 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En la misma orientación, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966 (ratificado por Instrumento de 13 de abril de 1977) establece en su artículo 2.2 la misma prescripción:

> Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra consideración social.

El artículo 3 del mismo Pacto confirma de manera suficientemente taxativa:

> Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales anunciados en el presente Pacto.

Y, congruentemente con lo afirmado, el artículo 4 del mismo Tratado establece:

> Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en el ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos, únicamente a limitaciones determinadas por Ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.

2.2. El segundo problema planteado es de mayor enjundia, a los efectos del presente recurso. Afirma el artículo 13 de la Constitución que el ejercicio por los extranjeros de los derechos reconocidos será «en los términos que establezcan los Tratados y la Ley».

El problema que suscita esta redacción del mencionado precepto, es si produce una «desconstitucionalización» de los derechos y libertades de los extranjeros.

Sobre esta esencial cuestión, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 107/84, de 23 de noviembre, por Recurso de Amparo núm. 587/83, se ha pronunciado, manteniendo una importante doctrina, cuyos términos resulta obligado transcribir íntegramente:

> No supone, sin embargo, tal previsión que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los Tratados y la Ley, sino de las libertades «que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley», de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados —dentro de su específica regulación— de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal. Esta configuración puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehúye esta

> terminología, ciertamente equívoca, de aquéllos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que, conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español. Los derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles.

Congruentemente con esta doctrina, el profesor González Campos, ha afirmado que

> la Constitución de 1978 consagra la equiparación de los derechos y libertades públicas de los nacionales y los extranjeros al proclamar en el artículo 10.1 que 'la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social (J. González Campos, «Derecho Internacional Privado», Oviedo 1984, pág. 230).

Y señala a continuación el mencionado autor: «No obstante, el artículo 13.1 admite la posibilidad de excepción» a este principio general. Entendemos que este enfoque del ilustre Profesor de Derecho Internacional es el correcto: hay que presumir, en principio, la equiparación del ejercicio de los derechos de los nacionales y extranjeros, y las posibles limitaciones han de tener carácter excepcional y, por tanto, ha de interpretarse restrictivamente.

De acuerdo, pues, con las precedentes consideraciones, es preciso admitir que, si no es exigible constitucionalmente la igualdad de trato entre los extranjeros y españoles para todos y cada uno de los derechos proclamados en el Título I de la Constitución, sí lo es con respecto a aquellos derechos «derivados del carácter de persona humana», en terminología del mencionado Profesor. Como aclara (en la Sentencia citada) el Tribunal Constitucional:

> Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución, según dispone el artículo 12.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los Tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.

2.3. Ahora bien, en este último supuesto, es decir, con respecto a los derechos en relación con los cuales pudiera estar legitimado constitucionalmente el establecimiento de restricciones a su ejercicio por extranjeros, ¿significa ello que la Constitución otorga un «cheque en blanco» al legislador ordinario? ¿Puede el legislador determinar cuántas restricciones considere oportunas? La

respuesta a estas interrogantes no puede ser afirmativa. El Tribunal Constitucional —hemos recogido su doctrina sobre este extremo anteriormente— ha señalado que el artículo 13.1 no produce una «desconstitucionalización» de los derechos de los extranjeros, y que «los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados —dentro de su específica regulación— de la protección constitucional».

En consecuencia, con respecto a ellos, es perfectamente aplicable el precepto contenido en el artículo 53.1 de la Constitución, que determina que la regulación legal del ejercicio de los derechos del Capítulo 2 del Título I «en todo caso deberá respetar su contenido esencial».

De lo que a *fortiori* se deduce que las posibles restricciones del ejercicio de los derechos a los extranjeros, establecidas por la Ley, tienen también ese límite infranqueable: no pueden afectar, dañar el contenido esencial del derecho de que se trate. La restricción legal deja de estar amparada, constitucionalmente, si convierte al derecho proclamado en una pura apariencia de lo que en realidad es, si lo desvirtúa de forma que lo hace inaprehensible, si lo desnaturaliza y borra los perfiles con que está caracterizado.

Pues bien, importa centrarse en el examen del llamado por la Constitución «contenido esencial» de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional, en su importante Sentencia de 8 de abril de 1981, ha analizado en profundidad este concepto, al manifestar:

> Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea recognoscible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico, de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas cuando se trate de derechos constitucionales.

Y más adelante continúa este Alto Tribunal

> Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Y, finalmente, estas consideraciones las aplica el Tribunal Constitucional al caso planteado (el derecho de huelga), afirmando

> En nuestro caso lo que habrá que decidir es la medida en qué normativa contenida (en el Real Decreto-ley que enjuiciaba) permite que las situaciones de derecho que allí se regulan puedan ser reconocidas como un derecho de huelga en el sentido que actualmente se atribuye con carácter general a esta expresión.

En resumen, en los casos en que resultara legítimamente constitucional establecer restricciones en el ejercicio de derechos fundamentales reconocidos a los extranjeros (que, por su naturaleza, no exigieran plena igualdad de trato), las restricciones legales no pueden dañar el «contenido esencial» del derecho constitucionalmente proclamado.

Las orientaciones precedentes, sucintamente expuestas, van a servir de pauta fundamental en la fundamentación de los artículos de la Ley 7/85 que se impugnan, a continuación, en el presente Recurso de Inconstitucionalidad.

Primer motivo: Inconstitucionalidad del artículo 26.2.2º, de la Ley 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, por vulneración de los artículos 17.1 y 2; 24 y 25.3, en relación con el artículo 13, todos ellos de la Constitución

1. El artículo 26.1 de la referida Ley, dispone:

> Los extranjeros podrán ser expulsados de España, por Resolución del Director de la Seguridad del Estado, cuando incurran en alguno de los supuestos siguientes:
>
> a) Encontrarse ilegalmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia o, en so caso, el permiso de residencia, cuando fueran exigibles.
> b) No haber obtenido permiso de trabajo y encontrarse trabajando aunque cuente con permiso de residencia válido.
> c) Estar implicados en actividades contrarias al orden público o a la seguridad interior o exterior del Estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países.
> d) Haber sido condenados, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales hubieran sido cancelados.
> e) Incurrir en demora u ocultación dolosas o falsedad grave en la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior, las circunstancias relativas a su situación, de acuerdo con el artículo 14.
> f) Carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad, o desarrollar actividades ilegales.

El núm. 2 del mismo artículo 26, prevé:

> En los supuestos a que se refieren los apartados a), c) y f) del número anterior, se podrá proceder a la detención del extranjero con carácter preventivo o cautelar mientras se sustancia el expediente.
>
> La autoridad gubernativa que acuerde tal detención se dirigirá al Juez de Instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero, en el plazo de setenta y dos horas, interesando el internamiento a su disposición en Centros de detención o en locales que no tengan carácter penitenciario. De tal medida se dará cuenta al Consulado o Embajada respectivos y al Ministerio de Asuntos Exteriores. El internamiento no podrá prolongarse por más del imprescindible para la práctica de la expulsión, sin que pueda exceder de cuarenta días.

En consecuencia, este precepto permite la incoación de un procedimiento de expulsión a los extranjeros, en los seis casos concretos que el mismo establece, posibilitando, en tres de ellos [apartados a), c) y f)], la detención «con carácter preventivo o cautelar mientras se sustancia el expediente».

Por otra parte, además de la expresada medida, se prevé, en dicho precepto, la posibilidad de un internamiento del extranjero, cuya duración no puede exceder del límite temporal de cuarenta días, a cuyo efecto la autoridad gubernativa que acuerde la detención ha de dirigirse a la autoridad judicial competente, en el plazo de setenta y dos horas, «interesando» dicho internamiento.

2. En este momento de la exposición, resulta procedente efectuar ya el pronunciamiento de que algunas de las medidas previstas en el referido artículo 26.2.2º, adolecen de inconstitucionalidad, por las consideraciones siguientes:

   a) Con carácter previo a proceder a un estudio concreto de los vicios constitucionales anunciados, conviene reiterar que los derechos fundamentales, punto de referencia obligado en el estudio que se desarrolla, son derechos subjetivos de la persona, y, por otra parte, constituyen un elemento fundamental y fundamentador del ordenamiento jurídico.

      Así, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 25/1981 de 14 de julio, en su fundamento jurídico 5, considera:

      > Ello resulta lógicamente del doble carácter que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero, al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución. (art. 1.1)

Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales, desarrollada por la doctrina, se recoge en el artículo 10.1 de la Constitución, a tenor del cual

> la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

Se encuentran afirmaciones parecidas en el Derecho comparado, y, en el plano internacional, la misma idea se expresa en la Declaración Universal de Derechos Humanos (Preámbulo, párrafo 1°) y en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa (Preámbulo, párrafo 4.º).

En el segundo aspecto, en cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal.

b) De la anterior Sentencia, y de los preceptos constitucionales a que se remite, se deduce la importancia primordial de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 de la Constitución), como fundamentación del orden político y de la paz social (art. 10.1), y en su naturaleza de derecho fundamental de la persona (art. 14).

El derecho a la libertad, es, pues, un derecho fundamental inseparable de la dignidad de la persona humana y condición necesaria para el ejercicio de las demás libertades públicas.

No es, en consecuencia, un derecho concedido por el Estado, sino un derecho o libertad previo a este, reconocido luego por las Constituciones.

El titular de este derecho es la persona física e individual, sin distinción de ningún tipo, ni siquiera de nacionalidad. El sujeto pasivo es el Estado, pues aun cuando la comunidad reconoce su protección frente a los particulares, el autentico sentido del derecho a la libertad personal radica en la protección del individuo frente al poder del Estado.

No resulta necesario destacar aquí, la especial relevancia que los textos internacionales otorgan a la libertad como derecho fundamental de la persona; baste aludir a la Declaración Universal de Derechos Humanos, citada expresamente por el artículo 10.2 de nuestra Constitución, cuyo Preámbulo se inicia con una referencia a la libertad en los términos siguientes:

> Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana

c) En tanto que la libertad, como se ha descrito, es un derecho inherente a la persona, en cuanto tal, ha de corresponder, en nuestro orden jurídico, tanto a los nacionales como a los extranjeros.

No en vano, el artículo 17.1 de la Constitución reconoce a «toda persona» el derecho a la libertad y a la seguridad.

El propio Tribunal Constitucional, en su Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, reconoce, como ya se ha dicho (fundamento jurídico 3):

> Una completa igualdad entre españoles y extranjeros [...] efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, [...] que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que, conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituye el fundamente del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etcétera, corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles.

La propia Sentencia, precisa, en su fundamento jurídico 4, lo siguiente

> Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución, según dispone el artículo 13.2, y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecen o no a los extranjeros según lo dispongan los Tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles, en cuanto a su ejercicio.

d) El artículo 13.1 de la Constitución, establece la condición jurídica de los extranjeros, en esta materia, disponiendo lo siguiente, como ya se ha expresado

> Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley.

Es importante resaltar, que el referido precepto, en este aspecto de los derechos y las libertades públicas, se remite, en primer lugar, al propio Título I de la Constitución.

En consecuencia, la primera conclusión sería la que se contiene en el fundamento jurídico 3 de la Sentencia del Tribunal Constitucional antes mencionada, al disponer

> No supone, sin embargo, tal previsión que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los Tratados y la Ley, sino de las libertades «que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley», de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo

derechos constitucionales y, por tanto, dotados —dentro de su específica regulación— de la protección constitucional, pero son todos ellos, sin excepción en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal.

e) Por otra parte, en este artículo 13, se establece una remisión, a los fines de integrar aquella condición o régimen jurídico, a los tratados internacionales.

También hay que tomar en consideración, como antes se ha subrayado, que las normas relativas a los derechos y libertades, según el artículo 10.2 de la Constitución, han de interpretarse de acuerdo con los textos y Tratados Internacionales ratificados por España.

A diferencia de otros Convenios Internacionales ratificados por España, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 9), que contienen, simplemente, un reconocimiento general del derecho a la libertad, el Convenio Europeo de Derechos Humanos prevé en su artículo 5.1 los casos concretos en que se puede restringir tal derecho.

Así, este precepto dispone

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento por determinado por la Ley:

a) Si es detenido legalmente, tras la condena por un Tribunal competente.

b) Si ha sido encarcelado o detenido legalmente por desobediencia a una orden dada conforme a la Ley, por un Tribunal, o para garantizar la ejecución de una obligación prescrita por la Ley.

c) Si ha sido detenido y encarcelado a fin de hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan razones plausibles para sospechar que ha cometido una infracción, o cuando haya motivos razonables para creer en la necesidad de impedirle que corneta una infracción o que hoya después de haberla cometido.

d) Si se trata de la detención legal de un menor, decidida con el propósito de educarlo someterlo a vigilancia, o de su detención legal con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.

e) Si se trata de la detención legal de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado mental, un alcohólico, un toxicómano o un vagabundo.

f) Si se trata del arresto o la detención legal de una persona para impedirle la entrada irregular en el territorio o contra la que está en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

Según lo anterior, se permite la privación de libertad del extranjero, cuando ha entrado ilegalmente en el territorio nacional, o cuando se ha incoado un procedimiento de expulsión o extradición.

El artículo 26.2, que ahora comentamos, permite en su párrafo 1.º, estas restricciones de la libertad, en determinados supuestos [apartados a), c) y f) del núm. 1], de los que dan lugar al procedimiento administrativo de expulsión.

Los supuestos de entrada ilegal en el territorio y extradición, están excluidos del ámbito de aplicación de aquel artículo 26, por cuanto el primero se recoge en el artículo 36 de la propia Ley 7/85 de 1 de julio, y la extradición tiene su propio régimen jurídico en otra normativa.

En relación al régimen y condiciones de la detención previstas en el artículo 5.1. f) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, también hay que tomar en consideración que el propio núm. 1 de este artículo determina que el expresado procedimiento ha de ser el «determinado por la Ley».

En este punto, la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en particular en el caso Wintenwerp (Sentencia de 23 de octubre de 1979), considera que las palabras «según lo determinado por la Ley», se refieren en esencial a la legislación nacional, consagrando la necesidad de seguir el procedimiento fijado por ésta.

Es decir, se remite al régimen jurídico de la detención en el Ordenamiento Jurídico correspondiente; en el caso español, como sabemos, hay que referirse, en virtud del principio de jerarquía normativa (artículo 9.3 de la Constitución), al artículo 17 de este texto.

En este marco jurídico, el mencionado artículo 17.1 dispone

> Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley.

Y, el núm. 2 del mismo artículo, establece

> La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición judicial.

De acuerdo con lo anterior, la detención practicada por la autoridad gubernativa, sea o no en función de un procedimiento judicial, no puede durar más de setenta y dos horas, correspondiendo, pasado ese plazo, a la autoridad judicial la posibilidad y facultad de poder restringir, aún más, el derecho de libertad.

En este sentido, el profesor Javier Gálvez Montes, en los comentarios al artículo 17 de la Constitución (pág. 396, Revista de Derecho Público, «Comentarios a las Leyes políticas»), sostiene

La entrada ilegal en territorio español constituye un acto contrario al orden público, pudiendo ser sancionado como tal en virtud de lo dispuesto en la Ley de Orden Público. La única restricción de libertad que pueden comportar aquellas sanciones es una detención preventiva, acordada en aplicación del artículo 12 de la indicada Ley. Pero esta detención queda sujeta en cualquier caso a las limitaciones previstas en el artículo 17.2 de la Constitución Española, que, por cierto, no distingue entre españoles y extranjeros. Por ello deberá entenderse derogado el artículo 30.1 del Decreto 552/74, de 14 de febrero, sobre régimen de entrada, permanencia y salida de territorio español, en cuanto prevé que la detención de extranjeros que hayan de ser expulsados subsistirá durante el tiempo indispensable para poder evacuar los trámites inherentes a tal situación, sin que el precepto repare en el factor tiempo. En consecuencia, quienes hayan sido detenidos por ese motivo no podrán permanecer en dicha situación más de setenta y dos horas.

A la vista de cuanto antecede, es preciso constatar que la detención preventiva o cautelar, prevista en el artículo 26.2 de la Ley Orgánica 7/85, respeta la previsión constitucional del artículo 17.2, en cuanto la misma no puede exceder del plazo de setenta y dos horas.

3. Resta por examinar, si la medida de internamiento, de hasta cuarenta días, que prevé dicho precepto, se adecúa, de igual manera, a la Constitución. En este aspecto, ha de concluírsele negativamente por los argumentos que a continuación se exponen:

3.1 Naturaleza jurídica del procedimiento de expulsión. En primer lugar, el procedimiento de expulsión de un extranjero, regulado en los artículos 26 y concordantes de la Ley 7/85, de 1 de julio, es de naturaleza administrativa.

Avala esta afirmación, no únicamente la finalidad del procedimiento estudiado, sino también, en concreto, el que dicho procedimiento sea iniciado, instruido y concluido por una autoridad administrativa.

Así, el artículo 26.1 de la citada Ley, prevé que «los extranjeros podrán ser expulsados de España por resolución del Director de la Seguridad del Estado»

A mayor abundamiento, y de conformidad con el artículo 29.2, «las resoluciones gubernativas adoptadas en relación a los extranjeros habrán de dictarse y notificarse con los requisitos exigidos por la Ley de Procedimiento Administrativo»

Además, los recursos que proceden contra tales resoluciones administrativas, así denominadas por el artículo 34 de la Ley, tienen, asimismo, naturaleza administrativa, con independencia de los recursos jurisdiccionales pertinentes (en particular, el Recurso Contencioso-Administrativo).

3.2 Prohibición a la Administración de imponer sanciones privativas de libertad. Reconocido el carácter administrativo del procedimiento de expulsión de los extranjeros, resulta obligado traer a colación el precepto constitucional recogido en

el artículo 25.3 de nuestra Norma fundamental, en relación a la medida de internamiento prevista en el artículo 26.2.2° de la Ley cuestionada.

El artículo 25.3 de la Constitución, establece «La Administración Civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.»

Este precepto es una consecuencia lógica del principio de separación de poderes que configura nuestro Estado de Derecho; la Administración no puede invadir competencias propias del Poder Judicial.

En efecto, a este Poder es al que se atribuye, precisamente, en nuestro Orden Constitucional, la debida competencia para imponer sanciones limitativas de los derechos fundamentales, y, desde luego, las privativas de libertad.

De lo contrario, el sentido mismo del principio de legalidad, y en suma, del Estado de Derecho, quedaría subvertido. En materia de privación de ciertos derechos, y más concretamente de la libertad, los Tribunales tienen derecho no sólo a la última, sino también a la primera palabra.

Del referido artículo 25.3 de la Constitución se deduce que la Administración Civil, no puede imponer sanciones que impliquen privación de libertad.

En consecuencia, esta prohibición ha de interpretarse en el sentido de que si la Administración está incapacitada para dictar resoluciones sancionatorias que impliquen aquella privación de libertad, directa o subsidiariamente, al concluir el expediente, lo estará asimismo —y ello con mayor fundamento— para adoptar esas medidas restrictivas con carácter cautelar.

A este respecto, nos permitimos someter a la consideración de ese Alto Tribunal, que entre los supuestos que permite la adopción de la medida de internamiento de hasta cuarenta días, se encuentran [artículo 26.1. a) de la Ley], quienes están ilegalmente en territorio español por no haber obtenido la prórroga de estancia o el permiso de residencia.

Lógicamente, autorizar internamientos de esta naturaleza y duración (hasta cuarenta días), en los casos expresados, no resulta acorde con las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho, informado por los valores de la libertad y la justicia, máxime si se tiene en cuenta que la no obtención de dichas prórrogas o permisos puede obedecer, en algunos casos, a una resolución discrecional denegatoria de la Administración, independiente de la voluntad del extranjero afectado.

3.3 Intervención judicial en el procedimiento administrativo de expulsión. El artículo 26.2.2º de la Ley, determina que:

> La autoridad gubernativa que acuerde tal detención se dirigirá al Juez de Instrucción del lugar en que hubiere sido detenido el extranjero, en el plazo de

> setenta y dos horas, interesando el internamiento a su disposición en centros de detención o en locales que no tengan carácter penitenciario.

Pudiera alegarse, en base a lo anterior, que esta intervención del Juez desvirtúa la índole administrativa del procedimiento de expulsión, confiriéndole carácter jurisdiccional.

Esta alegación, evidentemente, carece de fundamentación objetiva.

La intervención del Juez antes aludida, no tiene el carácter de una actividad jurisdiccional, desarrollada en el marco de un proceso, sobre la base del principio de contradicción, y ejercida con todas las medidas y garantías procesales que se desprenden del Orden constitucional: audiencia previa del interesado, necesidad de notificación al mismo de las resoluciones que le afecten, intervención del Ministerio Fiscal, en su calidad de defensor de la legalidad y de los derechos fundamentales y libertades públicas, resolución motivada del Juez, fijación y régimen de los recursos procedentes, etcétera.

Muy al contrario, el artículo 26.2.2°, se limita a prescribir que la autoridad gubernativa «interese» del Juez «el internamiento a su disposición» con el sentido equívoco que conlleva esta última expresión.

Es decir, este precepto, establece una única relación entre la autoridad gubernativa y la autoridad judicial, dejando al margen a la persona afectada por la decisión, como se deduce del propio precepto, al disponer que «de tal medida se dará cuenta al Consulado o Embajada respectivos y al Ministerio de Asuntos Exteriores», omitiendo toda referencia expresa a una notificación al interesado.

Sería incongruente que la intervención del Juez, a quien la Ley fundamental constituye en el garante inmediato de los derechos y libertades públicas, fuera utilizado, como podría serlo por el referido artículo 26.2.2° de la Ley 7/85, como una mera justificación formal de una medida administrativa privativa de libertad.

4.4 Tutela judicial efectiva. A la vista de cuanto antecede, puede sostenerse que el extranjero a que se aplica la medida de internamiento prevista en el artículo 26.2.2° de la Ley, no ve satisfecho el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que el artículo 24 de la Constitución otorga a todas «las personas», con independencia de su nacionalidad.

El contenido de este derecho de tutela judicial ha sido reiteradamente definido por el Tribunal Constitucional, entre otras, en la Sentencia 9/1982, de 10 de marzo, que en su Fundamento Jurídico 1 expresa:

> El derecho fundamental acogido en el artículo 24.1 de la CE de obtener la tu tela efectiva de los Jueces y Tribunales, predicable de todos los sujetos jurídicos, en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, comporta la exigencia de que «en ningún caso pueda producirse indefensión», lo que

> indudablemente significa que en todo proceso judicial deba respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes, o que legalmente debieran serlo, mediante la oportunidad dialéctica de alegar y justificar procesalmente, el reconocimiento judicial de sus derechos o intereses. Este derecho de defensa y bilateralidad, por otra parte ya reconocido legalmente antes de la Constitución y expresado bajo el clásico principio procesal *nemine daminatur sine audiatur*

se conculca, como ha señalado este Tribunal, cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa —Sentencia de 23 de noviembre de 1981, Rec. 189/1981—, proscribiendo la desigualdad de las partes —Sentencia de 23 de abril de 1981, Rec. 202/1981—, por contener tal norma un mandato dirigido al legislador y al intérprete en el sentido de promover la contradicción.

Asimismo, en el fundamento jurídico 2 de la Sentencia 32/82, de 7 de junio, se expresa:

> El derecho a la tu tela efectiva que dicho artículo consagra no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia, pueda ante ellos manifestar y defender su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes y goce de la libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas y admisibles, ni se limita a garantizarla obtención de una resolución de fondo fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello.

Finalmente, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5.4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (interpretado, entre otros casos, por el caso Wilde, Ooms y Versyp, así como el Winterwep, del Tribunal Europeo), hay que transcribir el artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que dispone:

> 1. Todas las personas son iguales ante los Tribunales y Cortes de Justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un Tribunal competen te, independiente e imparcial, establecido por la Ley

En consecuencia, lo dispuesto en el artículo 26.2 de la Ley que se analiza, infringe los invocados preceptos constitucionales.

Segundo Motivo: Inconstitucionalidad del artículo 7 de la Ley 7/85, por vulneración del artículo 21 de la Constitución y, en conexión con él, del artículo 16 de la misma, así como de los artículos 9, 11 y 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, y de los artículos 2, 3, 18 y 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966

1. El artículo 7 de la Ley 7/85 configura un régimen legal del ejercicio del derecho de reunión para los extranjeros, radicalmente diferente al regulado para los españoles, y que se caracteriza por someter a autorización previa de la autoridad gubernativa la celebración de «reuniones públicas en local cerrado o en lugares de tránsito público, así como manifestaciones» promovidas por extranjeros, que deberán tener la condición legal de residentes. El órgano gubernativo competente «podrá prohibirlas si resultasen lesivas para la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los españoles».

2. ¿Cuáles son las consecuencias de este precepto, que, a nuestro juicio vulnera el artículo 21 de la Constitución? Son las siguientes:

   a) Se establece una radical diferencia de trato en el ejercicio del derecho de reunión entre los extranjeros y los españoles.

   b) El régimen legal configurado para los extranjeros supone no el establecimiento de «restricciones» al ejercicio del derecho de reunión, sino la anulación del mismo derecho, esto es, afecta al contenido esencial del derecho.

   Es preciso argumentar cada una de las afirmaciones antedichas:

2.1 Diferencia radical de trato en el ejercicio del derecho de reunión.

   a) Para fundamentar tal aseveración, resulta obligado examinar el régimen legal del derecho de reunión en la Constitución.

      El artículo 21 de la Constitución determina:

      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 de orden público, con peligro para personas y bienes.

      Como ha puesto de relieve la doctrina, la redacción de este precepto constitucional es modélica y responde cabalmente a lo que a la conciencia jurídica propia de las sociedades democráticas ha configurado al derecho de reunión como libertad pública.

      Lo esencial del concepto de derecho de reunión entendido como libertad encuadrada entre las que pertenecen al status libertatis del individuo frente al Estado es que su ejercicio no puede ser sometido a autorización previa. Como afirma Mortati «los derechos de la 'libertad civil' se caracterizan porque su esencia se agota en su mero 'contenido negativo» (Mortati, «Instituzioni di Diritto Pubblico II», Padova 1967, pág. 857).

De la misma manera que la ausencia de licencia o de censura previa es esencial para que exista libertad de expresión y la necesidad del placet o licencia es la misma negación de ese derecho, lo mismo sucede con la libertad de reunión: La esencia del derecho es poder celebrar reuniones sin autorización previa. Entiéndase bien: el derecho de reunión no consiste en la posibilidad de celebrar reuniones, de congregarse una pluralidad de personas para debatir, orar, intercambiar opiniones, cuando la autoridad lo consienta, sino en poder hacerlo sin ningún tipo de autorización gubernativa, sin que el Estado pueda impedírselo con carácter preventivo.

Esta configuración constitucional del derecho de reunión está perfectamente recogida en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión.

A los efectos legales, la Ley entiende por reunión «la concurrencia concertada y temporal de más de 20 personas, con finalidad determinada».

Su artículo 3 reafirma que ninguna reunión estará sometida al régimen de previa autorización.

b) La Ley, sin embargo, establece en dos supuestos de reuniones un sistema de previa comunicación a las autoridades gubernativas. En efecto, con respecto a las reuniones que se celebren en lugares, locales o recintos cerrados, sus organizadores o promotores «podrán solicitar la presencia de delegados de la autoridad gubernativa», obviamente con el fin de la protección del ejercicio del derecho. Se trata, por tanto, de una facultad de libre disposición de los promotores, cuando estimen conveniente la protección de las fuerzas de seguridad para el ejercicio legítimo de su derecho. Pero en ningún caso la Ley determina la obligación del promotor de una reunión en lugares públicos cerrados de la comunicación previa a la autoridad gubernativa.

Con respecto a las reuniones en lugares de tránsito público, la Ley establece el requisito de la comunicación previa, con una antelación de diez días como mínimo, o de veinticuatro horas, por «causas extraordinarias y graves». La autoridad gubernativa podrá prohibir la reunión o manifestación «por razones fundadas de que puedan producirse alteraciones de orden público, con peligro para personas o bienes», debiendo adoptarse la resolución en «forma motivada» (art. 10), siendo susceptible de Recurso Contencioso-Administrativo, sustanciado por la vía de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona (art. 11), y con posibilidad de acudir al Recurso de Amparo.

c) Frente a esta regulación legal (para los españoles), derivada directamente de los postulados constitucionales y congruente con ellos, la Ley Orgánica 7/85

establece con relación al ejercicio del derecho de reunión de los extranjeros, las siguientes sustanciales diferencias:

Con respecto a las reuniones públicas en local cerrado, el artículo 7 de la Ley impone el régimen de autorización previa.

Con respecto a las reuniones públicas en lugares de tránsito público, también están sometidos al régimen de previa autorización (mientras que el artículo 21 de la Constitución configura para estas reuniones —como se ha visto anteriormente— un régimen de comunicación previa). El ilustre constitucionalista italiano Mortati ha señalado (ob. cit. pág. 875) que el «preaviso», o comunicación previa es netamente distinto de la demanda de autorización.

d) Pero, además, los motivos en que se puede fundar la resolución administrativa denegatoria del ejercicio del derecho de reunión son mucho más amplios en el régimen legal para los extranjeros que los motivos en que se puede fundar la prohibición de celebrar una reunión en lugar de tránsito público para españoles.

En efecto, la Ley Orgánica del Derecho de Reunión establece taxativamente que la prohibición gubernativa de una reunión a celebrar en lugar de tránsito público, sólo podrá basarse en «razones fundadas de que puedan producirse alteraciones de orden público, con peligro para personas o bienes».

Por el contrario, las causas en que se puede fundar la no autorización de una reunión pública promovida por extranjeros son extraordinariamente amplias. La enumeración del artículo 7 de la Ley 7/85, no coincide con la del artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

El mencionado artículo del Convenio de 1966 establece como razones para establecer «restricciones» del ejercicio del derecho de reunión: «la seguridad nacional, la seguridad pública o el orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás». La Ley española introduce *ex novo* un motivo más: los «intereses nacionales». Es evidente que este concepto no coincide con el de «seguridad nacional», porque, expresado éste también en el mismo precepto, lo haría absolutamente redundante. El concepto «intereses nacionales» es mucho más amplio; comprende no sólo los aspectos referentes a la seguridad nacional, sino a los intereses económicos y políticos de una nación. Y es difícilmente admisible denegar el ejercicio de un derecho fundamental, proclamado en los Pactos Internacionales, a un concepto tan amplio, tan impreciso, tan susceptible de múltiples interpretaciones como el de «intereses nacionales», concepto que no puede ni encuadrarse ni identificarse con ninguno de los expresados en el artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por todas las razones expuestas, se puede afirmar que la diferencia de trato entre el régimen legal del ejercicio del derecho de reunión derivado directamente del artículo 21 de la Constitución y el que la Ley 7/85 establece para los extranjeros es sustancial.

e) Ahora bien, ¿tiene cobertura constitucional esta esencial diferencia de trato, esta distinta regulación del derecho de reunión para los extranjeros y para los españoles?

A nuestro juicio, que sometemos al parecer de ese Alto Tribunal, intérprete supremo de la Constitución, es patente que no puede sostenerse tal aseveración. Y ello, por dos razones fundamentalmente:

La primera, porque un estudio de la elaboración parlamentaria del artículo 21 de la Constitución prueba que el constituyente quiso extender la titularidad del derecho de reunión a los extranjeros. El texto originario (Anteproyecto, «B.O.E.» de 5 de enero de 1978) decía en su artículo 21: «1. Los españoles tienen el derecho de reunión pacífica y sin armas». El Informe de la Ponencia del Congreso («B.O.C.» de 17 de abril de 1978) mantuvo inalterado el texto transcrito. A esta redacción se presentó en la Comisión del Congreso una enmienda *in voce* por el Señor Guerra Fontana, del Grupo Socialista de Cataluña, en el sentido de hacer extensivo este derecho a los extranjeros. La enmienda, tras un turno en contra del Diputado Señor Carro Martínez, fue finalmente aceptada con una redacción transaccional, propuesta por el Grupo Parlamentario de UCD, que, sin modificación posterior, es la que se ha plasmado definitivamente en el texto constitucional («Diario de Sesiones del Congreso», núm. 70, de 19 de mayo de 1978). Este *iter* parlamentario ha hecho afirmar al profesor J. A. Santamaría: «Esta posición de los constituyentes condiciona, por tanto, el futuro contenido de la Ley de Extranjería a que se refiere el artículo 13.1 de la Constitución, la cual deberá reconocer a los extranjeros el derecho de reunión de la misma forma en que lo disfrutan los ciudadanos españoles». (J. A. Santamaría, «Comentarios a la Constitución», Civitas, Madrid 1985, pág. 415).

La segunda, porque —como se ha afirmado anteriormente— el derecho de reunión no puede concebirse como un derecho de carácter político, esto es, un derecho que por su naturaleza ha de quedar circunscrito a los ciudadanos, titulares en su plenitud de los derechos políticos en relación con el Estado. Es un derecho, por el contrario, que pertenece a los «derechos de libertad civil», que suelen incluirse en la categoría acuñada por Santi Romano como «derechos de la personalidad», y, desde las primeras Declaraciones de Derecho, se inscriben en la clásica expresión de «derechos inviolables del hombre».

En esta esfera de derechos, entre los que están el derecho de libertad personal, el de libertad de domicilio, el del secreto de la correspondencia, el de

manifestación del propio pensamiento, y también el de reunión, su ejercicio no puede quedar limitado a los que poseen unos vínculos políticos con el Estado, sino a toda persona, por cuanto constituyen los modos de manifestación y de desarrollo de su propia autonomía personal. En estos derechos, que son dimanantes de la dignidad de la persona no puede admitirse que esté justificada constitucionalmente la radical diferencia de trato, que el artículo 7 de la Ley 7/85 establece.

3. Pero, a mayor abundamiento, las restricciones al ejercicio del derecho de reunión establecidas en el artículo 7 de la Ley 7/85 anulan el contenido esencial de dicho derecho.

a) En efecto, la vulneración del artículo 21 de la Constitución no se basa solamente en la radical diferencia de trato en el ejercicio del derecho de reunión por los extranjeros en relación con la configuración legal establecida para los españoles, que —como se ha expuesto anteriormente— no tiene, a nuestro juicio, justificación constitucional, sino también porque las «restricciones» establecidas en el artículo 7 de la Ley 7/85 en realidad anulan el «contenido esencial» del derecho de reunión.

Las reuniones públicas en lugar cerrado promovidas por extranjeros, así como las que se celebren en lugar de tránsito público precisan de autorización previa. No pueden realizarse sin un acto administrativo habilitante, acordado por el órgano gubernativo competente, que otorga el permiso, sin el cual la reunión se reputa ilegal. Este sistema de carácter preventivo no es una limitación o restricción del derecho de reunión como libertad pública, sino —como ha sido puesto de relieve anteriormente— su misma negación. Lo que prueba, en efecto, la existencia o no de un régimen de libertades públicas es la presencia o no de autorizaciones de carácter preventivo para su ejercicio. Según opinión prácticamente unánime en la doctrina, la única legítima forma de establecer límites al ejercicio de las libertades públicas, propia del Estado de Derecho, es mediante la utilización del llamado sistema «represivo», es decir, a través de una actuación a posteriori de los Poderes Públicos cuando se produzca por parte de los particulares titulares del derecho cualquier extralimitación ilegítima en el ejercicio del mismo, o cuando concurran los supuestos de prohibición, previstos en el artículo 21 de la Constitución.

Por todo ello, es preciso insistir en que el sistema preventivo previsto en el artículo 7 de la Ley 7/85 no puede calificarse cabalmente como un régimen de restricciones o limitaciones, que hipotéticamente pudieran estar justificadas constitucionalmente, sino como la exclusión de los extranjeros del reconocimiento del derecho de reunión concebido corno libertad pública propia de un Estado de Derecho.

b) Finalmente, cabe añadir, sucintamente que esta «restricción- anulación» del derecho de reunión tal como se configura legalmente para los extranjeros en el artículo 7, afecta gravemente a otro derecho fundamental: el derecho a la libertad

ideológica reconocido en el artículo 16 de la Constitución, que presenta no sólo una dimensión individual, sino también colectiva.

En efecto, tanto la doctrina como las formulaciones contenidas en las Declaraciones y Pactos Internacionales en materia de libertad ideológica y religiosa, coinciden en incluir en el contenido esencial de dicho derecho la facultad de —naturaleza instrumental, como ha señalado Hauriou— de reunirse como elemento esencial de la dimensión comunitaria del mencionado derecho. Así se desprende del artículo 9 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, ratificado por España por Instrumento de 26 de septiembre de 1979, así como del artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado, asimismo, por España por Instrumento de 13 de abril de 1977.

En conclusión, por todas las razones alegadas anteriormente, y siempre con el mayor respeto a cualquier otra opinión diferente, procede, a juicio de quien tiene el honor de recurrir a ese Alto Tribunal, que se declare la inconstitucionalidad del artículo 7 de la Ley 7/85, en cuanto establece un régimen de autorización previa para el ejercicio de un derecho fundamental, que no debe sufrir más limitaciones en relación con los extranjeros que los específicamente derivados de lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución.

Tercer Motivo: Inconstitucionalidad del artículo 8.2 de la Ley 7/85, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, por vulneración del artículo 22.4 y 14, en relación con el artículo 13.1, todos ellos del texto constitucional

1. El artículo 8.2 de la Ley 7/85 de 1 de julio, establece:

   El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro del Interior, previo informe del de Asuntos Exteriores, podrá acordar la suspensión de las actividades de las asociaciones promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros, por un plazo no superior a seis meses, cuando atenten gravemente contra la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los españoles.

   Este precepto, en consecuencia, faculta a la autoridad administrativa para suspender las actividades de una asociación legalmente constituida, y formada total o mayoritariamente por extranjeros, en los casos tasados que se establecen.

2. El artículo 22 de la Constitución, al que hay que remitirse en este punto, por imperativo del artículo 13.1, no distingue entre españoles y extranjeros, al reconocer el derecho general de asociación, a diferencia de otros preceptos del Título I, como los artículos 14, 19, 23, 29, 30, 35, etcétera.

De lo anterior, habría que concluir que el derecho de asociación, como derecho subjetivo, es también predicable de los extranjeros.

3. Por otra parte, el expresado artículo 13.1 de la Constitución indica la necesidad, para configurar plenamente el régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros, de acudir a los Tratados y a la Ley.

   Aquella remisión a los Tratados, no puede suponer una desnaturalización del derecho fundamental de asociación, reconocido, como se ha visto, a españoles y extranjeros, sino que ha de consistir en restricciones o limitaciones a su ejercicio, en aras de la protección de otros intereses o bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

   Estas restricciones, por la expresada remisión, se contienen en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo artículo 11.1 expresa «Toda persona tiene derecho... a la libertad de asociación»

   Su núm. 2°, determina

   > El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de la Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado.

   Por su parte, el artículo 22.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, prevé «Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otra»

   El núm. 2 del propio artículo, contiene las restricciones, al disponer:

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

4. Así pues, ni el artículo 22 de la Constitución, ni los Tratados Internacionales permiten otras restricciones que las expuestas, sin que se autorice una alteración *in peius* o una disminución del régimen de garantías jurídico-constitucionales establecidas para su ejercicio, en este caso concreto la garantía de la atribución con carácter exclusivo al Poder Judicial de suspender las asociaciones legalmente constituidas.

Tampoco hay que olvidar la previsión constitucional recogida en el artículo 53.1, que obliga a la Ley, en todo caso, a respetar el contenido esencial para la regulación de los derechos y libertades reconocidos en el Título I.

5. Por otra parte, para resolver la cuestión debatida, debe tenerse en cuenta que el derecho de asociación, entendido en su concepción global, tiene dos aspectos:

En primer lugar, el derecho subjetivo e individual a asociarse, materialización jurídica de la vocación de sociabilidad humana, y, por otro lado, la vertiente colectiva del derecho, es decir, el derecho de la entidad ya constituida a realizar los fines y actividades que le son propias.

El derecho a asociarse de los extranjeros se puede restringir, por imperativo del artículo 13.1 de la Constitución, y Convenios citados, como se ha dicho, en cuanto a su ejercicio, por las razones y motivos ya referidos.

Sin embargo, en relación al segundo aspecto, es decir, la vertiente colectiva del derecho, hay que decir que la condición jurídica de extranjero o nacional no se reputa solamente de las personas físicas que integran una asociación, sino también de la entidad o persona jurídica en que se constituye.

Efectivamente, las personas jurídicas, según el artículo 28 del Código Civil, entre las que se encuentran las asociaciones, gozarán de la nacionalidad española, cuando se encuentren domiciliadas en España. Las domiciliadas en el extranjero son, por tanto, las únicas a las que se podría referir el artículo 8.2 de la debatida Ley de Extranjería, por tener la condición de Asociaciones Extranjeras.

Así, a una asociación integrada mayoritaria o exclusivamente por extranjeros, y domiciliada en España se le habría de aplicar el régimen íntegro previsto en el artículo 22 de la Constitución, sin contener ninguna discriminación hacia las demás asociaciones nacionales, porque, de lo contrario, se vulneraría el artículo 14 de la Constitución, como, de hecho, acontece en el precepto comentado.

Por otra parte, en estas asociaciones, a que alude el artículo 8.2 de la Ley, no debe olvidarse que se integran también ciudadanos españoles, cuyo derecho de asociación, no puede, en modo alguno, ser restringido, sino con las causas o motivaciones generales admitidas para todos los españoles.

Por consiguiente, el artículo 13.1 de la Ley impugnada, infringe los preceptos constitucionales invocados en el presente motivo.

Cuarto Motivo: Inconstitucionalidad del artículo 34 de la Ley 7/85, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España por vulneración del artículo 53 y de aquellos preceptos constitucionales que reconocen los derechos y

libertades susceptibles de amparo a que se refiere el artículo 53.2 de la Constitución

1. El artículo 34 de la Ley 7/85 de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España establece que:

   > Las resoluciones administrativas adoptadas en relación con los extranjeros, serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes. En ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la presente Ley.

   Habida cuenta del tenor literal de este precepto, tanto la obligación que a la Sala correspondiente del Tribunal Constitucional impone el artículo 56.1 inciso 1.º de su Ley Orgánica reguladora, como la facultad que le otorga el inciso 2.° del mismo precepto, quedan derogadas en relación con los recursos de amparo constitucional que puedan interponerse contra las resoluciones administrativas o jurisdiccionales dictadas al amparo de la Ley 7/85.

   El citado artículo 56.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, dispone que:

   > La Sala que conozca de un Recurso de Amparo suspenderá, de oficio o a instancia del recurrente la ejecución del acto de los Poderes Públicos por razón del cual se reclame el amparo constitucional, cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad. Podrá, no obstante, denegar la suspensión cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales, o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero.

   Del mismo modo, queda derogada la obligación que el artículo 7.4 de la Ley 62/78, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona impone a la Sala que conozca el Recurso Contencioso-Administrativo en ella previsto, de suspender el cumplimiento del acto impugnado, salvo que se justificase la existencia de perjuicio grave para el interés general.

2. Esta doble derogación, huelga decirlo, se produce porque el artículo 44 de la Ley 7/85, de 1 de julio, Ley posterior a las comentadas, tiene el carácter de Ley Orgánica en virtud de lo dispuesto en su Disposición Final Segunda (artículo 2.2 del Código Civil).

   Como quiera que los extranjeros están legitimados para interponer Recurso de Amparo constitucional, así como el Recurso Contencioso-Administrativo regulado por el artículo 6 de la Ley 62/78, de 26 de diciembre, —una de las vías judiciales procedentes a que se refiere el artículo 53.2 de la Constitución en relación con la Disposición Transitoria Segunda, párrafo segundo, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional—, éstos se ven privados de la facultad de solicitar y, en su caso, del derecho a obtener del Tribunal Constitucional o Contencioso-Administrativo la suspensión del cumplimiento del acto impugnado.

Esta legitimación de los extranjeros para la interposición de los recursos más arriba mencionados, se desprende de la redacción del artículo 46.1. b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en cuya virtud:

> Están legitimados para interponer el Recurso de Amparo constitucional: [...] b) en los casos de los arts. 43 y 44, quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

De este precepto no se desprende distinción alguna entre nacionales y extranjeros a efectos de legitimación.

A mayor abundamiento, el artículo 35 de la Ley 7/85, de 1 de julio, establece que «En todo caso, el extranjero podrá interponer los recursos procedentes, en vía administrativa o jurisdiccional».

Entre estos recursos se encuentran, lógicamente, los que acaban de mencionarse.

3. La cuestión, ahora, estriba en determinar si la privación al extranjero de su eventual derecho a obtener la suspensión del acto impugnado, vulnera el artículo 53.2 de la CE en cuanto que este precepto dispone que:

> Cualquier ciudadano podrá recabar la tu tela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo 2° ante los Tribunales Ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

Simultáneamente, debe plantearse si la privación comentada vulnera en cada supuesto concreto, cada uno de los preceptos constitucionales susceptibles de amparo por cuya presunta infracción se hubiera interpuesto el recurso.

A este respecto, conviene subrayar que el artículo 56.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional obliga a la Sala competente, a suspender la ejecución del acto impugnado cuando la misma «Hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad».

En este orden de cosas, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 15/1982, de 23 de abril, consideraba, al analizar la falta de regulación legal del derecho constitucional a la objeción de conciencia que:

> Es cierto que cuando se opera con esa reserva de configuración legal el mandato constitucional puede no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido que en el caso presente habría de identificarse con la suspensión provisional de la incorporación afilas, pero ese mínimo contenido ha de ser protegido, ya que de otro modo, el amparo previsto en el artículo 53.2 de la Constitución carecería de efectividad y se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico

Continúa considerando dicha Sentencia que «para cumplir el mandato constitucional es preciso, por tanto, declarar que el objetor de conciencia tiene derecho a que su incorporación a filas se aplace hasta que se configure el procedimiento que pueda conferir plena realización a su derecho de objetar»

A la vista de lo expuesto, el artículo 34 de la Ley 7/85 no puede por tanto, impedir la suspensión del acto impugnado, por cuanto su cumplimiento puede producir la negación radical del derecho fundamental de que se trate y, consiguientemente, privarle de la máxima garantía constitucional que el artículo 55.2 de la Norma Fundamental le otorga, es decir, la garantía de un amparo efectivo.

En virtud de lo expuesto,

SUPLICO

al Tribunal Constitucional que teniendo por presentado este escrito, en tiempo y forma, se sirva admitirlo; tener por interpuesta demanda de Recurso de Inconstitucionalidad contra los artículos 7, 8, 26 y 34 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio de 1985, publicada en el «B.O.E.» del día 3 de julio de 1985, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, por estimar que en ellos se vulneran los artículos 14, 16, 17, 21, 22, 24, 25 y 53.2 de la Constitución; así como los preceptos contenidos en los Pactos y Convenios Internacionales suscritos y ratificados por España, invocados en el cuerpo de este escrito, y forman parte de nuestro ordenamiento jurídico de rango constitucional (según el artículo 96 de nuestra Norma Suprema), y deben servir de pauta interpretativa, según el artículo 10.2 del texto constitucional; dar traslado de esta demanda al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de su Presidente, y al Gobierno por conducto del Ministro de Justicia; y seguido que sea el procedimiento por sus legales trámites, se digne dictar en su día sentencia por la que se declare la inconstitucionalidad de dichos preceptos legales, al ser infractores de preceptos de la Constitución.