

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

EXTRACTO DEL INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL

PLENO DEL 26 DE JULIO DEL 2000 DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

I

Con fecha 18 de julio de 2000 se ha recibido en este Consejo General del Poder Judicial, remitido por el Ministerio de Justicia el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, haciendo constar en la comunicación remitora, a efectos de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 108 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la urgencia del informe, para que pueda ser emitido en el plazo legalmente previsto de quince días.

La Comisión de Estudios e Informes, en su sesión de 24 de julio de 2000, designó ponentes a los Vocales Excmos. Sres. D. Rafael Fernández Valverde y D. Juan Ramón Sáez Valcárcel, analizando el contenido del referido Anteproyecto y aprobando el preceptivo informe para su posterior elevación al Pleno del Consejo.

II

(...) De todo este extenso conjunto normativo destaca la reforma que se realiza al artículo 3 de la ley vigente, que ve modificada su propia denominación, pasando de tener el título "Igualdad con los españoles e interpretación de las normas" a encabzarse con la expresión "Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas", lo que determina, desde este simple elemento el sentido de, prácticamente, toda la reforma, como habrá ocasión de analizar (...).

III

(...) El informe se solicita con cita expresa del artículo 108.1.e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que atribuye a este Órgano constitucional la facultad de informar los Anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y de las

Comunidades Autónomas que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el resto del artículo 108.1 de esta Ley, a "normas procesales o que afecten a aspectos jurídico constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales y cualesquiera otras que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales". A la luz de esta disposición legal, en una correcta interpretación del alcance y sentido de la potestad de informe que en ella se reconoce al Consejo General del Poder Judicial, el parecer que le corresponde emitir al Anteproyecto remitido deberá limitarse a las normas sustantivas o procesales que en él se incluyen específicamente, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada (...).

(...) Por otra parte, es oportuno destacar que el Consejo General del Poder Judicial ha venido delimitando el ámbito de su potestad de informe partiendo de la distinción entre un ámbito estricto, que coincide en términos literales con el ámbito material definido en el citado artículo 108.1.e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y un ámbito ampliado que se deriva la posición del Consejo como órgano constitucional del gobierno del Poder Judicial. Por tanto, dentro del primer ámbito, el informe que debe emitirse habrá de referirse, de manera principal, a las materias previstas en el precepto citado, eludiendo, con carácter general al menos, la formulación de consideraciones relativas al contenido del Anteproyecto en todas las cuestiones no incluidas en el citado artículo 108 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En cuanto al ámbito ampliado cabe decir que el Consejo General del Poder Judicial debe expresar su parecer también sobre los aspectos del Anteproyecto que afecten derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de eficacia inmediata que gozan por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución. En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los jueces y tribunales. Además de lo anterior, de acuerdo con el principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones, relativas tanto a cuestiones de pura técnica legislativa, o terminológicas, con el ánimo de contribuir tanto a mejorar la corrección de los textos normativos, como a su efectiva aplicabilidad e incidencia sobre los procesos jurisdiccionales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes han de aplicar posteriormente en la práctica las normas correspondientes (...).

Consideraciones generales.

Tradicionalmente, el estudio y regulación de la condición jurídica del extranjero tenía lugar en disciplinas propias del derecho privado, mientras que en la

actualidad se ha trasvasado al ámbito del derecho público (...).

(...) La razón de la entrada de esta materia en el ámbito del derecho público se debe, sin duda, a la creciente importancia del fenómeno de la extranjería, de manera que de un hecho aislado se ha pasado a un hecho frecuente y de una creciente importancia social, que frente a otros momentos de la historia, en que también se produjeron movimientos migratorios, en los últimos decenios estos movimientos se realizan hacia países de destino con un nivel de población consolidado. La perspectiva de la regulación debía cambiar y se aleja del ámbito del derecho privado para pasar al derecho público, de manera que las técnicas de policía y control, propias de esta esfera del derecho, se manifiestan, además con mayor intensidad, en este conjunto normativo. El control de entrada, la concesión de visados, la predeterminación de los puntos de entrada, los permisos de residencia y sus variantes, las autorizaciones, etc., son técnicas propias del derecho público y configuran una gran parte de los contenidos propios de una legislación como la de extranjería.

En las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere se señala que "el Consejo Europeo está resuelto a que la Unión se convierta en un espacio de libertad, seguridad y justicia, utilizando las posibilidades que ofrece el Tratado de Amsterdam. El Consejo Europeo lanza un firme mensaje político para confirmar la importancia de este objetivo y ha acordado una serie de orientaciones y prioridades políticas que convertirán rápidamente este espacio en una realidad... La Unión Europea ya ha puesto a disposición de sus ciudadanos un espacio compartido de paz y prosperidad: un mercado único, una unión económica y monetaria y la capacidad para asumir retos políticos y económicos a escala internacional... No obstante, esta libertad no debería considerarse dominio exclusivo de los ciudadanos de la Unión. Su propia existencia ejerce un poder de atracción para muchos otros ciudadanos de todo el mundo... Por esta razón, la Unión ha de desarrollar políticas comunes en materia de asilo e inmigración, teniendo en cuenta al mismo tiempo la necesidad de llevar a cabo un control coherente de las fronteras exteriores para poner fin a la inmigración ilegal y para luchar contra quienes la organizan y cometen delitos internacionales conexos".

En otro punto de estas conclusiones se dice que "la Unión debe garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de sus Estados miembros. Una política de integración más decidida debería encaminarse a concederles derechos y obligaciones comparables a los ciudadanos de la Unión, así como a fomentar la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural y a desarrollar medidas contra el racismo y la xenofobia."

Por otra parte, es verdad que desde el punto de vista interno de los Estados, las normas que se dicten sólo podrán atender, básicamente, a regular dos elementos de todo el complejo, ya que es imposible que un solo Estado pueda atender y resolver el problema desde la perspectiva global que se desprende de lo antes indicado.

Los dos elementos básicos de regulación del fenómeno referido son el reconocimiento al extranjero de una suerte de derechos, como primer elemento, y el control de la entrada de los extranjeros (la pura y real extranjería) y la integración social del inmigrante, como segundo elemento.

Desde un punto de vista histórico se observa que en la antigüedad los extranjeros eran considerados como extraños al orden jurídico interno, estando excluidos de toda participación en la vida pública y sin tener reconocidos derechos subjetivos privados. También era cierto que la situación de los extranjeros era distinta según los países, pero primaba el criterio de la carencia de derechos plenos. En las legislaciones más modernas han ido surgiendo distintos sistemas reguladores de la condición jurídica del extranjero; la reciprocidad diplomática (subordina el reconocimiento de la capacidad de los extranjeros a lo establecido en los correspondientes tratados internacionales), el de reciprocidad legislativa (subordina el reconocimiento de derechos al reconocimiento que el Estado de origen del extranjero ofrezca a los nacionales del Estado de destino) y el de igualdad, por el que se conceden al extranjero iguales derechos que al nacional. Junto a estos tres principales sistemas han ido apareciendo otros en los que se mezclan, con mayor o menor intensidad, todos ellos.

En la actualidad, la cuestión relativa a los derechos de los extranjeros está contemplada en la Constitución, cuyo artículo 13 dispone:

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 art. 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.
3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo.
4. La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países podrán gozar del derecho de asilo en España".

Como es de ver este precepto contempla la condición jurídica del extranjero desde la perspectiva de la comunidad política, trasladando todo el bloque de la extranjería al derecho público. Tras la vigencia de la Constitución, han sido dictadas al respecto, para ciudadanos no procedentes de la Unión Europea, las siguientes normas:

1.- La Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. Esta Ley fue objeto de desarrollo reglamentario, en un primer momento, por el Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, que su vez fue derogado por el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero. Por Orden de 22 de febrero de 1999 se aprobaron las normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, que estaban previstos en el artículo 26 de la Ley, precepto que mereció una sentencia interpretativa del Tribunal Constitucional (STC 115/1987).

2.- La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social. Esta norma lleva en vigor apenas seis meses y no se ha procedido a su desarrollo reglamentario, previsto en su disposición final sexta.

3.- La Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, reformada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

(...) Un primer punto sobre el que se debe reflexionar es el que resulta de la sucesión temporal de estas normas. A primera vista parece que nada puede deducirse de ese mero dato. En efecto, la experiencia del derecho comparado tampoco es un ejemplo de regulaciones estables en materia de extranjería. Por citar sólo un caso próximo, durante los últimos diez años Francia ha cambiado varias veces las reglas de la entrada y permanencia de los extranjeros en Francia. En casi todas estas nuevas leyes el Consejo Constitucional, por acción de los diputados minoritarios, ha tenido que intervenir para dilucidar su constitucionalidad, lo que le ha llevado derechamente al tema de la suspensión de la ejecución de los actos de la policía expulsando a extranjeros, base sobre la cual ha edificado una jurisprudencia de un interés considerable. La "reconducción" a la frontera o expulsión de extranjeros que han entrado o permanecido en territorio francés ilegalmente fue introducida por una Ley de 10 de enero de 1980. En 1981 una nueva Ley atribuye dicho poder al Juez penal. En 1986 (Ley de 9 de septiembre de 1986) retoma la competencia para la expulsión a la autoridad administrativa. Ciertamente se puede observar que la experiencia francesa se refiere a una cuestión problemática, no a todo el conjunto normativo, pero se destaca en la medida que expresa la falta de criterio estable sobre un tema capital en esta materia: la entrada y permanencia de extranjeros, las decisiones de expulsión y su control y suspensión cautelar. También en Alemania se ha modificado sucesivamente en los últimos tiempos la regulación en la materia; en efecto la ley de 1 de enero de 1991, sobre los extranjeros, se ha modificado el 26 de junio de 1992, 28 de octubre de 1994 y 24 de enero de 1997.

Sin embargo, una reflexión sobre las dos Leyes Orgánicas precedentes y el texto proyectado parecen poner de manifiesto la siguiente cuestión: La Ley Orgánica 7/1985 contenía una regulación en la que el punto de vista predominante era el de la extranjería, el del control y la actividad de policía, precisando la primera sus derechos y libertades desde la posición cenital de la misma ley y sin mención alguna a su equiparación con los españoles en cuanto al goce de estos derechos; obsérvese que esta ley llevaba por nombre "sobre derechos y libertades de los extranjeros en España". Por su parte la Ley Orgánica 4/2000 incorpora una nueva perspectiva que se pone de manifiesto con su propia denominación, que es "sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social". Efectivamente, la nueva Ley va a contemplar la inmigración como un fenómeno complejo, recogiendo una regulación jurídica en cierta manera bifronte, destinada tanto a la extranjería como a la inmigración, estableciendo mecanismos que propician la integración social del inmigrante. Este espíritu de la norma, muy inclinada a la regulación de la integración, atenúa los controles legales de los movimientos migratorios, de manera que casi desaparece la tradicional diferencia entre el inmigrante "regular" y el inmigrante "irregular", más allá de la categorías de "residentes" en sus diversos grados e incluso "empadronados". Todo este complejo de finalidades reguladoras puede haber sido el causante de algunos de los defectos técnicos de la norma y que se irán destacando a lo largo de este informe.

El Anteproyecto remitido sigue manteniendo la denominación de la Ley que pretende reformar, por lo que la perspectiva de la integración social del inmigrante se conserva. A la par corrige el reconocimiento de derechos a los extranjeros, retomando en este punto a una regulación muy parecida a la Ley Orgánica 7/1985, destacando al respecto que el antes citado artículo 3 pasará a llevar la siguiente denominación: "derechos de los extranjeros e interpretación de las normas". Se pretende armonizar y hacer compatibles las regulaciones de los dos fenómenos que se han destacado: la extranjería y la inmigración, recuperando de manera nítida la distinción entre los extranjeros que se encuentran legalmente en España y los que no, lo que sin duda es un aspecto técnico muy importante, pero que puede facilitar unas vías de actuación de los poderes públicos más proclives a las actuaciones de "control" que a las de "integración". Por todo ello, debe analizarse si la norma proyectada respeta el marco de los derechos fundamentales de los extranjeros en España y, en especial, desde el papel que le corresponde a este Consejo General del Poder Judicial, el respeto y regulación adecuada de lo que atañe a la *protección de los derechos fundamentales, la tutela judicial, incluida la tutela cautelar, a las garantías en los procedimientos administrativos, al respeto a los principios de la potestad sancionadora, entre ellos el de tipicidad y proporcionalidad, englobados todos ellos dentro del concepto genérico de garantías jurídicas.*

La exposición de motivos del Anteproyecto aduce dos motivos básicos para la reforma: haberse detectado durante la vigencia de la Ley Orgánica 4/2000 *aspectos en los que la realidad del fenómeno migratorio supera las previsiones de la norma y la necesidad de que nuestra normativa debe ser conforme con los compromisos asumidos por España, concretamente, con las conclusiones adoptadas por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea los días 16 y 17 de octubre de 1999 en Tampere sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia.*

Anteriormente se ha hecho referencia a las conclusiones de Tampere, destacando las más relevantes. No obstante, cabe constatar, en aras del principio de seguridad jurídica, y con pleno respeto a la iniciativa legislativa del Gobierno, prevista en el artículo 87.1 de la Constitución, que se procede a la inmediata reforma de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sin un período de tiempo para poder comprobar pormenorizadamente los efectos de la aplicación de la misma, y sin haber esperado a la aprobación de su Reglamento de desarrollo, para la que el Gobierno contaba con un período de seis meses (DF 6a), y, en consecuencia, sin haber podido comprobar los efectos del cambio normativo introducido por la Ley 4/2000, respecto de la Ley 7/1985, una vez concluido, al menos, el proceso de regularización de extranjeros, prevista en la D. T. 1 a de la Ley vigente, desarrollada por el RD. 239/2000, de 18 de febrero.

Los principios sobre los que se apoya la reforma.

La reforma afecta a la mayor parte de los artículos de la Ley Orgánica 4/2000, y además añade seis nuevos preceptos, aumentando la extensión de la norma, modifica la denominación de algunos Títulos y Capítulos, junto con la reforma de

las Disposiciones adicionales, transitorias y finales. Para apreciar con adecuado criterio el sentido de la reforma es muy conveniente determinar el punto central o criterio básico sobre el que gira toda ella. A juicio de este Consejo General del Poder Judicial son dos los ejes o centros que deben tenerse en cuenta: la reforma del artículo 3 de la Ley y la precisión legal de que el goce y disfrute de derechos se conecta al presupuesto de que el extranjero resida legalmente en España.

Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la materia.

El Tribunal Constitucional dice en su reciente Sentencia de 10 de abril de 2000 (F.J. 3º) que "no es intrascendente recordar a estos efectos que la jurisprudencia de este Tribunal ha venido definiendo el alcance de la proyección del principio de igualdad y no discriminación sobre los derechos y libertades de los extranjeros, a los que se refiere el art. 13.1 C.E., al establecer que gozarán en España de las libertades públicas garantizadas en el Título I, si bien en los términos que establezcan los Tratados y la Ley. Desde nuestra STC 107/1984, de 23 de noviembre, hemos mantenido que ni la expresión misma de libertades públicas ha de interpretarse en sentido restrictivo, ni tal remisión supone que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a ellas, sino que supone, únicamente, el reconocimiento de éstas con arreglo a su configuración legal. Y así, como declaramos en dicha Sentencia y hemos reiterado en las SSTC 99/1985, de 30 de septiembre y 130/1995, de 11 de septiembre, los extranjeros gozan en nuestro país, en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 C.E.); por contra, no es posible el acceso a otro tipo de derechos (como los reconocidos en el art. 23 C.E., según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contiene) y, finalmente, existe un tercer grupo integrado por aquellos derechos de los que podrán ser titulares en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y Leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto a los nacionales".

En efecto, ya se entendió por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 107/84 (F.J. 3º) que "la inexistencia de declaración constitucional que proclame la igualdad de los extranjeros y españoles no es, sin embargo, argumento bastante para considerar resuelto el problema, estimando que la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles resulta constitucionalmente admisible, o incluso que el propio planteamiento de una cuestión de igualdad entre extranjeros y españoles está constitucionalmente excluido. Y no es argumento bastante porque no es únicamente el art. 14 CE el que debe ser contemplado, sino que, junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos sin los que no resulta posible determinar la posición jurídica de los extranjeros en España".

Añade esta Sentencia que "a tenor del art. 13 CE, *los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la Ley.* Ello supone que el disfrute de los derechos y libertades -el término *libertades públicas* no tiene, obviamente, un significado

restrictivo- reconocidos en el Título 1 de la Constitución se efectuará en la medida en que lo determinen los tratados internacionales y la Ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas, de modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del tratado o la Ley.

"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 rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 10.1 CE, constituye fundamento del orden político español. 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 con relación a los españoles.

"Puede también, sin embargo, introducir la nacionalidad como elemento para la definición del supuesto de hecho al que ha de anudarse la consecuencia jurídica establecida, y en tal caso, como es obvio, queda excluida *a priori* la aplicación del principio de igualdad como parámetro al que han de ajustarse en todo caso las consecuencias jurídicas anudadas a situaciones que sólo difieren en cuanto al dato de la nacionalidad, aunque tal principio haya de ser escrupulosamente respetado en la regulación referida a todos aquellos situados en identidad de relación con el dato relevante".

La Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987, de 7 de julio, en virtud del recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo contra determinados preceptos de la ya citada Ley Orgánica 7/1985, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 7 (regulador del derecho de reunión de los extranjeros) en el inciso "y solicitar del órgano competente su autorización", 8.2 (que facultaba al Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio del Interior, previo informe del de Asuntos Exteriores, para acordar la suspensión de las asociaciones promovidas mayoritariamente por extranjeros), y 34 (que impedía que se acordara la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido por la mencionada ley) en el inciso en que se disponía esta imposibilidad; respecto de artículo 26.2 (regulador de la detención del extranjero

con carácter preventivo o cautelar) se dispuso que no era inconstitucional, entendido con el sentido y alcance que la sentencia indica en el F. J. 10. Esta sentencia dice en su F. J. 10 que "resulta innecesario entrar en las consideraciones generales que...(se) hacen... sobre el alcance genérico de las libertades públicas reconocidas a los extranjeros por nuestra Constitución".

Con la doctrina que establecen estas sentencias se puede colegir que el ámbito objetivo de derechos de los extranjeros en España es coextenso al ámbito del Título I de la Constitución, cuyo disfrute podrá atemperarse, en cuanto a su contenido, a lo que determinen los Tratados internacionales y la Ley, aunque esa modulación no será posible en los derechos que correspondan por igual a españoles y extranjeros. Esta distinción es la que da lugar a la aparición de tres grandes grupos de derechos:

1.- *Derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, cuya regulación ha de ser igual para ambos, sin posibilidad alguna de atemperación respecto de los extranjeros.* Forman parte de este grupo aquellos derechos que son básicos para la realidad plena de la dignidad humana, que es, de acuerdo con el artículo 10 de la Constitución, uno de los fundamentos del orden político. Entre ellos se encuentran el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica (STC 107/84), el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/85), y el derecho a la libertad personal y a la seguridad (STC 115/87).

2.- *Derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros, siendo tales derechos los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución, conforme a lo que dispone el artículo 13.2 de la misma Constitución, pero no por virtud de este último precepto, sino por causa del mismo artículo 13, cuyo punto 2 limita estos derechos a los españoles, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.* Este precepto hubo de ser modificado para adaptarlo al artículo 8 B del Tratado de la Unión Europea (ya que extendía el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales a todos los ciudadanos de la Unión que residan en un Estado de la Unión del que no sean nacionales).

3.- *Derechos respecto de los que el artículo 13.1 de la Constitución reconoce a los Tratados y a las leyes la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio por parte de los extranjeros, siempre que se respeten las prescripciones constitucionales.* En este campo tiene el legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales a su ejercicio por los extranjeros, pero no puede configurar libremente su contenido sin respetar las prescripciones constitucionales.

La reforma del artículo 3.

Para comprender con más detalle el alcance de la reforma del artículo 3 de la Ley es conveniente poner en relación tres textos normativos: el de la Ley Orgánica

nica 7/1985 (que era el artículo 4), el de la Ley Orgánica 4/2000 (que es el artículo 3) y el del Anteproyecto.

Ley Orgánica 7/1985, artículo 4: 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.

2. Los extranjeros que, por su residencia o interés, se relacionen con España, deberán cumplir los requisitos de identificación que se determinen y estarán sujetos a los deberes, obligaciones y cargas impuestos por el ordenamiento jurídico, con excepción de los que correspondan exclusivamente a españoles.

Ley Orgánica 4/2000, artículo 3. Igualdad con los españoles e interpretación de las normas:

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

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

ANTEPROYECTO, ARTÍCULO 3.

DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS E INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS.

1 Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidas en el Título 1 de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados Internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos.

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

3. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles.

La correlación de estos textos arroja alguna luz sobre la reforma: se modifica el rótulo del artículo, desapareciendo expresamente la mención de "igualdad con los españoles", que también desaparece del texto del artículo y recuperando una regulación que se aproxima notablemente a la del año 1985. Se conserva el párra-

fo segundo de la ley que se reforma y se introduce un nuevo párrafo relativo a la interpretación de las normas.

Parece evidente que la Ley Orgánica 4/2000 tendía a la equiparación de derechos de los extranjeros con los españoles, con una declaración normativa que comprendía en ella no sólo los que se conocen como derechos fundamentales, sino también los derechos socioeconómicos. Antes se destacó que esta Ley no contiene una distinción nítida y suficiente entre los extranjeros en situación regular y los que se encuentran en situación irregular, de manera que con esta declaración tan abierta se ampliaban notablemente los derechos de los extranjeros que no se encontraban en situación ajustada a la legalidad. Ahora se establece que el goce por los extranjeros de los derechos y libertades que se les reconoce lo es en los términos establecidos en los Tratados Internacionales, en la propia Ley Orgánica y en las leyes que regulen su ejercicio; la norma que se reforma equiparaba el goce del ejercicio de los derechos de los extranjeros a los españoles, optando por el nivel máximo de igualdad. Este nivel de goce parece reducirse y ahora la ley se remite a los términos establecidos en los Tratados internacionales y en la Ley.

Desde la perspectiva del ajuste a los términos literales del artículo 13 de la Constitución de esta nueva regulación ha de tenerse en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución, conforme establece el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y cuya interpretación debe ser seguida por todos los Jueces y Tribunales, ya que éstos, conforme dispone el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

De todo ello se deduce que la fórmula elegida por el Anteproyecto que se informa para el artículo 3 de la Ley Orgánica 4/2000 es respetuosa con la doctrina del Tribunal Constitucional, y deberá ser al analizar los distintos preceptos de la Ley cuando se puedan matizar el respeto y adecuación a los principios que se han enunciado. El texto nuevo de este artículo y su encabezamiento sí ponen de manifiesto que se opta de nuevo por una fórmula similar a la de la Ley Orgánica 7/1985, pasando del máximo nivel de equiparación de derechos y libertades entre los españoles y los extranjeros a que sean los Tratados internacionales, la propia Ley Orgánica y las que regulen el ejercicio de los derechos los que modulen su goce y ejercicio por parte de los extranjeros.

Se trata, por tanto, de una opción que es acorde con lo establecido en el artículo 13 de la Constitución. De todos modos debe tenerse en cuenta que el Anteproyecto mantiene la vigencia del número 2 del artículo 3 de la Ley Orgánica que se pretende reformar, lo que tiene una importancia considerable a juicio de este Consejo General del Poder Judicial. En efecto, con ello la fuerza jurídica del número 1 de este artículo se ve reforzada por esa suerte de "criterio de interpretación", obligando al intérprete de la Constitución, de la propia Ley Orgánica y del resto de leyes reguladoras de los derechos fundamentales a incorporar las declaraciones internacionales de derechos. En definitiva, se atiende a lo establecido en el artículo 10 de la Constitución, que establece:

"1. 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.

"2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

El Anteproyecto incorpora un tercer número para este precepto cuya redacción podría mejorarse, a criterio de este Consejo General del Poder Judicial. Parece que con él se pretende atenuar el efecto de la desaparición del número 1 del artículo de la mención específica a la igualdad plena de los extranjeros con los españoles en el goce de los derechos y libertades, y que se trata de un precepto dirigido a los que han de aplicar la norma imponiendo un criterio o pauta de comportamiento que tienda a equiparar a los extranjeros con los españoles en el ejercicio de sus derechos. Sobre esta finalidad el Consejo General del Poder Judicial debe emitir un parecer favorable, pero considera que sería más correcto incluir el contenido de este número en el primero del mismo artículo con el fin de dotar a todo el precepto de una mayor coherencia interna, facultando de esta manera la tarea del intérprete y el correcto entendimiento de toda la norma.

El requisito de la residencia legal para la titularidad y ejercicio de los derechos.

El segundo eje de la reforma es el que se refiere a la precisión en la norma de requisitos adicionales para el goce y ejercicio de derechos. Se trata del concepto de residencia legal en España o, simplemente, de residente (situación que el artículo 27.3, que recibe nueva redacción por parte del Anteproyecto, caracteriza *por haber obtenido un permiso de residencia temporal o de residencia permanente*). En la Ley Orgánica 4/2000, si bien en los artículos 28 y ss. define las distintas situaciones de los extranjeros en España, lo cierto es que en los preceptos contenidos en el Título I relativo a los "Derechos y Libertades de los Extranjeros" (artículos 3 a 22) no se recoge la distinción entre residentes que se encuentren en situación de legalidad y los que no. De hecho muchos preceptos tienen una fórmula muy amplia de reconocimiento de derechos, ya que se predica de "los extranjeros" (arts. 3,4,5,7,8,9,10,11,12,18,19 y 20) para la igualdad con los españoles en el goce sus derechos, derecho a la documentación, derecho a la libre circulación, libertades de reunión y manifestación, libertad de asociación, derecho a la educación, derecho al trabajo y a la Seguridad Social, libertad de sindicación y de huelga, derecho a la asistencia sanitaria, derecho a la tutela judicial efectiva, derecho al recurso contra actos administrativos y derecho a la asistencia jurídica gratuita. Todo este conjunto de derechos y libertades se reconocen en la Ley Orgánica 4/2000 a los extranjeros sin distinción.

En el Anteproyecto se conserva esta situación para los siguientes supuestos: el goce de los derechos se predica para los extranjeros, sin distinción, si bien se atenúa la igualdad con los españoles en los términos que antes se analizaron,

derecho a la documentación (que no se modifica), derecho a la libre circulación (si bien se añade al artículo 5, regulador de este derecho, un inciso final por el que se ejemplifica en qué podrán consistir las medidas limitativas específicas de este derecho, sobre lo que más adelante se expresará el oportuno parecer), derecho a la educación (queda igual que en el texto que se reforma sólo para los menores de 18 años respecto de la enseñanza obligatoria, pero en cuanto a la enseñanza no obligatoria se exige el requisito de la residencia), para el ejercicio del derecho al trabajo y a la Seguridad Social el Anteproyecto incluye el requisito de estar "autorizado a trabajar", el derecho a la asistencia sanitaria, derecho a la tutela judicial efectiva, derecho al recurso contra actos administrativos y derecho a la asistencia jurídica gratuita (si bien este último derecho se modula en el sentido de exigir que el extranjero "se halle en España", de suprimir la asistencia letrada de oficio, de excluir su aplicación a los casos de "denegación de entrada del territorio español" y reconducir este derecho en su práctica integridad a la normativa sobre asistencia jurídica gratuita).

Esta elección del Anteproyecto debe de ser analizada desde la perspectiva que resulta de la triple agrupación de derechos antes reseñada, de tal manera que el primer grupo de derechos, esto es, el de los derechos que corresponden a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o miembro perteneciente a una determinada comunidad política, debe ser reconocido a toda persona que se encuentre en España, sea cuál sea su situación en cuanto a la corrección legal de su residencia, mientras que para el tercer grupo, al tratarse de derechos de configuración legal, tiene el legislador un mayor campo de actuación, que debe respetar las prescripciones constitucionales.

El Anteproyecto reconoce, con independencia del criterio de la residencia, los derechos de documentación, libre circulación (con una modulación limitativa), derecho a la educación (salvo la enseñanza no obligatoria), el derecho a la asistencia sanitaria, derecho a la tutela judicial efectiva, derecho al recurso contra actos administrativos y derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Para el goce del resto de derechos se exige, con mayor o menor intensidad, el requisito de la residencia legal en España, al entender el redactor del Anteproyecto que se trata, en definitiva de derechos de formulación legal (...).

(...) Añade esta misma sentencia (STC 107/84, ya citada) para el caso del derecho al trabajo que "la existencia de una legislación que, según la interpretación de los Tribunales, exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo no se opone, pues, a la Constitución. La desigualdad resultante con relación a los españoles no es, en consecuencia, inconstitucional, y no porque se encuentre justificada en razones atendibles, sino, más sencillamente, porque en esta materia nada exige que deba existir la igualdad de trato".

Sobre la libertad de sindicación y de huelga debe destacarse que se reconoce en la Constitución a "todos" (art. 28) mientras el derecho de huelga se reconoce por su parte a todos los trabajadores. Con esta prefiguración constitucional se encuentra en consonancia el R.D.L. 17/1977 de 4 de marzo sobre relaciones de trabajo que no establece merma alguna por razón de la nacionalidad, al igual que

la Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/1985, de 2 de agosto. En ésta, la libertad sindical de los ciudadanos extranjeros comprendería el derecho a fundar sindicatos, art. 2.1.a). Pero se sostiene que ambos derechos están ligados a la condición de trabajador con residencia legal. Esta era la exigencia recogida en la Ley Orgánica 7/1985 (artículo 10), si bien no fue planteada por el Defensor del Pueblo en el recurso de inconstitucionalidad promovido, no pronunciándose al respecto el Tribunal Constitucional en su Sentencia 115/1987. Lo mismo cabe sostener respecto de las libertades de reunión, manifestación y de asociación.

En último término, no deja de producir preocupación el regreso al sistema de la ley de 1985, privando a los extranjeros en situación irregular de los derechos de asociación, reunión, manifestación, libertad sindical y huelga, independientemente de que su regulación legal pueda incluir las restricciones que se consideren adecuadas a su ejercicio.

Por fin, y dentro de este grupo de derechos, se mantiene el derecho a la asistencia sanitaria sin distinción alguna, coincidiendo con el parecer de que se trata de un derecho que afecta de manera directa e inmediata a la dignidad de la persona, perteneciendo al grupo de derechos que corresponden a toda persona. El Consejo General del Poder Judicial entiende que es positiva y correcta esta decisión. En cuanto a la educación para los menores de 18 años se mantiene el texto anterior, lo que también ha de merecer un parecer positivo, ya que también se trata de un derecho que afecta de manera directa e inmediata a la dignidad de la persona, máxime si se tiene en cuenta la previsión de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea de la O.N.U. el 20 de noviembre de 1989 ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, cuyo artículo 2 contempla los derechos del niño independientemente del status regular o no de sus padres. En el artículo 28 se reconoce el derecho del niño a la educación debiendo implantar los Estados la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos. También es relevante el contenido del art. 20 al reconocer al niño, temporal o permanentemente privado de su medio familiar, *el derecho a la protección y asistencia especial del Estado*. Todo ello es hoy en día exigencia de nuestra propia Ley de Protección del Menor.

De los requisitos para la entrada en España.

Otros principios que se desprenden del Anteproyecto se refieren a la regulación más rigurosa de los requisitos para entrar en España (el extranjero deberá presentar los documentos que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España) y una nueva regulación de la expedición del visado y de la reagrupación familiar.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre reconoce el derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado en su art. 13. No cabe duda que el derecho de entrar o volver al propio país es un derecho reconocido sin ningún problema, en términos generales, pero no sucede lo mismo

con el de entrada en un país con el que se carece de vínculo. El derecho de circular libremente y elegir su residencia sólo se admite respecto a las personas que se encuentren regularmente en el territorio de un Estado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La norma constitucional y las convencionales se ven actualmente alteradas, tras la Adhesión de España al Acuerdo de Schengen. Como dice el Protocolo de Adhesión de nuestro país, "la filosofía del Convenio consiste en que en las materias de admisión, residencia y salida de extranjeros, los Estados de Schengen son tratados como si se tratase de un solo Estado" y un ejemplo lo constituye el art. 10, que establece un visado uniforme válido para todos aquéllos. Por ello, puede comprenderse que se reconozca a los Estados capacidad para determinar si acepta o no la entrada de extranjeros en su territorio, qué condiciones exige para la misma y cómo debe hacerse. Con arreglo a ello no cabe objeción formal a la remisión reglamentaria que hace el art. 25.2 del Anteproyecto para establecer el procedimiento de concesión y expedición de visados. También, desde esa perspectiva, es razonable la exigencia de acreditar medios de vida suficientes, así como la exigencia de pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad (artículo 23 del Anteproyecto). No obstante, la ley, y de manera más pormenorizadamente el reglamento, deberán concretar lo que significa la cláusula "objeto y condiciones de estancia" que se contiene en la redacción que da el Anteproyecto al artículo 23.1 de la Ley.

En la STC 94/93 tras decir que, a tenor del art. 10.1. de la Constitución, el derecho de circulación no es imprescindible para la garantía de la dignidad humana, reputa "lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros, en lo que atañe a entrar y salir de España y a residir en ella". Mas aun, considerando amplia la libertad de configuración de tal derecho por el legislador, no la da como absoluta en razón al contenido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Por ello "los extranjeros que por disposición de una Ley o tratado, o por autorización concedida por una autoridad competente, tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el art. 19 CE, aun cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles, sino en los que determinen las leyes y tratados a los que se remite el art. 13.1. C.E."

Un punto de gran importancia en esta materia es el que hace referencia a la denegación del visado, que el artículo 12.3 de la ley de 1985 excluía de la necesidad de su motivación. Sobre ello, entiende este Consejo General del Poder Judicial que la denegación de visado debe ser expresamente motivada e indicar los recursos procedentes, en consonancia con lo establecido en los artículos 54 y 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El Anteproyecto sólo obliga a motivar la denegación de visados de residencia para la reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena, que son los más numerosos, por lo que lleva a entender que en el resto de supuestos la denegación puede no ser motivada. Debe recordarse la Recomendación primera dirigida al Ministro del Interior

por el Defensor del Pueblo el 7 de septiembre de 1993: "Que a los extranjeros que por cualquier razón se inadmitan, se les informe con toda precisión y claridad, y por escrito, de los motivos del rechazo y de los recursos que puedan, en su caso, interponer, autoridad ante quien hacerlo y plazo para ello".

Sobre la reagrupación familiar destaca que frente a una atribución bilateral de este derecho, comprendiendo tanto a los extranjeros residentes como a los familiares del extranjero que viva en España, se pasa a un reconocimiento exclusivo para los extranjeros residentes. De otra parte se reduce el ámbito subjetivo de los parientes reagrupables al excluir a los familiares recogidos en el artículo 17, letras e) y f). Podría incluirse como hijos reagrupables los mayores de 18 años que dependan económicamente del extranjero residente en España.

La reagrupación familiar no tiene la consideración de derecho fundamental del ciudadano extranjero, pero, en todo caso, ha de tenerse presente que el art. 8 de la Convención Europea garantiza *a toda persona el respeto a su vida privada y familiar* pudiendo ingerirse la autoridad *cuando lo prevea la ley para defender el orden o prevenir infracciones penales y sea necesario en una sociedad democrática*.

IV.- LAS GARANTÍAS JURÍDICAS

Se debe proceder seguidamente a analizar la regulación que se proyecta para las cuestiones que a este Consejo General del Poder Judicial le señala de manera especial el artículo 108 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y que pueden agruparse bajo el concepto genérico de *garantías jurídicas*. La Ley Orgánica 4/2000 que se pretende reformar contiene un capítulo, el tercero del Título I, que se denomina precisamente así, "garantías jurídicas", y que no se modifica en el Anteproyecto de reforma. Sin embargo, el estudio de este informe sobre las garantías jurídicas no se circunscribirá exclusivamente a este lugar del texto, sino que se extenderá a aquellos otros en que la norma regule cuestiones que afecten a esas garantías: procedimiento administrativo, regulación del silencio, motivación de los actos, notificación, sistema de recursos, suspensión cautelar de los actos administrativos y ejecutividad, régimen sancionador, tipificación de las infracciones, proporcionalidad del régimen de sanciones. Estas serán las cuestiones que se analizarán seguidamente.

Tutela judicial efectiva.

Así se denomina por la propia norma el artículo 18 de la Ley Orgánica 4/2000, que mantiene el nº 1 del texto que se reforma, y cuya disposición es rotunda: *los extranjeros tienen derecho a la tutela judicial efectiva*. Anteriormente se destacó que el derecho a la tutela judicial efectiva se incluye en el grupo de derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser por igual para ambos, sin posibilidad alguna de modulación o atemperamiento res-

pecto de los extranjeros. Se trata, en consecuencia, de derechos que corresponden a toda persona en cuanto tal y no como ciudadano, es decir, son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana. La tutela judicial ha merecido esta consideración en diversas sentencias del Tribunal Constitucional.

No se supedita este derecho a la residencia en España, como también se constata acudiendo a lo establecido en el artículo 64.2 del Anteproyecto que menciona expresamente al extranjero que no se encuentre en España para recurrir los actos administrativos que le afecten, lo que debe merecer una valoración plenamente positiva.

Ya en la STC 4/82 se decía que "se está ante un derecho fundamental que "(es) predicable de todos los sujetos jurídicos". Tal fórmula o expresión acoge nacionales y extranjeros, personas físicas y jurídicas, y sean éstas privadas o públicas. De manera mucho más precisa se destaca en la STC 99/85 que el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra entre los derechos "que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano", y que "corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos", conclusión a la que llega invocando el art. 10.2 de la Constitución, en relación con los arts. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 6.1 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950 y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 (...).

(...) En definitiva, reconociéndose este derecho a los extranjeros sin distinción en la norma y no quedando afectada esta inicial declaración por la reforma que se analiza, el Consejo General del Poder Judicial debe expresar un parecer plenamente favorable sobre este criterio.

Las garantías del procedimiento. Especial análisis de la motivación. El silencio administrativo.

El artículo 19.2, en la redacción del Anteproyecto, dice: "Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, salvo lo dispuesto en el artículo 25 de esta Ley". Se trata éste de uno de los aspectos ampliamente examinados por la jurisdicción ordinaria, evidenciando la relativa frecuencia con que se vulneran por la Administración estas garantías. Son bastantes las resoluciones (dictadas todas ellas al amparo de la Ley Orgánica 7/1985, e incluso alguna bajo el ámbito de normativa anterior) en que se procede a la anulación de sanciones administrativas de expulsión por insuficiencia en la acreditación de los hechos, basándose la Administración en meras conjeturas en los hechos atribuidos (SSTS de 27 de mayo de 1991; 25 de febrero de 1992, recurso 1284/1990; 10 de junio de 1994, recurso 2321/1992; STS de 7 de noviembre de 1999, recurso 7980/1995), defectos en la notificación (STS de 20 de septiembre de 1993, recurso 6280/1991), falta de propuesta de resolución (10 de marzo de 1992, recurso 2443/1989), falta

de audiencia (STS de 27 de junio de 1989). Existen muchas sentencias del Tribunal Supremo en las que se observa ya una doctrina consolidada en materia de garantías del procedimiento sobre cuestiones de extranjería. Especialmente, debe destacarse que las resoluciones gubernativas adoptadas como medidas sancionadoras respecto a ciudadanos extranjeros por aplicación de la Legislación sobre extranjería han de respetar plenamente todo el juego de garantías implícito en el art. 24 C.E., ya se trate de "residentes legales" como de ciudadanos que no gozan de tal condición.

Ciertamente el Tribunal Constitucional ha venido considerando en sus Sentencias 175/87, 197/88, 243/88 que la tutela judicial efectiva sólo se predica de la actuación judicial no pudiendo ser invocada frente a actuaciones de la Administración. No obstante la dificultad de su incardinación en el art. 24 de la Constitución debe sostenerse que la necesidad de motivación de las resoluciones debe regir tanto en vía judicial como administrativa, lo que para este último caso ya se contempla con carácter general en el artículo 54 de la ya citada Ley 30/1992.

Efectivamente, la motivación es la expresión de las razones de decisión tomada y de sus fundamentos, facilita al destinatario su impugnación (por lo que contribuye a delimitar su actuación defensiva) y, lo más importante, facilita su control jurisdiccional; una esfera de actuaciones carentes de motivación, aun sucinta y breve, promueve la presencia de zonas de inmunidad de imposible o muy difícil control, contrariando lo establecido en el artículo 106.1 de la Constitución, dejando carente de contenido el control judicial de la Administración. Además, la motivación es otro mecanismo por el que se dificulta la arbitrariedad de los poderes públicos, contribuyendo a su interdicción, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9.3 de la Constitución

A la regulación del silencio administrativo destina el Anteproyecto su Disposición adicional primera. De una parte establece el silencio negativo para los casos de las solicitudes de los permisos que formulen los interesados a tenor de lo previsto en la ley (nº 1 de la Disposición); de otro establece el silencio positivo para las solicitudes de prórroga del permiso de residencia y la renovación del permiso de trabajo. En ambos casos el plazo para resolver es de tres meses. Como es de ver la norma proyectada se inclina hacia el silencio negativo. Se trata de una cuestión sobre la que el legislador es libre y sobre la que sólo debe reclamarse claridad en las leyes y agilidad en la administración, al objeto de que los actos presuntos sean una excepción en la realidad.

Legitimación.

Se pretende la reforma del artículo 18.3 de la Ley Orgánica 4/2000, pasando de atribuir legitimación a las organizaciones representativas constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes a la legitimación regulada con carácter general en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (...)

(...) Esta regulación, que traslada a la legislación sobre extranjería la regla general de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, queda dentro de las posibilidades del legislador, por lo que el Consejo General del Poder Judicial nada debe objetar al respecto, entendiéndose, por otra parte que en la legitimación de colectivos el mejor sistema es establecer sistemas generales válidos en todos los ámbitos.

El derecho a los recursos contra los actos administrativos. Las medidas cautelares.

El artículo 19.1 de la Ley Orgánica 4/2000 permanece con su actual redacción, siendo el nº 2 de este precepto el que recibe nueva redacción, sustituyendo "procedimiento de expulsión de urgencia" por "procedimiento de expulsión preferente". Parece claro, por tanto, que en materia de extranjería rige el sistema general de ejecutividad de los actos administrativos, salvo en dos casos.

Varias son las cuestiones que se suscitan en este punto. En primer lugar, para entender la derogación del régimen general debe tenerse en cuenta que el procedimiento de expulsión de un extranjero se conecta en la ley a un procedimiento sancionador. Así, conforme al artículo 138 de la ya citada Ley 30/1992, referida a la resolución recaída en el procedimiento sancionador general:

"1. La resolución que ponga fin al procedimiento habrá de ser motivada y resolverá todas las cuestiones planteadas en el expediente.

2. En la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica.

3. La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa."

De esta redacción se desprende que la interposición de un recurso en vía administrativa paraliza la ejecución, mientras que la ejecución de esta sanción de expulsión será ejecutiva sin necesidad de agotar la vía administrativa. En la norma general contenida en la Ley 30/1992, la ejecutividad del acto o resolución que impone una sanción se demora hasta su firmeza administrativa, si bien cabe entender incluso que hasta su confirmación por los Tribunales.

El Tribunal Europeo de Derechos del Hombre en su Sentencia Bizano de 1986 había ya indicado que en Francia la posibilidad de recurrir en vía contencioso-administrativa una orden de expulsión de un extranjero hubiese carecido de eficacia, "no hubiese implicado una suspensión" de la medida.

La posición general del Tribunal Supremo al resolver asuntos en que se planteaba esta problemática, en orden a mantener o no la resolución administrativa de expulsión, es netamente defensora de los principios constitucionales de presunción de inocencia y de proscripción de la indefensión, llevando así principios del derecho punitivo al derecho administrativo sancionador. Es decir, que resulta plenamente aplicable para el Tribunal Supremo la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional respecto a que los principios penales son de aplicación, con ciertos matices a las sanciones administrativas.

En lo que atañe a expulsiones de ciudadanos nacionales de Estados miembros de la CEE el Tribunal Supremo no ha accedido en aquellos casos en que no se acreditan las actividades ilegales imputadas o en aquéllos en que se consideran simples conjeturas (ciudadano inglés, STS de 18 de mayo de 1990; ciudadano belga, STS de 27 de mayo de 1991). Sí ha procedido la expulsión cuando se ha justificado la realización por el ciudadano comunitario de actos contrarios al orden público (ciudadano alemán, STS de 5 de mayo de 1990), estancia ilegal (ciudadano alemán, STS de 5 de junio de 1990, RA 4.694; ciudadano alemán, STS de 29 de octubre de 1990), o carencia de medios de vida (ciudadano alemán, STS de 20 de noviembre de 1990).

Los ciudadanos nacionales de países no pertenecientes a la CEE gozan de un trato similar por la jurisprudencia. Así, un proceso penal pendiente no es suficiente para acreditar la existencia de una actividad ilegal (ciudadano austriaco, STS de 18 de mayo de 1990). Es preciso acreditar las actividades ilegales (ciudadana thailandesa, STS de 18 de mayo de 1990). También manifiesta el TS un criterio flexible al no acceder a la expulsión del trabajador con permiso de trabajo caducado que es hallado trabajando por cuenta ajena, al constar que había solicitado la renovación del permiso de trabajo (STS de 29 de mayo de 1991).

En las resoluciones favorables a la expulsión se requiere la justificación de las causas contempladas en el art. 26 de la LOE. Se ha permitido la expulsión en el caso de residencia caducada no regularizada posteriormente (ciudadano argelino, STS de 10 de junio de 1990), en la justificación de hechos cuasi delictivos (STS de 28 de mayo de 1990, ciudadano marroquí); en la carencia de permiso de residencia con dos órdenes de expulsión al tiempo de solicitar la regularización (STS de 2 de julio de 1990, ciudadano ghanés), en el caso de justificación de actividades ilegales, careciendo de permiso de trabajo y de residencia (ciudadano libio, STS de 7 de mayo de 1990), en el supuesto de condena penal acreditada mediante mera declaración de la recurrente en presencia de letrado (STS de 11 de julio de 1990), en la carencia de medios lícitos de vida (STS de 24 de enero de 1991, ciudadano peruano; STS de 7 de febrero de 1991, ciudadano israelí, casado con ciudadana española).

Puede decirse que, tanto en uno como en otro procedimiento, la expulsión, en general, ha sido considerada procedente por los Tribunales en aquellos supuestos en que se ha justificado debidamente la conducta delictiva o cuasi delictiva de los ciudadanos extranjeros. Respecto a la situación de residencia o de trabajo ilegal, tanto a consecuencia de entrada irregular como por caducidad de los permisos, la tendencia es la expulsión. Aunque aisladamente ha existido permisibilidad respecto al trabajador pendiente de respuesta administrativa resolutoria de la renovación de permiso de trabajo o respecto al extranjero no documentado en forma.

La práctica administrativa suele vincular estancia ilegal y trabajar sin el correspondiente permiso con medios ilícitos de vida. No obstante, los Tribunales han procedido a un adecuado deslinde de unas y otras tendiendo a anular, en múltiples ocasiones, la causa de "medios ilícitos de vida", por falta de acreditación. Así pues, también en estos casos una adecuada tutela efectiva que no haga inviable el resultado final obtenido con la Sentencia demandaría la predicada suspensión cautelar.

De la doctrina del Tribunal Supremo destaca que la expulsión de un extranjero debe acordarse en el seno de un procedimiento administrativo, en el que se haya acreditado cumplidamente la causa de la expulsión, se haya seguido con todas las garantías, en especial la audiencia del extranjero, se haya notificado en debida forma y que es posible acordar la suspensión del acto como medida cautelar. También debe ser posible la adopción de las medidas cautelares positivas. El Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de octubre de 1999 (Recurso 9128/1995), pese a no conceder la medida cautelar de tipo positivo consistente en no exigir la obtención de visado en tanto recae pronunciamiento sobre el acto denegatorio de la exención de visado (que había sido acordada por la Sala de instancia) no resolvió que se trataba de una medida improcedente, incluso antes de la aprobación de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, cuyos artículos 129-136 (Capítulo II del Título VI) regulan las medidas cautelares, entre las que se incluyen las de naturaleza positiva, destacando también que su Exposición de Motivos dice que: "teniendo en cuenta la experiencia de los últimos años y la mayor amplitud que hoy tiene el objeto del recurso contencioso-administrativo, la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible. La Ley introduce en consecuencia la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo. No existen para ello especiales restricciones, dado el fundamento común a todas las medidas cautelares". También se dice en este mismo lugar que "pese al aumento de los efectivos de la Jurisdicción, pese al esfuerzo creativo de la jurisprudencia, pese al desarrollo de la justicia cautelar y a otros remedios parciales, la Jurisdicción Contencioso-administrativa está atravesando un período crítico ante el que es preciso reaccionar mediante las oportunas reformas". Añade, finalmente, que "se parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario".

En atención a todo ello, el Consejo General del Poder Judicial entiende que la norma proyectada debe ajustarse a estos pronunciamientos, por lo que debería recogerse de manera especial que el correspondiente acuerdo de expulsión fuera debidamente notificado, con indicación de los recursos que se pueden interponer, su plazo y órgano ante el que se ha de interponer, de conformidad con la Ley 30/1992.

Derecho a la asistencia jurídica gratuita.

El artículo 24.2 de la Ley Orgánica 4/2000, que no se reforma, establece el derecho del extranjero a la asistencia jurídica gratuita, sin condicionar tal derecho, en base a la especial situación en que se encuentra. De otra parte, el artículo 20.1, objeto de reforma, condiciona el disfrute de la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros que se encuentren en el país a la carencia de recursos económicos

suficientes, previsión plenamente coherente con la normativa vigente para los españoles. Parece conveniente, pues, sistematizar los artículos 24.2 de la ley y 20 del Anteproyecto.

La libertad individual y la tutela efectiva.

El derecho a la libertad y seguridad consagrado en el art. 17 de la Constitución favorece a "toda persona" si bien no es concebido como un derecho absoluto y no desprovisto de restricciones, como afirmó el Tribunal Constitucional en sus sentencias 178/85 y 341/93. Tal derecho es relevante en cuanto que los ciudadanos extranjeros pueden ser privados de libertad no sólo en el marco de un proceso penal, al igual que un ciudadano español, sino también en el ámbito de los procedimientos administrativos que sólo a ellos afectan: la extradición y el internamiento previo a la expulsión gubernativa. Para ambos se prevé el mismo plazo máximo de duración de privación de libertad, 40 días, como "detención preventiva", por la toma en consideración de lo previsto en el art. 16.4 del Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957, ratificado por España el 21 de abril de 1982.

Además, el legislador ha creado una nueva incidencia sobre la libertad que sólo afecta a ciudadanos extranjeros de naturaleza distinta, aunque próxima, a las dos anteriores. Se trata de la pérdida de la libertad que acontece con la permanencia en dependencias habilitadas al efecto durante la tramitación de la admisión a trámite de la solicitud de asilo, art. 4, apartado 7, tras la modificación operada por la Ley 9/94, de 19 de mayo, en la Ley 5/84, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y la condición de refugiado. En la Sentencia del Tribunal Constitucional 341/93, de 18 de noviembre, examinando los varios recursos y cuestiones de inconstitucionalidad planteados contra la ley 1/92, de 21 de febrero, sobre protección de la Seguridad Ciudadana afirmó el máximo intérprete constitucional que "el art. 17.2. expresa un principio de limitación temporal de toda privación de libertad de origen policial que no puede dejar de inspirar la regulación de cualesquiera casos de pérdida de libertad que puedan ser dispuestos por el legislador".

La STC 115/87 sentó claramente que "la disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial... el internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar... lo que supone que la libertad debe ser respetada salvo que se estime indispensable la pérdida de libertad del extranjero por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial". Valoración de "las circunstancias del caso, por razones de seguridad, etc." que incumbe realizar al Juez "guardián natural de la libertad individual".

En esta sentencia queda patente por el principio "favor libertatis" la consideración de la libertad como un derecho inherente a la condición humana. Aquélla lleva aparejada, por el principio de tutela efectiva, la asistencia de letrado e intérprete como garantías en la puesta a disposición de la autoridad judicial, así como la absoluta necesidad de resolución judicial motivada susceptible de recurso de

apelación al igual que acontece en la prisión preventiva. Derecho del que goza tanto el residente legal como el que no lo es.

Idénticos principios, vertidos quizás con más contundencia, en la STC 144/90, de 26 de septiembre, al enjuiciar la decisión judicial de internamiento adoptada de forma colectiva para ocho detenidos, con una motivación genérica y sin concreción alguna sobre cada detenido. Afirma el Tribunal Constitucional que "esa ausencia de motivación supone, en sí misma, que la privación de libertad de la hoy recurrente así decretada infringe los derechos fundamentales a obtener la tutela judicial efectiva y a la libertad consagrados en los arts. 24.1 y 17.1 C.E."

Recientemente, la STC 174/1999, de 27 de septiembre, ha tratado de matizar las diferencias entre compulsión física como medio de ejecución de un acto y los internamientos acordados al amparo de la legislación analizada. Dice esta sentencia:

"... No toda compulsión personal constituye detención preventiva, pues al margen de esta situación se encuentran otras situaciones jurídicas de sujeción o compulsión personal. Sin embargo, dado que esas otras medidas y situaciones administrativas también limitan la libertad del individuo (art. 17.1 C.E.) sólo pueden tener lugar *en los casos y en la forma previstos en la ley* y deben ser conformes con el principio de limitación temporal que se induce del art. 17.2 C.E., como se dice en la STC 341/1993, donde hemos recordado que la remisión a la ley no implica que el legislador *quede habilitado para prever otras privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada, supuesto en el cual padecerían tanto la libertad como la seguridad de la persona* [fundamento jurídico 6 a)]; aunque, como advierte esta misma Sentencia, a estas situaciones de sujeción no les será aplicable la regla concreta de plazo máximo (de setenta y dos horas) que establece el mismo art. 17.2 C.E.

"En este sentido, debe advertirse que las Leyes administrativas contemplan la compulsión personal como una forma de ejecución forzosa de resoluciones administrativas (así, con carácter general, art. 100.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Es claro que la ejecución forzosa de una *orden de devolución* (que actualiza una obligación de no entrar en territorio español adoptada previamente mediante resolución administrativa y sin necesidad de realizar un nuevo expediente administrativo, según establece el art. 36.2 de la Ley Orgánica. 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España) sólo puede tener lugar mediante la sujeción y conducción física del sujeto hasta su salida del territorio nacional (art. 33.1 de la L.O. 7/1985). Esta ejecución forzosa deberá practicarse sin dilación, pero no necesariamente con el límite máximo de setenta y dos horas. En consecuencia, si practicada una detención preventiva fuera dictada y notificada una *orden de devolución* tendríamos por concluida la situación de detención preventiva e iniciada la de ejecución forzosa de una resolución administrativa de *devolución*. Pero si a la situación de compulsión personal en la *zona de rechazados* no precede una orden actual de expulsión o devolución, entonces la situación sólo puede calificarse de detención preventiva, aplicándose en consecuencia el límite máximo de setenta y dos horas contadas desde el inicio de la situación de privación de libertad. La libertad de salida a otros países desde la *zona de rechazados* (ATC 55/1996, fundamento jurídico

5º), de la que sin duda disfruta el extranjero, no evita la existencia de una verdadera *situación táctica* de detención preventiva con respecto al resto del territorio español. Pues lo relevante aquí es la limitación de movimientos del extranjero, sin ningún título jurídico que lo legitime, a un único espacio limitado y cerrado de territorio español. Por último, el que los extranjeros carezcan del derecho fundamental a circular libremente por España (SSTC 94/1993, fundamento jurídico 3º; 86/1996, fundamento jurídico 2º) no juridifica una *situación fáctica* de detención preventiva con exceso respecto de lo dispuesto en el art. 17.2 C.E. [SSTC 115/1987, fundamento jurídico 1º; 331/1993, fundamento jurídico 6 A)].

"La situación jurídica de ejecución forzosa de una *orden de devolución* legitima un estado de compulsión en la *zona de rechazados* de un aeropuerto, pero no excluye por sí y a limine litis el procedimiento de habeas corpus. Así lo hemos dicho tanto en relación con las *ordenes de devolución* (STC 12/1994, fundamento jurídico 6º) como por referencia a las *órdenes de expulsión* (STC 21/1996, fundamento jurídico 7º). Basamos esta afirmación en la consideración del habeas corpus como garantía procesal aplicable a todos los supuestos de *privación de la libertad no acordada por el Juez* (SSTC 31/1985, fundamento jurídico 6º; 341/1993, fundamento jurídico 6º; 21/1997, fundamento jurídico 6º). De manera que ante una situación fáctica de compulsión o sujeción personal será función del Juez del habeas corpus comprobar si existe propiamente una *orden de devolución* o si, por no concurrir aquella resolución administrativa, se trata de una situación de detención preventiva (que a su vez podrá ser lícita o ilícita)."

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 25 de junio de 19996 (Amuur contra Francia) considera que "para determinar si una persona ha sido privada de libertad en el contexto del art. 5, se han de tener en cuenta varios factores de la situación concreta (tipo de medida, duración, efectos y forma de implementación). La diferencia entre privación de libertad y restricción de libertad era una cuestión de grado de intensidad, pero no de naturaleza o substancia". Entendió el Tribunal que una detención de ser una restricción de su libertad, pasó a convertirse en privación de la misma debido a la excesiva duración (20 días) de su confinamiento en un hotel del aeropuerto. En este sentido, el argumento presentado por el Gobierno demandado que afirmaba la libertad de los demandantes para abandonar el aeropuerto rumbo a su país de origen, no modificó la opinión del Tribunal respecto a la condición de víctimas de una "privación de libertad" de la parte demandante.

Para determinar si la misma fue compatible con el art. 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (que regula el derecho a la libertad y seguridad), el Tribunal examinó si la medida fue adoptada "conforme a derecho" y con "arreglo al procedimiento legalmente establecido", de forma que dicha legislación fuera lo suficientemente accesible y precisa para proteger a los afectados contra cualquier decisión arbitraria. La cualidad de la legislación aplicable es especialmente importante en el caso de solicitantes de asilo en los aeropuertos donde la protección de los derechos fundamentales ha de compatibilizarse con la política de inmigración de los Estados.

En consecuencia, a la luz de esta doctrina debe manifestar el Consejo General del Poder Judicial que en todos los supuestos, sea cuál sea el procedimiento administrativo (internamiento, retorno o expulsión) en que se acuerde la detención preventiva de un extranjero, ésta deberá durar el tiempo imprescindible y, en todo caso, antes de que supere las 72 horas deberá ser comunicada en forma motivada al Juez para que opere el debido control judicial.

En otro orden de cosas, en cuanto a las medidas limitativas específicas de la libertad de circulación que se incluyen en el nuevo inciso que el Anteproyecto incorpora al artículo 5 de la Ley, el Consejo General del Poder Judicial debe indicar que presenta algunos problemas que deberían resolverse. En efecto, parte de que no se sabe con claridad cuál es la naturaleza de estas medidas limitativas (parecen de policía, pero, a su vez, parecen también sancionadoras; de hecho el artículo 60, según la redacción del Anteproyecto, está referido a las medidas provisionales en el seno del procedimiento disciplinario), no se establecen los criterios claros de la decisión administrativa, ni el procedimiento en cuyo seno se puedan acordar, ni la audiencia del interesado ni la duración de esta medida. Por todo ello, el Consejo General del Poder Judicial considera que en este precepto se han de respetar las reglas de motivación y proporcionalidad que deben presidir una regulación legal en la que se contemplan medidas de este tipo, tal y como realiza la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana en sus artículos 14 a 20.

El principio de legalidad sancionadora.

Dada la redacción del art. 25.1 de la Constitución queda claro que el principio de legalidad no afecta sólo a los hechos que constituyan delito o falta sino también a los ilícitos administrativos consagrándose así la necesidad de la concreción de estos últimos por norma con rango de Ley. Una infracción del art. 25.1 de la Constitución respecto un ciudadano extranjero fue examinada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 116/93, que estima el recurso de amparo interpuesto contra sendas sentencias confirmatorias de acuerdo de expulsión gubernativo sustentado en el Decreto 522/1974 en razón de que tras la entrada en vigor de la Constitución "no resulta admisible imponer sanciones al amparo de normas preconstitucionales que no tipifiquen con el grado de certeza y concreción constitucionalmente exigible las conductas infractoras". Se trata, pues, de aplicar la reiterada doctrina del máximo intérprete constitucional respecto a la necesaria claridad en el establecimiento de los criterios para la graduación de las infracciones y de las sanciones así como en la concreción de los elementos y características esenciales de las conductas merecedoras de la sanción.

Mas el respeto al principio de legalidad ha tenido también especial incidencia en el ámbito de la extranjería dictada ya la Ley Orgánica 7/1985. Así hasta la promulgación de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones de orden social, la sanción a los empresarios que contratasen trabajadores extranjeros carecía de cobertura legal, al igual que otras sanciones en el ámbito laboral

general. En efecto, el art. 28.1 de la Ley 7/1985 remitía en cuanto a la sanción a imponer al artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores, pero lo que sucedía es que este artículo a consecuencia de las SSTC 207/90, de 17 de diciembre y 40/91, de 25 de febrero fue declarado inconstitucional por vulnerar el art. 25 C.E. al no establecer la correspondencia necesaria entre infracción y sanción.

No ofrece dudas que la proporcionalidad en la actividad sancionadora también se integra en el art. 25 C.E. habiendo recogido en este ámbito el Tribunal Supremo en su sentencia de 31 de mayo de 1994.

La reforma que se trata de llevar a efecto en la Ley Orgánica 4/2000 debe tener muy en cuenta esta doctrina. Para ello deberá precisar más los tipos en que se recogen las infracciones, huyendo de cláusulas excesivamente generales y abiertas, que podrían dificultar el control jurisdiccional.

También debería la norma tratar de acotar la gravedad de los ilícitos a las circunstancias personales de los sujetos infractores. Muchas infracciones son cometidas por los ciudadanos extranjeros residentes y consisten en meras incorrecciones que son fácilmente subsanables, en un mero retraso en la cumplimiento de un trámite administrativo, etc. Todos estos elementos deben estar presentes en la norma para adecuar la infracción y su sanción a la gravedad real de la conducta, más aun cuando la comisión de una tercera falta leve o grave cuando en el año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas leves o graves, respectivamente, elevan la falta a grave o muy grave (artículos 52.e) y 53.e) de la Ley en la redacción que reciben del Anteproyecto). Por cierto que la reforma equipara ambos supuestos en cuanto al periodo de tiempo de cómputo (sube de seis meses al año para la falta grave y baja de dos años al año para la falta muy grave) (...).

(...) Esta exigencia cobra especial necesidad si se atiende a lo dispuesto en el artículo 56.1, conforme a cuyo contenido es posible que la sanción pecuniaria que contempla el artículo 54, con la debida graduación, se sustituya por la expulsión del territorio. Es evidente la carencia de proporcionalidad, la ausencia de criterios precisos para que se pueda optar por una u otra sanción, más aún cuando es aplicable a algunas faltas graves (salvo que concurra la circunstancia prevista en el artículo 56.5, que impide aplicar la expulsión en determinados casos). Tales consideraciones deben llevar a determinar en la norma con mucha mayor precisión todos estos extremos.

Otra circunstancia que debe indicarse es que el artículo 54.4, en la redacción del Anteproyecto y también del texto vigente, establece que para graduar la cuantía de la sanción se atenderá al grado de voluntariedad del infractor. A juicio del Consejo General del Poder Judicial esta voluntariedad debería operar sobre la gravedad de la infracción, no sobre la de la sanción, siendo en efecto correcto que para esto último se atienda a la capacidad económica del sujeto, que es lo que también dispone el precepto.

En cuanto al último párrafo del artículo 53, según la redacción que le da el Anteproyecto, debe llamarse la atención sobre la inclusión del inciso, "ésta le es admitida a trámite", en lugar de la sujeción al mero hecho de la presentación de la solicitud de asilo (...).

(...) Muy correcta es la regulación que se incorpora al artículo 56.3 de la Ley Orgánica 4/2000, conforme a la cual "en ningún caso podrán imponerse conjuntamente la sanción de expulsión y multa", expresión clara del respeto al principio non bis in idem. Otra medida muy positiva es la renovación del permiso de trabajo a quien se hubiere otorgado una prestación contributiva por desempleo (...).

En otro orden de consideraciones, el Consejo General del Poder Judicial debe señalar la conveniencia de que, a través de una Disposición Adicional incorporada al Anteproyecto que se informa, se resolviera el problema de la atribución competencial que en sede jurisdiccional se está planteando entre las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y los Juzgados de lo Contencioso-administrativo respecto del conocimiento de los asuntos de extranjería. En tal sentido, debería optarse por atribuir expresamente estos asuntos a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, reformado por la vía expresada el artículo 8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Con ello se facilitará que ese tipo de asuntos, que reclaman una solución urgente, sean atendidos con una mayor agilidad.