

## II.A.- RÉGIMEN GENERAL

### II.A.1.- Sentencia del TSJ de Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 3ª, S 3-6-2008, nº 727/2008, rec. 544/2008. EDJ 2008/268316

Se deniega el permiso de residencia de un nigeriano en España porque el certificado de antecedentes penales que presenta no se ajusta a lo establecido en la ley del país en que se otorgó y además, no está apostillado.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de apelación versa sobre la Sentencia dictada el 18 de febrero de 2.008 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Madrid que estima el recurso contencioso núm. 846/07 del ciudadano nigeriano D. Romeo contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de 6.8.07 que denegó la autorización de residencia por circunstancias excepcionales (...)

Examinada la documentación aportada se comprueba que concurren los siguientes motivos de denegación (...).

- (...) no acreditarse de forma objetiva y documentalmente la secuencia de una permanencia continuada en España durante un mínimo de 3 años (...).
- (...) no aportarse certificado de antecedentes penales del trabajador extranjero que se ajuste a la normativa establecida por la República Federal de Nigeria,

El Juzgador de instancia anula la resolución impugnada y manda retrotraer el procedimiento "al momento de admitirse a trámite la solicitud, para que se conceda al demandante un plazo (...) para que el interesado presente un certificado de antecedentes penales legalizado, (...)

SEGUNDO.- Esta Sala no comparte el pronunciamiento del Juzgado, que procede así revocar, por las razones que a continuación se exponen, (...)

De entrada, el art. 71 de la Ley 30/1.992 sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común no impone a la Administración ninguna obligación de información al interesado sobre el procedimiento a seguir en su caso EDL1992/17271,

(...) el actor aportó, junto con su solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales, y a los efectos de cumplir el requisito establecido, un certificado de antecedentes penales de la policía de Nigeria, legalizado por la Embajada de ese país en Madrid, traducido del inglés al español, en que figuraba que no constaba tuviera ninguna condena registrada en Nigeria en su contra, (...).

(...) efectivamente, el certificado de antecedentes penales aportado adolece de dos defectos: el primero, que no está legalizado en vía diplomática por el Consulado Español en el país en que se expidió y posteriormente por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, requisito necesario al no ser Nigeria país signatario del Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1.961, y que no es sustituible por su legalización por la Embajada de Nigeria en Madrid; y el segundo, que no consta otorgado o confeccionado observando la normativa de Nigeria; debiendo de recordarse a estos efectos que, conforme a lo dispuesto en los arts. 217 y 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, el derecho extranjero debe de ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, incumbiendo al actor probar los hechos y en este caso también el Derecho extranjero en que funda su pretensión.

Así pues, resulta que por la parte actora no se ha acreditado de forma suficiente que no exista norma alguna que regule el procedimiento para expedir los certificados de antecedentes penales en Nigeria, y menos aún que pueda expedirse tal certificado en la forma en que lo ha sido el presente.

Es evidente que el certificado de antecedentes penales que aporta el actor ha tenido que ser expedido en Nigeria sin la toma personal de huellas simultánea por las autoridades policiales de aquél país que lo expiden, ya que no consta que el actor haya viajado a Nigeria, no presentando sellos de entrada y salida de España en su pasaporte; más aún, se ignora la forma en que han sido tomadas y cotejadas las huellas dactilares que se

acompañan al certificado policial negativo de antecedentes penales, que tampoco consta se hayan tomado ante Notario y enviadas a la Comisaría de Nigeria para su verificación antes de expedir el certificado.

(...) no constando que el certificado de antecedentes penales aportado por el actor se haya otorgado observando los requisitos exigidos por la legislación del país donde se expide, y careciendo de la correspondiente legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España, no puede ser considerado suficiente para acreditar el requisito de carecer el solicitante de antecedentes penales en su país de origen (...) la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL2000/77463 que exige que para que los documentos públicos extranjeros, en ausencia de tratado o convenio internacional o ley especial, puedan ser considerados como tales, reúnan los siguientes requisitos: 1º) que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio, y 2º) que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.

**- Cuestiones a resolver:**

- 1. Calificar jurídicamente el tipo de permiso de residencia solicitado.**
- 2. ¿Qué requisitos debe cumplir la documentación presentada?**
- 3. ¿En qué consiste la apostilla de la Haya y qué problemas plantea en este supuesto?**
- 4. ¿Qué posibilidades de recurso tendría el solicitante?**

**II.A.2.- Sentencia del TSJ de Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 3-4-2008, nº 589/2008, rec. 718/2006. (EDJ 2008/84442)**

*Se anula la resolución del Consulado General de España en Tánger y se declara el derecho de la menor marroquí a que se le conceda el visado de residencia para reagrupación familiar por kafala por entender que extranjero es el representante legal de la menor.*

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- (...) Se insta en la demanda la anulación de la resolución impugnada y la concesión del visado solicitado con fecha de 27 de marzo de 2006, alegándose, en esencia, su nulidad de pleno derecho por infracción de los artículos 16 y 17 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social , y del artículo 39 de su Reglamento así como del artículo 20 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, alegándose, asimismo, vulneración del derecho de libertad de residencia, reconocido en el artículo 19 de la Constitución Española EDL1978/3879 en relación con los artículos 3 y 13 de la citada Ley Orgánica , todo ello con base en el argumento de que, en el derecho por el que se regula el estatuto personal de la menor, la kafala es una institución similar a la adopción, estándose en el caso de que el recurrente y su esposa formularon una solicitud de kafala judicialmente aprobada, como también lo fue la salida de la menor del territorio de Marruecos. (...).

SEGUNDO.- Conforme al apartado c) del artículo 17 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social , son familiares reagrupables los menores de dieciocho años o incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal. (...).

Mediante orden del Juez Notario ante el Tribunal de Primera Instancia de Tánger de 2 de febrero de 2005, se otorgó la Kafala de Mari Juana a D. Ernesto y a Dª Paloma, instituyéndoles como tutores dativos, a quienes se les entregó la niña en virtud de Acta Ejecutiva del citado Tribunal, de 23 de marzo de 2005. (...).

TERCERO.- (...) Acerca de la naturaleza jurídica de la kafala, la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 julio 2006, (...) declaraba que "el Derecho islámico clásico no regula ninguna institución como la adopción plena del Derecho español, esto es, equiparando la posición jurídica del hijo adoptivo con la propia de la filiación natural en cuanto a la creación de vínculos de parentesco y cambio subsiguiente en el estado civil de las personas. Ello se debe a que el Corán prohíbe que el hijo adoptivo se integre en la familia con los mismos apellidos y los mismos derechos sucesorios que los hijos naturales (vid. versículos 4 y 5 de la Sura XXXIII); tan sólo se admite que el niño acogido, que no adoptado, se beneficie de los cuidados materiales y de la educación que le proporciona la nueva familia de acogida. No se producen, en consecuencia, ni la modificación del orden sucesorio en la herencia causada por cualquiera de los miembros de la nueva familia, ni el nacimiento de vínculo de parentesco alguno ni, en consecuencia, impedimentos para el matrimonio (...).

La precitada Resolución-Circular consideró que la kafala del Derecho de los países de inspiración coránica, al ser una institución que no crea un vínculo de filiación entre el kafils, o persona que asume la kafala del menor, y este último, y que se limita a fijar una obligación personal por la que el primero se hace cargo del segundo y se obliga a atender su manutención y educación, constituye una situación similar al acogimiento o prohijamiento del Derecho español (...), que produce la plena participación del menor en la vida familiar e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, pero que ni crea vínculos nuevos de filiación, ni rompe los anteriores, ni priva de la patria potestad a los padres (...). Se declaraba también que la kafala es una situación que puede ser reconocida en España si ha sido válidamente constituida por autoridad extranjera, siempre que no vulnere el orden público internacional español, y si los documentos en los que consta se presentan debidamente legalizados y traducidos a idioma oficial español.

Las dudas que pudieran suscitarse respecto a qué clase de acogimiento familiar es asimilable la kafala, a los efectos de la reagrupación familiar -pues no todos lo supuesto previstos en los artículos 172 y siguientes del Código Civil EDL1889/1 llevan

aparejada la representación legal del menor, (...) han sido despejadas por la Instrucción de la Dirección General de Inmigraciones de 27 de septiembre de 2007, sobre la kafala, declarando que "cuando se solicite un visado para la entrada en España de un menor extranjero procedente de un país de tradición jurídica coránica, en base a un documento de kafala no constituido por los padres biológicos del niño (por no estar estos determinados, ser un huérfano el menor o haber sido este declarado abandonado por la autoridad competente de acuerdo con la legislación interna del país de origen) y habiendo intervenido en el procedimiento una Autoridad pública, ya sea administrativa o judicial, en orden a la protección del interés del menor, se considerará que el citado documento sí establece entre el ciudadano español, o el extranjero residente en nuestro país, y el menor extranjero un régimen jurídico equiparable a la tutela dativa (tal como se contempla, por ejemplo, en la Ley 15-01 marroquí de guarda de menores abandonados, de 13 de junio de 2002 ). En estos casos se considerará al ciudadano español o al extranjero residente en España representante legal del menor extranjero , razón por la cual la acogida podrá tener carácter permanente...", contemplando dicha Instrucción la validez de la vía de la reagrupación familiar para que el menor pueda trasladar su residencia a España. (...).

**- Cuestiones a resolver:**

- 1. ¿Qué motivos de nulidad presenta la resolución consular relativa al visado?**
- 2. ¿Cuál es la ley aplicable al estatuto personal de la menor marroquí?**
- 3. ¿En qué consiste la *Kafala* marroquí? ¿Puede aceptarse en España?**
- 4. ¿Cabe la reagrupación familiar? ¿Por qué?**

**II.A.3.- Sentencia del TSJ de Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 20-6-2008, nº 1139/2008, rec. 805/2006. (EDJ 2008/148689)**

*Se anula la decisión que había denegado el visado de residencia para reagrupación familiar por un simple error formal en la inscripción concurriendo todos los requisitos exigidos para la concesión de visados.*

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- (...) se denegaron los visado de residencia para reagrupación familiar solicitados por Clara y por Leticia, Esteban y Mauricio, esposa e hijas del recurrente, por aparecer diferentes edades del padre y reagrupante en la documentación aportada.

Disconforme con la decisión administrativa el recurrente, D. Miguel , esposo y padre de las solicitantes del visado respectivamente, aduce que nació en Caio (Cacheu) el día 12 de marzo de 1967 y que así lo corrobora el libro de familia, cédula personal de la República de Guinea-Bissau y que en las certificaciones de nacimiento de sus hijas, el Oficial del Registro ha cometido un error aritmético al consignar la edad del padre. Por lo demás afirma que concurren todos los requisitos exigidos para la concesión de los visados solicitados.

SEGUNDO (...) necesidad de visado como requisito normal de acceso al territorio nacional. El visado será expedido por las misiones diplomáticas y oficinas consulares de España y su denegación deberá ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena. e indicar los recursos que procedan (art.27 ).

El artículo 17. 1 a) del mismo texto legal dispone que el extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a el cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho o que el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley. (...).

TERCERO.- (...) en el presente caso concurren los presupuestos exigidos por la norma para la concesión del visado solicitado. (...).

(...) si los representantes de la Administración llegaran al convencimiento de que existen indicios suficientes para dudar de la identidad de las personas, de la validez de los documentos, o de la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado, se denegará su concesión.

(...) en el caso examinado, como decíamos, la denegación de los visados solicitados se fundamenta en que en la documentación aportada se consignan diferentes edades del padre y reagrupante, lo que no es más que una simple irregularidad formal cometida a la hora de proceder a la inscripción del nacimiento de las hijas que no justifica por sí sola la denegación de los visados solicitados sin ninguna otra consideración, puesto que, en definitiva, no se pone en duda la realidad del vínculo paterno filial o matrimonial.

#### FALLO

(...) debemos anular y anulamos la resolución recurrida declarando el derecho de Clara, Leticia , Esteban y Mauricio, a obtener los visados solicitados.

#### - Cuestiones a resolver:

1. **¿Qué requisitos se exigen para la concesión del visado por causa de reagrupación familiar?**
2. **¿Resulta subsanable un error formal en la documentación presentada?  
¿De qué modo puede procederse a la subsanación?**
3. **¿En qué supuestos debe motivarse una resolución consular denegatoria?**
4. **¿Qué familiares son susceptibles de reagrupación por el extranjero residente en España?**



**II.A.4.- Sentencia del TSJ de Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 23-6-2008, nº 1125/2008, rec. 298/2007 (EDJ 2008/148762).**

*La Sala declara el derecho de los recurrentes a que se les concedan los visados por reagrupación familiar en contra de la resolución del Consulado General de España en Shanghai. Alegan que del expediente no se concluye que la celebración del matrimonio fuera en fraude de ley ni que la solicitud de los visados hayan obedecido a una finalidad exclusivamente migratoria.*

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- D. Juan Ramón, de nacionalidad china y con autorización de residencia permanente, ha interpuesto el presente recurso contencioso administrativo contra sendas resoluciones del Consulado General de España en Shanghai, mediante las que se les denegó visados de residencia para reagrupación familiar a su esposa, D<sup>a</sup> Mercedes , y al hijo de ésta, el menor Inocencio, que se habían solicitado el 1 de marzo de 2003.

La denegación de los visados tuvo como fundamento que, según se concluía de la entrevista personal de D<sup>a</sup> Mercedes, su matrimonio con D. Juan Ramón era de conveniencia.

(...) el Consulado General de España en Shanghai se extendió en las razones que llevaron a la denegación los visados litigiosos, (...) el recurrente vio por primera vez a su actual esposa, D<sup>a</sup> Mercedes, en el mes de febrero de 2004, en el mes de julio del mismo año contrajeron matrimonio y, a continuación, solicitó la reagrupación familiar de ésta y de su hijo; sin embargo, en su entrevista personal D<sup>a</sup> Mercedes reconoció que quería salir de su país desde el año 2002, mostrándose confusa cuando se le preguntó por el motivo, y desconocía datos de la vida de su esposo. (...).

SEGUNDO.- Conforme al artículo 17 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, los extranjeros residentes pueden reagrupar con ellos en España a su cónyuge no separado de hecho o de derecho, siempre que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley, (...).

(...) en los supuestos de matrimonios de complacencia, la inexistencia de prueba directa de la simulación y de la verdadera voluntad encubierta de las partes, obliga a que la prueba de presunciones conduzca a un alto grado de convicción racional pues, dada la presunción general de buena fe y el carácter fundamental del ius nubendi, la existencia de fraude de ley solo podrá apreciarse cuando éste conste de manera inequívoca por existir entre los hechos-base demostrados y aquel que se trata de deducir un enlace preciso, directo y unívoco según las reglas del criterio humano, que excluya cualquier duda razonable.(...).

CUARTO.- La valoración en conjunto de los elementos probatorios obrantes en el expediente administrativo nos llevan a estimar el presente recurso contencioso administrativo, pues de los mismos y, en particular, de la diligencia de entrevista personal de D<sup>a</sup> Mercedes no se sigue la conclusión incuestionable de que su matrimonio con D. Juan Ramón se celebró en fraude de ley: Es cierto que existen incoherencias en algunos extremos de la declaración de la reagrupada y que ésta no recordaba todos los acontecimientos de la vida de su esposo por los que se le preguntó; pero la Sala no descarta que las contestaciones incoherentes en relación al último viaje de D. Juan Ramón a China o respecto a las razones por las que D<sup>a</sup> Mercedes pidió su pasaporte en el año 2000 puedan obedecer a los términos en que se le formularon algunas preguntas y, de otra parte, la intención de salir de su país no prejuzga que su deseo fuera tan intenso como para valerse de cualquier medio; por último, los datos biográficos de D. Juan Ramón que la declarante no recordaba no eran tan esenciales como los que sí recordó. (...).

Las circunstancias expresadas no permiten concluir, con exclusión de toda duda razonable, que tanto la celebración del matrimonio como la solicitud de los visados hayan obedecido a una finalidad exclusivamente migratoria para facilitar la residencia legal en España de la esposa del recurrente y del hijo de ésta; ello constituye a nuestro juicio razón suficiente para considerar que la Administración demandada no ha podido acreditar con certeza el fraude de ley en la celebración del matrimonio;

## FALLO

(...) declarando el derecho de D<sup>a</sup> Mercedes y de su hijo, Inocencio, a que se les concedan los visados solicitados para la reagrupación familiar.

### - Cuestiones a resolver:

1. **¿Por qué motivos se deniega en la resolución consular la solicitud de visado?**
2. **¿Cabe en este supuesto la reagrupación familiar?**
3. **¿Puede considerarse como matrimonio de complacencia el celebrado por los solicitantes?**
4. **¿Cómo se sancionan los matrimonios celebrados en fraude de ley?**

---

### **II.A.5.- Sentencia del TSJ de Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1<sup>a</sup>, S 3-4-2008, nº 588/2008, rec. 768/2006. (EDJ 2008/84436)**

Se estima el recurso anulando la resolución anterior y se declara el derecho de D<sup>a</sup> Francisca a que se le conceda el visado de residencia para reagrupación familiar solicitado por matrimonio.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- D. Donato, nacional de Senegal, ha interpuesto el presente recurso contencioso administrativo contra la resolución de la Embajada de España en Dakar de 19 de mayo de 2006, por la que se le denegó a su esposa, D<sup>a</sup> Francisca, visado de residencia para reagrupación familiar por falta de constancia documental de la presencia del marido en el acta de celebración del matrimonio .

(...) pues el matrimonio del recurrente con D<sup>a</sup> Francisca no se celebró el 26 de noviembre de 2004 sino el 5 de febrero de 2003, fecha en la que el recurrente se encontraba en Senegal, habiéndose inscrito en el Registro Civil el citado día 26 de noviembre de 2004 en virtud de autorización judicial número 8776 del Tribunal del Departamento de Kaffrine, lo que se justificó debidamente mediante los documentos aportados al expediente administrativo, que no sugieren el menor indicio de fraude de ley.

## SEGUNDO.-

2.- Las copias literales del acta de matrimonio aportadas al expediente administrativo no aclaran las circunstancias en las que el mismo se contrajo pues, mientras que al pie de tales documentos se reseña que el matrimonio se celebró el 5 de febrero 2003 en Kaffrine - según sentencia número 8776 del Tribunal Departamental de Kaffrine, de 3 de noviembre de 2004 -, en sus respectivas partes principales aparece que el día 26 de noviembre de 2004 ambos esposos comparecieron ante el oficial del Estado Civil y declararon ante el mismo su voluntad de contraer matrimonio .

3.- No obstante lo anterior, en el Libro de Familia aportado al expediente administrativo consta que el matrimonio se celebró el 5 de febrero de 2003 y se registró el 26 de noviembre 2004.

b.- El segundo de los documentos aportados es un extracto de la sentencia número 8776 del Juzgado de Apelación de Kaolac, del Tribunal Departamental de Kaffrine, dictada según solicitud de 13 noviembre de 2004, en la que se recoge que el matrimonio del recurrente y de D<sup>a</sup> Francisca se contrajo el 5 de febrero 2003 según la costumbre musulmana, ordenándose su transcripción en los registros municipales de matrimonio , en la fecha de su entrega al Oficial del Estado Civil.

5.-También se ha acreditado en autos que el Código de Familia de Senegal permite la inscripción del matrimonio fuera de plazo mediante resolución judicial.

De lo expuesto se infiere la existencia de un mero error en las certificaciones de matrimonio aportadas al expediente administrativo, probablemente debido a que han sido extendidas en impresos, no albergando la Sala duda alguna sobre la circunstancia de que el marido estuvo presente en la ceremonia del matrimonio , celebrada, según se ha dicho, el 5 de febrero 2003, fecha en la que D. Donato se encontraba en Senegal, según se acredita con su pasaporte.

(...) ha quedado debidamente acreditada en este proceso la concurrencia de los requisitos impuestos para la reagrupación familiar del cónyuge en el artículo 17 de la Ley sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social y en su Reglamento.

**- Cuestiones a resolver:**

- 1. ¿Qué problemática jurídica plantea la celebración del matrimonio y su inscripción registral?**
- 2. ¿Cómo incide la existencia de un error formal en la documentación en la solicitud de la reagrupación familiar?**
- 3. ¿Qué requisitos exige el artículo 17 de la Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España?**
- 4. ¿Qué extremos del Derecho extranjero han sido acreditados ante el órgano judicial español?**

**II.A.6.- Sentencia del TSJ de Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 30-5-2008, nº 1083/2008, rec. 974/2006. (EDJ 2008/138924)**

Se desestima el recurso de anulación de una decisión que denegaba el visado para la reagrupación familiar en España porque los datos disponibles apuntan a un intento de obtener un visado de forma fraudulenta.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- D. Alfredo, de nacionalidad ghanesa, ha impugnado en este proceso la resolución de 21 de agosto de 2006, dictada por la embajada de España en Accra, denegatoria del visado para la reagrupación en España, de su hija Dª Dolores. (...)

La razón de la denegación

- Se duda de la veracidad de los motivos alegados para solicitar este visado.
- Se duda de la validez de la documentación presentada.
- Su certificado de nacimiento no es conforme con la ley ghanesa
- No queda suficientemente probada la relación paterno filial entre usted y el reagrupante.

Se interesa en la demanda la anulación de la resolución impugnada y el otorgamiento del visado solicitado, alegando que no se puede poner en duda la relación paterno filial por el sólo hecho de no haberse inscrito el nacimiento en los plazos legales, previstos por la legislación ghanesa. (...).

SEGUNDO.- (...) los datos disponibles apuntan a un intento de obtener un visado de forma fraudulenta. Si somos rigurosos, la inscripción fuera de plazo llevada a cabo por la sola declaración del supuesto padre, sin existencia de matrimonio y sin legalización del documento, carece de las mínimas garantías sobre la filiación y ello, sin necesidad de mayores razonamientos conduce a la desestimación de la demanda.

**- Cuestiones a resolver:**

1. **¿Por qué se produce la denegación del visado por reagrupación familiar?**
2. **¿Cabría solicitar la prueba de paternidad para acreditar la filiación?**
3. **¿La inscripción registral de la filiación fuera de plazo sería motivo suficiente para la denegación?**
4. **¿La falta de legalización de la documentación sería, asimismo, un motivo denegatorio? ¿Sería subsanable?**

---

**II.A.7.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sec. 10ª, S 21-4-2008, nº 224/2008, rec. 136/2008. (EDJ 2008/89429)**

*La AP desestima el recurso de apelación y confirma el pronunciamiento de la instancia, y declara la nulidad del matrimonio de los litigantes por ser un matrimonio de "complacencia" celebrado, no con la finalidad de convivir y mantener una relación propia de dicha institución, sino con la de conseguir para el contrayente de otro país el visado de residencia o la legalización de su situación e incluso su nacionalización.*

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Se trata en el presente procedimiento de discernir si estamos o no ante un matrimonio de los denominados de "complacencia" o "conveniencia" ("mariage blanc", en terminología francesa), celebrado entre una nacional y un extranjero, no con la finalidad de convivir y mantener una relación propia de dicha institución, sino con la de

conseguir para el contrayente de otro país el visado de residencia o la legalización de su situación e incluso su nacionalización (Artículo 22 del Código Civil EDL1889/1 ). En los países con un fuerte flujo migratorio son relativamente frecuentes este tipo de enlaces, contrarios al ordenamiento jurídico, pues utilizan la figura del matrimonio como instrumento formal y aparente para obtener fines diferentes de lo que constituye la esencia de aquél, recogida con claridad en el artículo 68 del Código Civil EDL1889/1: "Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente". (...).

SEGUNDO.- En la jurisprudencia no existe absoluta unanimidad sobre si los supuestos de matrimonio de complacencia encuentran su apoyo anulatorio en el artículo 73-1º del Código Civil EDL1889/1. Algunas resoluciones piensan que dicho precepto no está pensando en este supuesto, sino en las alteraciones mentales de los contrayentes que inutilizan el necesario consentimiento. Sin embargo, esa postura es minoritaria, pues basta poner en conexión el citado artículo con el 45 para decantarnos por la tesis mayoritaria, que considera que para que haya matrimonio, para su nacimiento como foco de derechos y deberes, se precisa el consentimiento propio de esa institución: "No hay matrimonio sin consentimiento". Por lo tanto, la ausencia del mismo, es decir, de la voluntad de aceptar una relación con proyecto de permanencia, convivencia, fidelidad y ayuda mutua, supondrá la nulidad "in radice" de esa "apariencia" matrimonial.

TERCERO.- (...) la mayor dificultad proviene de la valoración de las pruebas (normalmente indiciarias y presuncionales) relativas a hechos externos que revelen la voluntad interna en el momento de prestar el consentimiento matrimonial.

La mayoría de las sentencias que rechazan la pretensión de nulidad es por dos razones:

a) la interpretación necesariamente restrictiva del concepto nulidad

y b) la existencia de relaciones personales anteriores y/o posteriores entre los contrayentes. La primera parece evidente. No sólo por las consecuencias que toda nulidad jurídica lleva consigo, sino porque se contradicen las conclusiones de un expediente judicial, el propio del Encargado del Registro Civil (Artículo 246 del



Reglamento Registro Civil ). La segunda también, pues esas relaciones presentan un indicio de relación personal propia de la cercanía física y sentimental que normalmente el matrimonio lleva consigo. Por ello es fundamental la apreciación de las pruebas de cada caso concreto, incluso del comportamiento procesal de las partes.

SEXTO.- En el caso de autos es evidente el acierto del Juzgador de instancia a la vista de las testificales practicadas, dadas las contradicciones de los mismos que acreditan la realidad del concierto matrimonial con el único objeto de obtener así la nacionalidad española el esposo; en efecto, no otra cosa puede concluirse de tales manifestaciones, al ser de todo punto incuestionable que, fuera de los consabidos datos con el fin de poder contestar adecuadamente en el Registro Civil así como en la presente causa, el conjunto de las declaraciones acreditan la realidad de lo plasmado en la sentencia de instancia, pues no otra cosa puede válidamente extraerse de tales declaraciones en las que se acredita un real desconocimiento de lo más elemental de cada cónyuge, propio de una pareja que ni ha convivido, ni convive y que el hecho de contraer matrimonio fue exclusivamente para así obtener el esposo la nacionalidad española.

SÉPTIMO.- Procede pues la íntegra confirmación de la sentencia de instancia (...).

**- Cuestiones a resolver:**

- 1. ¿Por qué se declara la nulidad matrimonial de los actores?**
- 2. ¿Qué ocurre con el consentimiento en los matrimonios de complacencia?**
- 3. ¿Cómo se procede a la prueba del consentimiento matrimonial en este tipo de matrimonios?**
- 4. ¿Cuál es la ley aplicable al consentimiento matrimonial y qué ocurre si ésta permite la ausencia o el vicio del consentimiento?**

### **III.A.8.- Sentencia de la AN, 27/11/2007 (JUR 2007\ 362357)**

*Representación y postulación procesal. Ausencia de poderes de representación del abogado de oficio para actuar en nombre de ciudadano extranjero. Defecto procesal no vulneratorio del derecho a la tutela judicial efectiva. Inadmisión a trámite de solicitud de asilo.*

#### **«FUNDAMENTOS JURIDICOS**

PRIMERO.- Discute el Letrado recurrente la decisión adoptada por el Juzgado de archivar las actuaciones por la falta de acreditación de su representación. Dicho Letrado el 22 de marzo de 2007 presentó ante el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 demanda contra la resolución del Ministerio del Interior de 21 de febrero de 2007 por la que se inadmitía a trámite la solicitud de concesión del derecho de asilo presentada por don Alexander. En dicho escrito se señalaba que se actuaba en nombre de dicho señor aunque no se aportaba poder alguno que así lo acreditase. Mediante diligencia de ordenación de 2 de abril de 2007 se requirió al Letrado para que en el plazo de diez días acreditase la representación que decía ostentar bien mediante la aportación del poder general para pleitos o bien mediante comparecencia “apud acta”. Trascurrido dicho plazo sin efectuar la acreditación interesada se dictó el Auto ahora recurrido.

SEGUNDO.- El art. 45 de la Ley Jurisdiccional señala que al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo se acompañará documento que acredite la representación del compareciente, debiendo el Juzgado o Sala examinar de oficio la validez de dicha comparecencia tan pronto como se haya presentado el escrito de interposición. En el caso de que con dicho escrito no se hayan acompañado los documentos expresados en el apartado anterior se requerirá inmediatamente para la subsanación, señalando un plazo de diez días para que el recurrente pueda llevarla a efecto y, si no lo hace, se ordenará el archivo de las actuaciones. Según el Letrado recurrente la representación le viene conferida por el nombramiento como Abogado de oficio, tal y como han reconocido diversas Salas de lo Contencioso-Administrativo de Tribunales Superiores de Justicia que cita. La no admisión de la representación

cercenaría el derecho a la tutela judicial efectiva desde el punto de vista práctico, sin que una interpretación formalista de las normas deba impedir a los interesados el derecho de acceder a los recursos.

TERCERO.- Sobre lo señalado por el Letrado apelante debe recordarse que quien decide acudir a los Tribunales, instando la tutela judicial de su derecho, es el afectado por la Resolución administrativa que se impugna, luego para iniciar un proceso en nombre y por cuenta de otro (sea, o no, Letrado) lo primero que hay que acreditar es que se actúa por cuenta y en nombre del legitimado y ese mandato representativo (salvo que se ostente una representación legalmente conferida, circunstancia que aquí no acontece), para que tenga virtualidad procesal, ha de conferirse mediante poder otorgado ante Notario (art. 24 de la LEC, de aplicación supletoria, disposición Final Primera LJCA), y, sí el mandante reside en el extranjero, en el Consulado de España en el país de residencia, pues conforme al art. 5.f) de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 24 de abril de 1962 (en vigor desde el 19 de marzo de 1967) en relación con el Anexo III del Decreto de 2 de junio de 1944, que aprueba el Reglamento Notarial, es función consular “actuar en calidad de notario”, o mediante comparecencia ante el Secretario Judicial que conozca o vaya a conocer del pleito si esa representación en juicio se otorga a los profesionales que tienen reconocido poder de postulación, o bien, dado que en los procesos seguidos ante los órganos jurisdiccionales unipersonales no es preceptiva la representación técnica (art. 23.1 LJCA), bastará con que se firme la demanda, por el propio afectado por la Resolución. El Letrado -ya sea designado, o no, por el turno de oficio- no tiene otra función en el proceso que la propia de su profesión (arts. 542.1 LOPJ, 31.1 LEC y 1.1 del Estatuto General de la Abogacía aprobado por Real Decreto 658/01, de 22 de junio): dirección y defensa de la parte en el proceso y asesoramiento y consejo jurídico, siempre, claro está, supeditado a la voluntad y decisión de quien decide iniciar el proceso y al que defiende. Y la falta de ese mandato representativo no puede ser suplida por la designación del propio Letrado por el turno de oficio, como aquí se pretende, pues tal designación no supone otorgamiento de representación alguna, representación que solo puede otorgar el legitimado. Por tanto, al no haberse subsanado el esencial defecto de representación, es absolutamente correcta la decisión del Juzgador de Instancia, sin que padezca ningún derecho del ciudadano

extranjero cuya voluntad impugnatoria no consta en ningún momento, siendo el único legitimado para iniciar el proceso, circunstancia esencial que aquí no acontece y sigue sin concurrir al interponerse el recurso de apelación, motivo por el que, a juicio de esta Sala y Sección, incurría en idéntico vicio, por lo que, en puridad, debió haber sido también inadmitido a trámite en cuanto el Letrado no estaba legitimado para interponer dicho recurso y seguía sin acreditar la representación del ciudadano extranjero en cuyo nombre decía actuar. Al efecto no está de más recordar los reiterados pronunciamientos del Tribunal Constitucional acerca de esta cuestión: "No resulta riguroso ni formalista entender que el Abogado designado de oficio para defender a la parte en vía administrativa no es un representante de aquélla que pueda interponer en su nombre el recurso contencioso-administrativo, como se deduce de lo dispuesto en, entre otros preceptos, los arts. 542.1 y 543.1 LOPJ y en el párrafo primero del art. 15 LAJG, así como, habida cuenta de que el demandante no posee la nacionalidad española, de lo previsto en el art. 22.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos de los extranjeros en España y su integración social. Hemos dicho que <<es difícilmente rebatible que para actuar en nombre de otro en un proceso resulta imprescindible el consentimiento expreso e inequívoco del representado, consentimiento habitualmente conferido a través del instrumento del poder notarial(ATC 276/2001, de 29 de octubre, FJ 3), o del poder apud acta (STC 205/2001, FJ 5). Este Tribunal, ha desestimado o inadmitido recursos de amparo dirigidos, con invocación del art. 24.1 CE, contra decisiones judiciales de inadmisión dictadas en el orden contencioso-administrativo por falta de representación del Abogado(SSTC 205/2001, de 15 de octubre y 152/2002, de 15 de julio), si la parte no la acreditaba, una vez requerida para ello, o si no resultaba posible ofrecer la posibilidad de subsanación (ATC 276/2001, de 29 de octubre). En el caso que suscita la demanda no se acreditó que quien había interpuesto el recurso contencioso-administrativo ostentara la representación del supuesto recurrente, por lo que no cabe tachar de desproporcionados la inadmisión del recurso contencioso-administrativo y el archivo de las actuaciones, una vez que la parte no atendió el requerimiento para subsanar los defectos de su comparecencia que le habían sido puestos de manifiesto. Esa consecuencia deriva del apartado 3 del art. 45 LJCA, que prevé expresamente que el Tribunal ha de examinar de oficio si ha presentado el

recurrente los documentos relacionados en el apartado 2 del mismo art., entre los que se cuenta <<el documento que acredite la representación del compareciente ” (Providencia de la Sección de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de 19 de enero de 2006).»

**- Cuestiones a resolver:**

1. **¿Cómo debe acreditarse la representación procesal de ciudadano extranjero residente en el extranjero?**
2. **¿Cuál es la ley aplicable al documento de representación otorgado por autoridad consular española?**
3. **¿Es subsanable la ausencia de acreditación del poder de representación en un procedimiento de solicitud de asilo?**
4. **¿Resulta vulneratorio de la tutela judicial efectiva del solicitante de asilo?**

=====

**III.A.9.- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 5ª, S 12-5-2008, rec. 8521/2004. (EDJ 2008/67054)**

*El TS declara no haber lugar al recurso de casación se les deniega el reconocimiento de la condición de refugiados y el derecho de asilo a los actores al resultar comprobado que los recurrentes no han acreditado, ni aun de forma indiciaria, la existencia de una persecución o temor fundado a padecerla por motivos de raza o pertenencia a determinado grupo social, ofreciendo un relato que presenta lagunas e incongruencias y habiendo tenido la oportunidad de solicitar asilo en un tercer estado, con anterioridad, sin haberlo realizado.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

SEGUNDO.- (...) C) La Instructora del expediente emitió informe en el que señala que, sin negar la difícil situación a que alude ACNUR de los ciudadanos de origen caucásico en la Federación, sobre todo desde el conflicto checheno, considera que los solicitantes en este caso no presentan el perfil de los ciudadanos caucásicos con problemas en Rusia. (...).

- La solicitante basa la petición en su pertenencia a un colectivo determinado sin aportar elementos personales o circunstanciales que indiquen que haya sufrido o tenga un temor fundado de sufrir, persecución personal por esa causa, y dado que, según la información disponible del país de origen, la mera pertenencia a ese colectivo no determina la existencia de persecución. (...).

- El relato en el que se basa la solicitud resulta inverosímil tal y como lo formula así como contradictorio en la descripción de los hechos que motivaron la persecución alegada y de los aspectos esenciales de dicha persecución. (...).

TERCERO.- (...) La parte recurrente fundamenta su pretensión de asilo en entender que el hecho de su origen armenio le hace ser objeto de maltrato, vejaciones y desprecios en Rusia por lo que decidieron salir del país.

No obstante, hay que tener en cuenta que nada se ha acreditado sobre esos desprecios y vejaciones que dicen sufrir; antes al contrario, y tal como resulta del Informe de la Instrucción, la familia de los recurrentes parece que estaba integrada en Rusia pues ha viajado con pasaporte ruso (en el que se incluyen a sus hijos) y resulta que no acreditan tener problemas ninguno de convivencia.

Insiste el Informe de la Instrucción en que los recurrentes no tienen el perfil de los ciudadanos caucásicos que son perseguidos en Rusia y ello pues tienen trabajo y están establecidos desde hace bastantes años. El resto del Informe de la Instrucción es suficientemente explicativo sobre las contradicciones apreciadas en las diversas declaraciones de los recurrentes que impiden la estimación de sus pretensiones.

(...) los recurrentes estuvieron en Finlandia antes de acudir a España y, a pesar de que allí no eran perseguidos, no solicitaron a las autoridades finlandesas la protección que ahora solicitan de las autoridades españolas.

**- Cuestiones a resolver:**

1. **¿Por qué motivos se deniega el reconocimiento de la condición de refugiados y el derecho de asilo a los actores?**
2. **¿Qué requisitos se exigen en la normativa para proceder a tal reconocimiento?**
3. **¿Qué extremos requieren necesaria acreditación para proceder a este reconocimiento?**
4. **¿Qué opciones tienen los actores con posterioridad a la denegación de asilo?**

---

**III.A.9.- Sentencia del TSJ de Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 4ª, S 8-4-2008, nº 459/2008, rec. 246/2008. (EDJ 2008/106090)**

Se estima el recurso contra una decisión de repatriación de un menor extranjero por considerar que se ha vulnerado el derecho del menor a ser oído en preceptivo expediente de repatriación (...). El menor extranjero estaba tutelado por una entidad española partidaria de la repatriación en contra de la voluntad del menor por lo que el juzgado debería haberle nombrado un defensor judicial.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 26 de los de Madrid ha conocido del recurso contencioso administrativo n º 395/2007 (...) contra el acuerdo de

la Delegación del Gobierno en Madrid, que acordó la repatriación del referido menor a Marruecos, su país de procedencia, para su reagrupación familiar y contra el acuerdo de ejecución de la misma orden de repatriación. En dicha sentencia, tras rechazar las causas de inadmisibilidad aducidas tanto por el Abogado del Estado como por el Letrado de la Comunidad de Madrid, que alegaban la falta de representación del Letrado del menor recurrente al no constar que se le hubiera otorgado mediante poder notarial o apud acta, así como la falta de legitimación del letrado y la falta de capacidad del menor, se estima el recurso por considerar que se ha vulnerado el derecho del menor a ser oído en preceptivo expediente de repatriación (...).

SEGUNDO.- Las causas de inadmisibilidad aducidas giran todas ellas sobre la falta de capacidad procesal del demandante basada en su minoría de edad, dado que en la legislación marroquí (aplicable por así disponerlo el art. 9.1 y 6 del Código Civil EDL 1889/1) el menor no emancipado carece de capacidad procesal.

Ciertamente, pese a la amplitud con que el art. 18.1 de la LJCA EDL1956/42 admite la capacidad procesal de los menores, no existe ninguna disposición legal que les autorice para ejercitar acciones como la deducida en autos, por más favorable que sea la interpretación de la limitación de la capacidad (art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor EDL1996/13744). Por ello hubiera sido necesario que por el Juzgado se procediera a integrar dicha falta de capacidad (art. 7.2 de la LEC EDL2000/77463) mediante los instrumentos que la Ley permite y en los términos previstos en el art. 8 de la LEC EDL2000/77463, dado el carácter eminentemente subsanable de dicho defecto procesal.

En el presente caso, la tutela del menor la ostenta la Comunidad de Madrid y la acción judicial se ha deducido con la finalidad de impugnar la orden de repatriación del menor, por lo que sin duda alguna existe un conflicto de intereses en los términos previstos en los arts. 221.2º y 299 del CC EDL 1889/1 para cuya apreciación no es posible acudir al criterio objetivo del interés superior del menor, que es la cuestión que configura el fondo del debate en las controversias entre el menor y su representante, sino al meramente subjetivo de aquél, que en este caso, como él mismo ha sostenido tanto en



vía administrativa como en la vía judicial es el de quedarse en España, ya que como destaca la STS., Sala 1ª, de 4-3-2003 , «el conflicto de intereses existe cuando, en la realización de los actos de guarda y protección, la actuación de los representantes pone en peligro el beneficio del menor o incapaz, al ser éste contrario al interés subjetivo o personal de éstos».

Dado que la entidad que ha asumido la tutela del menor extranjero es partidaria de la repatriación, el Juzgado debió de proceder al nombramiento de defensor judicial mediante providencia (art. 8 de la LEC EDL2000/77463), para cuya solicitud sí se encuentra capacitado el interesado pese a su minoría de edad (art. 300 del CC EDL1889/1 ), y ello sin perjuicio de la adopción de las medidas cautelares en supuestos extraordinarios en que la premura o urgencia sea tal que no permita materialmente la dilación que exige ese nombramiento.(...)

TERCERO.- (...) en el parco y escueto expediente remitido por la Administración, donde se mezclan los actos referidos a la tutela del menor y al procedimiento de repatriación, si bien figura un acta de audiencia al menor del día 20 de julio de 2005 , lo cierto es que en modo alguno esta audiencia puede ser entendida como integrante del procedimiento de repatriación, ya que el informe (o solicitud) previo de los servicios de protección de menores para el este procedimiento es 24 de noviembre de 2005, esto es, muy posterior a la citada audiencia, por lo que tiene razón el Juzgado a quo al considerar que se ha omitido el preceptivo informe prevenido en el art. 9.1 de la Ley Orgánica de Protección del menor, conforme al cual, "el menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. En los procedimientos judiciales, las comparencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.", y la audiencia referida nada dice sobre el procedimiento de repatriación.

(...) Por ello, en el supuesto que se tratara realmente de la audiencia legalmente prevista, una vez constatado el conflicto de intereses entre el representante legal (la

entidad tuteladora) y el menor, debió promoverse el nombramiento de un defensor judicial. En suma, el trámite de audiencia que se efectuó no consta que lo fuera en el procedimiento de repatriación ni se garantizó una efectiva y material audiencia ante la constatación del conflicto de intereses que de ella se derivaba y no procurar que el menor estuviera adecuadamente representado en ese acto.

- **Cuestiones a resolver:**

1. **Calificar jurídicamente la repatriación de un extranjero en España**
2. **¿Los principios procesales de audiencia y contradicción pueden obviarse en un procedimiento relativo a la salida de extranjeros del territorio español?**
3. **¿Cómo incide en el proceso el hecho de que se trate de un menor?**
4. **¿Tiene capacidad procesal un menor extranjero no emancipado sometido a la tutela de autoridad española? ¿Qué garantías procesales deben exigirse?**

**III.A.10.- Sentencia del TSJ de Cataluña, de 9 de octubre de 2007 (JUR 2008\13241)**

*Recurso de apelación: desestimación. Solicitud de autorización inicial de residencia y de trabajo. Proceso de normalización RD 2393/2004.*

**«FUNDAMENTOS DE DERECHO (...) SEGUNDO.-** Tal como pone de manifiesto la STC 24/2000, de 21 de enero, “los extranjeros sólo gozan del derecho a residir en España en virtud de autorización concedida por autoridad competente, de conformidad con los Tratados internacionales y la ley (arts. 13 y 19 CE, SSTC 99/85 y 94/93; y Declaración de 1 de junio de 1992, relativa al Tratado de la Unión Europea). Por tanto,

es lícito que la Ley de Extranjería subordine el derecho de los extranjeros a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones...Conclusión que se ve corroborada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, sin dejar de recordar que los Estados europeos deben respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma, no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio (con cita de diversas SSTEDH), como este Tribunal ha tenido ocasión de recordar en STC 242/94 y ATC 331/97” (FD4º). Partiendo de ese marco de referencia, la Administración General del Estado, mediante la disposición transitoria 3ª contenida en el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, Reglamento de la LOEX, ha articulado un proceso de normalización que, en lo que se refiere al supuesto de autos, se rige por las siguientes previsiones: ”1. En el plazo de tres meses desde la entrada en vigor del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, los empresarios o empleadores que pretendan contratar a un extranjero podrán solicitar que se le otorgue una autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: a) Que el trabajador figure empadronado en un municipio español, al menos, con seis meses de anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y se encuentre en España en el momento de realizar la solicitud. b) Que el empresario o empleador haya firmado con el trabajador un contrato de trabajo, cuyos efectos estarán condicionados a la entrada en vigor de la autorización de residencia y trabajo solicitada. En el contrato de trabajo, el empresario se comprometerá, con independencia de la modalidad contractual y el tipo de contrato utilizado, al mantenimiento de la prestación laboral por un período mínimo de seis meses (con las particularidades que se especifican, aplicables a determinados sectores). c) Que se cumplan los requisitos previstos en el artículo 50 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, para el otorgamiento de una autorización para trabajar, con excepción de lo dispuesto en sus párrafos a), b) y g)”. Las anteriores previsiones reglamentarias se desarrollaron mediante la Orden PRE/140/2005, de 2 de

febrero (BOE de 3 de febrero de 2005), que en lo que interesa en el presente supuesto, prevé en su art. 2º, como primer requisito para la admisión de la solicitud de normalización : ”a) Que el trabajador figure empadronado en un municipio español con al menos seis meses de anterioridad al 7 de febrero de 2005, fecha de la entrada en vigor del Reglamento de la (LOEX), presentando asimismo un pasaporte, título de viaje o cédula de inscripción que acredite su presencia continuada en territorio español durante dicho período”. TERCERO.- Mediante la anterior normativa, se configura pues un procedimiento de normalización que, en los términos del Dictamen 3203/2004 del Consejo de Estado, “es, por su propia naturaleza, un procedimiento de carácter excepcional y temporalmente limitado”, y que se articula, “sin reparos de legalidad” a tenor de dicho Dictamen, esencialmente en base a un doble requisito, a saber, que el extranjero acredite estar empadronado en un municipio español, cuanto menos, con anterioridad al 8 de agosto de 2004, y que disponga de una oferta de trabajo, todo ello, en términos más favorables a la previsiones genéricas para la concesión del permiso de residencia temporal y de trabajo por cuenta ajena inicial, puesto que, en relación con este último, se exige a quienes se acojan al proceso de normalización o regularización de los requisitos previstos en los apdos. a), b) y g) del art. 50 del Reglamento de la LOEX, exigibles a partir del término de dicho proceso. Al respecto, la exigencia del empadronamiento, con anterioridad a la fecha reseñada, constituye la condición sine qua non adoptada en este caso, como opción normativa de carácter objetivo, por el titular de la potestad reglamentaria, frente al *numerus apertus* de formas de acreditación de la estancia, contemplado en anteriores procesos regularizadores (R.D. 239/2000, de 18 de febrero; R.D. 142/2001, de 16 de febrero). Y cabe añadir, como requisito lógico, puesto que de otro modo no se justifica un proceso extraordinario normalizador o regularizador, que pudiera alcanzar a los recién llegados, lo que sería contrario a la naturaleza y finalidades de aquél. CUARTO.- Siendo ésta la regulación del proceso resultante de la disposición transitoria 3ª del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, Reglamento de la LOEX, desarrollada por la Orden PRE/140/2005, de 2 de febrero, debe decirse que la misma no puede ser modificada por una instrucción, emitida por un órgano de inferior rango, como es la Resolución de 14 de abril de 2005, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de

Cooperación Local, “por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos para la expedición de certificaciones acreditativas de la residencia anterior al 8 de agosto de 2004, de los extranjeros afectados por el procedimiento de normalización inscritos con posterioridad” (BOE de 16 de abril de 2005). La referida Resolución de 14 de abril de 2005, se relaciona, a tenor de su preámbulo, con la dictada en fecha 1 de abril de 1997 (BOE de 11 de abril de 1997), “por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre la gestión y revisión del Padrón municipal”, contemplándose en la primera, dentro de la modalidad de altas por omisión a solicitud del interesado, a la que se refiere la segunda, el supuesto de “certificados padronales solicitados por los extranjeros no comunitarios mayores de 16 años que se cursen durante el proceso de normalización de extranjeros al que se refiere (la D. T. 3ª del R.D. 2393/2004), siempre que dichas solicitudes vayan acompañadas de los documentos públicos acreditativos de su estancia en España con anterioridad al 8 de agosto de 2004 y en los que conste su identificación”. Pues bien, si la Resolución de 14 de abril de 2005 tenía por objeto, a la vista de su contenido, su aplicación al proceso normalizador de referencia, no cabe conferirle tal efecto, por cuanto: a) No es posible, mediante unas “instrucciones técnicas”, con el alcance limitado que les es propio, *ex art.* 21 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, dirigidas a los Ayuntamientos por los órganos autores de dicha Resolución, en el ámbito de la gestión de los Padrones municipales, modificar válidamente las determinaciones del Reglamento de ejecución de la LOEX, como es el R. D. 2393/2004, de 30 de diciembre, por cuando ello supondría la quiebra del principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE) y la vulneración de las previsiones legales en cuanto a la titularidad y el ejercicio de la potestad reglamentaria estatal (art. 5.1h), 23 y 24 de la Ley 50/97, de 27 de noviembre, del Gobierno); y b) La Resolución de 14 de abril de 2005, que contempla un catálogo de documentos, destinados a acreditar la estancia del ciudadano extranjero en territorio español con anterioridad al 8 de agosto de 2004, no deja de ser en sí misma contradictoria, cuando señala que “al no sufrir modificación el procedimiento de “alta por omisión a solicitud del interesado”, la fecha de inscripción patronal será la correspondiente a la solicitud de alta”, lo que supone que, pretendiendo finalísticamente modificar la Disposición Transitoria 3ª del R. D. 2393/2004, de 30 de diciembre, en cuanto al requisito *sine qua non*, a efectos del proceso normalizador, de la

fecha del empadronamiento, de hecho no introduce realmente la pretendida -e inválida- modificación. QUINTO.- Es consecuencia de cuanto antecede, que la Resolución de 14 de abril de 2005, carece de virtualidad para modificar las previsiones del proceso normalizador, configurado en el Reglamento de la LOEX y desarrollado en la Orden PRE/140/2005, de 2 de febrero. Siendo así y dado que el ciudadano extranjero concernido en este proceso no reunía los requisitos previstos en dicho Reglamento y en la Orden de desarrollo, la denegación de su solicitud de regularización resultó conforme a las previsiones de la Disposición Adicional Cuarta.6LOEX y del art. 7º.2 de la propia Orden PRE/140/2005, de 2 de febrero. Desde este punto de vista, no puede considerarse que exista una infracción del derecho a la prueba. En efecto, la actividad probatoria ha de ir dirigida a la acreditación de los hechos que resulten relevantes en función de las normas aplicables al caso y, dado que la exigencia del empadronamiento anterior al 8 de agosto de 2004 constituye un requisito *sine qua non* del proceso de normalización, debe concluirse que resulta irrelevante la prueba relativa a otras circunstancias, como la que pretende la parte actora.»

**- Cuestiones a resolver:**

- 1. ¿Qué requisitos se exigen para la solicitud del permiso inicial de residencia y trabajo?**
- 2. ¿En qué consiste el *Proceso de normalización del RD 2393/2004*?**
- 3. ¿Qué conflicto jurídico se plantea en el supuesto que se reseña relativo a la regulación de dicho permiso?**
- 4. ¿Qué argumentación jurídica utiliza el tribunal para proceder a sus conclusiones?**

### **III.A.11.- Sentencia del TS, de 25 de octubre de 2007 (JUR 2007\6503)**

*Recurso de casación: procedencia. Procedimiento contencioso administrativo archivado contra orden de devolución al país de origen. Representación procesal: asistencia jurídica gratuita: ciudadano extranjero: requerimiento por órgano judicial a Colegio Profesional para su designación.*

#### **«FUNDAMENTOS DE DERECHO (...)**

TERCERO (...) En el desarrollo del motivo de casación, sostiene la parte recurrente que fue la Letrada designada por el turno de oficio la que solicitó de la Sala que se procediera a la designación de Procurador del turno de oficio, siendo por tanto innecesario el requerimiento que la Sala hizo a la letrada, toda vez que el recurrente tenía reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, y ese derecho incluye la representación gratuita por medio de procurador para poder comparecer ante los Tribunales

CUARTO Vamos a estimar el recurso de casación, siguiendo la doctrina sentada en nuestra sentencia de 16 de noviembre de 2006 (RC 3270/2003 [RJ 2007\ 767]), dictada en relación con un caso que guarda similitud con el que ahora nos ocupa. La tutela judicial, en relación concreta con los extranjeros, ha merecido una reiterada consideración en diversas sentencias del Tribunal Constitucional. Así en la STC 99/1985, de 30 de septiembre (RTC 1985\ 99) se expresa 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 (RCL 1978\ 2836), en relación con los arts. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (LEG 1948\ 1), 6.1 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950 (RCL 1979\ 2421) y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 (RCL 1977\ 893). En concreto, en ésta sentencia se expresa que el “derecho a la tutela efectiva, y por ello las garantías judiciales, vinculadas al ejercicio de los derechos fundamentales, son disfrutadas sin consideración de nacionalidad por españoles y extranjeros”. Asimismo la citada STC

99/1985, señala, por otra parte, en su Fundamento Jurídico 2º, párrafo 2º que: “Es verdad, como afirma el representante del querellado, que nuestra Constitución es obra de españoles, pero ya no lo es afirmar que es sólo para españoles. El pfo. 1º art. 13 CE no significa que los extranjeros gozarán sólo de aquellos derechos y libertades que establezcan los tratados y las leyes, como parece entender la mencionada representación procesal. Significa, sin embargo, que el disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el Tít. I CE (y que por consiguiente se le reconoce también a ellos en principio, con las salvedades concernientes a los arts. 19, 23 y 29, como se desprende de su tenor literal y del mismo art. 13 en su pfo. 2º) podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los Tratados Internacionales y la Ley interna española. Pero ni siquiera esta modulación o atemperación es posible en relación con todos los derechos, pues existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos (STC 107/1984 de 23 noviembre [RTC 1984\ 107], Sala 2ª, f. j. 4º; BOE 21 diciembre); así sucede con aquellos derechos fundamentales que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo, con aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 CE constituye fundamento del orden político español (ibídem, f. j. 3º)”. Por otra parte, y en el terreno del Derecho aplicable, cuando la resolución de instancia fue dictada, se encontraba en vigor la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (RCL 2000\ 72, 209), sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, (modificada por la Ley Orgánica 8/2000 [RCL 2000\ 2963 y RCL 2001, 488]) cuyo artículo 22-1 reconoce el derecho de los extranjeros a la asistencia jurídica gratuita cuando pueda denegárseles la entrada o decretarse su devolución o expulsión. A su vez, la Ley 1/1996, de 10 de enero (RCL 1996\ 89), sobre Asistencia Jurídica Gratuita, dispone (artículo 2º.a) que “en los términos y con el alcance previsto en esta Ley y en los Tratados y Convenios Internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita: a)... los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar”. artículo y apartado cuyos términos “legalmente” y “residan”, fueron, respectivamente, anulado e interpretado por la STC 95/2003, de 22 de mayo (RTC 2003\ 95). Por lo que aquí nos interesa, el artículo



6 de esta última Ley determina el contenido material del derecho, incluyendo dentro del mismo, en su apartado 3º, la “defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en el procedimiento judicial, cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva o, cuando no siéndolo, sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso”. Situados en la perspectiva de análisis que proporciona el marco jurídico que acabamos de reseñar, conviene hacer una puntualización más antes de entrar en el examen del caso que nos ocupa. Dejando al margen otros aspectos que no son del caso, el contenido de la tutela judicial efectiva que reclama el recurrente conlleva o implica el derecho a la jurisdicción -esto es, el derecho del recurrente de acceso a la justicia-; y dentro del proceso, el derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, si bien ésta resolución puede ser de inadmisión, si así procede, en el bien entendido de que la inadmisión -en este caso, el archivo- es una decisión grave, que debe ser adoptada con prudencia y estricta necesidad; debiendo interpretarse el sistema procesal de modo antiformalista, con base en el principio pro actione. Pues bien; en el presente caso, es determinante lo que disponen los artículos 16 y 21 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita 1/96, de 10 de enero, en el sentido de que el órgano judicial podrá de oficio o a petición de las partes “decretar la suspensión hasta que se produzca (...) la designación provisional de Abogado y Procurador si su intervención fuera preceptiva”, así como que habrá de dirigirse a los Colegios profesionales recabando el nombramiento provisional de Abogado y Procurador cuando alguna de las partes manifestara carecer de recursos económicos y hubiera urgencia en el caso (como la hay siempre en la interposición del recurso Contencioso-Administrativo, sometida a breve plazo de caducidad). La letrada, por escrito de 23 de octubre de 2001 pidió a la Sala que se le designase Procurador del turno de oficio. Y, en aplicación de los citados preceptos de la Ley 1/96, la Sala de Andalucía, con sede en Sevilla, debió acceder a lo solicitado y oficiar al Colegio a fin de que designara Procurador, y ello con independencia de lo que finalmente pudiera resultar sobre el derecho de asistencia jurídica gratuita. Por lo expuesto, hemos de estimar recurso de casación, por infracción de los preceptos citados de la Ley 1/96 (artículo 95-2-c) de la LJCA 29/98 (RCL 1998\ 1741)), con la consiguiente reposición de actuaciones a fin de que la Sala de instancia oficie al Colegio de Procuradores con el

objeto de que designe Procurador para representar al recurrente.»

**- Cuestiones a resolver:**

1. **¿Es posible *atemperar* el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con los extranjeros?**
2. **¿El sobreseimiento o archivo de la causa puede resultar vulneratorio del derecho a la tutela judicial efectiva?**
3. **¿Cómo se reconoce el beneficio de justicia gratuita para los extranjeros?**
4. **¿En que otros aspectos queda afectado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el supuesto que se reseña?**

**III.A.12.- Sentencia del TS, de 22 de noviembre de 2007 (RJ 2007\ 8406)**

*Recurso de casación: procedencia. Archivo improcedente de recurso contra resolución de denegación de entrada en territorio nacional. Representación procesal: asistencia jurídica gratuita: ciudadano extranjero: requerimiento por órgano judicial a Colegio Profesional para su designación.*

**«FUNDAMENTOS DE DERECHO (...)**

QUINTO Como hemos señalado en STS de 16 de noviembre de 2006 (RC 3270/2003 [RJ 2007\ 767]), la tutela judicial, en relación concreta con los extranjeros, ha merecido una reiterada consideración en diversas sentencias del Tribunal Constitucional. Así en la STC 99/1985, de 30 de septiembre (RTC 1985\ 99) se expresa 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 (RCL 1978\ 2836), en relación con los arts. 10 de la Declaración

Universal de los Derechos Humanos (LEG 1948\ 1), 6.1 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950 (RCL 1979\ 2421) y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 (RCL 1977\ 893). En concreto, en ésta sentencia se expresa que el “derecho a la tutela efectiva, y por ello las garantías judiciales, vinculadas al ejercicio de los derechos fundamentales, son disfrutadas sin consideración de nacionalidad por españoles y extranjeros”. Asimismo la citada STC 99/1985, señala, por otra parte, en su Fundamento Jurídico 2º, párrafo 2º que: “Es verdad, como afirma el representante del querellado, que nuestra Constitución es obra de españoles, pero ya no lo es afirmar que es sólo para españoles. El pfo. 1º art. 13 CE no significa que los extranjeros gozarán sólo de aquellos derechos y libertades que establezcan los tratados y las leyes, como parece entender la mencionada representación procesal. Significa, sin embargo, que el disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el Tít. I CE (y que por consiguiente se le reconoce también a ellos en principio, con las salvedades concernientes a los arts. 19, 23 y 29, como se desprende de su tenor literal y del mismo art. 13 en su pfo. 2º) podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los Tratados Internacionales y la Ley interna española. Pero ni siquiera esta modulación o atemperación es posible en relación con todos los derechos, pues existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos (STC 107/1984 de 23 noviembre [RTC 1984\ 107], Sala 2ª, f. j. 4º; BOE 21 diciembre); así sucede con aquellos derechos fundamentales que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo, con aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 CE constituye fundamento del orden político español (ibídem, f. j. 3º)”. Por otra parte, y en el terreno del Derecho aplicable, cuando la resolución de instancia fue dictada, se encontraba en vigor la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (RCL 2000\ 72 y 209), sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, (modificada por la Ley Orgánica 8/2000 [RCL 2000\ 2963 y RCL 2001, 488]) cuyo artículo 22-1 reconoce el derecho de los extranjeros a la asistencia jurídica gratuita cuando pueda denegárseles la entrada o decretarse su devolución o expulsión. A su vez, la Ley 1/1996, de 10 de enero (RCL 1996\ 89), sobre Asistencia Jurídica Gratuita, dispone (artículo 2º.a) que “en los

términos y con el alcance previsto en esta Ley y en los Tratados y Convenios Internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita: a)... los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar”. artículo y apartado cuyos términos “legalmente” y “residan”, fueron, respectivamente, anulado e interpretado por la STC 95/2003, de 22 de mayo (RTC 2003\ 95). Por lo que aquí nos interesa, el artículo 6 de esta última Ley determina el contenido material del derecho, incluyendo dentro del mismo, en su apartado 3º, la “defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en el procedimiento judicial, cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva o, cuando no siéndolo, sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso”. Situados en la perspectiva de análisis que proporciona el marco jurídico que acabamos de reseñar, conviene hacer una puntualización más antes de entrar en el examen del caso que nos ocupa. Dejando al margen otros aspectos que no son del caso, el contenido de la tutela judicial efectiva que reclama el recurrente conlleva o implica el derecho a la jurisdicción -esto es, el derecho del recurrente de acceso a la justicia-; y dentro del proceso, el derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, si bien ésta resolución puede ser de inadmisión, si así procede, en el bien entendido de que la inadmisión -en este caso, el archivo- es una decisión grave, que debe ser adoptada con prudencia y estricta necesidad; debiendo interpretarse el sistema procesal de modo antiformalista, con base en el principio pro actione. Pues bien; en el presente caso, es determinante lo que disponen los artículos 16 y 21 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita 1/96, de 10 de enero, en el sentido de que el órgano judicial podrá de oficio o a petición de las partes “decretar la suspensión hasta que se produzca (...) la designación provisional de Abogado y Procurador si su intervención fuera preceptiva”, así como que habrá de dirigirse a los Colegios profesionales recabando el nombramiento provisional de Abogado y Procurador cuando alguna de las partes manifestara carecer de recursos económicos y hubiera urgencia en el caso, (como la hay siempre en la interposición del recurso Contencioso-Administrativo, sometida a breve plazo de caducidad). La parte actora, en el primer escrito que presentó a la Sala (el de interposición del recurso Contencioso-Administrativo) solicitó que se requiriera al Ilustre Colegio de

Procuradores de Madrid a fin de que designara uno del turno de oficio. Y, en aplicación de los citados preceptos de la Ley 1/96, la Sala de Madrid debió acceder a lo solicitado y oficiar al Colegio a fin de que designara Procurador, y ello con independencia de lo que finalmente pudiera resultar sobre el derecho de asistencia jurídica gratuita. Si cuanto acabamos de decir determina la improcedencia del archivo de las actuaciones en el caso examinado, esa improcedencia queda evidenciada con mayor razón, si cabe, habida cuenta que tras dictarse el auto de 22 de noviembre de 2001, pero antes de desestimarse el recurso de súplica, se unió a las actuaciones la comunicación del Colegio de Procuradores, de fecha 17 de noviembre anterior, por la que se designaba Procurador para este proceso, el cual actuó en la formalización del recurso de súplica, por lo que la propia Sala de instancia ya pudo saber, antes de desestimar la súplica, que incluso en fecha anterior a acordarse el archivo de las actuaciones se había nombrado Procurador para la interesada, no pudiendo redundar en perjuicio de este el retraso en la comunicación de ese nombramiento.»

**- Cuestiones a resolver:**

- 1. ¿Puede limitarse el derecho a la tutela judicial efectiva en los procedimientos de solicitud de entrada?**
- 2. ¿Puede procederse a la denegación de entrada sin designar representación procesal?**
- 3. ¿Qué problemas plantea el sobreseimiento o archivo de la causa?**
- 4. ¿Resulta vulneratorio de la tutela judicial efectiva del solicitante de entrada?**

### **III.A.13.- Sentencia del TS, de 23 de noviembre de 2007 (JUR)**

*Derechos fundamentales de los extranjeros en España. Artículos 13 y 14 de la CE y Acuerdo de colaboración y cooperación entre los Estados de la UE y la Federación rusa de 24 de junio de 1994. Derecho de los nacionales rusos a no ser discriminados por razón de nacionalidad en condiciones de trabajo cuando son contratados legalmente en un Estado miembro. Estimación recurso de casación en procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales. Estimación recurso contencioso administrativo por vulneración del artículo 14 de la CE.*

#### **« FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- El presente recurso de casación lo interpone D.Romeo contra la sentencia de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de noviembre de 2003 que desestima el recurso contencioso-administrativo seguido por el cauce del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales (recurso nº 906/03) interpuesto por el Sr.Romeo, contra la desestimación presunta del recurso de alzada dirigido contra la resolución de la Real Federación Española de Fútbol de 24 de septiembre de 2002 por la que se deniega el requerimiento de que, hasta tanto no resolviese el conflicto competencial planteado ante la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, se dicte resolución que “deje sin efecto las injustas consecuencias que se derivan para esta parte de su resolución de fecha 9 de septiembre de 2003 en la que se indicaba que, para la temporada 2002/03, el recurrente debería ser considerado como jugador extracomunitario y ocupar plaza de extranjero. El recurso de desestima por entender la Sala de instancia que las resoluciones impugnadas no inciden negativamente en el contenido constitucional del artículo 14 de la Constitución. En su fundamento primero la sentencia recurrida delimita el objeto del litigio señalando que consiste en determinar si la denegación al recurrente -jugador profesional de fútbol, de nacionalidad rusa, con tarjeta de residencia y de trabajo vigente hasta el 1 de octubre de 2002 y que presta sus servicios profesionales en virtud de contrato suscrito con la Real Sociedad de San Sebastián el 10 de agosto del citado año- de licencia federativa de jugador nacional/comunitario incide negativamente en el contenido constitucional del artículo 14 CE. Y como la propia sentencia recurrida

explica, el demandante funda su pretensión en el artículo 23 del Acuerdo de Colaboración y Cooperación firmado en Corfú el 24 de junio de 1994 (BOE de 31 de enero de 1998), conforme al cual, entiende la parte, tiene derecho a no ser discriminado respecto de los jugadores nacionales y/o comunitarios, por lo que la negativa a otorgarle licencia de jugador nacional o comunitario constituye una clara discriminación por razón de la nacionalidad prohibida por el artículo 14 CE. Cita, además, como justificación de su pretensión, las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 15 de diciembre de 1995 (Bosman) y la reciente Sentencia de 8 de mayo del presente año 2003 (Kolpak). Dejando ahora a un lado, pues en nada afectan al recurso de casación que nos ocupa, las incidencias procesales que aparecen reseñadas en el fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida -donde se da cuenta del conflicto de competencia entablado entre el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 8 y el Juzgado de los Social nº 15, ambos de Madrid, y la decisión de la Sala Especial de Conflictos de este Tribuna, auto 10/2002, de 12 de marzo de 2002, en la se determina que el conocimiento del litigio corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa- la decisión de fondo de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se funda en las siguientes consideraciones:

<< (...) TERCERO: (...) Entrando en el fondo, esta Sala y Sección se ha pronunciado ya sobre la cuestión entre otras, en Sentencias dictadas -26 de junio de 2002 y 23 de abril este año- en los Recursos 695/01 y 952/02, entablados por otros jugadores de nacionalidad rusa y como en ellas se decía, conviene recordar a la parte el estrecho cauce procesal elegido, ciertamente preferente y sumario, pero limitado a la revisión, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, de los actos impugnados. En este contexto, pues, y sin que quepa revisar la legalidad ordinaria de la Resolución impugnada - salvo que integrara, al propio tiempo, una discriminación proscrita por el art. 14 CE- habrá de examinarse la pretensión del demandante. Dos son las perspectivas del derecho a la igualdad: igualdad ante la ley e igualdad en la aplicación de la ley. La primera se configura fundamentalmente como un medio de defensa del ciudadano frente a las discriminaciones de las que pudiera ser objeto tanto frente al legislador como frente al poder reglamentario, implicando la interdicción de que en las leyes y reglamentos se establezcan las discriminaciones típicas enumeradas en el art. 14

C.E., así como que se otorgue tratamiento jurídico diferente a situaciones jurídicas o de hecho iguales (STC 180/85, de 19 de diciembre; 125/86, de 22 de octubre.....). Esta, obviamente, no puede haberse visto afectada por la denegación de ficha de jugador comunitario al recurrente. Desde la segunda perspectiva: igualdad en la aplicación de la ley, y tal como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, en doctrina pacífica y constante, el derecho proscribía el tratamiento desigual de situaciones idénticas -dentro de la legalidad-, a menos que exista una justificación objetiva y razonable en la que fundamentar esa desigualdad de trato. Por ello, para poder apreciar la existencia de ese trato discriminatorio injustificado es imprescindible: 1) que el recurrente ofrezca un término de comparación idéntico, no simplemente semejante o análogo; 2) que la desigualdad de trato carezca de una justificación objetiva y razonable; 3) que, siempre y en todo caso, la actuación administrativa ofrecida como término de comparación sea legalmente irreprochable. Tampoco desde esta perspectiva el citado derecho se puede haber vulnerado pues los jugadores nacionales y/o comunitarios no constituyen término de comparación idóneo pues el demandante ni ostenta la nacionalidad española, ni tiene nacionalidad de un Estado miembro de la Comunidad Europea. Tampoco la denegación de licencia federativa en iguales términos a los jugadores comunitarios, fundada en el Acuerdo al que más arriba se aludía supone una discriminación injustificada por razón de la nacionalidad proscrita por el art. 14 CE, cualquiera que sea la opinión que pueda merecer dicho Acuerdo. La cuestión planteada, como bien apunta el Abogado del Estado, es de estricta legalidad ordinaria -sin percusión alguna en el art. 14 CE- y, por tanto, no revisable a través de tan estrecho cauce, ya que queda reducida a determinar si el Acuerdo de Colaboración y Cooperación invocado por el actor obliga a expedir la licencia federativa reservada-ex art. 173 de Reglamento General de Fútbol- al recurrente. Es cierto que, con posterioridad a las Sentencias de esta Sección que se acaban de citar, el Tribunal de Justicia de la CEE ha dictado Sentencia -8 de mayo de 2003- en la que se aborda una cuestión similar a la de autos, sin que, a juicio de esta Sección, tenga relevancia desde la perspectiva del art. 14 CE dada la interpretación que sobre el principio de igualdad y proscripción de toda discriminación injustificada viene realizando nuestro Tribunal Constitucional. Cuestión distinta y que, por afectar a la legalidad ordinaria, no es



revisable en este cauce procedimental, es si la denegación de licencia federativa en igualdad de condiciones a los jugadores comunitarios vulnera el principio de no discriminación de los ciudadanos rusos, establecido en el art. 23 del Acuerdo de Corfú...>>.SEGUNDO.- Acabamos de ver que la sentencia recurrida invoca otras sentencias de la propia Sala y Sección 8ª del Tribunal Superior de Justicia de Madrid cuya fundamentación reitera. Pues bien, es obligado señalar que una de esas sentencias a las que remite la ahora recurrida -en concreto, la de 23 de abril de 2002 (recurso contencioso-administrativo 952/02)- fue anulada por esta Sala en sentencia de 24 de mayo de 2006 (casación 5278/03), en la que, declarando haber lugar al recurso de casación, se acuerda estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto en el proceso de instancia y anular la denegación que en ese proceso se impugnaba por considerarse la misma vulneradora del artículo 14 de la Constitución. Procede entonces reiterar aquí las consideraciones que expusimos en nuestra sentencia de 24 de mayo de 2006, pues aunque allí se trataba de un deportista nacional de Eslovaquia y el aquí recurrente es nacional de la Federación Rusa lo cierto es que el contenido del artículo 23 del Acuerdo de Cooperación de las Comunidades Europeas con la Federación Rusa es sustancialmente igual al del artículo 38 del Acuerdo suscrito entre las Comunidades Europeas y la República Eslovaca. Y también son coincidentes los fundamentos del recurso de casación en uno y otro caso, pues, según hemos visto, los cuatro motivos de casación aducidos en el caso presentan albergan un alegato de vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 14 de la Constitución; y éste precepto es también el que se declara infringido en la sentencia a la que estamos aludiendo. Pues bien, de esa sentencia de 24 de mayo de 2006 (casación 5278/03) extraemos las siguientes consideraciones:

<< (...) CUARTO.- Tras lo anterior, lo que procede es dar cuenta de que ese Acuerdo de 4 de octubre de 1993, entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros y la República Eslovaca, incluye un artículo 38 que dice así: 1. Sin perjuicio de las condiciones y modalidades aplicables en cada Estado miembro: - el trato concedido a los trabajadores nacionales de la República Eslovaca, contratados legalmente en el territorio de un Estado miembro, estará libre de toda discriminación basada en la nacionalidad, por lo que respecta a las condiciones de trabajo, remuneración o despido,

respecto de sus propios nacionales; Como también debe dejarse constancia de que la Sentencia de 8 de mayo de 2003, dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto C-438/00, decidió lo siguiente: El Tribunal de Justicia (Sala Quinta), pronunciándose sobre la cuestión planteada por el Oberlandesgericht Hamm (Alemania) mediante resolución de 15 de noviembre de 2000, declara: El artículo 38, apartado 1, primer guión, del Acuerdo europeo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República Eslovaca, por otra, firmado en Luxemburgo el 4 de octubre de 1993 y aprobado en nombre de las Comunidades por la Decisión 94/909/CECA, CE, Euratom del Consejo y de la Comisión, de 19 de diciembre de 1994, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación a un deportista profesional de nacionalidad eslovaca, contratado de manera regular por un club establecido en un Estado miembro, de una norma adoptada por una federación deportiva del mismo Estado en virtud de la cual los clubes sólo están autorizados a alinear en los partidos de Liga y de Copa un número limitado de jugadores procedentes de países terceros que no formen parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

QUINTO.- Lo decidido en esa sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas pone de manifiesto que el derecho reclamado por el recurrente en el proceso de instancia tenía amparo en el artículo 38 del Acuerdo de 4 de octubre de 1993 entre las Comunidades Europeas y la República de Eslovaquia, pero desplaza el debate casacional a esta otra cuestión: si fue acertada la solución de la sentencia recurrida de atribuir a dicha reclamación la consideración de materia de legalidad ordinaria y, por ello, extraña al ámbito del proceso especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. Esa solución de la Sala de instancia no puede compartirse por lo que se explica a continuación. El artículo 13 de la Constitución, en lo que hace a los derechos fundamentales de los extranjeros en España, establece que gozarán de ellos “en los términos que establezcan los tratados y la ley”. Esto significa efectivamente que el legislador tiene reconocido un margen de disponibilidad para esa regulación, pero no quiere decir que los derechos que sean objeto de dicha regulación no sigan siendo derechos fundamentales, ni estén acompañados de las garantías establecidas para esta clase de derechos en el artículo 53 CE. Lo cual, aplicado al presente caso litigioso,

significa que, estando reconocido en un tratado internacional el derecho de los nacionales de la República Eslovaca a no ser discriminados por razón de su nacionalidad en las condiciones de trabajo -cuando hayan sido contratados legalmente en el territorio de un Estado miembro de la Comunidad-, ello equivale a reconocer con ese alcance el derecho fundamental del artículo 14 CE y, consiguientemente, la garantía del procedimiento especial de protección jurisdiccional prevista en el apartado 2 del mencionado artículo 53 CE. Por tanto, es justificada la infracción del artículo 14 CE EDL que se denuncia en el recurso de casación...>>.

TERCERO.- Las razones que expusimos en esa sentencia de 24 de mayo de 2006 son enteramente trasladables al caso que nos ocupa, pues ya hemos señalado la igualdad sustancial que se advierte entre lo dispuesto en el artículo 38 del Acuerdo CE/Eslovaquia que allí se examina y lo que se dispone en el artículo 23 del Acuerdo de Cooperación CE/Rusia que aquí nos interesa. En el citado artículo 23.1 se establece que “... la Comunidad y sus Estados miembros velarán por que el trato que se conceda a los nacionales rusos, legalmente empleados en el territorio de un Estado miembro, no implique ninguna discriminación por motivos de nacionalidad por lo que respecta a las condiciones de trabajo, la remuneración o el despido, en comparación con los nacionales de ese mismo Estado”. Pero, aparte del evidente paralelismo que existe entre el caso presente y el resuelto en la sentencia de 24 de mayo de 2006 (casación 5278/03), sucede que con relación al mencionado artículo 23 del Acuerdo de Cooperación CE/Rusia también ha recaído un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que viene a precisar su alcance. En efecto, la sentencia del Tribunal con sede en Luxemburgo de 12 de abril de 2005 da respuesta a la cuestión prejudicial planteada por la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (apelación nº 5/03) en los siguientes términos: <<El artículo 23, apartado 1, del Acuerdo de colaboración y cooperación por el que se establece una colaboración entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la Federación de Rusia, por otra, firmado en Corfú el 24 de Junio de 1994 y aprobado en nombre de las Comunidades mediante la Decisión 97/800/CECA,CE, Euratom del Consejo y de la Comisión, de 30 de Octubre de 1997, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación a un deportista profesional de nacionalidad rusa, contratado

de manera regular por un club establecido en un Estado miembro, de una norma adoptada por una federación deportiva del mismo Estado en virtud de la cual los clubes sólo pueden alinear en las competiciones de ámbito estatal un número limitado de jugadores procedentes de Estados terceros que no formen parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo”. Así las cosas, y partiendo de que el artículo 13 de la Constitución, en lo que hace a los derechos fundamentales de los extranjeros en España, establece que gozarán de ellos “en los términos que establezcan los tratados y la ley”, debemos concluir que el reconocimiento en un tratado internacional, en los términos y con el alcance que acabamos de señalar, del derecho de los nacionales rusos a no ser discriminados por razón de su nacionalidad en las condiciones de trabajo -cuando hayan sido contratados legalmente en el territorio de un Estado miembro de la Comunidad- equivale a reconocer con ese alcance el derecho fundamental del artículo 14 de la Constitución. Y, por tanto, debe considerarse justificada la infracción que se denuncia en el recurso de casación.»

**- Cuestiones a resolver:**

- 1. ¿Cabe la discriminación entre deportistas contratados legalmente por razón de la nacionalidad?**
- 2. ¿Cómo se plantea el reconocimiento de los derechos fundamentales a los extranjeros en el art. 13 de la CE?**
- 3. ¿Qué relación existe entre el art. 13 y el art. 14 de la CE y cómo afecta a los extranjeros?**
- 4. ¿Cómo opera la existencia de un Convenio internacional en el supuesto que se reseña?**

**III.A.14.- Sentencia del TC, de 7 de noviembre de 2007 (RTC 2007\236), en relación con ST TC de 19/12/07 y ST TC de 20/12/07**

*Derechos y libertades de los extranjeros en España. Recurso de inconstitucionalidad relativo a determinados preceptos de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social: vulneración de los derechos de reunión, manifestación, asociación, educación, libertad sindical y tutela judicial efectiva: estimación parcial: inconstitucionalidad de los artículos 7.1, 8 y 11.1, inconstitucionalidad y nula inclusión del término «residentes» en los arts. 9.3 y 22.2, declaración de constitucionalidad del art. 60.1.*

«**FUNDAMENTOS DE DERECHO** (...) 2 Afirmada la legitimación del Parlamento de Navarra para entablar este proceso, debemos examinar las cuestiones de fondo en él planteadas. Además de los concretos motivos de inconstitucionalidad aducidos respecto de cada precepto impugnado, los cuales serán objeto de estudio en los siguientes Fundamentos Jurídicos, el conjunto del recurso se sostiene sobre dos argumentos de carácter general que deben ser abordados previamente. El primero se refiere a la libertad que el art. 13.1 CE (RCL 1978, 2836) concede al legislador para regular el ejercicio de las libertades públicas que el Título I garantiza a los extranjeros en España, y los límites a los que se ve sometido en el establecimiento de diferencias respecto de los nacionales. Como señala el Abogado del Estado, el presente recurso cuestiona la legitimidad constitucional de algunos de los preceptos impugnados, porque condicionan el ejercicio de determinados derechos constitucionales por parte de los extranjeros a la obtención de la autorización de estancia o residencia en España, y, por tanto, circunscriben su disfrute exclusivamente a las personas que se encuentren en una situación de regularidad dentro del país. Según la entidad recurrente, el legislador establece una diferencia de trato basada en dicha situación jurídica que carecería de cobertura constitucional. Se plantea así por primera vez ante este Tribunal la posible inconstitucionalidad de una Ley que niega el ejercicio de determinados derechos no a los extranjeros en general, sino a aquellos que no dispongan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España. Este dato ha de resultar decisivo para el enjuiciamiento que debemos efectuar, ya que si bien la Constitución no distingue entre los extranjeros en función de

la regularidad de su estancia o residencia en España, sí puede resultar constitucional que el legislador atienda a esa diferencia para configurar la situación jurídica de los extranjeros siempre que al hacerlo no vulnere preceptos o principios constitucionales. El segundo argumento general en el que se fundamenta el recurso, aunque no se formula explícitamente, sostiene la inconstitucionalidad de la mayoría de los preceptos impugnados por su presunta contradicción con los tratados internacionales ratificados por España en materia de derechos y libertades, atribuyendo así a estos últimos la condición de parámetro de la constitucionalidad de las Leyes españolas con base en la disposición prevista en el art. 10.2 CE, lo cual es rechazado por el Abogado del Estado. (...) 3 En relación con la primera cuestión, debemos partir del dato de que nuestro ordenamiento no desconstitucionaliza el régimen jurídico de los extranjeros, el cual tiene su fuente primera en el conjunto del texto constitucional. En concreto, la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España deben deducirse de los preceptos que integran el Título I, interpretados sistemáticamente. Para su determinación debe acudir en primer lugar a cada uno de los preceptos reconocedores de derechos que se incluyen en dicho Título, dado que el problema de su titularidad y ejercicio «depende del derecho afectado» (STC 107/1984, de 23 de noviembre [RTC 1984, 107], F. 4). Y en segundo lugar, a la regla contenida en el art. 13 CE (...) De lo expuesto hasta aquí se concluye que la dignidad de la persona, que encabeza el Título I de la Constitución (art. 10.1 CE), constituye un primer límite a la libertad del legislador a la hora de regular *ex art. 13 CE* los derechos y libertades de los extranjeros en España. El grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad debe determinarse a partir de su contenido y naturaleza, los cuales permiten a su vez precisar en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona concebida como un sujeto de derecho, siguiendo para ello la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales a los que remite el art. 10.2 CE. 4 El legislador contemplado en el art. 13 CE (RCL 1978, 2836) se encuentra asimismo limitado al regular aquellos derechos que, según hemos declarado, «la Constitución reconoce directamente a los extranjeros» (STC 115/1987, de 7 de julio [RTC 1987, 115], F. 2), refiriéndonos en concreto a los derechos de reunión y asociación. Ello implica, de entrada, que el legislador no puede negar tales derechos a los extranjeros,

aunque sí puede establecer «condicionamientos adicionales» respecto a su ejercicio por parte de aquéllos, si bien «ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no puede estimarse aquel precepto [art. 13.1 CE] permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros (...). Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales» (STC 115/1987, F. 3). En tales casos, como se dice en la misma resolución, el mandato contenido en el precepto constitucional «constituye en puridad un contenido preceptivo del derecho [de asociación] que se impone al legislador en el momento de regular su ejercicio» por parte de los extranjeros. (...) Así pues, en relación con el primer argumento general del presente recurso debemos afirmar que el art. 13.1 CE concede al legislador una notable libertad para regular los derechos de los extranjeros en España, pudiendo establecer determinadas condiciones para su ejercicio. Sin embargo, una regulación de este tenor deberá tener en cuenta, en primer lugar, el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad humana, según los criterios expuestos; en segundo lugar, el contenido preceptivo del derecho, cuando éste venga reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución; en tercer lugar, y en todo caso, el contenido delimitado para el derecho por la Constitución y los Tratados Internacionales. Por último, las condiciones de ejercicio establecidas por la Ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida. 5 Relacionado con el anterior, el segundo argumento general en el que se basa el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra sostiene que la mayoría de los preceptos legales impugnados son inconstitucionales por entrar en contradicción con los Tratados Internacionales ratificados por España en materia de derechos y libertades, los cuales en virtud del art. 10.2 CE (RCL 1978, 2836) se convertirían en canon de la constitucionalidad de las Leyes españolas. (...) De los anteriores pronunciamientos no podría concluirse que el legislador español, al regular los derechos de los extranjeros, no resulte limitado *ex art. 10.2 CE* por los Tratados Internacionales ratificados por España. Como hemos dicho, el art. 13 CE autoriza al

legislador a establecer restricciones y limitaciones a los derechos de los extranjeros en España, pero sin afectar «al contenido delimitado para el derecho por ... los Tratados Internacionales» (STC 242/1994 de 20 de julio [RTC 1994, 242], F. 4), que debe observar para configurar el sentido y alcance de los derechos fundamentales. Como cualquier otro poder público, también el legislador está obligado a interpretar los correspondientes preceptos constitucionales de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, que se convierte así en el «contenido constitucionalmente declarado» de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución. Así lo ha reconocido el Tribunal, en concreto respecto del derecho de entrada y permanencia en España, al declarar que la libertad del legislador al configurar esos derechos «no es en modo alguna absoluta» (STC 94/1993 de 22 de marzo [RTC 1993, 94], F. 3), pues del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 «se derivan límites a las posibilidades abiertas al legislador» (SSTC 242/1994 de 20 de julio [RTC 1994, 242], F. 5; 24/2000 de 31 de enero [RTC 2000, 24], F. 4). En suma, al enjuiciar la Ley impugnada en este proceso, nos corresponde determinar si el legislador ha respetado los límites impuestos *ex art.* 10.2 CE por las normas internacionales, que le obligan a interpretar de acuerdo con ellas los derechos y libertades consagrados en nuestra Constitución. Pero el tratado o convenio internacional invocado no se convierten en sí mismos en canon de constitucionalidad de los concretos preceptos recurridos, como pretende el Parlamento recurrente. Las normas legales impugnadas deben ser contrastadas con los correspondientes preceptos constitucionales que proclaman los derechos y libertades de los extranjeros en España, interpretados de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios. En consecuencia, sólo podrá declararse su inconstitucionalidad si aquellas normas con rango de Ley vulneran el contenido constitucionalmente declarado de tales derechos y libertades. 6 (...) Como ha quedado reflejado en los Antecedentes, el primer precepto recurrido es el contenido en el punto 5 del artículo primero, que da una nueva redacción al apartado 1 del art. 7 de la Ley Orgánica 4/2000 (RCL 2000, 72, 209), (...) En suma, la definición constitucional del derecho de reunión realizada por nuestra jurisprudencia, y su vinculación con la dignidad de la persona, derivada de los textos internacionales, imponen al legislador el reconocimiento de un contenido mínimo de aquel derecho a la persona en cuanto tal,



cualquiera que sea la situación en que se encuentre. En este sentido, ya hemos declarado que «"el ejercicio del derecho de reunión y de manifestación forma parte de aquellos derechos que, según el art. 10 de la norma fundamental, son el fundamento del orden político y de la paz social", por lo que "el principio de libertad del que es una manifestación exige que las limitaciones que a él se establezcan respondan a supuestos derivados de la Constitución y que en cada caso resulte indubitablemente probado que se ha traspasado efectivamente el ámbito de libertad constitucional fijado" (STC 101/1985 [RTC 1985, 101])» (STC 59/1990, de 29 de marzo [RTC 1990, 59], F. 4). El legislador orgánico puede fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de reunión por parte de los extranjeros que se encuentran en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, siempre y cuando respete un contenido del mismo que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre. La nueva redacción dada por el precepto impugnado al art. 7.1 de la Ley Orgánica 4/2000 (RCL 2000, 72, 209) no realiza una modulación del derecho de reunión, estableciendo condiciones a su ejercicio, sino que niega este derecho a los extranjeros que no dispongan de autorización de estancia o residencia en España. De acuerdo con lo criterios fijados en los anteriores Fundamentos Jurídicos esta regulación legal vulnera el art. 21 CE (RCL 1978, 2836) en su contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el art. 10.2 CE. En consecuencia, debe declararse inconstitucional el art. 7.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la nueva redacción que la da el art. 1, punto 5, de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (RCL 2000, 2963 y RCL 2001, 488), con los efectos que se expondrán en el F. 17. 7 El Parlamento de Navarra impugna la redacción del art. 8 de la Ley Orgánica 4/2000 (RCL 2000, 72, 209), dada por el punto 6 del artículo primero de la Ley aquí impugnada, (...) El derecho de asociación se encuentra, pues, vinculado a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad por cuanto protege el valor de la sociabilidad como dimensión esencial de la persona y en cuanto elemento necesario para la comunicación pública en una sociedad democrática. Dado que se trata de un derecho cuyo contenido está unido a esa dimensión esencial, la Constitución y los tratados internacionales lo «proyectan universalmente» y de ahí que no sea constitucionalmente admisible la negación de su

ejercicio a los extranjeros que carezcan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España. Ello no significa, como ya hemos dicho respecto del derecho de reunión, que se trate de un derecho absoluto, y por ello el legislador puede establecer límites a su ejercicio por parte de cualquier persona, siempre que respete su contenido constitucionalmente declarado. Al igual que en el anterior Fundamento Jurídico, las consideraciones realizadas hasta aquí conducen a la conclusión de que la nueva redacción dada al art. 8 de la Ley Orgánica 4/2000 por el art. 1, punto 6, de la Ley impugnada, al excluir cualquier ejercicio de este derecho por parte de los extranjeros que carecen de autorización de estancia o residencia en España ha vulnerado el art. 22 CE en su contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el art. 10.2 CE. En consecuencia, debe declararse inconstitucional el art. 8 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción que le da el art. 1, punto 6, de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, con los efectos que se expondrán en el F. 17. 8 El Parlamento de Navarra impugna el punto 7 del artículo primero de la Ley recurrida (RCL 2000, 2963 y RCL 2001, 488) en este proceso, que da nueva redacción al apartado 3 del art. 9 de la Ley Orgánica 4/2000 (RCL 2000, 72, 209) (...)En conclusión, el contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el art. 10.1 CE del derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE incluye el acceso no sólo a la enseñanza básica, sino también a la enseñanza no obligatoria, de la que no pueden ser privados los extranjeros que se encuentren en España y no sean titulares de una autorización para residir. El precepto impugnado impide a los extranjeros menores de dieciocho años sin autorización de estancia o residencia acceder a la enseñanza secundaria postobligatoria, a la que sin embargo pueden acceder, según la legislación educativa vigente, aquellos que hayan obtenido el título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria, normalmente a la edad de dieciséis años. Ese derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor. Por ello, debemos declarar la inconstitucionalidad del inciso «residentes» del art. 9.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por el art. 1, punto 7, de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. 9 El Parlamento de Navarra impugna

el punto 9 del artículo primero de la Ley recurrida (RCL 2000, 2963 y RCL 2001, 488) en este proceso, que da nueva redacción al art. 11.1 de la Ley Orgánica 4/2000 (RCL 2000, 72, 209). (...)La concepción según la cual el derecho de libertad sindical se ejercería exclusivamente por quienes ostentan la condición de trabajador en sentido legal, es decir, por quienes «sean sujetos de una relación laboral» (en los términos del art. 1.2 de la Ley Orgánica de libertad sindical: LOLS [RCL 1985, 1980]), no se corresponde con la titularidad del derecho fundamental, ejercitable, entre otras finalidades posibles en la defensa de los intereses de los trabajadores, para llegar a ostentar tal condición jurídico-formal. De ahí que no resulte absurdo, como alega el Abogado del Estado, reconocer este concreto derecho a los extranjeros no autorizados para estar o residir en España, quienes pueden afiliarse a los Sindicatos españoles para la defensa de sus intereses, entre los que puede encontrarse la regularidad de su situación, pese a la irregularidad de la misma. También aquí debemos precisar que el legislador orgánico puede fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de sindicación por parte de los extranjeros que se encuentran en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, siempre y cuando respete un contenido del mismo que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre. En consecuencia, los razonamientos anteriores conducen a la inconstitucionalidad del art. 11.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por el art. 1, punto 9, de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por ser contrario al art. 28.1 CE. Tal como hemos precisado, la inconstitucionalidad de ese inciso viene referida exclusivamente al derecho a sindicarse libremente, pero no al derecho a afiliarse a una organización profesional, con los efectos que se expondrán en el F. 17. 10 La entidad recurrente impugna los puntos 12 y 13 del artículo primero de la Ley 8/2000 (RCL 2000, 2963 y RCL 2001, 488), que dan nueva redacción a los arts. 16.2, 17.2 de la Ley Orgánica 4/2000 (RCL 2000, 72, 209), y añaden un nuevo art. 18, todos relativos a la intimidad familiar y al reagrupamiento familiar. Tal como se ha reflejado en los Antecedentes, el motivo de la impugnación se basa en la remisión «en blanco» que los citados preceptos hacen a los reglamentos para su posterior desarrollo, la cual se reputa contraria a la reserva de Ley Orgánica del art. 81.1 CE (RCL 1978, 2836), o alternatively, la reserva de Ley del

art. 53.1 CE por afectar al contenido y límites del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), y por incumplir las exigencias constitucionales de tales remisiones (...)11 Entrando ya en el fondo de este motivo de impugnación, ha de precisarse que la denunciada inconstitucionalidad de las remisiones reglamentarias sólo puede apreciarse si previamente se comprueba que los preceptos recurridos versan sobre el derecho fundamental a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE (RCL 1978, 2836), el cual es objeto de las reservas de Ley establecidas en los arts. 81.1 y 53.1 CE, presuntamente infringidos. (...) A la vista de todo ello resulta claro que los preceptos impugnados (arts. 16.2 y 17.1 de la Ley Orgánica 4/2000, así como el nuevo art. 18.1, en la redacción dada por los puntos 12 y 13 del artículo primero de la Ley 8/2000), al no regular ni desarrollar el derecho fundamental a la intimidad familiar (art. 18.1 CE), no están sometidos ni a la reserva de Ley Orgánica (art. 81.1 CE), ni a la reserva de Ley establecida para los «derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II» (art. 53.1 CE), sin que ello nos obligue a llevar al Fallo un pronunciamiento en tal sentido dados los términos en los que se plantea este proceso. En consecuencia, las remisiones reglamentarias contenidas en los artículos recurridos no han infringido aquellas disposiciones constitucionales, por lo que debe desestimarse este motivo de inconstitucionalidad. 12 El Parlamento de Navarra impugna el punto 14 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000 (RCL 2000, 2963 y RCL 2001, 488), que da nueva redacción al inciso final del apartado 2 del art. 20 (antes 18), (...) Se recurre asimismo la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000 al apartado 5 del art. 27 (antes 25) de la Ley Orgánica 4/2000 (RCL 2000, 72, 209), (...) El examen de este motivo de inconstitucionalidad debe empezar recordando que el derecho a la tutela judicial consagrado en el art. 24 CE, tal como ha declarado este Tribunal, constituye uno de los derechos fundamentales «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano» o, dicho de otro modo, es uno de «aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español» (STC 107/1984 de 23 de noviembre [RTC 1984, 107], F. 3), conclusión que se obtiene «no sólo por la dicción literal del citado artículo ("todas las personas..."), sino porque a esa misma conclusión se llega interpretándolo, según exige el art. 10.2 de la CE, de conformidad con el art. 10 de la

Declaración Universal de Derechos Humanos (LEG 1948, 1), con el art. 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 (RCL 1950, 1190, 1572) y con el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966 (RCL 1977, 893), textos en todos los cuales el derecho equivalente al que nuestra Constitución denomina tutela judicial efectiva es reconocido a "toda persona" o a "todas las personas", sin atención a su nacionalidad» (SSTC 99/1985 [RTC 1985, 99], F. 2; 95/2003 [RTC 2003, 95], F. 4). A la anterior constatación debe seguirle una segunda, y es que el derecho a la tutela judicial efectiva, según una reiterada doctrina de este Tribunal, «exige siempre, desde luego, y sin perjuicio de los específicos requerimientos que imponen cada una de sus distintas facetas o vertientes, que las resoluciones judiciales sean motivadas y fundadas en Derecho, sin incurrir en irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente» (por todas, STC 5/2002, de 14 de enero [RTC 2002, 5], F. 2)(...)La inconstitucionalidad del precepto sólo podría sostenerse si la norma impugnada hubiera impedido el control jurisdiccional de estos actos administrativos basándose en su carácter potestativo o discrecional pues «con dicha fundamentación se niega la proyección que en este ámbito tiene la propia interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que proclama el art. 9.3 CE» (STC 163/2002, de 16 de septiembre [RTC 2002, 163], F. 5). Pero la Ley enjuiciada somete a control de los Tribunales esta actividad administrativa (art. 106.1 CE), con lo cual la Administración deberá estar en todo momento en condiciones de explicar que no ha ejercido de forma arbitraria sus facultades discrecionales. En consecuencia, debemos declarar que no es inconstitucional el apartado 5 del art. 27 de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción que le da el art. 1, punto 20 de la Ley Orgánica 8/2000, ni la remisión que a tal precepto se hace en el apartado 2 del nuevo art. 20 de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción que le ha dado el art. 1, punto 14 de la Ley Orgánica 8/2000. 13 Se impugna el punto 16 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000 (RCL 2000, 2963 y RCL 2001, 488) que da nueva redacción al apartado 2 del art. 22 (antes 20) de la Ley Orgánica 4/2000 (RCL 2000, 72, 209), (...) El precepto se estima contrario al art. 119CE (RCL 1978, 2836) en relación con el art. 24.1 CE, así como a los arts. 2 y 10.1 CE, al art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (LEG 1948, 1), al art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (RCL 1977, 893), y al

art. 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos (RCL 1999, 1190, 1572). Y ello porque introduce una limitación a un derecho prestacional y de configuración legal que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial (art. 24 CE), y supone de facto impedir el acceso a la jurisdicción y el derecho a la tutela judicial efectiva de aquellos extranjeros no residentes que carezcan de recursos para litigar (...) Pues bien, la STC 95/2003 de 22 de mayo, partiendo de «la conexión instrumental entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho a la tutela judicial efectiva» (F. 3), y reiterando la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva por parte de los extranjeros, «con independencia de su situación jurídica» (F. 5), concluye que la norma impugnada está viciada de inconstitucionalidad por entrañar «una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, del que, como se dijo, son titulares todas las personas (también los extranjeros no residentes legalmente en España)» (F. 6). Es más, al precisar el alcance de la declaración de inconstitucionalidad del art. 2 LAJG, la Sentencia puntualiza que: «Al apreciarse inconstitucionalidad en la exigencia del requisito de la legalidad de la residencia, los extranjeros que se encuentren en España y reúnan las condiciones requeridas legalmente para ello podrán acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación con cualquier tipo de proceso a efectos del cual gocen de la precisa legitimación» (F. 8). La aplicación de esta jurisprudencia al enjuiciamiento del art. 22.2 de la Ley Orgánica 4/2000, modificado por la Ley aquí impugnada, lleva directamente a apreciar su inconstitucionalidad. En efecto, el apartado 1 del art. 22 concede a «los extranjeros que se hallen en España y carezcan de recursos económicos suficientes (...)» el derecho a la asistencia jurídica gratuita «en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo». Por su parte, el apartado 2 del art. 22, aquí impugnado, reserva a los «extranjeros residentes» el derecho a la asistencia jurídica gratuita «en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan». Ello supone la exigencia del requisito de la legalidad de la residencia para que los extranjeros puedan acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación con cualquier tipo de proceso a efectos del cual gocen de la precisa legitimación, lo cual resulta inconstitucional por las razones expuestas. En

consecuencia, debemos declarar la inconstitucionalidad del apartado 2 del art. 22 (antes 20) de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por el punto 16 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000, por ser contrario al art. 24 CE. 14 Se impugna el punto 50 del artículo primero de la Ley 8/2000 (RCL 2000, 2963 y RCL 2001, 488), que da nueva redacción a los apartados 2 y 8 del art. 57 (antes 53) de la Ley Orgánica 4/2000 (RCL 2000, 72, 209) (...) Empezando nuestro enjuiciamiento por el reproche de inconstitucionalidad relativo a la proscripción del *bis in idem* contenida en el principio de legalidad del art. 25.1 CE, su examen debe partir de la reiterada jurisprudencia constitucional, iniciada con la STC 2/1981, de 30 de marzo (RTC 1981, 2), según la cual el principio *non bis in idem* tiene su anclaje constitucional en el art. 25.1 CE, en la medida en que este precepto constitucionaliza el principio de legalidad en materia sancionatoria, y «supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones ?administrativa y penal? en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento» (F. 4) (...) En el precepto enjuiciado, la condena y la expulsión están orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos pues ya hemos precisado que la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes (ATC 331/1997, de 3 de octubre [RTC 1997, 331 AUTO], F. 6). Es decir, sin mayor matices, podemos convenir en que el fundamento de la pena reside en la protección de bienes jurídicos a través de los efectos preventivos asociados a su naturaleza aflictiva. En cambio, la medida de expulsión obedece a objetivos propios de la política de extranjería que, en todo caso, están relacionados con el control de los flujos migratorios de cara a procurar una integración y convivencia armónicas en el territorio del Estado. En efecto, la expulsión contemplada en el precepto impugnado consiste en una medida que se acuerda legítimamente por parte del Estado español en el marco de su política de extranjería, en la que se incluye el establecimiento de los requisitos y condiciones exigibles a los extranjeros para su entrada y residencia en España, que no es un derecho fundamental del que aquéllos sean titulares con fundamento en el art. 19 CE (STC 72/2005, de 4 de abril [RTC 2005, 72], F. 8) (...) También este motivo de inconstitucionalidad debe ser rechazado, pues su invocación

respecto del precepto legal impugnado resulta a todas luces improcedente. Y ello no sólo porque el mandato contenido en el art. 25.2 CE se refiere a penas privativas de libertad y medidas a ella asimiladas por la Ley (STC 19/1988, de 16 de febrero [RTC 1988, 19], F. 9), entre las que no estaría en ningún caso la expulsión del extranjero, si no porque aquel mandato constitucional se dirige al legislador penitenciario y a la Administración por él creada para orientar la política penal y penitenciaria (SSTC 28/1988, de 23 de febrero [RTC 1988, 28], F. 2; 150/1991, de 4 de julio [RTC 1991, 150], F. 4 b)], pero no al legislador que establece medidas administrativas en el marco de la política de extranjería, tal como hemos dicho. 15 Se impugna el punto 53 del artículo primero de la Ley 8/2000 (RCL 2000, 2963 y RCL 2001, 488), que da la siguiente redacción al art. 60 (antes 56) de la Ley Orgánica 4/2003 (RCL 2000, 72, 209) (...) La doctrina de nuestra STC 115/1987, invocada por las partes de este proceso, conduce directamente a la desestimación del motivo de inconstitucionalidad aducido por la demandante, basado en una interpretación del apartado 1 del art. 60 de la Ley Orgánica 4/2003 que no puede compartirse. De acuerdo con esa interpretación, el precepto impediría al Juez decidir sobre la situación de los extranjeros que deben retornar a su punto de origen cuando la autoridad gubernativa que acordó el retorno se dirigiera a aquél, en el supuesto de que fuera a retrasarse más de setenta y dos horas. Y ello porque la decisión judicial debería ceñirse a determinar «el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno», según la dicción del precepto, limitando así el alcance de esa intervención judicial en contra de lo exigido por el art. 17.1 y 2 CE (RCL 1978, 2836) (...) Al igual que entonces, debemos declarar ahora que «la voluntad de la Ley, y desde luego el mandato de la Constitución, es que, más allá de las setenta y dos horas, corresponda a un órgano judicial la decisión sobre el mantenimiento o no de la limitación de la libertad» (STC 115/1987 [RTC 1987, 115], F. 1). Y en consecuencia, la expresión «para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta el momento del retorno», contenida en el precepto impugnado, debe ser entendida como equivalente a demandar o solicitar del juez la autorización para que pueda permanecer detenido el extranjero pendiente del trámite de expulsión más allá del plazo de setenta y dos horas, siendo el órgano judicial el que habrá de adoptar libremente la decisión. En consecuencia, al ser susceptible de un interpretación



conforme a la Constitución, el apartado 1 del art. 60 de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por el punto 53 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000, no es inconstitucional. 16 La última impugnación se dirige al punto 56 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000 (RCL 2000, 2963 y RCL 2001, 488), que añade el art. 63 a la Ley Orgánica 4/2000 (RCL 2000, 72, 209), en el cual se regula el «Procedimiento preferente» para la tramitación de los expedientes de expulsión en determinados supuestos previstos en el apartado 1 del precepto, en concreto, los de las letras a) y b) del apartado 1 del art. 54, así como los de las letras a), d) y f) del art. 53 (...) El examen de este motivo inconstitucionalidad debe ceñirse a la pretendida vulneración del art. 24 CE basada en la indefensión que causaría la brevedad del plazo para alegaciones establecido en el precepto impugnado. (...) Pues bien, la regulación de este procedimiento no puede reputarse contraria al art. 24 CE. Ciertamente se trata de un procedimiento administrativo sancionador, ya que en estos casos la expulsión es «consecuencia de una conducta tipificada como infracción administrativa» (STC 116/1993 de 29 de marzo [RTC 1993, 116], F. 3), y por consiguiente le son aplicables los principios esenciales reflejados en el art. 24 CE «en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentren en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 CE» (desde la STC 18/1981, de 8 de junio [RTC 1981, 18], F. 2), entre ellos el que proscribiera cualquier indefensión [SSTC 7/1998, de 13 de enero (RTC 1998, 7), F. 6; 14/1999, de 22 de febrero (RTC 1999, 14), F. 3 a)]. Ahora bien, la pretendida indefensión que generaría el precepto no es tal, pues hemos dicho reiteradamente que la brevedad de los plazos no implica *per se* la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva si con ello se tiende a hacer efectivo el principio de celeridad en el proceso, ya que es constitucionalmente inobjetable que el legislador prevea tal reducción en los plazos cuando dicha decisión responde a una finalidad razonable y necesaria, acorde con los principios que han de regir el procedimiento correspondiente (SSTC 14/1992, de 10 de febrero [RTC 1992, 14], F. 8; 335/1994, de 19 de diciembre [RTC 1994, 335], F. 3; 130/1998, de 16 de junio [RTC 1998, 130], F. 5; 85/2003, de 8 de mayo [RTC 2003, 85], F. 11). Tal es el caso de los supuestos previstos en el art. 63.1 de la Ley Orgánica 4/2000, como ha quedado argumentado, con la consecuencia de que el plazo establecido en el art. 63.2 no pueda reputarse contrario al

art. 24 CE. Por otra parte, tal como apunta el Abogado del Estado, los extranjeros sometidos a este procedimiento preferente de expulsión disponen de las garantías esenciales del procedimiento administrativo, como el derecho de audiencia y el derecho a una resolución motivada, además del control judicial de la decisión que garantiza la misma Ley Orgánica al disponer que «las resoluciones administrativas sancionadoras serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las Leyes» (art. 65, redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000). En consecuencia, debemos desestimar este motivo de inconstitucionalidad y declarar que el punto 56 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000, que añade el art. 63 a la Ley Orgánica 4/2000, no es contrario al art. 24 CE. 17 (...) En el presente caso no procede declarar la nulidad de los artículos de la Ley Orgánica 8/2000 que garantizan los derechos de reunión, asociación y sindicación a los extranjeros que hayan obtenido autorización de estancia o residencia en España porque ello produciría un vacío legal que no sería conforme a la Constitución, pues conduciría a la denegación de tales derechos a todos los extranjeros en España, con independencia de su situación. Tampoco procede declarar la nulidad sólo del inciso «y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España», que figura en cada uno de aquellos artículos, puesto que ello entrañaría una clara alteración de la voluntad del legislador ya que de este modo se equipararía plenamente a todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, en el ejercicio de los señalados derechos. Como hemos razonado anteriormente, no corresponde a este Tribunal decidir una determinada opción en materia de extranjería, ya que su pronunciamiento debe limitarse, en todo caso, a declarar si tiene o no cabida en nuestra Constitución aquella que se somete a su enjuiciamiento. De ahí que la inconstitucionalidad apreciada exija que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración normativa (STC 96/1996, de 30 de mayo [RTC 1996, 96], F. 23), derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica libertad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo [RTC 1996, 55], F. 6), el que establezca dentro de un plazo de tiempo razonable las condiciones de ejercicio de los derechos de reunión, asociación y sindicación por parte de los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España. Y ello sin perjuicio del eventual control de constitucionalidad de aquellas condiciones, que corresponde a este Tribunal Constitucional. Distinto debe ser

el alcance del fallo en relación con los preceptos de la Ley Orgánica 8/2000 relativos al derecho a la educación de naturaleza no obligatoria y al derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros, cuya inconstitucionalidad debe conllevar la nulidad del inciso «residentes», que figura en cada uno de ellos, pues como se ha expuesto en los correspondientes Fundamentos Jurídicos tales derechos se reconocen constitucionalmente por igual a todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa.

FALLO (...)1º Declarar la inconstitucionalidad, con los efectos que se indican en el fundamento jurídico 17, de los arts. 7.1, 8 y 11.1 (exclusivamente respecto al derecho a sindicarse libremente) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. 2º Declarar inconstitucional y nula la inclusión del término «residentes» en los arts. 9.3 y 22.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. 3º Declarar que no es inconstitucional el art. 60.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, interpretado en los términos expresados en el fundamento jurídico 15 de esta Sentencia.»

**- Cuestiones a resolver:**

- 1. ¿Por qué se plantea la inconstitucionalidad parcial de algunos preceptos de la LO de extranjería?**
- 2. ¿Qué conflicto se suscita entre el reconocimiento y el ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros?**
- 3. ¿Qué trascendencia tiene la nulidad del término “residentes” en los preceptos afectados?**
- 4. ¿Cómo queda afectado el derecho a la tutela judicial efectiva en la LO de extranjería?**