

Ordenamiento jurídico, competencia normativa y legislación de extranjería

Por ALBERTO CARRIÓ SAMPEDRO *
Universidad de Oviedo

SUMARIO: Introducción.—1. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO, UN SISTEMA FORMAL.—2. NORMAS DE COMPETENCIA, PERTENENCIA Y VALIDEZ JURÍDICA.—3. LAS REGLAS EN JUEGO. LEGISLACIÓN Y CONSISTENCIA DEL SISTEMA EN EL ÁMBITO DE EXTRANJERÍA. 3.1 *Normas originarias y tratados internacionales como primer límite.* 3.2 *Autoridades derivadas y límites internos.*—4. NORMAS ORIGINARIAS, NORMAS DERIVADAS Y CONSISTENCIA DEL ORDENAMIENTO. 4.1 *Normas originarias como parámetro de consistencia.* 4.2 *Legislación de extranjeros como inconsistencia sistemática.*

Introducción

Son muchas las construcciones teórico-jurídicas que parten de asumir que el Derecho de una comunidad política se identifica de modo específico con un conjunto o entramado de normas. Junto a ello, suele admitirse también que dicho entramado normativo conforma una cierta unidad, un cierto orden interno complejo. De ahí las nociones de uso común entre los juristas de «sistema» u «ordenamiento jurídico». El Derecho sería un sistema que regula su propia producción (Kelsen)

* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación PB-0251, denominado «Seguridad jurídica y técnica legislativa» financiado por la Fundación para el Fomento en Asturias de la Investigación Científica Aplicada y la Tecnología.

o un sistema autopoyético (Luhmann). La asunción de estos presupuestos conlleva, habitualmente, la consecuencia inmediata de que las argumentaciones en torno a la producción jurídica quedan recluidas o cerradas en los términos internos del propio sistema jurídico. Un corolario práctico de esto sería que las decisiones jurídicas serán criticadas (o justificadas) «en relación a un determinado sistema jurídico, esto es, al que concede competencia para adoptar la específica decisión de este tipo» (Caracciolo 2000, 162).

Ahora bien, aceptar esta postura ontológica acerca del Derecho obliga a suponer una cierta racionalidad como característica intrínseca de toda actividad jurídica, no sólo en la vertiente de creación y aplicación de las normas, sino también en su aspecto externo, esto es, en su operatividad o eficacia social, así como en el modo peculiar de «interpretar» o «leer» la realidad social desde los propios esquemas jurídicos. La conjunción adecuada de ambas vertientes es, sin embargo, más difícil de hallar articulada en la mayor parte de construcciones teórico-jurídicas disponibles.

El presente trabajo pretende mantener como perspectiva crítica una necesaria conjugación de teoría y praxis. Tan sólo de este modo podría ofrecerse, tal es nuestra opinión, una visión realista de la actividad jurídica. Se tratará por ello de indagar hasta qué punto la concepción teórica que entiende el ordenamiento jurídico como un complejo sistematizado se deja enfrentar en términos adecuados a la realidad jurídica que parece caracterizarse por desbordar continuamente dicha pretensión de sistematicidad.

Para ello tomaremos aquí como contexto jurídico positivo de referencia la legislación de extranjería. La opción se justifica en que dicha legislación constituye por su carácter transversal a todo el ordenamiento jurídico –y por su importancia práctica en nuestros días– un buen banco de pruebas para comprobar si la realidad jurídico-práctica efectiva se deja describir ajustadamente por los conceptos formales de la teoría del sistema jurídico y sus reglas de autoproducción, o si pasa a ser práctica inconsistente, esto es, no justificada jurídicamente.

1. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO, UN SISTEMA FORMAL

Se partirá aquí de considerar las relaciones entre normas como relaciones nodales de todo ordenamiento jurídico. Esto presupone, cuando menos, dos premisas: a) que las normas constituyen los elementos o unidades mínimas del Derecho (asunción que es ampliamente compartida por la teoría jurídica contemporánea de cualquier signo u orientación); y b) que es justamente en las relaciones internormativas donde se genera el «sistema jurídico». A partir de ello se abre una perspectiva que podemos llamar «formal» acerca del Derecho. Por «formal» entenderemos aquí una aproximación «estructural» en

el sentido en que Bobbio (1955, 8 y 35) usa este concepto para referirse a la Teoría General del Derecho. Es decir, interesará una aproximación a las normas no tanto desde un punto de vista material, o en función de las relaciones por ellas reguladas, sino en su aspecto estructural, que refiera las relaciones internas de la regulación normativa misma. Se trata de indagar no tanto en las relaciones de contenido entre las normas y sus objetos de referencia, cuanto en las relaciones estructurales entre las propias normas abstractamente consideradas (como formas o procedimientos). Ello nos conduce a plantear algo así como una «geometría» de la estructura del ordenamiento jurídico.

Una característica sobresaliente del ordenamiento jurídico, bajo esta óptica, es que las normas jurídicas se remiten de hecho unas a otras, y esto determina que la normatividad jurídica tenga, efectivamente, una dimensión «metalingüística» o autorreflexiva, por cuanto que cualquier norma jurídica está necesariamente referida, y se refiere regulativamente, a otras normas jurídicas en un proceso continuado. Éste sería un rasgo que diferencia decisivamente al Derecho de cualesquiera otros sistemas de normas. Es decir, el Derecho constituiría una práctica que regula la producción de normas y una práctica que produce nuevas normas con arreglo a dicha regulación. El ordenamiento jurídico puede ser entendido así como un «sistema correlacional», en el cual sus términos o elementos, las normas, se definen por las posiciones y relaciones recíprocas que mantienen con otros términos y elementos, otras normas. Esto sería lo que se trata de aclarar o explicar bajo la suposición de que las normas que conforman los sistemas jurídicos están relacionadas de forma *sintáctica*, de modo tal que, por decirlo con la terminología semiótica de Umberto Eco (1998, 318), «los antecedentes de la cadena basada en las leyes del sistema remiten a sus consecuentes» y viceversa.

Como cuestión previa será necesario, sin embargo, establecer un criterio que permita identificar las normas que pertenecen al ordenamiento jurídico. Consideraremos, en primer lugar, como normas pertenecientes al sistema jurídico todas las disposiciones contenidas en la Constitución, esto es, las normas soberanas u originarias (N_0). En segundo lugar, tendremos aquellas normas que, siguiendo el procedimiento de producción normativa previsto en la propia Constitución (P_N), hayan sido promulgadas por cualquier autoridad (A_1, A_2, \dots, A_i) a la que las propias normas constitucionales facultan para dictar normas subsiguientes (N_1, N_2, \dots, N_i). Por la misma razón habrá que considerar que han dejado de pertenecer al sistema todas aquellas normas que, siguiendo también el procedimiento derogatorio previsto (P_D), hayan sido eliminadas o modificadas por la autoridad que tenga atribuida competencia para ello.

Según lo anterior, no habría mayor dificultad en la identificación de las normas originarias o supremas N_0 : éstas serán, por definición, todas (y sólo) las contenidas en la Constitución. Tampoco parece demasiado problemática la identificación de aquellas que se encuen-

tren en los escalones normativos superiores (N_j). En virtud de los criterios antedichos, y de acuerdo con las cláusulas de competencia mencionadas, pertenecerán al sistema todas aquellas normas que, siguiendo el procedimiento previsto, hayan sido promulgadas y no derogadas por la autoridad (A_j) facultada para ello. Ahora bien, la cuestión se complica a la hora de enjuiciar la adecuación de éstas últimas (las normas producidas N_j) a lo dispuesto en las normas originarias (N_0) —o, en su caso, a lo contemplado en las que se encuentren en un nivel jerárquico superior a las mismas— no sólo desde un punto de vista procedimental o formal, sino también y sobre todo desde un punto de vista material o relativo a los contenidos regulados. Aquí estaría el nudo gordiano del concepto de «validez». Este problema podría ser resuelto acudiendo a la noción de competencia, si por tal se entendiera no sólo la facultad concedida a una autoridad para «realizar actos normativos que modifiquen el estatus deóntico de ciertas acciones» (Alchourrón y Bulygin 1991, 242), sino aquella facultad cuyo ejercicio incluye el dictado de normas que respeten o no contradigan el contenido de las normas superiores reguladoras de su producción.

2. NORMAS DE COMPETENCIA, PERTENENCIA Y VALIDEZ JURÍDICA

Íntimamente ligados a la noción de competencia antes enunciada están los principios constitucionales de legalidad y jerarquía normativa (art. 9.3 de la Constitución española). Tanto es así que la conocida regla *lex posterior derogat priori* tan sólo puede ser aplicada a actos normativos que proceden de autoridades situadas en el mismo escalón jerárquico, pero no entre normas provenientes de autoridades supra y subordinadas entre sí¹. Nos encontramos aquí, por tanto, con un primer criterio de restricción para la acción normativa de ciertas autoridades que viene establecido por las propias normas originarias del ordenamiento. Valdrá decir que tan sólo gozan de competencia ilimitada las normas originarias ya que, por definición, no puede existir para ellas ninguna restricción². El resto de órganos con capacidad normativa —órganos constituidos— sí pueden, por el contrario, ver limitada su competencia para dictar normas.

Para los órganos constituidos se impone, en resolución, un criterio normativo de competencia. Este criterio obliga, además, cuando los

¹ «La regla *lex posterior* —afirman Alchourrón y Bulygin (1991, 242 y 243)— no es, pues, una regla contingente, sino que es conceptualmente necesaria en la medida en que existe una autoridad normativa con competencia para cambiar la calificación deóntica de determinadas conductas».

² Radicalmente en contra de la posibilidad de que exista un sujeto jurídico dotado de una competencia total o ilimitada se muestra Carrió (1973, 48 y 49). Una contundente crítica a la posición de Carrió puede encontrarse en Nino (1980, 339-370).

órganos que gozan de potestad normativa se encuentran estratificados en diferentes niveles jerárquicos, a que prevalezca el acto normativo producido por el órgano superior sobre el realizado por el inferior, aunque este último sea posterior en el tiempo.

En todos los ordenamientos existen, según lo que se acaba de decir, normas de competencia, esto es, normas que atribuyen a determinados sujetos, individuales o colectivos, la capacidad de realizar actos normativos, de crear normas³. La noción de competencia como criterio identificador de las normas pertenecientes a un determinado ordenamiento jurídico entronca directamente con el problema de la validez normativa. Como es sabido, Kelsen, debido a la ambigüedad con la que maneja el término validez, parece identificar este concepto con el de pertenencia. «Con el término validez –afirma Kelsen (2000, 23)– designamos la existencia específica de una norma», la cual no resulta ser otra cosa que la pertenencia de la norma a un orden jurídico determinado (Kelsen 2000, 45). También Hart (1963, 137), aunque no menos ambiguamente, refiere la noción de validez a la de pertenencia.

La cuestión, sin embargo, no resulta pacífica. Partiremos de la hipótesis de que si bien «pertenencia» y «validez» son ambos términos relacional-sintácticos, no por ello deben ser entendidos necesariamente como sinónimos. Es más, desde nuestro punto de vista, «pertenencia» y «validez» no sólo son dos términos disímiles, sino que apuntan a dos problemas diferentes para la teoría del Derecho.

El término «pertenencia» refiere la relación que una cosa tiene con respecto a otra como parte integrante de ella. «Pertenencia» puede entenderse, de este modo, como un concepto formal que refleja la necesidad de que se produzcan ciertas conexiones lógicas o inferencias entre las proposiciones normativas de las que esa relación se predica que deben ser cumplidas necesariamente. El concepto de «validez», sin embargo, parece denotar, además, una cualidad, un valor, una propiedad de la norma jurídica, y esta propiedad en la teoría kel-

³ Esta definición de norma de competencia puede ser identificada, a nuestro entender, con la que opera en las que Hernández Marín (1998, 333) denomina «normas de competencia en sentido amplio». Similar, aunque más comprometida, es la definición de normas de competencia que ofrece Ferrer (2000, 125), ya que en su opinión éstas son «aquellas reglas que atribuyen a determinados individuos la capacidad de crear normas válidas (según el sistema de referencia) o de realizar *actos jurídicos válidos* (según ese mismo sistema)» (cursivas nuestras). Si bien es cierto que este tipo de normas atribuye capacidad a determinados sujetos para crear normas, parece sin embargo más aventurado afirmar que tal atribución sea específicamente para crear normas válidas. Más bien habrá que entender que la capacidad se concede para crear normas cuya validez habrá que presumir al haber sido aprobadas siguiendo el procedimiento previsto –como el propio Ferrer (*ibidem*, 154) parece reconocer–. La validez de éstas, empero, puede depender aún de muchas otras cuestiones: por ejemplo, de la no contradicción con el contenido de las normas jerárquicamente superiores. El concepto de validez es complejo y multidimensional y depende en no pocas ocasiones del criterio que se maneje o del punto de vista que se adopte.

seniana del Derecho resulta ser, justamente, su fuerza vinculante, su obligatoriedad⁴.

Por ello, si afirmar la validez de una norma jurídica significa atribuirle un sentido determinado –la obligatoriedad de su observancia–, buscar el fundamento de justificación de esa validez necesariamente pasará por dar respuesta a la pregunta de por qué han de ser obedecidas esas normas jurídicas⁵. La respuesta que Kelsen ofrece a esta pregunta es bien sencilla: las normas jurídicas tienen que ser obedecidas porque debe presuponerse otra norma que ordena acatar las normas «fácticamente promulgadas» por la autoridad que goce de competencia para producirlas. Valdría decir, por tanto, que afirmar la validez de la norma jurídica es lo mismo que aceptar la norma en cuestión como integrante del ordenamiento jurídico basado últimamente en la norma fundamental⁶.

Este concepto de validez puede entenderse de dos modos diferentes, a saber, como una obligación moral que tienen los individuos de obedecer al Derecho⁷, o bien como una obligatoriedad interna al propio siste-

⁴ Esta definición de la validez normativa es reiterada numerosas veces por Kelsen. Así, por ejemplo (Kelsen 1995, 35): «Por validez entendemos la existencia específica de las normas. Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia o –lo que es lo mismo– a reconocer que tiene “fuerza obligatoria” frente a aquellos cuya conducta regula». O, cuando en la *Teoría pura*, refiriéndose a los conceptos de validez y dominio de validez de la norma observa que «cuando describimos el sentido, o el significado, de un acto que instituye una norma, decimos que, con el acto en cuestión, cierto comportamiento humano es ordenado, mandado, prescripto, preceptuado, prohibido; o bien, admitido, permitido, autorizado. Cuando nosotros recurrimos a la palabra “deber” con un sentido que comprende todos esos significados, podemos expresar la validez de una norma diciendo que algo debe ser o no; o debe ser hecho o no» (Kelsen 2000, 24).

⁵ En términos parecidos se expresa Celano (2002, 159): «el problema del fundamento de validez de una norma se identifica con el problema de por qué ella debe ser observada; en suma, se identifica con el problema de su justificación. Responder a un interrogativo de la forma ¿Cuál es el fundamento de validez de N? equivale a ofrecer una justificación de N».

⁶ «Fundamento de la validez es la respuesta a la pregunta por qué las normas de ese orden jurídico deben ser acatadas y aplicadas; es la norma fundamente básica presupuesta según la cual debe acatarse y aplicarse la constitución eficaz en términos generales, y, en consecuencia debe actuarse conforme las normas fácticamente promulgadas conforme a esa constitución, que sean en términos generales, eficaces. La instauración y la eficacia son puestas, en la norma fundamente básica, como condiciones de la validez; la eficacia en el sentido de que debe agregarse al hecho de la instauración, para que tanto el orden jurídico como un todo, así como cada norma jurídica aislada no pierda su validez» (Kelsen 2000, 223).

⁷ Esta es, precisamente, la crítica que Ross (1993, 28) dirige contra Kelsen cuando lo tilda de exponente de un pensamiento «cuasipositivista», continuador del iusnaturalismo tradicional: «la idea de un deber de obedecer al derecho (de cumplir con las obligaciones jurídicas) solo tiene sentido –dice Ross– si suponemos que el deber aludido es un verdadero deber moral que corresponde a la “fuerza obligatoria” inherente al derecho». Esta interpretación, prosigue, «se confirma por la manera como Kelsen trata de explicar el significado de la reiterada admonición de comportarse como la norma requiere. El significado, afirma, es que el significado subjetivo de la norma es también objetivo, lo que equivale a decir que la norma expresa una verdadera obligación: a los individuos no solo se les

ma jurídico, intrasistemática, autónoma e inmanente al orden jurídico (es decir, no necesariamente extrajurídica). Este último es el concepto de validez que maneja Kelsen, no sólo porque él así lo manifieste expresamente en diferentes partes de su obra⁸, sino también y, sobre todo, porque ésta parece ser la única manera posible de armonizar su relativismo axiológico con el formalismo jurídico que propugna⁹.

3. LAS REGLAS EN JUEGO. LEGISLACIÓN Y CONSISTENCIA DEL SISTEMA EN EL ÁMBITO DE EXTRANJERÍA

Es sabido, por considerar en primer lugar las normas originarias de nuestro ordenamiento jurídico, que la Constitución Española (en adelante CE) no se ocupa en ningún momento de diseñar las directrices que han de seguirse con respecto a la política inmigratoria (Villaverde 2003, 141), sino que tan sólo remite la regulación de la inmigración y extranjería, como materias reservadas a la exclusiva competencia del Estado (art. 149.1.2 CE), a su posterior desarrollo legal. No es menos cierto, sin embargo, que este posterior desarrollo legislativo queda sujeto, por prescripción de esas mismas normas originarias, a los límites que éstas imponen en lo que a los derechos fundamentales reconocidos a todas las personas se refiere. Por previsión expresa de la propia norma constitucional se impone, además, como canon interpretativo de dichas normas, la conformidad de éstas con la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, así como con el resto de tratados y acuerdos internacionales que, habiendo sido suscritos por España, se encuentren en vigor (art. 13.1 CE). Contrariamente a lo que en ocasiones parece suponerse, éste es, pues, un primer criterio de desigualdad contemplado por el propio ordenamiento¹⁰. Como el propio Tribunal Constitucional se ha

«ordena» comportarse de cierta manera sino que ellos «realmente», «en verdad», «objetivamente», deben hacer lo requerido por la norma. Pero la idea de una norma verdadera o de un deber objetivo es exactamente la idea con la cual opera la filosofía del derecho natural, una idea que sólo posee significado si se aceptan los principios morales objetivos, apriorísticos, de los cuales se derivan los verdaderos deberes».

⁸ «El concepto de obligación jurídica —afirma Kelsen (2000, 131)— se refiere exclusivamente a un orden jurídico positivo, y no tiene ninguna implicación moral». O, de forma aún más explícita: «el deber jurídico no puede constituir un deber moral frente al Derecho objetivo, cuya infracción es jurídicamente relevante en tanto que tiene como consecuencia un acto jurídico; del mismo modo que, en la facultad, el Derecho objetivo no protege o garantiza un derecho moral, sino que el deber jurídicamente relevante tiene que estar encuadrado (como deber jurídico) en el mismo sistema del Derecho objetivo» (Kelsen 1934, 80).

⁹ Vid. al respecto el excelente análisis realizado por García Amado (1996, 178-185) sobre obligación jurídica y obediencia a las normas en Hans Kelsen.

¹⁰ Lo que, en principio, parece contradecir la tesis sostenida por el art. 1 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* según el cual «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...» (Art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la 183.ª Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948).

encargado de recordar (por todas, SSTC 107/1984 FJ 4 y 95/2000 FJ 3), los principios constitucionales de igualdad y no discriminación (art. 14 CE) quedan reservados únicamente para los españoles, por lo que, como afirma Villaverde (2003, 147), «la nacionalidad puede ser un criterio válido de desigualdad y discriminación en el ordenamiento español tanto para establecer diferencias en el desarrollo y la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales por extranjeros, como para distinguir los estatutos legales ordinarios de unos y otros en función de su nacionalidad». Ahora bien, una vez sentado lo anterior, no cabe deducir de ello que el legislador goce de absoluta libertad para restringir (aunque sí para ampliar) los derechos de los que puedan gozar los extranjeros en España. El ámbito de maniobra en el que puede moverse el legislador, aunque amplio, no es ilimitado, sino que queda circunscrito a las normas que el propio ordenamiento ha puesto en juego. En otras palabras, la discriminación por razón de nacionalidad es perfectamente esgrimible en la configuración de los derechos de los extranjeros hasta el punto en el que las reglas del propio ordenamiento la consientan, pero no allí donde éstas hayan autolimitado tal posibilidad.

3.1 Normas originarias y tratados internacionales como primer límite

Es también de sobra conocido que la política inmigratoria ha dejado de ser, en lo que al ámbito regional europeo se refiere, una cuestión nacional para pasar a convertirse en objetivo común de la Unión, lo que ha propiciado una progresiva armonización de las legislaciones de todos los países integrantes de la misma. La definitiva comunitarización de estas políticas ha sido llevada a cabo mediante la modificación efectuada por el *Tratado de Ámsterdam* en el Título IV del *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea* (TCE, en adelante). Esta comunitarización ha supuesto que el fenómeno de la inmigración haya pasado a ser objetivo de la acción normativa de la propia Unión, con el loable fin de hacer del territorio europeo un espacio común de libertad, seguridad y justicia en el que prime el respeto a la legalidad internacional así como el reconocimiento y protección de los derechos humanos.

Para alcanzar estos fines se propone una gestión armónica de los flujos migratorios procedentes de las fronteras exteriores de la Unión, con el objetivo de luchar contra la inmigración ilegal y conseguir, dentro de ellas, una progresiva equiparación en derechos de los extranjeros con los nacionales de los países miembros¹¹. La insistencia por parte de la Comisión en la necesidad de realizar un planteamiento «holístico» con respecto a la inmigración que sea capaz de analizar y dar respuesta a este fenómeno desde una perspectiva multidisciplinar —econó-

¹¹ Vid. *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal*, COM (2001)672 FINAL.

mica, jurídica, cultural...— que permita emprender un camino sin retorno a la plena integración de los inmigrantes¹², choca, sin embargo, con los intereses nacionales de algunos Estados miembros. Buena muestra de ello es que no han quedado sujetas al plazo general de cinco años fijado para el resto de medidas, aquellas que deban adoptarse en temas tales como las condiciones de entrada o residencia, expedición de visados de larga duración (art. 63.3 TCE), o las que definan los derechos y las condiciones con arreglo a las que los nacionales de terceros países que residen legalmente en un Estado de la Unión puedan trasladar su residencia a otro Estado miembro (art. 63.4 TCE).

Ahora bien, no debe olvidarse que toda esta construcción comunitaria se apoya en otra base jurídica previa que difícilmente podría ser obviada. Toda acción normativa —nacional o comunitaria— que se efectúe en materia de inmigración deberá tener presentes los instrumentos jurídicos de carácter general que como el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*¹³ (en adelante CEDH) o la *Carta Social Europea*¹⁴ (en adelante CSE) se constituyen en fundamento y base de la propia Unión (art. 6.1 y 2 TUE; art. 136 TCE).

En el caso de España, amén de lo contemplado en otros textos de carácter internacional, y para lo que ahora interesa, son de obligada observancia y respeto (art. 10.2 CE), los derechos de reunión y asociación (arts. 21.1 y 22.1 CE) incluida la sindical (art. 28.1 CE; art. 11.1 CEDH¹⁵; art. 19.4 b) CSE; art. 28 del *Convenio Europeo sobre el Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante*¹⁶, art. 12 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁷); el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales y autoridades administrativas (art. 13 CEDH; art. 19.7 CSE; art. 26.1 del *Convenio Europeo sobre el Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante*) el cual debe ser completa-

¹² Vid. COM (2000) 757 y COM (2001) 387.

¹³ Vid. *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* de 4 de noviembre de 1950, enmendado por el Protocolo n.º 11 de 11 de mayo de 1994. Entrada en vigor para España: 4 de octubre de 1979. El texto enmendado por el Protocolo núm. 11 (BOE núm. 152, de 26 de junio de 1998; corrección de errores en BOE núm. 223, de 17 de septiembre de 1998) entró en vigor con carácter general y para España el 1 de noviembre de 1998.

¹⁴ Vid. *Carta Social Europea*, de 18 de octubre de 1961. Entrada en vigor para España: 5 de junio de 1980, BOE núm. 153, de 26 de junio de 1980.

¹⁵ Cfr. art. 11.1 CEDH. Repárese en que la Reserva efectuada por España en virtud de lo dispuesto en el art. 64 del *Convenio* (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979), tan sólo afecta a este artículo en la medida en que el mismo fuera incompatible con la regulación de los derechos de asociación y sindicación con respecto a las Fuerzas Armadas, Jueces, Magistrados y Fiscales (arts. 28.1 y 127.1 CE), sin que pueda restringirse a ninguna otra persona ya que el mismo comienza con un ilustrativo «todos tienen derecho a sindicarse libremente».

¹⁶ Cfr. art. 28 del *Convenio Europeo sobre el Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante*, de 24 de noviembre de 1977, entrada en vigor general y para España: 1 de mayo de 1983 (BOE núm. 145, de 18 de junio de 1983).

¹⁷ Cfr. art. 12 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, de 7 de diciembre de 2000, DO C 364, de 18 de diciembre de 2000.

do con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE y art. 13 por interpretación conjunta con el art. 6 CEDH, y, explícitamente, art. 47 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*).

Todos los derechos y libertades mencionados forman parte del ordenamiento jurídico español. Unos, los más, por ser normas originarias del propio ordenamiento. Otros, como es el caso de los derechos contemplados en los convenios o acuerdos internacionales (CEDH, CSE, *Convenio Europeo sobre el Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante*) por venir así previsto y dispuesto en esas mismas normas originarias (art. 96.1 CE)¹⁸. Los restantes, por provenir de un organismo internacional en favor del cual el Estado ha consentido ceder determinadas competencias normativas derivadas de la propia Constitución¹⁹, en el ejercicio de las cuales se han creado normas obligatorias para España –Derecho derivado (art. 93 CE)–, cuya garantía de cumplimiento corresponderá, según los casos, a las Cortes Generales o al Gobierno de la nación (art. 93 CE *in fine*)²⁰.

3.2 Autoridades derivadas y límites internos

En lo que respecta al ordenamiento jurídico español, son competentes para dictar leyes –tienen atribuida potestad legislativa– las Cortes Generales (art. 66.2 CE), y también, aunque más restringidamente, el Gobierno en virtud de la delegación legislativa (art. 82.1 CE). Del mismo modo que los anteriores, pero en sentido negativo, el Tribunal Constitucional está facultado para declarar la inconstitucionalidad de cualquier norma jurídica con rango de ley [art. 161.1 a) CE, art. 27.1 y 2 LOTC]²¹. Todos estos

¹⁸ Todos estos Tratados y Acuerdos internacionales se incorporan al ordenamiento español sin más requisito que el de su publicación (art. 96 CE), exigido de forma genérica por el art. 9.3 CE.

¹⁹ Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, *BOE* núm. 189, de 8 de agosto.

²⁰ Este derecho derivado, como afirma de Otto (1995, 123), «sigue la suerte de los tratados y queda incorporado por sí mismo al ordenamiento español con su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades, suficiente para cumplir el requisito de publicidad del art. 9.3, pues hay que entender que la cesión de competencias engloba también la publicación».

²¹ Cfr. arts. 27.1 y 2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, *BOE* núm. 239, de 5 de octubre. Este poder ilimitado para examinar la constitucionalidad de las leyes y, en su caso, anularlas por falta de coherencia con los preceptos constitucionales, representa, a decir de Kelsen (1995, 318), una notable restricción al poder del órgano legislativo: «significa que, al lado del positivo, existe un legislador negativo, un órgano que puede integrarse de acuerdo con un principio totalmente diferente del que sirve de base a la elección del parlamento por el pueblo. En esta hipótesis, casi resulta inevitable un conflicto entre los dos legisladores, el positivo y el negativo». Quizá por eso, como advierte Habermas (1998, 353) este legislador negativo que representa el Tribunal Constitucional cuando «se deje guiar por una comprensión procedimentalista de la Constitución no necesita ir más allá del crédito o "cuenta corriente" de legitimación de que dispone, y puede moverse dentro de las competencias de aplicación del derecho –claramente determinadas en términos de lógica de la argumentación– si el proceso democrático, al que ese tribunal tiene el encargo de proteger, no es descrito como un estado de excepción».

órganos tienen, además, atribuida competencia en relación con la celebración de tratados internacionales. Las Cortes Generales, por venir requerida su previa autorización para contraer obligaciones por medio de tratados o convenios de carácter político o militar, que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I de la Constitución; de aquellos que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública; o los que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución (art. 94.1 CE). El Gobierno, en cuanto a la celebración de los restantes tratados, con la obligación de informar inmediatamente al Congreso y al Senado de su conclusión (art. 94.2 CE). Y el Tribunal Constitucional, en definitiva, por ser el órgano encargado de examinar si las estipulaciones contenidas en los tratados y convenios internacionales resultan o no conformes con la Constitución, pudiendo ser requerido para ello por el Gobierno o cualquiera de las Cámaras [art. 95.2 CE, art. 2.1.e) LOTC]. Las disposiciones de todos los tratados que hayan sido válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente, pasarán a formar parte del ordenamiento interno (art. 96.1 CE). Hay, sin embargo, una importante particularidad con respecto a las disposiciones de estos tratados, ya que las mismas gozan de una especial resistencia a los actos normativos con fuerza de ley, dado que aquéllas «tan sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista por los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional» (art. 96.1 CE *in fine*). Esta particular resistencia del tratado frente a la ley, representa, a nuestro entender, una limitación a la posibilidad de que los órganos del Estado que tienen atribuida capacidad normativa dicten disposiciones que supongan la derogación, modificación o suspensión de las estipulaciones contenidas en los tratados o convenios internacionales que, habiendo sido validamente suscritos por España, se encuentren en vigor. Dicho de otro modo, el apartado final del artículo 96.1 CE supone una prohibición para cualquier autoridad normativa derivada, con arreglo a la cual no se podrán dictar normas que tengan como consecuencia la modificación o derogación tácita de las estipulaciones contenidas en estos acuerdos internacionales²². Es necesario destacar, por último, que la peculiar relación mante-

²² La prohibición establecida en el art. 96.1 CE, podría ser, hasta cierto punto, equiparada a lo que Hernández Marín (1998, 319) denomina una «norma de incompetencia». Creemos, sin embargo, que dada la definición que el mismo ofrece de este tipo de normas –de competencia o de incompetencia– como «enunciados cualificatorios (no prescriptivos)» y puesto que en este caso, al menos, la norma sí conlleva una prescripción, a saber, la imposibilidad para el legislador de modificar o derogar mediante actos normativos internos, siempre que éstos no vengán previamente contemplados en los propios convenios o tratados internacionales, las estipulaciones contenidas en los mismos, resultaría de difícil encaje esta norma en dicha calificación. Más acorde con la prohibición establecida en esta norma constitucional parecen estar las que Guastini (1999, 310) denomina «normas relativas al propio contenido de la regulación futura: en particular, normas que ordenan o prohíben (a veces de forma indirecta) al legislador dictar leyes provistas de un determinado contenido». En un sentido similar, Peña Freire (2003, 151), entiende este tipo de normas, a las que deno-

nida entre tratado y ley –dada la particular resistencia de aquél frente a ésta– no puede ser explicada, como apunta de Otto (1995, 126), en términos de jerarquía normativa, sino tan sólo en atención a las reglas de aplicación y eficacia²³. Ésta es, sin embargo, una tesis de justificación contravertida. Pues si la jerarquía formal entre normas debe ser entendida como un conjunto de reglas acerca de la validez de las mismas, de modo tal que a la «eficacia derogatoria que la norma superior tiene sobre la inferior se la denomina fuerza *activa*, y se denomina fuerza *pasiva* a la resistencia que la norma superior tiene frente a la inferior y que consiste en la nulidad de ésta cuando contradiga a aquélla»²⁴, ¿cómo se explica entonces la resistencia del tratado frente a la ley si ésta tampoco puede realizarse en términos de distribución de materias?

4. NORMAS ORIGINARIAS, NORMAS DERIVADAS Y CONSISTENCIA DEL ORDENAMIENTO

Los preámbulos o exposiciones de motivos de la legislación, esto es, de las normas derivadas (N_i), suelen ser un buen índice de la aspiración de consistencia que anima a todo ordenamiento jurídico. Es habitual que en ellos, tomando como criterio lo dispuesto en las normas originarias –amén de lo contemplado en cualesquiera otras normas N_1, N_2, \dots –, se ofrezcan consideraciones concretas tendentes a justificar la acción normativa efectuada. Entre estas razones se encuentra, frecuentemente, alguna que hace referencia a la exigencia de «sistematicidad» o «unidad» del ordenamiento, generalmente aludiendo a la necesidad de adecuar determinada regulación a lo exigido por tal o cual norma, o la de incorporar determinados compromisos internacionales asumidos por el Estado. Los preámbulos constituyen también por ello un buen exponente de cómo la práctica de dictar normas implica no sólo la acción de su promulgación (operación que se encuentra, a su vez, normativamente guiada) sino también la represen-

mina «normas que limitan el contenido de una competencia o *normas de contenido*», como reglas «anankástico-constitutivas»: «*Las normas de contenido* –afirma este autor (ibídem, 152)– *ponen normas que actúan como condiciones necesarias de legalidad de la producción jurídica*: reproducir estas normas en la legislación de desarrollo o, al menos, no dar normas incompatibles con ellas, es condición necesaria de legalidad de las normas producidas» (cursivas del autor).

²³ «La relación entre tratado y las leyes posteriores se articulan sobre la base de reglas de aplicación. Un tratado no puede ser modificado por una ley, ciertamente, pero eso no significa que la ley contraria a un tratado en vigor sea nula, sino tan sólo que el tratado prevalece sobre ella. Por eso la inderogabilidad del tratado por la ley es una peculiar resistencia en cuanto no conlleva, como la fuerza pasiva propiamente dicha, la nulidad de la ley posterior contraria al tratado. Esta combinación de criterios –continúa este autor– da lugar a una relación *sui generis*, no reducible al concepto de jerarquía y perfectamente explicable a partir de la naturaleza misma de los tratados» (de Otto, ibídem).

²⁴ Cfr. de Otto 1995, 89. Las cursivas son del autor.

tación de dicha acción como determinada por las propias normas pre-existentes bajo un esquema de coordinación y totalización (Vega 2000, 507, 551 ss.). En esto consistiría la «racionalidad» de la autoridad normativa jurídica, en producir normas racionalmente, esto es, ejercer de forma reflexiva el poder normativo que le ha sido conferido en forma constructivamente «cerrada» o «autorregulada». Dar normas por parte de una autoridad derivada, significa, en definitiva, practicar otras normas, aquellas que han conferido a la autoridad la facultad normativa (Raz 1991, 121).

4.1 Normas originarias como parámetro de consistencia

¿Cuáles son las normas originarias o soberanas (N_o) que hemos de tomar como parámetro de consistencia del ordenamiento jurídico en materia de extranjería? De lo que antecede resulta que han de considerarse como tales y, por tanto, como normas *pertenecientes a* y *válidas en* el ordenamiento jurídico español, todas las normas contenidas en la Constitución. De entre ellas, hemos citado como de especial relevancia los principios de legalidad y jerarquía normativa recogidos en el título preliminar (art. 9.3 CE). La dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, como fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1 CE). Se ha puesto de manifiesto, asimismo, la obligación de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades de *todas* las personas de conformidad con la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* y el resto de tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (arts. 10.1 y 10.2 CE). Hemos afirmado también que puesto que la igualdad ante la ley se reserva en principio tan sólo para los españoles (art. 14 CE), los derechos y libertades de los que puedan gozar los extranjeros en España serán algunos (o todos, si el legislador quisiera extender el disfrute a los extranjeros de los reservados para los españoles) de los contemplados en el Título I CE, en los términos que los tratados y la ley establezcan (art. 13.1 CE). Y que, por tanto, las restricciones que el legislador español pretenda imponer al disfrute de estos derechos por parte de los extranjeros quedarán constreñidas, a su vez, por lo que dispongan al respecto los diferentes tratados internacionales sobre la materia, al considerarse éstos (art. 96.1 CE) como «límite de lo que el legislador nacional pueda disponer al respecto» (Villaverde 2003, 146). Se ha hecho referencia, por último, a la competencia que las normas originarias atribuyen al Tribunal Constitucional para enjuiciar la constitucionalidad de las leyes y del resto de disposiciones normativas con fuerza de ley [art. 161.1 a) CE]²⁵, así como los plenos efectos que, frente a todos, tienen sus sentencias cuando

²⁵ En el mismo sentido, art. 2.1.a) de la Ley Orgánica 2/1979, cit.

declaren la inconstitucionalidad de cualquier norma con fuerza de ley (art. 164.1 CE)²⁶.

Vinculado a la noción de competencia hemos considerado también un criterio de pertenencia normativa. Según el mismo, se consideran normas *pertenecientes* al ordenamiento jurídico todas aquellas que, bajo el procedimiento previsto P_N , hubieran sido promulgadas por cualquier autoridad A_i a la que las propias normas constitucionales facultaban para dictar normas derivadas N_i . Por la misma razón, afirmábamos, habrían *dejado de pertenecer* al ordenamiento jurídico todas aquellas normas que, siguiendo también el procedimiento previsto (P_D), hubieran sido derogadas por la autoridad que tuviese atribuida competencia para ello. Como tales habrá que considerar, entonces, no sólo las que han sido derogadas por el legislador en virtud del criterio de *lex posterior*, sino también todas las que han sido declaradas inconstitucionales y nulas por el Tribunal Constitucional. Asimismo, y dado que según lo dispuesto en las propias normas originarias, las declaraciones de inconstitucionalidad vinculan a todos los poderes públicos, habrá que entender que tanto el legislador como el resto de autoridades derivadas se encuentran vinculadas por la doctrina emanada de este tipo de resoluciones²⁷.

4.2 Legislación de extranjeros como inconsistencia sistemática

Lo que la «lógica del sistema» impone, al menos teóricamente, es que el conjunto restante de normas derivadas N_i promulgadas por cualquier autoridad normativa A_i a la que las normas originarias facultan competencia normativa deberá observar —esto es, ni limitar ni contradecir— el contenido mínimo que aquéllas han impuesto, tal y como haya sido interpretado, en su caso, por el Tribunal Constitucional. Si esta observancia se respetase estaría justificado pensar que nos encontramos ante un ordenamiento jurídico consistente, ya que el mismo no contendría normas incompatibles²⁸. Pues bien, lo acaecido con la legislación de extranjería española nos servirá de ejemplo para ilustrar cómo tal pretensión de consistencia resulta sin embargo, a nuestro juicio, completamente incumplida.

²⁶ «Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*» (art. 38.1 de la Ley Orgánica 2/1979, cit.).

²⁷ Quizá no resulte superfluo recordar aquí que la declaración de inconstitucionalidad de cualquier norma con fuerza de ley puede conducir a la revisión de procesos fenecidos, en concreto a los de naturaleza sancionadora, cfr. art. 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, cit.

²⁸ Un ordenamiento en el que la producción de normas se efectuara de este modo sería similar, aunque no idéntico, al que Moreso (1993, 105) denomina «mundo jurídico óptimo».

En efecto, tras las sucesivas reformas a las que la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (en adelante LOEXIS), se ha visto sometida²⁹, cabría pensar que las mismas se han venido reali-

²⁹ No estará de más recordar aquí las sucesivas modificaciones realizadas al calor de una mayoría parlamentaria no siempre respetuosa con los más elementales principios de una técnica legislativa que se pretenda verdaderamente democrática. En efecto, la tramitación parlamentaria de la LO 4/2000, de 11 de enero, se inició con un amplio consenso que permitió su aprobación en el Congreso de los Diputados por 324 votos a favor y tan sólo una abstención. El acuerdo inicial, fue, sin embargo, posteriormente roto al presentar el Grupo Popular 112 enmiendas en el trámite ante el Senado, lo que provocó una airada reacción de los restantes grupos parlamentarios. Todas estas enmiendas fueron rechazadas, a su vez, en el nuevo trámite ante el Congreso. La ley se aprobó finalmente el último día de la legislatura con la oposición del grupo parlamentario en el Gobierno y el acuerdo unánime del resto de los grupos. El cambio de mayoría parlamentaria permitió posteriormente al Grupo Popular abordar la reforma de la recién aprobada Ley 4/2000, para lo cual fue presentado un proyecto de reforma el 22 de septiembre de 2000, que tras ser tramitado por el procedimiento de urgencia fue finalmente aprobado y publicado en el *BOE* el 22 de diciembre de ese mismo año. Un detallado seguimiento y análisis de la tramitación parlamentaria de ambas leyes puede encontrarse en Vidal Fueyo (2001, 180-183). No terminarán aquí, sin embargo, los avatares del anterior ejecutivo con la normativa de extranjería. Efectivamente, en reciente sentencia de 20 de marzo de 2003, la Sala Tercera del Tribunal Supremo anuló íntegra o parcialmente trece artículos del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, al constituir los mismos una clara contravención de la propia Ley para cuya ejecución se había dictado, o suponer una regulación restrictiva de determinados derechos configurados legal o constitucionalmente, cfr. STS, de 20 de marzo de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, Aranzadi, RJ 2003/2422. A raíz de este fallo, se plantea una vez más la necesidad de una nueva reforma, la cual también pretende llevarse a cabo siguiendo el trámite de urgencia. Debido a esta premura el Ministerio de Interior decide no enviar el proyecto de la misma al Consejo General del Poder Judicial ni al Foro para la Inmigración para su examen, ya que, al entender del por entonces Ministro, «las modificaciones recogidas no afectan ni al catálogo de derechos ni a la estructura de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000» (*El País* 7-VII-2003). Este criterio, sin embargo, contrastaba claramente con el mantenido por el Consejo General del Poder Judicial que, el 25 de junio anterior, había reclamado el texto para su examen (sobre la oportunidad y apresurado trámite del nuevo proyecto de reforma, *vid.*, Aguelo Navarro, P., «Comentarios de urgencia acerca del anteproyecto de modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre», el cual puede encontrarse en la excelente página de inmigración y extranjería del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, <http://www.extranjeria.info/inicio/index.htm>, fecha de la consulta 15/12/2003). La reforma se lleva finalmente a cabo con el acuerdo de los dos grupos mayoritarios en el Parlamento, Grupo Socialista y Grupo Popular, a los cuales se suma el apoyo de Coalición Canaria (cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 2 de octubre de 2003). En el correspondiente trámite ante el Senado fueron presentadas 141 enmiendas al proyecto de la nueva Ley Orgánica de reforma (cfr. *B.O.C.G.*, núm. 160 (e), de 20 de octubre de 2003), también rechazadas en su totalidad. La nueva reforma surge finalmente, después de que ya hubiera sido aprobada la Ley Orgánica 11/2003, la cual había introducido, a su vez, modificaciones en los apartados 4 y 7 del art. 57 y en el apartado 1 del art. 62 de la Ley 4/2000, con el objeto de facilitar la expulsión de los extranjeros con residencia irregular en España (cfr. art. 2 de la *Ley Orgánica 11/2003*,

zando no sólo para dar cumplimiento al mandato constitucional contenido en el artículo 13 CE y a la reiterada jurisprudencia constitucional al respecto³⁰, sino también para mejorar y simplificar la gestión de los trámites administrativos que deben realizar los extranjeros en nuestro país, dando así acogida a las recomendaciones emitidas por diferentes organismos internacionales³¹. Esto es, sin embargo, sencillamente falso.

En primer lugar no sólo es incierto que la tramitación de permisos y visados se haya simplificado en las últimas reformas, sino que por el contrario ésta resulta ahora más complicada. Muestra de ello es que la Ley Orgánica 14/2003 incorpora, mediante disposición adicional, nuevas causas de inadmisión de solicitudes y que algunas de ellas se basan en motivos jurídicamente tan poco congruentes con el resto del ordenamiento como «la *insuficiente acreditación de representación*»³², que conste abierto contra el solicitante un procedimiento administrativo en

de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, BOE núm. 234, de 30 de septiembre). Así las cosas, cuando ni siquiera habían transcurrido dos meses desde que fueran efectuadas estas modificaciones, se publica la, hasta ahora, última de las leyes de reforma de la legislación de extranjería. El objeto de la misma, según reza su exposición de motivos, es incorporar a su texto tanto las últimas decisiones adoptadas en el seno de la Unión Europea, como las apreciaciones «técnicas» realizadas por el Tribunal Supremo en la sentencia citada, además de aprovechar la oportunidad para reforzar los controles existentes que permitan evitar la inmigración ilegal (cfr. Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de 2000, de la Ley 7/1985, de 2 de abril de 1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero de 1991, de Competencia Desleal, BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2003).

³⁰ «Respecto a la modificación del Título I, cuyo contenido es especialmente importante —reza el apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2000, cit.—, se ha perseguido cumplir el mandato constitucional del artículo 13 que establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I de la misma, en los términos que establezcan los Tratados y la Ley, así como la Jurisprudencia al respecto del Tribunal Constitucional (sentencias del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de noviembre; 99/1985, de 30 de septiembre; 115/1987, de 7 de julio, etc.). Se ha conjugado este mandato constitucional con los compromisos internacionales adquiridos por España, especialmente como país miembro de la Unión Europea».

³¹ Tal parece ser, al menos, uno de los objetivos perseguidos con la última reforma, según reza el apartado II de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 14/2003, cit.: «I. La mejora de la gestión, mediante la simplificación de los trámites administrativos, y la del régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros en España».

³² Recuérdese que según el art. 32.4 de la Ley 30/1992, entiende la falta o insuficiencia de esta acreditación como un defecto subsanable. Cfr. art. 32.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP y PAC), BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 1992, corrección de errores en BOE núm. 23, de 27 de enero de 1993.

el que «*pueda proponerse la expulsión*»³³, o, en fin, que «se trate de solicitudes *manifiestamente carentes de fundamento*», o que la solicitud no venga «*realizada personalmente y dicha circunstancia sea exigida por la ley*»³⁴. Es claro que el legislador está autorizado, en principio, para establecer nuevas y más intrincadas causas de inadmisión de solicitudes, pero no a infringir en la regulación de las mismas los contenidos aplicables dispuestos en las normas originarias preexistentes incurriendo en clara incompetencia. Tampoco para establecer que la apreciación y valoración de estas causas quede sometida al solo criterio discrecional de la Administración, porque esto, llanamente, infringe el preceptivo control fiscalizador de la actuación administrativa por parte de los tribunales que la Constitución exige (art. 106.1 CE)³⁵.

Relevante es también, en relación con la actuación administrativa, examinar lo que la legislación de extranjería dice incorporar y, sin embargo, omite. Nos referimos a la doctrina del Tribunal Constitucional que, como más arriba quedó dicho, la propia exposición de motivos de esta ley cita como una de las causas de la reforma. Así, mientras el propio TC, en muy consolidada doctrina, ha venido declarando que la tutela judicial efectiva reconocida por la Constitución incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales y, por extensión de los administrativos, una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, por cuanto dicha motivación constituye una exigencia derivada del artículo 24.1 CE³⁶, el legislador de extranjeros exime sin más de motivación la denegación del visado. Según redacción dada por la última reforma a esta ley, no sólo podrán fijarse por vía reglamentaria «*otros criterios*» para la denegación del visado³⁷, sino que la denegación de éstos únicamente «*deberá ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena*»³⁸. Esta novedosa exención, no sólo constituye, en nuestra opinión, una

³³ Se convendrá cuando menos en que la dicción literal de este precepto parece adecuarse mal con la presunción de inocencia que, por imperativo constitucional, ha de suponerse a *toda persona* (art. 24.2 CE *in fine*). Máxime si se repara en el hecho de que se está tomando en consideración el procedimiento administrativo sancionador incoado contra el extranjero como causa de inadmisión, cuando éste no necesariamente tiene por qué terminar con la imposición de la sanción de expulsión que se presume.

³⁴ Cfr. apartados 1, 4, 6 y 8 de la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 14/2003, cit. Repárese en que, según lo dicho en la nota 32, lo que en el régimen general supone un mero defecto subsanable representa para los extranjeros que el procedimiento ni siquiera llegue a iniciarse.

³⁵ Vid., por todas, STC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 2.

³⁶ Vid., por todas, SSTC 235/1998, de 14 de diciembre, FJ 2; 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 5; 163/2000, de 12 de junio, FJ 3; 187/2000, de 10 de julio, FJ 2; y 214/2000, de 18 de septiembre, FJ 4 y 150/2001, de 2 de julio, FJ 4.

³⁷ «Para supuestos excepcionales podrán fijarse por vía reglamentaria otros criterios a los que haya de someterse el otorgamiento y denegación de visados» (art. 27.5 de la Ley Orgánica 14/2003, cit.).

³⁸ Cfr. art. 27.6 de la Ley Orgánica 14/2003, cit.

excepción injustificada al régimen general³⁹, sino que contribuye a fomentar la arbitrariedad administrativa cuya interdicción se propone la propia Constitución (art. 9.3 CE, art. 106.1 CE)⁴⁰.

Lo mismo cabe decir, por último, de lo concerniente a la regulación de los derechos de reunión y asociación en relación con la doctrina emanada de la STC 115/87 (tenida en cuenta, según reza la exposición de motivos de la Ley 8/2000, para la propia reforma⁴¹). Hay que advertir, en primer lugar, que estos derechos, cuyo ejercicio somete la legislación de extranjería a la previa autorización administrativa de estancia o residencia⁴², son derechos fundamentales de *todas* las personas, dado que nuestra Constitución no reserva su disfrute únicamente para los españoles (arts. 21.1, 22.1 CE)⁴³. Como consecuencia de ello, difícilmente podrá considerarse conforme con nuestra Constitución, y menos aún con la lectura que el Tribunal Constitucional hace de ella en la sentencia citada, el sometimiento de los mencionados derechos a la previa obtención de una autorización administrativa. Tanto el derecho de reunión como el de asociación vienen reconocidos de forma plena en la norma fundamental y, por ello, supeditar su ejercicio a la obtención de una previa autorización administrativa supone tanto como habilitar al legislador para que pueda modificar a su antojo el contenido, hasta ahora preceptivo e imperativo para todos los Poderes Públicos, de estos derechos fundamentales⁴⁴.

De todo lo expuesto resulta difícil, por no decir imposible, concluir una imagen de consistencia o unidad del ordenamiento jurídico español al menos en lo que respecta a la materia considerada. Ello podría llevar a pensar que la descripción del Derecho en términos de relaciones formales de deber-ser internormativo tan sólo resulta viable si de ella se segregan las operaciones materiales práctico-jurídicas efectiva-

³⁹ El visado es un acto discrecional de la administración y como tal, según exige el art. 54.1 f) de la LRJAP y PAC, debe ser motivado.

⁴⁰ Vid., por todas, STC 111/2002, de 6 de mayo, FJ 4.

⁴¹ Vid. apartado IV de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2000, cit.

⁴² Los arts. 7.1 y 8 de esta ley reconocen, respectivamente, la libertad de reunión y de asociación, las cuales podrán ser ejercidas por los extranjeros «cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España» (arts. 7.1 y 8 de la Ley Orgánica 4/2000, cit.)

⁴³ En palabras del TC: «El art. 21.1 de la Constitución afirma genéricamente que “se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas”, sin ninguna referencia a la nacionalidad del que ejerce este derecho, a diferencia de otros artículos contenidos en el Título I, donde se menciona expresamente a los “españoles”, y a diferencia también de otras Constituciones comparadas donde este derecho expresamente se reserva a los ciudadanos». En parecidos términos se expresa el alto Tribunal con respecto al derecho de asociación: «Debe admitirse que, de acuerdo a sus propios términos, el art. 22 de la Constitución, en contraste con otras Constituciones comparadas, reconoce también directamente a los extranjeros el derecho de asociación» (cfr. STC 115/87, de 7 de julio de 1987, FJ 2 y FJ 3).

⁴⁴ Vid., al respecto, la dura crítica que el Tribunal Constitucional realiza de la suspensión del derecho de asociación en el fundamento jurídico tercero de esta misma sentencia.

mente realizadas por los operadores jurídicos que actúan en el seno del sistema jurídico. En otras palabras, la descripción normativa de este último en términos de validez intrasistemática es plausible siempre que se asuma que ésta no pretende dar cuenta de las prácticas jurídicas reales, sino que queda circunscrita al ámbito puramente abstracto o «doctrinal» de las relaciones y significaciones previamente introducido por las propias normas. El contacto con la verdadera realidad jurídica práctica parece conducirnos a un dilema que en realidad no es tal: o bien poner en entredicho las categorías teóricas con que solemos describir el ordenamiento jurídico o bien declarar hegelianamente que «si la realidad no se ajusta a la teoría, peor para la realidad». Lo primero nos exigiría revisar dichas categorías en una dirección menos formalista y más pragmática. Lo segundo, nos lleva a la crítica implacable de la práctica jurídica real. En todo caso, las apreciaciones críticas aquí realizadas con respecto a la legislación de extranjería –en lo que ellas conlleven de posibles tachas de inadecuación o inconsistencia frente a lo contemplado en otras normas jerárquicamente superiores– no nos autorizan a afirmar la no pertenencia, invalidez, o inaplicabilidad jurídica de las mismas. Éstas son, de hecho, las normas aplicadas en la actualidad para tomar decisiones jurídicas en este ámbito, al menos hasta que nuevas operaciones de la autoridad competente decidan lo contrario.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, C./BULYGIN, E., (1991): «Libertad y autoridad normativa» [1985] en *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 239-248.
- BOBBIO, N. (1955): *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giapichelli, Torino.
- CARACCILO, R. (2000): «Sistema Jurídico», en GARZÓN VALDÉS, E./LAPORTA F. J. (eds.), *El Derecho y la Justicia*, 2.ª ed., Trotta, Madrid, pp. 162-176.
- CARRIÓ, G. R. (1973): *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Astrea, Buenos Aires.
- CELANO, B. (2002): «Cuatro temas kelsenianos» en NAVARRO, P. E./REDONDO, M. C. (comp.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona, pp. 153-179.
- ECO, U. (1998): *Semiótica y Filosofía del lenguaje*, 3.ª ed., Lumen, Barcelona.
- FERRER, J. (2000): *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*. Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- GARCÍA AMADO, J. A. (1996): *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid.
- GUASTINI, R. (1999): *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. esp. a cargo de J. Ferrer, Gedisa, Barcelona.

- HABERMAS, J. (1998): *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. esp. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid.
- HART, H. L. A. (1963): *El concepto de Derecho*, trad. de G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. (1998): *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, Madrid.
- KELSEN, H. (1934): *Teoría General del Estado*, trad. de L. Legaz Lacambra, Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires.
- (1995): *Teoría General del Derecho y del Estado*, 2.ª ed., trad. de E. García Máynez, E., UNAM, México.
- (2000): *Teoría pura del Derecho*, trad. de la segunda edición alemana de 1960 a cargo de R. Vernengo, Porrúa, México.
- MORESO, J. J. (1993): «Sobre normas inconstitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 38, pp. 81-115.
- NINO, C. S. (1980): «El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica», en BULYGIN, E. et al. (comps.), *El lenguaje del Derecho. En homenaje a Genaro R. Carrió*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- OTTO, I. DE, (1995): *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2.ª ed, Ariel, Barcelona.
- PEÑA FREIRE, A. M. (2003): «Las normas sobre la producción jurídica», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 6, pp. 119-154.
- RAZ, J. (1991): *Razón práctica y normas*, trad. de la segunda edición de 1990 a cargo de J. Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ROSS, A. (1993): *El concepto de validez y otros ensayos*, 2.ª ed., trad. esp. de G. Carrió, G. y O. Paschero, Centro Editor de América Latina, S. A./Fontamara, Buenos Aires.
- VEGA, J. (2000): «Praxis y normatividad como criterio de cientificidad de la "ciencia jurídica"», *DOXA*, núm. 23, pp. 503-560.
- VIDAL FUEYO, C. (2001): «La nueva ley de extranjería a la luz del texto constitucional», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 62, mayo-agosto, pp. 179-218.
- VILLAVERDE, I. (2003): «El reagrupamiento familiar y la política de contingentes», en POMED, L./VELASCO, F. (eds.), «Ciudadanía e inmigración», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, pp. 141-176.