



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

CAPÍTULO QUINTO

EL EJERCICIO MATERIAL DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA POR LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR Y PARTICULARIDADES RELEVANTES DEL EJERCICIO DE ESE DERECHO EN LOS DIFERENTES ÓRDENES DE ESPAÑA

CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE INMIGRANTE EN SITUACIÓN IRREGULAR Y PARTICULARIDADES RELEVANTES DEL EJERCICIO DE SU DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN LOS DIFERENTES ÓRDENES JURISDICCIONALES EN ESPAÑA

El ordenamiento legal central que regula los derechos y obligaciones de los extranjeros en España es la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (LODLEE). Dicha Ley, después de su publicación, sufrió varias reformas, mediante las leyes orgánicas 8/2000, del 22 de diciembre, 11/2003, del 29 de septiembre, y 14/2003, del 20 de noviembre de 2003. La exposición de motivos⁴⁹² justifica la Ley 4/2000 en la obligación de España de ajustar la normativa de extranjería a las conclusiones adoptadas por los jefes de Estado y de gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea de 1999 en Tampere.

El eje principal en que descansa la LODLEE desde la reforma de la Ley 4/2000, por la Ley 8/2000, en relación con los derechos fundamentales de los extranjeros, es la diferenciación de diversos grupos de extranjeros para aplicar diversos regímenes a cada grupo en relación con sus derechos. De tal suerte que se distinguen aquellos que poseen nacionalidad de un país europeo, de los extranjeros nacionales de países extracomunitarios, y den-

⁴⁹² Abarca Junco, Ana Paloma *et al.*, *Legislación de derecho de la nacionalidad y derecho de extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 341.

tro de este último subgrupo se separan los que se encuentran en situación regular de los irregulares mal denominados “ilegales”. Cabe precisar que en el caso de los inmigrantes irregulares no se ven limitados algunos de sus derechos, sino que se ven privados en determinados supuestos de toda posibilidad de ejercerlos, ya que el goce de los mismos se condiciona a su regularización. Con la última reforma del 14/2003 se dibuja una subcategoría más marginal, los inmigrantes en situación irregular no empadronados. Señala Ana Rubio Castro de manera acertada y crítica, que la entrada de ilegales a España “ha propiciado la figura de alguien que está, pero no es. Una paradoja jurídica que vulnera los principios de un estado de derecho... podemos decir que la Ley de Extranjería está creando la figura de los nuevos parias del mundo”.⁴⁹³ Así, la configuración jurídica de inmigrante en situación irregular en el derecho español da pie a que se reconozcan algunos derechos fundamentales y se priven de otros a una persona igual que cualquier otra, cuya situación jurídica está marcada por la inseguridad jurídica, indefensión, presunción de ilegalidad, minusvaloración de derechos y excepcionalidad. Cita como ejemplos claros de excepcionalidad Ana Rubio Castro, Ceuta y Melilla, en los siguientes términos:

En estas Provincias se aplica la Ley de Extranjería de manera *sui generis*. Los emigrantes centro-africanos que llegan a ese territorio son alojados en alberges. Una vez en ellos, se les documenta sistemáticamente y mayoritariamente como ápatridas o se les otorga residencia por circunstancias excepcionales y así se le da entrada a la península. Al tener autorización de residencia pero no de trabajo terminan cayendo en la marginalidad o en la delincuencia. Junto a ellos debemos mencionar a los ilegales crónicos aquellos que al carecer de elementos de identificación no se les puede expulsar y pasado el tiempo hay que ponerlos en libertad pero sin documentación lo que les impide trabajar en condiciones normales.⁴⁹⁴

En el derecho español deben diferenciarse dentro del grupo de inmigrantes a los indocumentados, de los inmigrantes en situación irregular. El inmigrante en situación irregular es aquel que comete la infracción grave

⁴⁹³ Rubio Castro, Ana, “Actos discriminatorios”, en Espugles Mota, Carlos (coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 628.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, p. 629.

tipificada en el artículo 53.a) de la LODLEE;⁴⁹⁵ es decir, es aquella persona que se encuentra irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiera solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente. El artículo 25 de la LODLEE precisa el significado de “estancia regular”: es aquella en virtud de la cual los extranjeros ingresan por los puestos habilitados, poseen documentación que los identifica, acreditan que poseen medios económicos suficientes para el tiempo que pretendan permanecer, presentan documentos que justifiquen el objeto y condiciones de su estancia y no se ubican en una de las causales de prohibición expresa de entrada.⁴⁹⁶ Puntualiza López Muñiz,⁴⁹⁷ que para evitar suspicacias en el texto de la LODLEE se utiliza el término de “irregularidad”, a pesar de que la palabra que se utilizó en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2000 fue el de “inmigración ilegal”.

La situación irregular, de conformidad con el artículo 34, apartado 2, de la LODLEE, son aquellas personas que no pueden ser documentadas por las autoridades de ningún país.⁴⁹⁸ Cabe distinguir dentro de esta situación a los apátridas, que no poseen nacionalidad de ningún Estado, los cuales se encuentran bajo el mandato del ACNUR, y personas indocumentadas que teniendo una nacionalidad no poseen documentación que la acredite.⁴⁹⁹ El artículo 34.2 de la LODLEE se limita a establecer que en este caso los sujetos deberán presentarse en las dependencias de Ministerio del Interior argumentando la falta de documentación, situación que en caso de ser verificada permite la emisión de documentación, previa

⁴⁹⁵ Ley Orgánica 4/2000 del 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, del 22 de diciembre, Ley Orgánica 11/2003, del 23 de noviembre de 2003.

⁴⁹⁶ Artículo 25 de la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, modificada por la Ley Orgánica 8/2000 y las leyes orgánicas 11/2003, del 29 de septiembre y 14/2003, del 20 de noviembre, sobre los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

⁴⁹⁷ *Idem*.

⁴⁹⁸ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, sección 5, núm. de recurso 2154/2005, *id.* Cendoj: 28079130052008100438, y núm. recurso 2638/2005, *id.* Cendoj: 28079130052008100460.

⁴⁹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, sección 5, recurso núm. 555/2005, *id.* Cendoj: 28079130052008100431.

solicitud del interesado en la comisaría de policía u oficina de extranjeros correspondiente.⁵⁰⁰

Para ajustar la LODLEE a las diversas sentencias del TC, se presentó el Anteproyecto de la Ley de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, el 19 de diciembre de 2008.⁵⁰¹ Dentro de las propuestas sobresale el nuevo apartado 2 del artículo 3o., que señala:

Las normas relativas a sus derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda negarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas.⁵⁰²

Llama la atención dicha propuesta, en razón de que la exigencia de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales de conformidad con la DUDH se encuentra contenida en el artículo 10 de la CE.

Adiciona un nuevo artículo 2o., que alude a la problemática de la integración de los inmigrantes. El primer párrafo de dicha propuesta de artículo dispone:

1. Los poderes públicos promoverán la plena integración de los extranjeros a la sociedad española, en un marco de convivencia de identidades y culturas diversas sin más límite que el respeto a la Constitución y la ley.⁵⁰³

Muy afortunada resulta esta adición a la LODLEE en el anteproyecto de reforma, ya que la mejor forma de enfrentar la problemática de las migraciones masivas es mediante la integración de los extranjeros. Pena-

⁵⁰⁰ De Lorenzo Segrelles, José Manuel, “Residencia de apátridas, indocumentados y refugiados”, en Espugles Mota, Carlos (coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 853.

⁵⁰¹ Anteproyecto de la Ley de Reformas de la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, del 19 de diciembre de 2008, *BOE*, Congreso, serie B, núm. 140-1, del 30 de enero de 2009.

⁵⁰² Anteproyecto de la Ley de Reformas de la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, del 19 de diciembre de 2009, *BOE*, Congreso, serie B, núm. 140-1, del 30 de enero de 2009, p. 3.

⁵⁰³ *Idem*.

lizar la migración ilegal ocasiona como efecto colateral el aumentar las filas de personas que se incorporan al crimen organizado.

II. ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES DEL ACCESO A LA JURISDICCIÓN CIVIL DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR EN ESPAÑA

1. *Aspectos generales del acceso a la jurisdicción civil de los extranjeros en España*

En principio, cada Estado puede establecer los requisitos para acceder a la jurisdicción, siempre y cuando dichos requisitos no constituyan restricciones o límites que generen un trato discriminatorio injustificado que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva regulado en diversos instrumentos internacionales.

Puntualiza Gómez Gállico⁵⁰⁴ que el derecho español equipara en el ejercicio de los derechos civiles al extranjero con el español, equiparación que tiene su origen en una tradición jurídica reconocida en España, en la ley del título XI, del libro VI, de la Novísima Recopilación, que recogió Felipe IV en el año de 1623, que establece:

Permitimos que los Extranjeros de estos Reynos (como sean católicos y amigos de nuestra Corona) que quieran venir a execitar sus oficios y labores, lo puedan hacer y que sean admitidos como los demás vecinos a los pastos y demás comodines... Y los extranjeros aunque no sean oficiales ni laborantes, habiendo vivido en este Reyno diez años con casa poblada y siendo casados con mugeres naturales de él por tiempo de seis años, sean admitidos a oficios de República, como son los Corregidores, Gobernadores, Alcaldes Mayores, Regidores, Alcaldes, Depositarios, Receptores, Escribanos de Ayuntamiento, Corredores ni de otros Gobierno...⁵⁰⁵

Dicha tradición jurídica se recoge en el artículo 27 del Código Civil vigente, al señalar: “los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en leyes especiales

⁵⁰⁴ Gómez Galligo, Francisco Javier, “El extranjero desde la perspectiva del derecho privado”, en Palomar Olmeda, Alberto (coord.), *Tratado de extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Navarra Thomson-Aranzadi, 2004, p. 266.

⁵⁰⁵ *Idem*.

y en los tratados". De esta forma, la redacción del artículo 25 establece como excepciones para el reconocimiento de un trato equivalente para el extranjero, las señaladas en el artículo 13 de la Constitución.

El derecho de acceso a la jurisdicción civil de los inmigrantes en situación irregular ubica su fundamento en los artículos 10, 13 y 24 de la CE, disposiciones que no establecen distinción alguna entre extranjeros con residencia legal o sin ella. Debe resaltarse el hecho de que los constituyentes de la Constitución de 1978, al redactar el artículo 24, tenían la intención de fortalecer el proceso penal,⁵⁰⁶ disposición que hoy día resulta aplicable de igual forma al proceso civil, gracias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Un claro ejemplo de ello lo ubicamos en la sentencia del TC 158/1997, del 27 de octubre de 1997, que señala:

La cuestión que a partir de ahora, debe ocuparnos es la de si la doctrina que exige la audiencia contradictoria del poseedor para ser lanzado debe o no ser mantenida en sus términos. Por tanto, la única cuestión con relieve constitucional que aquí puede plantarse es la de si la general remisión de la ley a un proceso ulterior satisface para todos los que participan en el proceso que nos ocupa el derecho reconocido en el art. 24 C.E. porque la ejecución hipotecaria que el mismo configura no puede hacerse depender del examen de los singulares efectos determinados en cada caso por las variadas situaciones posesorias sobre la finca según la naturaleza de cada una y si las mismas se extinguieren o no con la ejecución.⁵⁰⁷

La doctrina,⁵⁰⁸ con fundamento en el artículo 24, CE, menciona como derechos que conforman el derecho de tutela judicial efectiva del proceso civil internacional, los siguientes:

- Derecho a obtener una tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales.
- Prohibición de indefensión.
- Derecho a un juez predeterminado por ley.
- Derecho a la defensa y asistencia letrada.
- Derecho a ser informado de la acusación formulada.
- Derecho a un proceso público.

⁵⁰⁶ Pérez Vera, Elisa (coord.) *et al.*, *Derecho internacional privado*, Madrid, Colex-UNED, 2000, p. 378.

⁵⁰⁷ STC 158/1997, fecha de aprobación: 2710/1997; publicación: *BOE* 19971030 (*BOE* núm. 260), número de registro: 1939/1992.

⁵⁰⁸ Pérez Vera, Elisa (coord.) *et al.*, *op. cit.*, nota 507, pp. 378 y 379.

- Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.
- Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.
- Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.
- Derecho a la presunción de inocencia.
- Derecho a un proceso con todas las garantías.⁵⁰⁹

Cabe preguntarse cuáles son los límites constitucionales del legislador al regular el derecho de acceso a la justicia civil de los extranjeros. La respuesta a dicha pregunta la encontramos en la sentencia del Tribunal Constitucional 99/1985, del 30 de septiembre de 1985, que precisa:

La extranjería de la recurrente es irrelevante en relación con el derecho constitucional controvertido, que en este caso es el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. El art. 13 de la CE no significa que los extranjeros gozarán sólo de aquellos derechos y libertades que establezcan los tratados y leyes. Significa que el disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución (y que, por consiguiente, se les reconoce también en principio, con las salvedades concernientes a los artículos 19, 23 y 29, como se desprende de su tenor literal y del propio artículo 13.2) podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determine los tratados internacionales y la ley interna española. Pero ni siquiera esta modulación o atemperación es posible en relación a todos los derechos, pues existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos, así sucede en 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 de la CE constituye fundamento el orden político español.⁵¹⁰

La determinación de los derechos que forman parte integral del derecho de acceso a la justicia regulado en el artículo 24, CE, derivan de las obligaciones internacionales fundamentales de España en el ámbito de los derechos humanos. Dichas obligaciones se encuentran contenidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículos 2.3 y 14) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 60.). Además de estas normas

⁵⁰⁹ *Idem.*

⁵¹⁰ STC 99/1985; fecha de aprobación: 30/9/1985; publicación: *BOE* 19851105 (*BOE* núm. 265), número de registro 14/1985.

de derechos humanos, deben mencionarse como límites para el legislador al regular el derecho de acceso a la justicia civil, las normas convencionales de derecho internacional privado y de cooperación judicial.

Por lo que se refiere al derecho de la Unión Europea, debe incluirse dentro del marco normativo del derecho de acceso a la justicia civil de los inmigrantes en situación irregular, el Reglamento (CE) 1347/2000 del Consejo, del 29 de mayo de 2000, relativo a la “Competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes” (*DO*, L.160, del 30 de junio de 2000), en vigor a partir del 10. de marzo de 2001, y el Reglamento (CE) 1348/2000 del Consejo, del 29 de mayo de 2000, relativo a la “Notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil” (*DO*, L.160, del 30 de junio de 2000) en vigor a partir del 31 de mayo de 2001.

2. La regla lex fori regit processum

La ley que rige el proceso civil internacional en España, de conformidad con el artículo 30. de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, es la *lex fori*, al puntualizar dicha disposición que “los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas”.

Al comentar el territorialismo adoptado por el artículo 30. de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, de manera aguda señala Pedro-Pablo Miralles:

Cuatro son las características esenciales del artículo 3 de la LECiv: 1) su formulación genérica y exclusiva, que hoy día resulta poco justificable, porque, sin ir más lejos, con base en las excepciones con las que comienza ya que los tratados y convenios internacionales, multilaterales y bilaterales de los que España es Parte, contemplan excepciones en la aplicación de la ley española en la materia, así como la posibilidad de aplicar leyes extranjeras en el proceso seguido en España, conforme a las normas sobre cooperación y asistencia judicial internacional (por ejemplo en materia de información sobre derecho extranjero, notificación y práctica de pruebas en el extranjero); 2) se trata de una norma que contiene una rigidez inadecuada para los tiempos en que ha sido aprobada; 3) al incluirse esta norma en la LeCiv, derogando el artículo 8.2 del Código Civil se ha dado un paso,

aunque todavía modesto, en una saludable desconflictualización del sistema de derecho internacional privado español..., y

4) sigue siendo válida la aguda afirmación que un día señaló Cortés Domínguez respecto al derogado artículo 8.2 del Código Civil, en el sentido de que la formulación dada a la *lex fori regit processum* en el artículo 3 de la LECiv también determina o explica que el derecho español concede la tutela jurídica con independencia de la nacionalidad y, por tanto en las mismas condiciones a los nacionales y a los extranjeros.⁵¹¹

Llama la atención que se encuentre vigente en España una norma tan rígida como la del artículo 30. de la LECiv. El ordenamiento jurídico español requiere de soluciones más flexibles en lo relativo a la determinación del tribunal competente en un juicio civil internacional, en razón de su situación como Estado miembro de la Unión Europea, con la finalidad de garantizar el derecho de acceso a la justicia en un proceso civil internacional, donde cada día se desdibuja más el concepto de soberanía.

Cabe señalar que la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial⁵¹² admite competencia judicial internacional de los tribunales españoles cuando el demandado esté domiciliado en España, así como cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los tribunales españoles y en los supuestos en que concurran los foros especiales por razón de materia. De igual forma, el artículo 20 de dicha Ley dispone que los juzgados y tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, y entre españoles y extranjeros, con arreglo a la ley, tratados y convenios internacionales. Además, el artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial admite la competencia de los tribunales españoles en razón del foro del lugar de ejecución de la obligación, de tal suerte que un extranjero podrá ser demandante en un proceso iniciado en España independientemente del lugar de su domicilio.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 211/2002, del 11 de noviembre de 2002, puntualiza que debe primar el garantizar el acceso a este derecho, sobre la exigencia del cumplimiento de requisitos formalis-

⁵¹¹ Pérez Vera, Elisa y Abarca Junco, Ana Paloma (coords.) *et al.*, *op. cit.*, nota 507, p. 383.

⁵¹² Ley Orgánica 6/1985, del 10. de julio, del Poder Judicial, *BOE* núm. 157, del 2 de julio de 1985.

tas que convertirían el derecho de acceso a la justicia en inexistente. En ese sentido, afirma:

En el acceso a la jurisdicción, hemos también afirmado que los órganos judiciales están constitucionalmente obligados a aplicar las normas que contienen los requisitos procesales, teniendo siempre presente el fin perseguido por el legislador al establecerlos evitando cualquier exceso formalista que los convierta en meros obstáculos procesales, impeditivos de la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución de España y ello porque está en juego la obtención de una primera decisión judicial y en esta fase reproyecta con mayor intensidad el principio *pro actione* cuyo objeto es evitar que determinadas interpretaciones de los presupuestos procesales que eliminan u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en derecho sobre la pretensión a él sometida.⁵¹³

3. Sobre la aplicación del derecho extranjero

Pedro-Pablo Miralles Sangro, en su magnífica obra *Aplicación del derecho extranjero y tutela judicial*, para enfatizar la importancia de la aplicación del derecho extranjero cuando remita al mismo la norma de conflicto, cita la exposición de motivos del Decreto 1836/1974, que reforma el título preliminar del Código Civil. Dicha exposición de motivos puntualiza que es “manifiesto el carácter *ius cogens* de las normas en conflicto del derecho español, y ahí la aplicación *ex officio* por los Tribunales y autoridades”.⁵¹⁴

La disposición vigente que originó la exposición de motivos citada es el artículo 12.6 del Código Civil, que dispone: “Los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto de derecho español”. El párrafo segundo de dicha disposición fue derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000. Sin embargo, se dejó subsistente el resto del artículo 12.6 del Código Civil, que obliga a los órganos jurisdiccionales a aplicar de oficio las normas de conflicto españolas independientemente del derecho que resulte aplicable.⁵¹⁵ Por su parte, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 establece que “los tribunales y autoridades” no tienen que aplicar de oficio las normas de conflicto de derecho extranjero, salvo que el litigio sea de naturaleza civil o mercantil y se trate de una demanda de ejecución de título extranjero o de una demanda de ejecución de título de otra jurisdicción, en cuyo caso se aplica de oficio la norma de conflicto de derecho extranjero que resulte aplicable.

⁵¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional 211/2002, 11 de noviembre de 2002; publicación: *BOE* 20021129, registro 3875/2000, p. 2.

⁵¹⁴ *BOE* del 9 del julio de 1974

⁵¹⁵ Miralles Sangro, Pedro-Pablo, *op. cit.*, nota 437, pp. 176 y 177.

ciamiento Civil 2000, en el artículo 286, recoge lo relativo a la aplicación del derecho extranjero en las disposiciones que regulan las pruebas, con lo cual precisa Pedro-Pablo Miralles Sangro: “el artículo 286 de la LECiv vulnera y quiebra el principio constitucional de sometimiento del juez al imperio de la ley y se deroga de esta forma el sistema de fuentes del derecho conforme a la Constitución”.⁵¹⁶

Dispone el artículo 281 (*Objeto y necesidad de prueba*):

1. La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que pretenda obtener en el proceso.
2. También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afecten al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.
3. Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes.
4. No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general.⁵¹⁷

A través de esta disposición se priva del derecho de acceso a la justicia efectiva a los inmigrantes irregulares, ya que en caso de no probarse la vigencia y contenido del derecho extranjero aplicable en virtud de la norma de conflicto, el juez puede negarse a aplicar el derecho extranjero, por considerarlo un hecho no probado, y aplicar por tal motivo el derecho español, situación que origina el incumplimiento de diversos instrumentos internacionales celebrados por España, y vulnera del derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros contenido en el artículo 24 de la Constitución de España.⁵¹⁸

⁵¹⁶ *Ibidem*, p. 90.

⁵¹⁷ Gaberí Llobregat (coord.) et al., *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero) jurisprudencia aplicable y legislación complementaria*, Barcelona, Bosch, 2000.

⁵¹⁸ Pérez Vera, Elisa (coord.) et al., *op. cit.*, nota 507, pp. 393 y ss.

Es lamentable, como lo señala Pedro-Pablo Miralles⁵¹⁹ en su obra, que en las sentencias no se reconozca la obligación que tienen los jueces, de aplicar el derecho extranjero cuando resulte aplicable en razón de la norma de conflicto *ex officio*. Confirma esta situación, a todas luces violatoria del derecho al acceso a la justicia efectiva, la sentencia del Tribunal Constitucional 34/2004, que señala:

En este caso, la prueba, cuya acabada práctica resultó frustrada al no disponer de la traducción del derecho extranjero aplicable al caso, no lo es en puridad sobre hechos, sino sobre normas jurídicas, y en que, además, la aplicación al caso de ese peculiar “hecho” en que convierte el Código Civil al derecho extranjero no proviene del alegato de la señora, sino de la remisión del artículo 107 del Código Civil (en relación con su artículo 9.2) por lo que propiamente no se trataba en el caso concreto de que la recurrente probase lo alegado por ella (la aplicación al caso del derecho armenio) sino de la acreditación del derecho aplicable al caso por imperativo del mencionado artículo 107 del Código Civil, lo que a la luz de las garantías contenidas en el artículo 24.1 de la Constitución de España hubiese exigido de los órganos jurisdiccionales y dadas las singularidades del caso de autos, una más activa participación en la consecución de dicha prueba una vez que la parte aportó un principio de prueba, sin que en momento alguno del procedimiento se dé razón de por qué no se acudió a otras medidas complementarias habida cuenta de la facultad que el propio artículo 12.6 *in fine* del Código Civil confiere a los órganos jurisdiccionales.

Igualmente resulta obvio que la frustrada práctica de la prueba del derecho armenio deparó perjuicios a la demandante de amparo, ya que la imposibilidad de acreditar ese derecho, imposibilidad ocasionada por la inmotivada decisión de la Audiencia Provincial de no esperar al resultado de la segunda comisión rogatoria antes de dar por concluso el procedimiento y visto para Sentencia, ha sido la causa de la desestimación de la demanda.⁵²⁰

Friedrich K. Juenger precisa que en los sistemas jurídicos en los cuales por impedimentos legales o judiciales no se aplica el derecho extranjero en los conflictos multiestatales se genera una situación de injusticia material no deseable, en los siguientes términos:

⁵¹⁹ Miralles Sangro, Pedro-Pablo, *op. cit.*, nota 437, pp. 108-113.

⁵²⁰ STC 34/2004, del 8 de marzo de 2004; publicación: *BOE* 20040406 (*BOE* núm. 83), registro 813/2001, p. 5.

...¿por qué deberían los Tribunales descartar el derecho extranjero que proporciona la solución más deseable para un problema multiestatal en particular? Una larga tradición jurídica que se remonta al *praetor preregri-nus* documenta la habilidad de los jueces enfrentados a casos multiestatales para diseñar normas sensatas a partir de fuentes tanto extranjeras como locales. Se ha dicho que Mark Twain señaló que “el arte de la profecía es muy difícil especialmente con respecto al futuro”. Pero es claro que no hay ninguna buena razón para que aquellos que esperan que se haga justicia en los casos interestatales e internacionales deban estar condenados siempre a la desilusión por la no aplicación del derecho extranjero.⁵²¹

4. Importancia de la reagrupación familiar

Muy vinculado con la temática de acceso a justicia de los inmigrantes en situación irregular en el ámbito del derecho familiar ubicamos la problemática de la reagrupación familiar del extranjero. Dicha temática exige un análisis en primer término desde la perspectiva de los derechos fundamentales, como muy acertadamente lo afirma Marina Vargas Gómez-Urrutia, al puntualizar:

Gracias a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el ámbito del Convenio se ha extendido a derechos no reconocidos expresamente en el mismo, pero que reciben una protección indirecta (*efecto de rebote*) en virtud de una interpretación extensiva del artículo 8o. del CEDH. Aunque el derecho de los extranjeros a entrar o residir en el territorio no está reconocido en el Convenio, el control de la inmigración debe ejercerse, sin embargo en forma compatible con los derechos reconocidos en el mismo, por lo que la prohibición de entrada en los supuestos de reagrupación familiar puede plantear un problema de aplicación del artículo 8o. del CEDH.⁵²²

⁵²¹ Juenger, Friedrich K., *Derecho internacional privado y justicia material*, trad. Diego P. Fernández Arroyo y Cecilia Fresnedo de Aguirre, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2006, pp. 265 y 267.

⁵²² Vargas Gómez-Urrutia, Marina, *La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Normas de extranjería y problemas de derecho aplicable*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006, p. 350.

El artículo 8o. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos señala: “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, su domicilio y correspondencia”. Continúa:

No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto la injerencia está prevista en Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la preservación del delito, la protección de la salud, o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.⁵²³

Dicha disposición puntualiza que las restricciones señaladas no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual fueron previstas.⁵²⁴

La problemática de la reagrupación familiar fue impulsada en Europa en el Consejo Europeo de Tampere, del 15 y 16 de octubre de 1999,⁵²⁵ donde se determinó la necesidad de buscar una aproximación de las legislaciones en lo relativo a requisitos de admisión y estancia de los nacionales de terceros países, y diseñar una política migratoria común. Con posterioridad, la Comisión preparó la primera propuesta de directiva sobre la materia, tomando como base la Resolución del Consejo de 1999 y la Propuesta de Convenio sobre Normas de Admisión de Nacionales de Terceros Países en los Estados Miembros de la Unión Europea, la cual fue modificada en razón de los dictámenes del Parlamento Europeo y del Consejo Económico y Social Europeo. El texto se concluyó en 2000.⁵²⁶

En el Consejo de Sevilla,⁵²⁷ dos años más tarde, se instó al Consejo de Ministros a la aprobación de normas comunes sobre reagrupación familiar. Tras un acuerdo político, la directiva fue adoptada en el Consejo el 22 de septiembre, y publicada el 3 de octubre de 2003.⁵²⁸

⁵²³ Abarca Junco, Ana Paloma *et al.*, *op. cit.*, nota 493, p. 283.

⁵²⁴ Caso Olsson contra Suecia, sentencia del 24 de marzo de 1988, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Jurisprudencia 1988-2002*, t. I, Madrid, Cortes Generales, 2003, p. 17.

⁵²⁵ Conclusiones de la Presidencia de Tampere (octubre 15-16, 1999), *Boletín de la Unión Europea*, 10-1999.

⁵²⁶ Propuesta de Delegación de la Comisión Europea al Consejo COM 2000 624, de octubre de 2000, consultado en <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/133118.htm>

⁵²⁷ Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Sevilla (21-22 de junio de 2002), consultado en <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/133118.htm>.

⁵²⁸ Directiva 2003/86/Ce del Consejo (CNS/1999/0258), entró en vigor el 3/10/2003, *DO L* 251 de 3.10.2003.

La Directiva 2003/86/CE establece que los nacionales de terceros países, titulares de un permiso de residencia de un año como mínimo, en uno de los Estados miembros, que tengan posibilidad real de permanecer en el territorio de la Unión Europea, podrán solicitar la reagrupación familiar siempre y cuando no se encuentren amparados bajo otra figura jurídica, como el refugio, o se haya emitido una resolución definitiva con relación a su permanencia en un Estado miembro.

Pueden beneficiarse de la reagrupación familiar conforme a la Directiva de 2003, el cónyuge del interesado y los hijos menores de la pareja. Además, los Estados podrán autorizar la reagrupación de los ascendientes en línea directa y de primer grado; los hijos mayores de edad solteros y cohabitantes no casados. Precisa la directiva que el proceso para examinar una petición de reagrupación familiar deberá concluir antes de los nueve meses de presentar la solicitud. Los Estados podrán extender el requisito de un año a dos de residencia de la persona que solicita la reagrupación.

El Parlamento Europeo⁵²⁹ pidió la anulación de algunas disposiciones de la Directiva al Tribunal de Justicia Europeo, por considerar que vulneraban los derechos fundamentales, y en particular los relativos a la vida familiar y a la no discriminación. Se consideraron incompatibles las siguientes cuestiones:

- 1) Que el niño mayor de 12 años tenga que superar una prueba de integración antes de reunirse con la familia reagrupante;
- 2) Que las solicitudes de reagrupación de los hijos menores se depositen antes de que éstos hayan alcanzado los 15 años de edad;
- 3) Que el reagrupante haya cumplido un periodo de dos años de residencia antes de que los miembros de su familia puedan reunirse con él;
- 4) Un periodo de espera de tres años entre el momento en que se presente la solicitud y aquel en que los beneficiarios de la reagrupación puedan obtener un permiso de residencia, cuando la legislación existente en un Estado miembro en la fecha de adopción de la presente Directiva tenga en cuenta su capacidad de acogida.⁵³⁰

⁵²⁹ Decisión del TJE del 27 de junio de 2006, sobre el recurso de anulación interpuesto por el Parlamento Europeo contra la Directiva (asunto C-540/03).

⁵³⁰ Decisión del TJE del 27 de junio de 2006, sobre el recurso de anulación interpuesto por el Parlamento Europeo en contra de la directiva (asunto C-540/03), consultado en <http://europe.eu/scadplus/leg/es/lvb/133118.htm>.

Por su parte, el Tribunal desestimó estas alegaciones, al considerarlas infundadas, por las siguientes razones:

- a) Los distintos textos relativos a los derechos fundamentales no crean un derecho subjetivo para los miembros de una familia a ser admitidos en el territorio de un Estado miembro;
- b) Imponer una prueba de integración no es ilegal. La posibilidad para los Estados miembros de examinar si un menor cumple un criterio de integración deja a dichos Estados un margen de apreciación limitado, que no difiere del que reconoce el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- c) Las disposiciones de la Directiva autorizan a los Estados a denegar el beneficio de la reagrupación a los niños que no presenten solicitud antes de los 15 años de edad, pero no prohíbe en modo alguno a los Estados atender una solicitud que emane de menores de más de 15 años de edad,
- d) Para las disposiciones recurridas que introducen los límites de edad de 12 y 15 años, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos admite y utiliza la edad como criterio.⁵³¹

En España, la Constitución de 1978 reguló la materia de reagrupación familiar, con fundamento en el artículo 39.1, que contempla el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar. Con fundamento en dicha disposición, el Tribunal Supremo ha limitado la discrecionalidad de la administración pública en esta materia. Un ejemplo en ese sentido lo ubicamos en la Sentencia del Tribunal Supremo 3836/2000, del 8 de mayo de 2003, que señala: “ha de otorgarse singular trascendencia a la convivencia de hecho, lazos afectivos y cumplimiento de deberes jurídicos, así como a las circunstancias personales y socio culturales de los interesados, que evidencien las características de la familia, la cual puede ser más extensa que la meramente paternofilia”.⁵³²

Se regula por primera ocasión mediante Ley en LODLEE 4/2000. Dicha Ley sufrió diversas modificaciones. Desgraciadamente, las modifi-

⁵³¹ Decisión del TJE del 27 de junio de 2006, sobre el recurso de anulación interpuesto por el Parlamento Europeo en contra de la directiva (Asunto C-540/03), consultado en <http://europe.eu/scadplus/leg/es/lvb/133118.htm>.

⁵³² STS, 8 de mayo de 2003, Sala de los Contencioso, sección 6, ID.: 2807913006200-3100185, núm. recurso 3836/2000.

caciones expresan una regulación poco meditada.⁵³³ Inicialmente señala Elena López Barba:⁵³⁴

El artículo 16.1 de LODLEE 4/2000 establecía que no sólo los extranjeros residentes en España fuesen titulares de este derecho, sino también los familiares que permanecían en el país de origen. Además, de conformidad con su artículo 17, e) cualquier familiar, distinto a los enumerados en los apartados precedentes de la disposición —cónyuges, descendientes y ascendientes— podría ser reagrupado en España, siempre que se justificara la necesidad de autorizar su residencia por razones humanitarias.⁵³⁵

Se incluían así en la LODLEE 4/2000 a los hijos mayores de dieciocho años, hermanos, tíos, primos, bajo la argumentación jurídica de razones humanitarias, con lo cual se reconoció el derecho a la reagrupación familiar de manera amplia. Sin embargo, la reforma 8/2000, del 22 de diciembre, limita el ámbito personal de los posibles reagrupables y priva del derecho de reagrupación familiar de manera discriminatoria a los inmigrantes en situación irregular. Señala dicha disposición:

Artículo 17:

1. El extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los siguientes familiares:

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 a la ley. En ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. El extranjero residente que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias sólo podrán reagrupar con él al nuevo cónyuge y sus familiares si acredita que la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes.

b) Los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o estén incapacitados, de conformidad con la Ley española o su Ley personal y no se encuentren casados.

⁵³³ López Barba, Elena, “Extranjería y reagrupación familiar”, en Sánchez Roda-Navarro, Cristina (coord.), *Extranjeros en España. Régimen jurídico*, Murcia, Laborum, 2000, p. 155.

⁵³⁴ *Ibidem*, p. 156.

⁵³⁵ *Ibidem*, p. 172.

Cuando se trate de hijos de uno sólo de los cónyuges, se requerirá además que éste ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo. En el supuesto de hijos adoptivos deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España.

c) Los menores de dieciocho años o incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal.

d) Los ascendientes del reagrupante o su cónyuge, cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

2. Los extranjeros que hubieren adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación podrán a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares, siempre que cuenten ya con una autorización de residencia y trabajo obtenidos independientemente de la autorización del reagrupante y acrediten reunir los requisitos previstos en esta ley orgánica.

3. Cuando se trate de ascendientes reagrupados, éstos sólo podrán ejercer a su vez, el derecho de reagrupación familiar tras haber obtenido la condición de residentes permanentes, y acreditado solvencia económica.

Excepcionalmente, el ascendiente reagrupado que tenga a su cargo un hijo menor de edad o incapacitado, podrá ejercer el derecho de reagrupación en los términos dispuestos en el apartado segundo de este artículo.

4. Reglamentariamente se desarrollarán las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación.

Siguiendo la misma línea, el Reglamento 864/2001 limita aún más el derecho de reagrupación familiar y excluye a los inmigrantes en situación irregular, al señalar el artículo 41.5: “Los extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de reagrupación podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares, siempre que cuenten ya con un permiso de residencia obtenido independientemente del permiso del reagrupante”.⁵³⁶

La citada disposición del Reglamento originó la sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 3a., del 20 de marzo de 2003, que señala:

En nuestra opinión exigir la obtención de un segundo permiso de residencia obtenido independientemente del permiso del reagrupante, para poder

⁵³⁶ Artículo 41.5, Real Decreto 864/2001, del 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de Extranjeros en España y su Integración Social.

ejercer el derecho de reagrupación familiar reconocido en la Ley, supone privar a quienes han obtenido la residencia por reagrupación del derecho reconocido en el No. 2 del artículo 17 de la Ley para ejercer el derecho en relación con sus propios familiares. La posición adoptada reglamentariamente limita el ejercicio del derecho de reagrupación familiar a quienes gocen de un segundo permiso de residencia obtenido de forma independiente a las circunstancias familiares que permitieron su propia reagrupación, es decir elimina por vía reglamentaria lo que el Consejo de Estado denomina reagrupación familiar en cadena y que es una posibilidad que viene establecida en el texto legal. El precepto por tanto debe ser anulado.⁵³⁷

A raíz de dicha sentencia se modificaron los artículos 40, 41 y 42 en el vigente Reglamento (Real Decreto 2393/2004, del 30 de diciembre),⁵³⁸ que autoriza la reagrupación familiar temporal de los miembros de la familia del inmigrante, siempre y cuando el que solicite dicha reagrupación tenga autorización para residir en España. A pesar de que la reforma al Reglamento amplía el ámbito personal de los posibles reagrupables, los inmigrantes en situación irregular no son contemplados. Los artículos 17 de LODLEE y 42 del RLODLEE evidencian que la motivación fundamental de dichas disposiciones es evitar la reagrupación de los inmigrantes en situación irregular, aunque con ello se genere un trato abiertamente discriminatorio.

El Tribunal Constitucional se pronunció sobre el tema de reagrupación familiar en su sentencia 236/2007, del 7 de noviembre de 2007, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 1707-2001, en que se solicita la declaración de inconstitucionalidad de diversas disposiciones de la Ley Orgánica, dentro de los cuales se ubican los artículos 16.2, 17.2 y 18.4, relativos la reagrupación familiar. Al referirse a la reagrupación familiar, el TC inicia su argumentación jurídica con la determinación de los derechos que conforme al derecho español se consideran derechos fundamentales, y los límites del legislador en la determinación de su contenido. Al referirse a dichos derechos, incluye el derecho a residir y circular libremente en el territorio español. Sin embargo, al analizar el derecho a la vida familiar, señala:

⁵³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso. *Id.* Cendoj: 280791-30062003100625, núm. de recurso 488/2001, del 20 de marzo de 2003.

⁵³⁸ Real decreto 2393/2004, del 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (*BOE* del 7 de enero de 2005).

Debe coincidirse, pues, con el Abogado del Estado en que nuestra Constitución no reconoce un “derecho a la vida familiar” en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el art. 8.1 CEDH, y menos aún un derecho fundamental a la reagrupación familiar, pues ninguno de dichos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el art. 18.1 CE. Sostiene la representación del Estado que la reagrupación familiar, regulada en los preceptos impugnados, constituye una modalidad de protección de la familia, haciendo efectivo el principio rector consagrado en el art. 39.1 CE. Sin embargo, ésta es una cuestión sobre la que no es preciso que nos pronunciamos, pues a los efectos de nuestra fundamentación lo decisivo es que los “derechos fundamentales y libertades públicas” cuyo desarrollo exige ser regulado mediante Ley Orgánica, de acuerdo con el art. 81.1 CE, son exclusivamente los comprendidos en la sección primera, Capítulo Segundo, Título I de la Constitución (arts. 15 a 29: SSTC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 2; 160/1987, de 27 de octubre, FJ 2).

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, 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.⁵³⁹

Esta sentencia del TC no resulta muy afortunada en lo relativo a la reagrupación familiar, ya que no existe razón o motivo justificado para reconocer sólo ese derecho a los residentes legales, y no a los inmigrantes en situación irregular. Señala de manera acertada Marina Vargas Gómez-Urrutia, al referirse al artículo 17:

Las condiciones establecidas claramente reflejan una política migratoria discriminatoria contraria a la posibilidad de la reagrupación en ca-

⁵³⁹ STC 236/2007, del 7 de noviembre de 2007; publicación: *BOE* 20071210, registro 1707/2001, p. 18.

dena, materializan una discriminación de trato no sólo entre residentes extranjeros, sino también entre residentes reagrupados que, en determinadas circunstancias, puede traducirse en situaciones no conformes con la Directiva.⁵⁴⁰

El Anteproyecto de Reformas de la LODLEE contiene varias disposiciones que modifican el régimen de reagrupación familiar, y dispone que los extranjeros que deseen ejercer el derecho a la reagrupación familiar deberán solicitar una autorización de residencia y de reagrupación familiar a favor de los miembros de su familia que desean reagrupar. Ambas autorizaciones pueden solicitarse de manera simultánea, con la ventaja en la propuesta de reforma de que la autorización de residencia por reagrupación familiar habilitará a los reagrupados para trabajar sin la realización de ningún trámite adicional.⁵⁴¹

III. ASPECTOS VINCULADOS CON EL DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. *Aspectos generales del acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa de los extranjeros en España*

A partir de la Reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) mediante la Ley 29/1998, del 13 de julio de 1998, el reclamo de los derechos regulados en la LODLEE y otros, cuya titularidad corresponde a los extranjeros, quedaron sujetos a la jurisdicción contencioso-administrativa. Antes de analizar el acceso de los inmigrantes en situación irregular a dicha jurisdicción, debe mencionarse que el inmigrante, al comparecer ante un órgano administrativo, requiere de la asistencia jurídica regulada en el artículo 23, LODLEE; en cambio, si comparece ante los tribunales, requiere de un letrado, de conformidad con el artículo 60. de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. El letrado no asume la representación del inmigrante en situación irregular ante un juzgado contencioso-administrativo hasta que éste lo designe como su apoderado, ya sea mediante el

⁵⁴⁰ Vargas Gómez Urrutia, Marina, *op. cit.*, nota 523, p. 357.

⁵⁴¹ Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, del 19 de diciembre de 2008, *BOE* Congreso, serie B, núm. 140-1, del 30 de enero de 2009.

otorgamiento de un poder de representación a su favor o mediante la designación de apoderado en el juzgado.

2. El derecho de tutela judicial efectiva en los procesos administrativos regulados en la LODLEE

El artículo 20, párrafo 1o., de la LODLEE, regula el derecho de los extranjeros a la tutela judicial efectiva en términos acordes con la Constitución, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En este sentido, recientemente el TC afirmó:

Ahora bien, dicha opción está sometida a los límites constitucionales señalados puesto que el incumplimiento de los requisitos de estancia o residencia en España por parte de los extranjeros no permite al legislador privarles de los derechos que les corresponden constitucionalmente en su condición de persona, con independencia de su situación administrativa. El incumplimiento de aquellos requisitos legales impide a los extranjeros el ejercicio de determinados derechos o contenidos de los mismos que por su propia naturaleza son incompatibles con la situación de irregularidad, pero no por ello los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España están desposeídos de cualquier derecho mientras se hallan en dicha situación en España.⁵⁴²

Por su parte, el segundo párrafo del artículo 20 precisa que los extranjeros deben gozar en los procesos regulados en la LODLEE de las mismas garantías que se reconocen a las personas en el proceso administrativo. En ese sentido, el inmigrante en un proceso debe gozar del derecho a un proceso contradictorio, que respete la garantía de audiencia, y cuyas resoluciones o sentencias se funden y motiven.

Cabe precisar que el artículo 27 de la LODLEE exime a las autoridades competentes, de la obligación constitucional de motivar las resoluciones denegatorias de visados, salvo en los casos de reagrupación familiar y trabajo por cuenta ajena. Sobre esta cuestión, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 236/2007, del 7 de noviembre de 2007, señaló:

⁵⁴² STC 236/2007, del 7 de noviembre de 2007; publicación: BOE 20071210, registro 1707/2001, p. 15.

...la pretensión de inconstitucionalidad del precepto aquí examinado se basa en la exoneración del deber de motivación referido, no a una resolución judicial, sino a una resolución administrativa en un mandato derivado de normas que se mueven en el ámbito que venimos denominando de legalidad ordinaria, en determinados supuestos excepcionales, tal deber alcanza una dimensión constitucional que lo hace fiscalizable a través del recurso de amparo constitucional.⁵⁴³

La argumentación jurídica del Tribunal Constitucional sobre este punto no resulta muy sólida, ya que todos los extranjeros con residencia regular o sin ella, conforme al artículo 24, CE, y la propia jurisprudencia del TC, deben gozar en España del derecho de acceso a la justicia, como lo reconoce la misma sentencia al referirse al derecho de asociación en los siguientes términos:

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” (FJ 3), y reiterando la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva por parte de los extranjeros, “con independencia de su situación jurídica” (FJ 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)” (FJ 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.⁵⁴⁴

⁵⁴³ STC 236/2007, del 7 de noviembre de 2007, publicación: *BOE* 20071210, registro 1707/2001, p. 16.

⁵⁴⁴ STC 236/2007, del 7 de noviembre de 2007, publicación: *BOE* 20071210, registro 1707/2001, p. 19.

3. Derecho de asistencia jurídica gratuita y a un intérprete en los procesos administrativos

De especial relevancia son los derechos de asistencia jurídica gratuita y a un intérprete. Dichos derechos se encuentran regulados en el artículo 22 de la LODLEE, que dispone:

Artículo 22. Derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita tienen derecho a está en los procedimientos administrativos y 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. Además tendrán derecho a la asistencia de un intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice.

Los extranjeros residentes que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar tendrán derecho a la asistencia 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.

Por establecer una diferencia de trato entre los extranjeros, con relación a derechos fundamentales que debe gozar toda persona al ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el apartado 2 del artículo 22, en razón de que dicha diferenciación vulnera el derecho fundamental regulado en el artículo 24 de la Constitución. Señala el TC:

Pues bien, la STC 95/2003 partiendo de la conexión instrumental entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho a la tutela judicial efectiva (Fj 3), y reiterando la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva por parte de los extranjeros, con independencia de su situación jurídica (Fj 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 C.E. del que como se dijo son titulares todas las personas (también los extranjeros no residentes legalmente en España) (FJ 6). Es más al precisar el alcance de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 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 a cualquier tipo de proceso a efectos del gocen de la precisa legitimación”. (FJ 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, “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 artículo 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 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.⁵⁴⁵

La sentencia del TC concluye que toda persona que sea titular del derecho a la tutela judicial efectiva habrá de gozar del derecho a la gratuidad de la justicia si carece de recursos suficientes para litigar, en los términos que el legislador ordinario configure el derecho, sin alterar por dicha regulación la esencia del mismo derecho, de tal suerte que deben fijarse criterios objetivos para determinar cuándo una persona carece de recursos suficientes para sufragar las erogaciones de una asistencia jurídica, sin que resulte procedente ninguna la distinción en razón de la estancia legal.

Cabe subrayar que la privación por el legislador del derecho de asistencia jurídica gratuita de los inmigrantes en situación irregular cuando reúnen las condiciones económicas previstas con carácter de generalidad para acceder a tal derecho implica una lesión del derecho fundamental contemplado en el artículo 24 de la Constitución, y del derecho de acceso a la justicia regulado en los instrumentos internacionales ratificados por España en materia de derechos humanos.

⁵⁴⁵ STC 236/2007, 7 de noviembre de 2007; publicación: *BOE* 20071210, registro 1707-2001, p. 20.

El artículo 22.1 de la LODLEE regula el derecho de asistencia de un intérprete cuando el inmigrante no conozca y hable la lengua oficial que se utilice en el Tribunal. El TC puntuiza con relación a este derecho:

...el derecho positivo español, en esta materia de nombramiento y designación de intérpretes, para facilitar la comunicación a los llamados a la justicia penal y sus colaboradores no es completo. El artículo 398 Ley de Enjuiciamiento Civil, provee en cierto modo a esta necesidad al establecer que si el procesado no supiera el idioma español o fuese sordomudo se observará lo dispuesto en los artículos 440, 441, y 442 de dicha ley. Estos preceptos regulan el nombramiento del intérprete y la forma de realización del interrogatorio del testigo, procesado o de cualquier persona que precise su asistencia. En el mismo o parecido sentido se pronuncian los artículos 785 (procedimiento de urgencia) y el artículo 711, ya en la fase oral entendiéndose que tal precepto, por natural analogía y sentido final, es aplicable al inculpado o acusado.⁵⁴⁶

El derecho a un intérprete encuentra su fundamento en el artículo 6.3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y en el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Dichas disposiciones internacionales regulan el derecho de toda persona a ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no se comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia o en el tribunal. La Comisión Europea de Derechos Humanos⁵⁴⁷ indicó que la principal finalidad de reconocer este derecho es la de evitar una situación de desventaja para el acusado, que no comprenda la lengua, puntuizando que constituye un complemento de la garantía de un proceso justo y de una audiencia pública, así como de una buena administración de justicia. En ese sentido también se ha pronunciado en varias ocasiones el TEDH.⁵⁴⁸

El derecho comunitario regula también el derecho a la asistencia de un intérprete en la Directiva 2003/8/CE. El objeto de dicha Directiva es mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos, para evitar la denegación de justicia por razones económicas en los conflictos mencio-

⁵⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 71/1988; fecha de aprobación: 19/4/1988; publicación: *BOE* 19880505 (*BOE* núm. 108), registro 721/1987.

⁵⁴⁷ Caso Salabiaku contra Francia 10519/83, del 29 de julio de 1983, en TEDH, *Jurisprudencia 1988-2002*, t. I, Madrid, Cortes Generales, 2003, pp. 163 y ss.

⁵⁴⁸ Caso Drozd y Janousek contra Francia y España, sentencia del 26 del junio de 1992, en TEDH, *Jurisprudencia 1988-2002*, t. I, Madrid, Cortes Generales, 2003, p. 930.

nados. La Directiva establece un marco mínimo común de protección de los derechos de los ciudadanos europeos y de los residentes de la Unión en situación regular, con menos recursos económicos al resto de la población. Puntualiza que debe garantizarse dicho derecho en todas las fases del proceso, y en particular en la fase del recurso y en la ejecución de la sentencia. Esta Directiva vulnera los derechos fundamentales regulados en el CEDH, al distinguir para el reconocimiento del derecho a un intérprete cuando no se conozca la lengua del tribunal, entre residentes legales e ilegales.

Resulta lamentable que el reciente Anteproyecto de Reforma de la LODLEE modifique los términos de residencia legal por *que se hallen en España*, modificación que no corresponde a la argumentación jurídica del TC, de otorgar dicho derecho a los extranjeros, sin establecer diferenciación alguna en razón de que constituye un derecho fundamental.⁵⁴⁹ Además, con la nueva propuesta de reforma a la LODLEE los inmigrantes que requieran de asistencia jurídica gratuita deberán realizar más gestiones administrativas y procesales, transformando el goce de ese derecho en uno que se aleja mucho de un acceso efectivo a la justicia.⁵⁵⁰

4. *Comunicación con los interesados*

La debida defensa de los inmigrantes en situación irregular exige de una adecuada comunicación con la administración pública. La disposición adicional 6a. del RLODLEE⁵⁵¹ señala que sin perjuicio de lo previsto para cada solicitud en concreto, las citaciones se podrán realizar por llamada telefónica o telefax, proporcionado por el interesado o su representante legal. En caso de que no hubiera sido atendido el requerimiento, se cursarán por escrito las citaciones o notificaciones al domicilio fijado para ese efecto en la solicitud. Las solicitudes deberán atenderse en el plazo de diez días.

⁵⁴⁹ Artículo 22.1 del Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, del 19 de diciembre de 2008, *BOE* Congreso, serie B, núm. 140-1, del 30 de enero de 2009.

⁵⁵⁰ Artículo 22 bis del Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, del 19 de diciembre de 2008, *BOE* Congreso serie B, núm. 140-1, del 30 de enero de 2009.

⁵⁵¹ Abarca Junco, Ana Paloma *et al.*, *op. cit.*, nota 493, pp. 490 y 491.

Una vez agotadas todas las posibilidades, se prevé en la disposición adicional, que la notificación se hará mediante publicación de un anuncio durante diez días en el correspondiente tablón de la oficina consular. En caso de no atender a dicha notificación, se tendrá al solicitante por desistido, y se le notificará la resolución por la que se declara el desistimiento del procedimiento.

Dentro de los procesos contemplados en el RLODLEE⁵⁵² destacan como actuaciones que requieren una debida comunicación, los siguientes:

- Requerimiento de subsanación o de aportación de documentos.
- Citaciones de comparecencia, y
- Notificaciones de resolución.

Especial importancia tienen las notificaciones de inicio del proceso para conocer los motivos que han dado lugar al proceso, como la relativa a la propuesta de resolución para poder alegar y probar lo conducente. La ausencia de notificaciones adecuadas origina para los inmigrantes en situación irregular, graves consecuencias en cuanto al ejercicio y goce de sus derechos fundamentales, como puede apreciarse en el recurso de casación 2078/2006 promovido por Mariano de Oro Pulido López:

El ahora recurrente en casación dirigió con fecha de 30 de noviembre de 2004 un escrito, en su propio nombre, al Tribunal Superior Justicia de Madrid, diciendo que el Consulado General de España en Nador le había denegado su solicitud de visado, manifestando su intención de impugnar esta denegación. Tras designarle Apoderado y Procurador de oficio proveído de 13 de enero de 2006 se requirió a estos para aportar copia del acto impugnado en el plazo de 10 días, bajo apercibimiento de archivo. La representación procesal de la parte recurrente evacuó el trámite alegando que había pedido al interesado por correo —al domicilio que constaba en las actuaciones— una copia de ese acto, sin que en el breve plazo conferido pudiera dar cumplimiento a lo solicitado al estar ese domicilio fuera de España, por lo que solicita a la Sala suspendiese la tramitación del procedimiento y otorgara nuevo plazo para subsanar el defecto advertido. A la vista de estas manifestaciones, la Sala dictó providencia en fecha de 25 de

⁵⁵² *Idem.*

enero de 2006, acordando la concesión de nuevo plazo de diez días, bajo el apercibimiento de archivo.⁵⁵³

5. Resoluciones debidamente motivadas

Con relación a la clase de resoluciones que se dictan en los procesos contemplados en el RLODLEE, cabe distinguir dos clases de resoluciones:

- Resoluciones que ponen fin a la vía administrativa, y que por tanto son susceptibles de recurso potestativo de reposición o, directamente de recurso contencioso administrativo. Ubicamos dentro de estas resoluciones las referentes a la concesión o denegación de visados, prórrogas de estancia o permisos de residencia y permisos de trabajo, así como sanciones gubernativas y expulsiones de extranjeros.
- Resoluciones que agotan la vía administrativa, como la prórroga de la residencia, renovación y modificación del permiso de trabajo y devolución, denegación de entrada y retorno, las cuales pueden ser recurridas en tribunales de alzada, previa interposición del recurso contencioso administrativo.

El Tribunal Supremo⁵⁵⁴ ha señalado en diversas sentencias la obligación de la administración, de motivar sus resoluciones; es decir, de exponer cuáles son las circunstancias concretas de hecho y derecho que fundamentan la decisión. Esta obligación adquiere una relevancia en el nuevo RLODLEE, como lo demuestra la disposición segunda adicional, en relación con la normativa aplicable a los procedimientos, ya que insiste que en lo no previsto en el presente Reglamento habrá que estar a lo dispuesto en la legislación administrativa común.

El RLODLEE regula la motivación de las resoluciones denegatorias sobre la prórroga de estancia (artículo 29.6), resoluciones relativas a la autorización de residencia temporal (artículo 35.5) y resoluciones que im-

⁵⁵³ STS del 18 de julio de 2008, Recurso de casación no. 2078/2006. *Id.* Cendoj: 28079130052008100418.

⁵⁵⁴ STS Recurso casación 2638/2005, del 24 de julio de 2008. *Id.* Cendoj 28979130052008100460.

pongan sanciones en razón de lo establecido en el artículo 24 de la Constitución de España (artículo 119). Debe recalcarse el hecho de que la obligación de las autoridades de motivar sus resoluciones implica necesariamente la exigencia de una debida argumentación jurídica; es decir, debe ser congruente en la resolución, la pretensión deducida y la decisión obtenida. De tal suerte que el artículo 129.2 dispone que el órgano competente “dictará resolución que será motivada y decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del procedimiento”.

6. Derecho a un recurso

El derecho a un recurso se encuentra previsto en los artículos 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. El artículo 21 de la LODLEE regula ese derecho en los siguientes términos:

Los actos y resoluciones administrativos adoptadas en relación a los extranjeros serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes. El régimen de ejecutividad de los actos administrativos dictados en materia de extranjería será el previsto con carácter general en la legislación vigente, salvo lo dispuesto en esta ley para la tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente.

Debe tenerse presente que en el caso de los inmigrantes en situación irregular los recursos sólo se podrán interponer cuando se encuentren fuera del territorio español, por cuanto al carecer de legal estancia cometen, conforme al artículo 53 de la LODLEE, una violación grave, que es sancionada con la expulsión preferente. Por tal motivo, el artículo 65.2 de la LODLEE contempla la posibilidad de interponer recursos administrativos y jurisdiccionales a través de las representaciones diplomáticas y oficinas consulares españolas.

Acorde con el artículo 21 de LODLEE antes citado, el RLODLEE, en su disposición adicional décima, señala:

Disposición Adicional Décima. Recursos.

Las resoluciones que dicten los órganos competentes de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, del Interior, y de Trabajo

y de Asuntos Sociales, los Delegados del Gobierno y Subdelegados del Gobierno, bajo la dependencia funcional de estos dos últimos ministerios, con base en lo dispuesto en este Reglamento, sobre concesión o denegación de visados, prórrogas de estancia o autorizaciones de residencia y de trabajo, cédulas de inscripción, así como sobre sanciones gubernativas y expulsiones de extranjeros, ponen fin a la vía administrativa y contra éstas no podrán interponerse los recursos administrativos o jurisdiccionales legalmente previstos. Se exceptúan las resoluciones sobre solicitudes de prórroga de autorización de residencia, renovación y modificación de autorización de trabajo y devolución, denegación de entrada y retorno, las cuales no agotan la vía administrativa en uno y en otro caso, los actos y resoluciones administrativos adoptados serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes, y su régimen de ejecutividad será el previsto con carácter general en la legislación vigente, salvo lo dispuesto en la ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, para la tramitación de expediente de expulsión con carácter preferente.⁵⁵⁵

En cuanto a las garantías que están obligados los jueces y tribunales a garantizar en el desahogo de los recursos, el Tribunal Constitucional, al respecto puntualizó en su sentencia 101/2001, del 23 de abril de 2001:

Pasando al examen del fondo de la demanda, resulta pertinente recordar que constituye doctrina consolidada de este Tribunal, en primer término, que si bien la configuración del contenido y el alcance de la apelación adhesiva es cuestión que pertenece al ámbito de la interpretación de la legalidad ordinaria que incumbe jueces y Tribunales (art. 117.3 CE), la adecuación del derecho a la tutela judicial efectiva de la admisión a la adhesión a la apelación está condicionada a que exista la posibilidad de debatir y contradecir las pretensiones formuladas de modo que las partes tengan oportunidad de defenderse con posibilidad de rebatir las pretensiones y fundamentaciones de quienes se adhieren a la apelación principal (SSTC 162/1997 de 30 de octubre, FFJJ 3 y 4; 56/1999 de 12 de abril, FJ 3; 16/2000 de 31 de enero, FJ 6; 79/2000, de 27 de marzo FJ 2; 93/2000, de 10 de abril, Fj 4) Como recuerda la STC 56/1999 FJ 4, no es óbice para ello la circunstancia de que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no prevea en su artículo 795.4 a que se dé traslado del escrito de adhesión al recurso, pues “la necesidad de tal trámite resulta de una interpretación de la norma a la luz de los preceptos y principios constitucionales”, al ser obligado, en

⁵⁵⁵ Abarca Junco, Ana Paloma *et al.*, *op. cit.*, nota 493, pp. 490 y 491.

todo caso, a preservar el principio de defensa en el proceso según lo dispuesto en el artículo 24.1 CE.⁵⁵⁶

7. En torno a la llamada expulsión preferente

Los inmigrantes en situación irregular, al cometer una violación grave por residir ilegalmente en España, les resulta aplicable como sanción la expulsión preferente. La resolución de dicha expulsión es adoptada en un proceso sumario y de ejecución inmediata. Las fases de dicho procedimiento preferente se regulan en los artículos 131 a 133 del RLODLEE. Dicho trámite busca la expulsión de los inmigrantes en situación irregular de manera inmediata. De tal suerte que después de notificar el acuerdo inicial al inmigrante irregular se le otorgan sólo 48 horas para preparar su defensa. Si el inmigrante irregular no prepara su defensa en ese plazo, las pruebas y los alegatos que se formulen con posterioridad no se considerarán admisibles.

En seguida el órgano instructor resuelve si recibe o no las pruebas presentadas por el inmigrante irregular, notifica la propuesta de resolución y da trámite en un plazo no mayor de 48 horas a la audiencia en la que el inmigrante presentará sus alegatos y los documentos pertinentes. Trascurrido ese plazo, el instructor procede a elevar a resolución el expediente a la autoridad competente. La resolución se emite de manera inmediata, y la ejecución de la orden de expulsión, una vez notificada, se efectuará sin demora alguna.

Salta a la vista que el proceso descrito vulnera el derecho de acceso a la justicia, regulado en el artículo 6º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por cuanto no permite al inmigrante irregular, preparar su defensa de forma adecuada, y el proceso no tiene lugar dentro de un plazo razonable. Señala dicha disposición en la parte conducente:

Artículo 6:

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial.
3. Todo acusado tiene como mínimo, los siguientes derechos.

⁵⁵⁶ STC 101/2001, del 23 de abril de 2001; publicación: *BOE* 20010529 (*BOE* núm. 128), registro 1944/1997, p. 3.

b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.⁵⁵⁷

Por tanto, el artículo 60. del CEDH exige una audiencia equitativa y pública ante un tribunal independiente e imparcial. El Tribunal Supremo, en su sentencia del 14 de noviembre de 2007, en relación con la independencia de los jueces, sostuvo “que la *ratio essendi* de la institución es la eliminación de toda sospecha sobre imparcialidad y ecuanimidad del juzgador”. También el Tribunal Constitucional, en su sentencia 47/1982, precisó que el derecho a un juez obliga al Estado a garantizar un juez ordinario predeterminado por ley, y además a “la concreta idoneidad de un determinado juez en relación con un asunto”.⁵⁵⁸

La LODLEE atribuye a los jueces de instrucción, funciones que no se ubican estrictamente dentro de las jurisdiccionales. Su cometido desde el inicio del proceso y durante toda la audiencia se centra más en ajustarse a las órdenes del funcionario administrativo superior, que en juzgar con independencia e imparcialidad, sometido al imperio de la ley y de los instrumentos internacionales ratificados por España. Por tales razones, puede afirmarse que no se concede derecho de audiencia equitativo ante jueces imparciales e independientes antes de la expulsión preferente de los inmigrantes en situación irregular, violando así los artículos 50. y 60. del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Dispone el artículo 50. del Convenio Europeo de Derechos Humanos:

Artículo 5. Derecho a la libertad y seguridad.

1-c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a Derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.

3. Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1.c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por ley para ejercer poderes judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en

⁵⁵⁷ STS 945/2007, recurso 12117/2006. *Id.* Cendoj 28079120012001200931, p. 4.

⁵⁵⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 47/1982, del 12 de julio; aprobación: 12/7/1982; publicación: 19820804 (*BOE* núm. 85), registro 35/1982, p. 4.

libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado al juicio.

5. Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.

El magistrado Nieto Martín, después de examinar los textos legales y la jurisprudencia aplicable, llega a la conclusión de que el procedimiento preferente de expulsión del artículo 63 de la LODLEE 4/2000, reformado por la Ley Orgánica 8/2000, presenta notables carencias y deficiencias jurídicas desde el punto de vista de los derechos de audiencia y tutela cautelar, considerando que

la lectura jurídica que ha de darse al procedimiento preferente de expulsión pasa por exigir a los órganos administrativos competentes en este ámbito sectorial una interpretación y sensibilidad ajustada al texto constitucional y al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Protocolos suscritos por España, interpretación que haga factible el empleo suficiente de los derechos de defensa en el propio procedimiento sancionador y el cuestionamiento cautelar de la decisión ante los Tribunales de Justicia sin contraponer, sin más, y como intereses contradictorios los de tutela y audiencia de los ciudadanos extranjeros en España *versus* política de control migratorio del país, porque ambos pueden actuar de forma simultánea sin menoscabo alguno y con mejora notable de nuestro de Estado de Derecho”.⁵⁵⁹

En varias sentencias del Tribunal Supremo se declara la no procedencia del recurso de casación, en razón de que la resolución alcanzada por la sala de instancia es acorde con derecho, sin entrar a analizar si la resolución que impugnan se adoptó sin vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, regulado en el artículo 24, CE.⁵⁶⁰

Resulta llamativo que de las resoluciones que ponen fin a estos procedimientos tan sólo un 17% termina con sentencias estimatorias, y un 6%, desestimatorias. El resto de las resoluciones constituyen fundamen-

⁵⁵⁹ Nieto, Martín, “Procedimiento preferente de expulsión de extranjeros, derecho de audiencia y tutela cautelar”, *Jueces para la Democracia*, núm. 41, julio de 2001, p. 28.

⁵⁶⁰ STS de 11 de julio de 2008. No. de recurso 8558/2004. *Id.* Cendoj 28079130052008100414. STC del 14 de julio de 2008. No. recurso 4958/2006. *Id.* Cendoj 28079130052008100419.

talmente autos de archivo definitivo de inadmisión, porque el recurso no se interpuso en forma, o por desistimiento voluntario.⁵⁶¹

En los casos de expulsión, la primera causa es la estancia irregular en España; en segundo lugar, trabajar sin autorización, y en tercero, encontrarse procesado o inculpado en algún procedimiento. En las salas de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia, las sentencias estimatorias disminuyen a 11%, y las desestimatorias, en un 3%.⁵⁶²

Resulta lamentable que el Anteproyecto de Reformas de la LODLEE amplíe las infracciones graves vinculadas con la inmigración irregular, puntualizando que en dichos casos podrá aplicarse en lugar de la multa, la expulsión de territorio español, previa tramitación del expediente administrativo, con lo cual se priva al inmigrante del derecho a la tutela judicial, por cuanto la tramitación del expediente administrativo no puede considerarse como el reconocimiento del ejercicio del derecho de acceso a la justicia efectiva.⁵⁶³

IV. EL ORDEN JURISDICCIONAL LABORAL Y EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR

1. *El derecho de trabajo y los derechos fundamentales*

El derecho al trabajo se encuentra regulado en el artículo 35, CE. Este derecho no constituye un derecho fundamental, de conformidad con las interpretaciones del TC, razón por la cual se considera que no existe obligación de garantizar ese derecho a toda persona. El Tribunal Constitucional, al aludir a esta problemática, puntuiza en su sentencia 107/1984, del 32 de noviembre:⁵⁶⁴

⁵⁶¹ Calvo García, Manuel *et al.*, “La inmigración en el ámbito de la administración de justicia”, en Miraut Martín, Laura (coord.), *Justicia, migración y derecho*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 186 y 187.

⁵⁶² *Idem*.

⁵⁶³ Artículos 50 y 53 del Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, del 19 de diciembre de 2008, *BOE* Congreso, serie B, núm. 140-1, del 30 de enero de 2009.

⁵⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, del 23 de noviembre de 1984; fecha de aprobación: 23/11/1984; publicación: 198441221 (*BOE* núm. 305), registro 576/1983.

El problema de la titularidad y ejercicio de los derechos y, más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, depende del derecho afectado, existiendo derechos que corresponden igual a españoles y extranjeros y otros que pertenecerán o no a los extranjeros según dispongan los Tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.

La Constitución sólo reconoce el derecho de trabajo a los españoles. No existe Tratado ni Ley que establezca la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo, como sí lo hay, por el contrario, para la titularidad y ejercicio de los derechos laborales una vez producida la contratación.⁵⁶⁵

Llama la atención que en la sentencia el Tribunal Constitucional afirme que “no existe Tratado ni Ley que establezca la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo”, sin considerar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que constituye un instrumento internacional, cuya obligatoriedad no se discute, en razón de que contiene normas de *ius cogens*. Por esa razón, la Declaración Universal se convirtió en el eje central bajo el cual se interpretan las normas de derechos humanos en el sistema jurídico español, de conformidad con el artículo 10, CE.

Señala el artículo 23 de la Declaración Universal:

1. Toda persona tiene derecho a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección en contra del desempleo.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por igual trabajo.
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a toda su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.
4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.⁵⁶⁶

⁵⁶⁵ STC 107/1984, del 23 del noviembre de 1984; fecha de aprobación: 23/11/1984; publicación: 198441221 (*BOE* núm. 305), registro 576/1983, pp. 1 y 2.

⁵⁶⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, en *Código Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Colex, 1997, p. 51.

En la sentencia 53/2002, del 27 de febrero de 2002, el TC sigue la misma línea de la sentencia anterior, por cuanto exige, para reconocer a los extranjeros la titularidad de cualquier derecho en España, la residencia legal. Dicha sentencia puntualiza:

En la actualidad el derecho de los extranjeros a entrar a España está condicionado al cumplimiento de los requisitos del art. 25.1 y 2 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (parcialmente reformada por la ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre). Como excepción, el artículo 5.7.3 LRDA prevé también que quien solicita asilo en frontera —y que no cumple con los requisitos del artículo 25.1 y 2 de la Ley Orgánica 4/2000— pueda entrar en España (supuesto que la permanencia en las dependencias adecuadas del puesto fronterizo pueda considerarse tal), si bien de forma limitada y provisional, mientras sobre la petición de asilo reciba una primera resolución de admisión a trámite. De esta forma el Estado español protege, conforme a lo dispuesto en el artículo 33.1 de la Convención de Ginebra de 1951, a quienes acceden a un puesto fronterizo y en él denuncian un temor fundado de ser perseguidos. El amparo o protección del Estado español se cifra, conforme al artículo 5.7.3 LRDA, en la permanencia del extranjero en el puesto fronterizo; sólo en esos precisos limitados términos autoriza la Ley la entrada provisional en España de extranjeros solicitantes de asilo. Fuera de esas condiciones el solicitante de asilo en frontera carece de todo derecho, ni constitucional y legal.⁵⁶⁷

2. Los trabajadores en situación irregular en la LODLEE

Regula el derecho al trabajo y a la seguridad social de los extranjeros el artículo 10 de la LODLEE, que señala:

Artículo 10.

1. Los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrolleen tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al sistema de Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente.

⁵⁶⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 53/2002, del 27 de febrero de 2002; publicación: BOE 20020403, registro 2994/1994, p. 4.

2. Los extranjeros residentes en España podrán acceder, en igualdad de condiciones que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, como personal laboral al servicio de las administraciones públicas, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. A tal efecto podrán presentarse a las ofertas de empleo público que convoquen, las Administraciones Públicas.

Por su parte, el artículo 36 puntualiza que los extranjeros mayores de diecisésis años “para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, precisarán de la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar”. Continúa la disposición:

la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle.⁵⁶⁸

Dicho artículo resulta poco coherente a la luz del artículo 53 de la LODLEE, que tipifica como violación grave en su artículo 53, trabajar en España sin obtener autorización. La sanción por trabajar sin residencia legal puede consistir en multa o expulsión, con lo cual el inmigrante irregular que decida ejercer su derecho de acceso a la justicia laboral lo hará desde el extranjero si no desea ser expulsado.

El artículo 53, inciso b), de la LODLEE, dispone:

Son infracciones graves:

b) Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando se cuente con autorización de residencia válida.

La LODLEE también, de manera injustificada, priva de los derechos de sindicación y huelga a los inmigrantes en situación irregular (artículo 11). La privación de dichos derechos fue impugnada de inconstitucionalidad en el recurso 1707/2001, a raíz de la reforma a la Ley Orgánica 8/2000 del 22 de diciembre. En la sentencia 236/2007 del 7 de noviembre

⁵⁶⁸ Reformado por la Ley Orgánica 14/2003, del 20 de noviembre de 2003, en Abarca Junco, Ana Paloma *et al.*, *op. cit.*, nota 493, p. 358.

de 2007, mediante la cual se resuelve dicho recurso, el Tribunal Constitucional guía su interpretación en el artículo 10, CE, y señala:

Siguiendo el criterio interpretativo ex art. 10.2 CE que hemos utilizado para el enjuiciamiento de los anteriores preceptos, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, según el cual “toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”, lo que en términos similares recoge el art. 8 PIDESC proclamando el “derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección”. Por otra parte, como se ha visto, el artículo 11.1 CEDH consagra el derecho de toda persona a la libertad de reunión y de asociación, “incluido el derecho de fundar, con otros, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses, mientras en la Carta Social Europea las Partes contratantes se comprometen a “que la legislación nacional no menoscabe esa libertad (sindical) ni se aplique de manera que pueda menoscabarla” (artículo 5). Finalmente deben mencionarse dos Convenios de la OIT, ambos ratificados por España y con virtualidad hermenéutica ex art. 10.2 CE (según se dijo en la STC 191/1998 de 29 de septiembre Fj 5): El Convenio número 87, sobre la libertad sindical y protección de los derechos de sindicación, en cuyo artículo 2 se garantiza a los trabajadores... sin ninguna distinción... el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones”; y el Convenio número 98, relativo a la ampliación de los principios de derechos de sindicación y negociación colectiva, cuyo art. 1 proclama que “los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación al empleo”.⁵⁶⁹

3. *El acceso a la justicia laboral de los trabajadores en situación irregular*

Antes de la entrada en vigor de la LODLEE ninguna norma hacía referencia a los efectos jurídicos de un contrato laboral con un trabajador irregular. La doctrina y la jurisprudencia⁵⁷⁰ estimaban que la carencia de

⁵⁶⁹ STC 236/2007, del 7 de noviembre de 2007; publicación: *BOE* 20071210, registro 1707/2001, p. 23.

⁵⁷⁰ Palomar Olmeda, Alberto (coord.), *Tratado de extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2004, p. 392.

permiso para trabajar originaba la nulidad del contrato de trabajo. Como consecuencia, el inmigrante irregular que carecía de legal estancia y de permiso para trabajar en España tenía muy pocas probabilidades de obtener una sentencia a su favor cuando decidía acudir a reclamar el cumplimiento de obligaciones derivadas de una relación de trabajo.

En los casos de celebración de un contrato de trabajo, el argumento jurídico en muchas de las sentencias era la nulidad del mismo. En dichos casos, al inmigrante que corría con mejor suerte le reconocían los derechos salariales bajo la figura del enriquecimiento ilegítimo.⁵⁷¹ En materia de despido, la situación no era muy distinta; la jurisprudencia reitera la inexistencia de la relación laboral por la falta de autorización para trabajar, con lo cual el trabajador irregular no podía aspirar a la reinstalación en su trabajo si el despido fue injustificado.⁵⁷²

El cambio que opera con la LODLEE es el reconocimiento de la relación laboral y del contrato de trabajo, lo cual también ha ocasionado modificación de los criterios de los tribunales.⁵⁷³ Javier García Roca precisa que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha creado una interesante jurisprudencia en materia de derechos laborales de los extranjeros en situación irregular, en virtud de la cual “los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo ni de residencia que prestan servicios por cuenta ajena, tienen derecho a las prestaciones de la Seguridad Social derivadas de accidentes de trabajo, asistencia sanitaria, y prestaciones económicas, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles”.⁵⁷⁴ Dentro de las sentencias recientes cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo 4217/2002, del 9 de junio de 2003, en la cual se señala:

Por lo tanto el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es en la actual legislación un contrato nulo. Y siendo ello así no puede negarse al

⁵⁷¹ Baz Tejedor, José Antonio, *La tutela judicial de los derechos fundamentales en el proceso de trabajo*, Valladolid, Lex Nova, 2006, pp. 65 y ss.

⁵⁷² Palomar Olmeda, Alberto (coord.), *op. cit.*, nota 571, p. 392.

⁵⁷³ Suárez, Fernando, “Los derechos humanos de los trabajadores”, en Marzal, Antonio (ed.), *Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidad del sujeto*, Barcelona, Bosch-ESADE, 1999, pp. 68 y 69.

⁵⁷⁴ García Roca, Javier, “La titularidad constitucional e internacional de los derechos fundamentales de los extranjeros y las modulaciones legales de sus contenidos”, *Problemas constitucionales de la inmigración. Una visión desde Italia y España*, II Jornadas Italo-Españolas de Justicia Constitucional, Valencia, Giufferè-Universidad de Cádiz-Tirant lo Blanch, 2005, p. 91.

trabajador una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1903. De lo expuesto se deduce la inexistencia de precepto que excluya de efecto normal del accidente de trabajo respecto a los trabajadores que no se hallan en alta. En conclusión se corrobora por el mandato del artículo 57 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, según la redacción dada por la Ley 8/2000 y según la cual la sanción de expulsión no podrá ser impuesta... Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo. Mandato este último que pone de manifiesto la posibilidad legal de que el extranjero, no debidamente documentado, haya recibido la protección legal en supuesto accidente de trabajo.⁵⁷⁵

Si bien ha mejorado el acceso a la jurisdicción laboral de los trabajadores, por cuanto se reconoce la validez de los contratos de trabajo, todavía existen muchas dificultades, ya que la sanción por trabajar sin permiso de trabajo y sin residencia es la expulsión.

Cabe precisar que los inmigrantes en situación irregular pueden acceder al amparo contra cualquier práctica discriminatoria y por violación de sus derechos fundamentales, de conformidad con los artículos 53 de la CE y 24 de la LODLEE y con fundamento en el artículo 36.3 de la LODLEE pueden reclamar las prestaciones laborales que pudieran corresponderles, sin perjuicio de las responsabilidades que se originen por el incumplimiento de la LODLEE como del RLODLEE.

La falta de reconocimiento del derecho de acceso a la justicia en materia laboral por carecer de legal estancia y permiso de trabajo vulnera el derecho de acceso a la justicia efectiva, a la igualdad y a no recibir un trato discriminatorio, derechos humanos contenidos en los tratados en materia de derechos humanos ratificados por España: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 12, 13 y 14); Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículos 6 y 13). La negativa de reconocer el acceso a la jurisdicción laboral a los inmigrantes en situación irregular carece de justificación razonable, originando con ello un trato abiertamente discriminatorio.

⁵⁷⁵ STS. Sala de lo Social, del 9 de junio de 2003, núm. recurso 4217/2002. *Id.* Cendoj 28079140012003100831, ponente: Luis Martínez Garrido, p. 3.

Del análisis de las sentencias antes señaladas puede concluirse que en recientes fechas tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo empezaron a modificar su criterio de interpretación, al reconocer a los inmigrantes en situación irregular, los derechos de sindicación y huelga, y el derecho de acceso a la justicia para reclamar prestaciones laborales a pesar de no contar con autorización para trabajar, como lo señala el artículo 36 de la LODLEE, recientemente reformado.

Una investigación realizada sobre acceso a la justicia en el ámbito laboral arroja datos que concuerdan con los objetivos deseados por la normativa establecida. Los inmigrantes en situación regular son los que acuden en su mayoría a tribunales a demandar salarios adecuados o despidos; sólo un número muy insignificante de inmigrantes en situación irregular acude a los tribunales laborales.⁵⁷⁶

V. ASPECTOS RELEVANTES DEL DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN PENAL DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR

1. *La notificación, emplazamiento o citación*

Si es indispensable una debida notificación en todo proceso, en el caso de los procesos penales incoados en contra de los inmigrantes en situación irregular dichos actos procesales resultan indispensables, para evitar la indefensión. La ejecución de las notificaciones se dificulta en el caso de los inmigrantes en situación irregular, porque carecen de domicilio conocido en España.

A pesar de ello, debe garantizarse que el emplazamiento o citación se realicen dentro del marco normativo, en razón de que dichos actos jurídicos constituyen una garantía mínima para asegurar el derecho de acceso a la justicia penal. Por tal motivo, el artículo 178 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que el juez o tribunal ordenarán a los agentes de la policía judicial que busquen al inmigrante irregular en un breve plazo, le notifiquen, y, si ello no es posible, se deberá insertar cédula de notificación en el boletín oficial de la provincia de su última residencia. El Tri-

⁵⁷⁶ Calvo García, Manuel *et al.*, “La inmigración en el ámbito de la administración de justicia”, *Justicia, migración y derecho*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 187.

bunal Constitucional, al referirse a las notificaciones, emplazamientos o citaciones en su sentencia 216/1997, del 4 de diciembre de 1997, señaló:

Cobra así todo su valor el papel de los actos del órgano jurisdiccional encaminados a la constitución de la relación jurídico procesal en sus distintos polos, tanto los de comunicación —citaciones y emplazamientos— para hacer saber la existencia de un litigio o de sus distintas fases y actuaciones a quienes pueda afectarles, como aquellos otros que tienen por objeto otorgar la condición de parte en el proceso o en alguna de sus fases a quien ha alcanzado aquel conocimiento y ha comparecido en tiempo y forma. En la medida en que unos y otros hacen posible la comparecencia en juicio y el ejercicio del derecho de defensa, se convierten en una exigencia ineludible para que la garantía constitucional de un proceso contradictorio quede asegurada y en consecuencia su defectuosa práctica o su pura omisión pueden dejar indefenso al afectado. Así lo hemos manifestado ya, con parecidas palabras en las SSTC 17/1997 y 77/1977 entre otras muchas.⁵⁷⁷

Vinculada con la temática de las notificaciones se encuentra la obligación internacional que tiene España en caso de detención de un extranjero, de notificar sin demora al cónsul la detención de su nacional, contemplada en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. El artículo 62 bis señala como un derecho del interno que se encuentra en el centro penitenciario, la notificación consular, disposición que no se ajusta al compromiso internacional, por cuanto existe la obligación de notificar desde el momento de la detención, como lo precisó el CIJ en las sentencias del caso La Grand y Avena y otros Nacionales Mexicanos.

2. Denuncia y la acción popular

En el sistema jurídico español los nacionales y extranjeros tienen la obligación de denunciar la comisión de delitos, de conformidad con el artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim). En el caso de los delitos públicos o perseguitables de oficio, pueden iniciar el proceso el ministerio fiscal o una persona mediante la querella, siempre y cuando

⁵⁷⁷ STC 216/1997, del 4 de diciembre de 1997, BOE núm. 11, suplemento, 13 de enero de 1998, p. 5.

hayan sido ofendidos o perjudicados por la comisión de un delito (artículos 270.1 y 2, LECrim).

En los delitos perseguitables a petición de parte ofendida o agravada, el ofendido o perjudicado, tanto si es español o extranjero, pueden iniciar la investigación o enjuiciamiento de los hechos a través de la presentación de la querella. Señala el artículo 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que los extranjeros podrán querellarse por los delitos cometidos en contra de su persona o sus bienes o de las personas o bienes de sus representados, actuando por tanto mediante una acusación particular.

Sin embargo, el ejercicio de la acción popular queda restringida únicamente a los españoles (artículos 125, CE; 101, LECrim, y 19.1, LOPJ). El artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que cualquier español, con independencia de que haya sido ofendido o no, puede convertirse en parte acusadora junto con el ministerio fiscal, al ejercer la acción popular. Este derecho es exclusivo de los españoles. El ejercicio de la acción popular está previsto como un medio para promover la actividad jurisdiccional y facilitar el inicio del proceso para la persecución de un hecho punible. No se ve razón alguna para no haber incluido junto a los españoles a los extranjeros que por diversos factores se encuentran integrados a la sociedad española. ¿Quizá se consideró que los extranjeros no están en aptitud para ejercer la acción popular?

3. Asistencia jurídica gratuita

El artículo 62 bis de la LODLEE puntualiza: “los extranjeros sometidos a internamiento gozan del derecho de ser asistidos por un abogado, que se proporcionará de oficio en su caso, y a comunicarse reservadamente con el mismo, incluso fuera del horario general del centro, cuando la urgencia del caso lo justifica”.⁵⁷⁸ La asistencia legal contemplada en el artículo antes referido se presta con auxilio de funcionarios del propio centro penitenciario en el que está recluido el interno, que tienen como cometido el de informar a los internos y asesorarlos durante la tramitación de su expediente disciplinario. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 183/1997, del 28 de octubre, destacó en relación con la asistencia de un letrado, que:

⁵⁷⁸ Abarca Junco, Ana Paloma *et al.*, *op. cit.*, nota 493. p. 372.

Si la intervención de un letrado no es preceptiva en un proceso determinado, con arreglo a las normas procesales, no priva al justiciable del derecho a la defensa y asistencia letrada que le reconoce el artículo 24.2 de la Constitución de España, siendo procedente el nombramiento de abogado de oficio cuando se solicite y resulte necesario.⁵⁷⁹

La asistencia de un letrado es fundamental para garantizar un efectivo acceso a la justicia. Por tal motivo, los instrumentos internacionales de los que España es parte exigen el acceso a dicho derecho, y establecen la obligación de los Estados, de garantizar dicha asistencia a toda persona que carezca de recursos para ejercer su derecho de acceso a la jurisdicción.

El artículo 60. del Convenio Europeo de Derechos Humanos señala: “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”. Continúa el artículo 60., en el párrafo 2, inciso c): “a defenderse por sí mismo o ser asistido por un defensor de su elección y si no tiene medios para pagarla, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan”.

4. *Otras garantías*

Integra el derecho de acceso a la justicia efectiva el derecho a la presunción de inocencia. Este derecho exige que antes de cualquier privación de la libertad o detención se realice una investigación adecuada en virtud de la cual las pruebas de los hechos constitutivos de delito conduzcan con cierta certeza a la realización de los mismos por el imputado de cometer el delito. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos al referirse a la presunción de inocencia.

Sentencia 31/1981, del 28 de julio de 1981:

En consecuencia, una vez aprobada la Constitución y consagrada en el art. 24, la presunción de inocencia como derecho fundamental de la persona

⁵⁷⁹ STC 183/1997, fecha de aprobación: 28 de octubre de 1997; publicación: *BOE* 19971128, [«*BOE*» núm. 285], número de registro 792/1994, p. 5.

que vincula a los poderes públicos, no puede considerarse que la sola declaración del procesado ante la policía sin las garantías establecidas en el art.17 y sin haber ratificado ante el órgano judicial, constituye base suficiente para desvirtuar dicha presunción.⁵⁸⁰

Sentencia 167/2002, del 18 de septiembre de 2002:

El hecho de que el presunto delincuente pueda consentir no puede servir como fuente del conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa. En el caso actual, si, como se dice en la solicitud judicial de la intervención, el conocimiento del delito se había obtenido por investigaciones propias del servicio, lo lógico es exigir al menos el detalle de esas investigaciones y sus resultados, por muy provisionales que puedan ser en ese momento, precisiones que lógicamente debió exigir el Juzgado antes de conceder la autorización. El hecho de que en el Auto se concrete con precisión el delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de intervención no basta para suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte de la investigación, y la falta de esos datos indispensables no puede ser justificada *a posteriori* por el éxito de la investigación misma... Por lo que se conculcó el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2) por no haber practicado prueba válida y de cargo, que permita fundar la condena de los demandantes de amparo.⁵⁸¹

Otras garantías del proceso penal que deben mencionarse, son el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas, con todas las garantías de igualdad de armas procesales y un juicio contradictorio. Sobre la cuestión de las dilaciones, precisa el Tribunal Constitucional en la sentencia 167/2002, del 18 de septiembre de 2002:

La Sentencia del Juzgado Penal reconoció la existencia de tales dilaciones y que ni la complejidad del asunto ni la actitud de los acusados, a disposición en todo momento de los Tribunales que han conocido la causa, justifican que en la tramitación del procedimiento se hayan invertido casi ocho años. Un examen de las actuaciones permite constatar que no se practicó

⁵⁸⁰ STC 31/1981; fecha de aprobación: 28/7/1981; publicación: *BOE* 19810813 (*BOE* núm. 193), número de registro 113/1980, p. 11.

⁵⁸¹ STC 167/2002, del 18 de septiembre de 2002; publicación: *BOE* 20021009 (*BOE* núm. 242), registro 2060/1998), p. 13.

diligencia alguna de investigación desde febrero de 1990 —cuando se presenta el informe pericial de Don Carlos Enríquez Dosio solicitado por acusación particular— hasta el 30 de mayo de 1994 —en el que se presenta un nuevo informe pericial solicitado también por la acusación particular—. Asimismo, puede constatarse que la causa ha sufrido paralizaciones temporales de gran entidad desde la calificación de la defensa —17 de mayo de 1993— hasta el señalamiento del juicio oral —19 de abril de 1996—, no practicándose entre una y otra fecha, diligencias de interés, sino sólo actuaciones superfluas, como la petición de un nuevo informe pericial en fecha de 30 de septiembre de 1993 y numerosos exhortos para cumplimentar la citada diligencia, que no se efectúa hasta el día 30 de mayo de 1994.⁵⁸²

El derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas implica el derecho a que se resuelva en un plazo razonable, lo cual no significa que se deben cumplir rigurosamente los plazos procesales, sino que ha de tomarse en consideración la dimensión temporal de todo proceso y su razonabilidad. El carácter razonable de la duración de un proceso dependerá de circunstancias como de la complejidad del litigio, la conducta de los litigantes y de las autoridades competentes. Esto conlleva la necesidad de que los jueces obren con la celeridad que les permita la duración normal o acostumbrada de los litigios de la misma naturaleza.

La dilación en los procesos es una de las causas por las cuales proceden con bastante frecuencia reclamaciones diplomáticas por parte del Estado del cual es nacional un extranjero. Cabe recordar el caso Chevreau entre Francia y el Reino Unido. Sostiene el laudo: “la detención del Sr. Chevreau, duró mucho más tiempo del necesario y el trato que le fue inflingido durante su prisión y traslado a Bagdad no fue el de un hombre de su nacionalidad”.⁵⁸³

¿Cuándo se presenta una dilación indebida?, señala el Tribunal Constitucional en su sentencia 58/1999, del 12 de abril,⁵⁸⁴ cuando hay un retraso en la administración de justicia que no tiene justificación. Para determinar si ha habido o no dilación indebida, se atenderá a criterios como

⁵⁸² STC 167/2002, del 18 de septiembre de 2002; publicación: *BOE* 20021009 (*BOE* núm. 242), registro 2060/1998, p. 6.

⁵⁸³ Nations Unites, *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. II, pp. 1115-1143.

⁵⁸⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 58/1999; fecha de aprobación: 12/4/1999; publicación: *BOE* 19990518 (*BOE* núm. 118), número de registro 21/1997, p. 7.

la complejidad del litigio, el margen ordinario de duración de los litigios del mismo tipo, la conducta procesal del demandante y de las autoridades, etcétera. En el caso de los procesos penales, la determinación de una dilación injustificada será más estricta en razón de la privación de la libertad del detenido.

En lo relativo a las pruebas y su ofrecimiento, debe tenerse presente el garantizar la inmediación y contradicción en el proceso, como lo señala el Tribunal Constitucional en su sentencia 124/2008, del 20 de octubre. Puntualiza:

Respecto a la primera infracción denunciada sobre el derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE al no haberse respetado las de inmediación y contradicción por la Sentencia dictada en casación a la hora de valorar la prueba, conviene empezar afirmando que, desde la STC 167/202, de 18 de septiembre, hemos reconocido límites constitucionales a la posibilidad fáctica de las sentencias absolutorias. Tales límites derivan de la exigencia de respetar los principios de publicidad, inmediación y contradicción en la valoración de las pruebas. Así la Constitución exige, de conformidad con el art. 24.2, que un Juez o Tribunal de lo penal sustente una condena sobre su propia apreciación de lo sucedido o a partir de la valoración de testimonios a los que ha asistido. No obstante, como hemos resaltado en la STC 328/2006, de 20 de noviembre, tales “límites son aplicables al juicio de apelación penal en tanto que su configuración legal atribuye plena jurisdicción al Tribunal *ad quem*, con la posibilidad de revisar y corregir la valoración de la prueba llevada a cabo por el juez *a quo* y de modificar los hechos probados” (FJ4). En estos casos el órgano de apelación no puede operar una modificación de los hechos probados que conduzca a la condena del acusado después de realizar una diferente valoración de la credibilidad de los testimonios de los acusados o testigos, en la que se fundamenta la modificación del relato de hechos probados y la conclusión condenatoria, si tal modificación proviene precedida del examen directo y personal de los acusados o testigos en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (SSTC 40/2004, de 22 de mayo, FFJJ 5 y 6; 111/2005, de 9 de mayo, FFJJ 1 y 2; 170/2005, de 20 de junio, FJ 2, entre otras). Se configuran así los referidos principios como garantías del acto de valoración de las pruebas o del proceso de conformación de los hechos (STC 245/2007, de 10 de diciembre, FJ 3).⁵⁸⁵

⁵⁸⁵ STC 124/2008, del 20 de octubre de 2008, en <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2008/STC2008-124.htm>, p. 4.

Las pruebas propuestas por los interesados sólo pueden ser denegadas cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias. Serán improcedentes los medios de prueba que pretendan probar los hechos que no han sido afirmados por el interesado, o que propongan probar hechos no controvertidos, así como probar hechos que no afectan el contenido de la resolución. En caso de no aceptarse las pruebas presentadas, deberá emitirse una resolución debidamente fundada y motivada mediante la cual se justifique tal negativa.

5. Resoluciones fundadas y motivadas

El derecho de acceso a la justicia efectiva exige una resolución congruente, fundada en derecho, motivada y razonable. En virtud de este derecho se garantiza la sumisión del juez a la ley (artículo 117.1 de la Constitución de España) y al ordenamiento jurídico (artículo 9.1 de la Constitución de España). Sobre este punto, el Tribunal Constitucional en la sentencia 186/1987, del 23 de noviembre de 1987, se ha pronunciado en el siguiente sentido:

Una aplicación defectuosa de la ley penal puede modificar, eventualmente, la vulneración de un derecho constitucionalmente garantizado y protegido mediante el recurso de amparo y que, cuando se alega tal cosa... este Tribunal ha de analizar desde el punto de vista del derecho constitucional garantizado, la interpretación y aplicación que el juez ordinario ha hecho de la norma penal... El principio de legalidad penal entraña el sometimiento de jueces y tribunales a las leyes en orden a la calificación de las infracciones e imposición de las penas, sin que sean válidas las interpretaciones extensivas o analógicas en perjuicio del acusado, principio que encuentra respaldo en los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución. En el caso presente se ha aplicado a unos determinados hechos el tipo previsto y penado por el artículo 586.3 del Código Penal, siendo así que faltan los requisitos objetivos y subjetivos que, según dilatada Jurisprudencia del Tribunal Supremo, han de concurrir en la falta tipificada en dicha norma. Al haber sido condenado y sancionado el recurrente por una acción u omisión que en el momento de producirse no constituye falta según la Ley, se ha producido la infracción del derecho fundamental que reconoce el art. 25.1 de la Constitución.⁵⁸⁶

⁵⁸⁶ STC 186/1987; fecha de aprobación: 23/11/1987; publicación: *BOE* 19871210 (*BOE* núm. 295), número de registro 24/1986, pp. 3 y 4.

En cuanto a la labor de los jueces de fundar debidamente las sentencias, precisa el Tribunal Constitucional en su sentencia 167/2002, del 18 de septiembre:

El dato anterior, en el que se funda en la Sentencia impugnada la inexistencia de la conexión causal entre la intervención telefónica y las pruebas cuestionadas por los recurrentes en amparo, resulta corroborado, en opinión de la Sala, por la declaración testifical prestada en el acto del juicio por uno de los policías, quién afirmó que “de las gestiones de las agencias de transportes se determinó la procedencia de las cintas, que era de Barcelona, no siendo determinantes las intervenciones telefónicas”.⁵⁸⁷

Al exigir que la resolución o sentencia sea congruente, se obliga a las autoridades judiciales a resolver las pretensiones de las partes en los términos que son planteados (STC 14/1984, del 3 de febrero).⁵⁸⁸ La motivación no implica que deba existir un razonamiento pormenorizado y exhaustivo de todos los aspectos, sino que basta con que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles fueron las razones jurídicas que fundamentan la decisión; es decir, cuáles fueron las razones esenciales para la adopción de la resolución o sentencia (STC 66/1996, del 16 de abril de 1996).⁵⁸⁹

Con relación a la actividad de los jueces de fundar y motivar sus resoluciones, debe tenerse presente que en caso de posible afectación de los derechos y libertades fundamentales de la persona, se debe fundar la sentencia en la norma jurídica más favorable, de conformidad con el artículo 10 de la Constitución de España. Una sentencia que no se encuentre debidamente fundada autoriza al Tribunal Constitucional a controlar la legalidad de la actuación de los jueces. En ese sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983, del 3 de octubre de 1983, señala:

No cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería de constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos

⁵⁸⁷ STC 167/2000; fecha de aprobación: 18/9/2002; publicación: *BOE* 20021009 (*BOE* núm. 242), número de registro 2060/1998, p. 17.

⁵⁸⁸ STC 14/1984; fecha de aprobación: 3/2/1984; publicación: *BOE* 19840218 (*BOE* núm. 42), número de registro 594/1983.

⁵⁸⁹ STC 66/1996; fecha de aprobación: 16/4/1996; publicación: *BOE* 19960521 (*BOE* núm. 123), número de registro 790/1996.

de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones que no es ahora el momento de exponer en detalle, entre las que se pueden citar la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la administración de justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con ese tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados. Siguiendo esta línea, nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que, lejos de ello, la ha admitido en el artículo 25, apartado 3º, aunque como es obvio, sometiéndole a las medidas necesarias de cautela, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos... La subordinación de los actos de la administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera. De esta premisa son necesarias consecuencias las siguientes, el necesario control *a posteriori* por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso, b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos pueden ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ello, y c) la necesidad de respetar la cosa juzgada.⁵⁹⁰

6. Derecho a un recurso

Tiene especial importancia en el ámbito penal el derecho a promover un recurso en contra de la resolución o sentencia. El TC⁵⁹¹ ha puntualizado en diversas sentencias que el legislador no está obligado a diseñar un sistema determinado de recursos, pero que una vez que la ley lo ha establecido éste se integra al derecho fundamental. Precisa el Tribunal Constitucional en su sentencia 112/2001, del 7 de mayo de 2001:

⁵⁹⁰ STC 77/1983; fecha de aprobación: 3/10/1983; publicación: *BOE*: 19831107 (*BOE* núm. 26698; número de registro 368/1982, pp. 5 y 6).

⁵⁹¹ STC 112/2001, del 7 de mayo de 2001; publicación: *BOE* 20010608; registro 4608/1996, p. 3.

El Tribunal Constitucional no puede entrar a enjuiciar la corrección jurídica de las resoluciones judiciales que interpretan y aplican las reglas procesales que regulan el acceso a los recursos, ya que ni es la última instancia judicial ni nuestra jurisdicción se extiende al control del acierto de las decisiones adoptadas por los jueces en ejercicio de su competencia exclusiva sobre la selección, interpretación y aplicación de las normas procesales de conformidad con lo dispuesto en el art. 117.3 CE en lo que respecta al acceso a los recursos previstos en leyes. Por ello, cuando se alega el derecho de acceso a los recursos, el control constitucional de esas resoluciones judiciales es meramente externo y debe limitarse a comprobar que tienen motivación y si han incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica, evitando toda ponderación acerca de la corrección jurídica de las mismas.⁵⁹²

Además, señala el TC en su sentencia 9/1992, del 16 de enero, que el derecho a un recurso forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al puntualizar:

Ciertamente este Tribunal viene manteniendo que la limitación injustificada o arbitraria del acceso de los recursos legalmente previstos constituye lesión del derecho consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución, y que, si bien corresponde a los órganos de la jurisdicción ordinaria decidir en cada caso sobre el cumplimiento o no de las exigencias materiales y formales establecidas legalmente para la admisión de un determinado recurso —porque aquel derecho fundamental se satisface no sólo mediante la decisión judicial sobre el fondo planteado, sino también a través de la que acuerde su inadmisión en aplicación razonada de una de las causas previstas por la Ley— estas últimas han de ser interpretadas en el sentido más favorable a la plena sustanciación y decisión del recurso, pudiendo revisarse en sede constitucional la aplicación efectuada para evitar, en su caso, la imposición de obstáculos y formalismos enervantes contrarios al indicado derecho fundamental.⁵⁹³

⁵⁹² STC 112/2001, del 7 de mayo de 2001; publicación: *BOE* 20010608; registro 4608/1996, p. 3.

⁵⁹³ STC 9/1992, fecha de aprobación: *BOE* 19920213 (*BOE* núm. 38); número de registro 1888/1998, p. 5.

7. Los principios de reeducación y reinserción social

En el supuesto de que el inmigrante irregular sea declarado culpable y condenado por una sentencia firme, el derecho de acceso a la justicia exige, de conformidad con la Constitución española y los convenios en materia de derechos humanos ratificados por España, el orientar el cumplimiento de la pena hacia la reeducación y reinserción en la sociedad del condenado, lo cual exige favorecer el acceso al inmigrante irregular a la cultura de España, sin perder el derecho de mantener sus propias costumbres, tradiciones y cultura. La sentencia del TC 2/1987, del 21 de enero, alude al principio constitucional de reeducación y reinserción social, en los siguientes términos:

La segunda línea argumental se refiere a la exigencia constitucional de que en la dimensión penitenciaria de la pena privativa de la libertad se siga una orientación encaminada a la reeducación y reinserción social. No debe desconocerse la importancia de ese principio constitucional, que debe orientar toda política penitenciaria del Estado, pero el artículo 25.2 no confiere como tal derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación. (Auto 10 de julio de 1985), ni tampoco se ha tratado de demostrar en que medida la corrección impuesta al recurrente no podría en este caso contribuir en alguna medida a esa finalidad. Por ello tampoco puede ser acogida la argumentación actora al respecto.⁵⁹⁴

A pesar de la obligación internacional de buscar la reeducación y reinserción social de los detenidos, los derechos de los inmigrantes en situación irregular internados, de conformidad con el artículo 62 bis de la LODLEE, son los siguientes:

- a) A ser informados de su situación.
- b) A que se vele por el respeto de su vida, integridad física y salud, sin que puedan en ningún caso ser sometidos a tratos degradantes o a malos tratos de palabra o de obra y a que sea preservada su dignidad y su intimidad.

⁵⁹⁴ STC 2/1987, fecha de aprobación 21/1/1987; publicación: *BOE* 19870210 (*BOE* núm. 35), número de registro 940 y 949/1985, p. 7.

- c) A que se facilite el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las derivadas de su situación de internamiento.
- d) A recibir asistencia médica y sanitaria adecuada y ser asistidos por los servicios de asistencia social del Centro.
- e) A que se comunique inmediatamente a la persona que designe en España y a su abogado de ingreso al Centro, así como a la oficina Consular del país del que sea nacional.
- f) A ser asistido por un abogado, que proporcionara de oficio en su caso, y a comunicarse reservadamente con el mismo, incluso fuera del horario general del centro, cuando la urgencia del caso los justifique.
- g) A comunicarse en el horario establecido en el Centro, con sus familiares, funcionarios consulares de su país u otras personas, que sólo podrán restringirse por resolución judicial.
- h) A ser asistido de interpreté si no se comprende o no se habla castellano y de forma gratuita, si se careciese de medios económicos.
- i) A tener en su compañía a sus hijos menores, siempre que el Ministerio Fiscal informe favorablemente tal medida y existan en él los módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar.⁵⁹⁵

Además, debe tenerse presente que el artículo 65 de la LOPJ establece la posibilidad de que el extranjero condenado en España cumpla su condena en establecimientos penitenciarios extranjeros, si así lo prevé algún tratado internacional.

8. La especial relevancia del derecho al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 13, prevé la obligación de los Estados, de garantizar a los individuos el acceso a un recurso eficiente en los casos de violación de los derechos humanos regulados por la Convención:

Señala dicha disposición:

toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un nuevo recur-

⁵⁹⁵ Abarca Junco, Ana Paloma *et al.*, *op. cit.*, nota 493, p. 372.

so efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

Para dar cumplimiento a dicha obligación internacional se emitió la Ley 62/78, del 26 de diciembre de 1976, sobre la Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. Esta ley hoy derogada limitaba su ámbito de aplicación al segundo párrafo del artículo 53, CE. De tal suerte que resultaba aplicable

contra los actos de la Administración Pública sujetos a derecho administrativo, que afecten el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona... podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, de conformidad con las reglas del procedimiento establecido en la presente sección, y a falta de previsión especial, de acuerdo con las reglas generales de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuya aplicación será supletoria.⁵⁹⁶

Así, se circunscribía la Ley 62/78 a los actos de la administración pública o regulados por el derecho administrativo que vulneraran derechos fundamentales o libertades públicas.

Un año después se aprueba la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/79, del 3 de octubre de 1979, donde se regula al amparo. Juan José González Rivas menciona como supuestos normativos en los que procede el amparo, los siguientes:

1o. La referida a las decisiones o actos sin valor de Ley emanados de las Cortes o cualquiera de su órganos, que violen derechos o libertades susceptibles de amparo constitucional, y que pueden ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que con arreglo a las normas internas de la Cámaras o Asambleas sean firmes, vías de protección a que expresamente alude el artículo 42 de la Ley Orgánica 2/79, que pudiéramos considerar la vía de protección que afecta esencialmente a los actos sin valor de la Ley del Poder Legislativo.

2o. La vía vinculada esencialmente a la garantía contenciosa administrativa, prevista en el artículo 43.1 del texto de la Ley orgánica 2/79 y que afecta las violaciones de derechos y libertades originados, por dis-

⁵⁹⁶ González Rivas, Juan José, *La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional (1980-2005)*, Navarra, Thomson-Civitas, 2005, p. 162.

posiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho del gobierno o de sus autoridades o funcionarios o de los órganos ejecutivos, colegiados, de las Comunidades Autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes que, en consecuencia, puedan ser objeto de la protección del amparo constitucional a través del artículo 43.1 de la Ley Orgánica 2/79 pero exigiendo, en este caso, el previo agotamiento de la vía judicial procedente; que sería la contenciosa administrativa la competente.

3o. La tercera modalidad del recurso de amparo que no afectaría a los actos sin valor legal del poder ejecutivo, ni a los actos del Poder Ejecutivo se condensaría en los supuestos de recurso de amparo constitucional cuando tienen su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial.⁵⁹⁷

Cabe preguntarse frente a dichos supuestos normativos, si los inmigrantes en situación irregular tienen acceso al amparo en los términos del artículo 53, CE, por cuanto la disposición utiliza el término de “ciudadanos”. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 99/1985, del 30 de septiembre, en relación con la pregunta formulada, puntualiza:

En efecto, en la primera de las Sentencias citadas decíamos que la extranjería era irrelevante en relación con el derecho constitucional entonces controvertido, que era el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva. Así señalábamos (fundamento jurídico 2 de esta resolución) que, con determinadas salvedades expresamente previstas en el texto constitucional, los extranjeros disfrutan de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, si bien atemperado su contenido a lo establecido en los tratados internacionales y en 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 de noviembre, Sala Segunda, F.4, “Boletín Oficial del Estado” de 21 de 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 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden público español” (*Ibidem*, F.3). Pues bien, uno de estos derechos es el que “todas las personas tienen a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales”, según dice el art. 24.1 de nuestra Constitución; ello es así, no sólo

⁵⁹⁷ *Ibidem*, pp. 164 y ss.

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 CE, de conformidad con el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, con el art. 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 y con el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, 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 la nacionalidad». ⁵⁹⁸

Con base en la anterior sentencia y en el texto del artículo 53.2, surge otra pregunta: ¿procede el amparo en caso de violación de los derechos laborales de los inmigrantes en situación irregular? El TC contesta dicha pregunta en su sentencia 107/1984, del 23 de diciembre, que señala:

Las Sentencias impugnadas que declaran la nulidad del contrato de trabajo del recurrente por carecer del oportuno permiso de residencia, no vulneran el artículo 14 de la Constitución española, pues si se compara con la situación de los demás extranjeros no resulta acreditado que a ninguno de ellos, cualquiera que sea su nacionalidad, se le admita la validez del contrato sin estar provisto de la autorización de residencia, y si se compara con la situación de los españoles, al estar basada la diferencia de trato en las leyes internas justificadas por razones de orden público, generalmente aceptada en todos los países, que no limitan derechos nacidos de la común condición humana, resulta justificada y razonable.

5. La parte demandada, tras señalar que ni el art. 13, ni el 35 de la Constitución de Española son susceptibles de amparo, expone en relación al artículo 14 que el principio de igualdad ante la ley se refiere a los «españoles» y ello se hace porque sólo respecto de los españoles es posible predicar la igualdad absoluta de todos los preceptos de la Constitución, ya que sólo a ellos son de aplicación todas las normas de la Constitución, entre otras el art. 35, que señala como titulares del derecho al trabajo exclusivamente a los españoles. ⁵⁹⁹

También en la STC 64/1991, del 22 de abril de 1991, precisa el Tribunal Constitucional que el amparo procede únicamente por violaciones

⁵⁹⁸ STC 99/1985, del 30 de septiembre; fecha de aprobación: 30/9/1985; publicación: *BOE* 19851105 [«*BOE*» núm. 265], número de registro: 14/1985, p. 2.

⁵⁹⁹ STC 107/1984, fecha de aprobación: 19841221; publicación: *BOE* [«*BOE*» núm. 305], número de registro 576/1983, p. 4.

directas a los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales, de conformidad con la interpretación que de éstos se haga a la luz de los tratados sobre derechos humanos, lo cual no puede implicar en términos del TC que estos tratados fuesen un “canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales”.⁶⁰⁰

Resulta lamentable que la interpretación del TC para efectos de determinar cuáles son los derechos fundamentales en España considere únicamente el lugar de ubicación de la disposición que regula el derecho al trabajo, sin tomar en cuenta las obligaciones internacionales de España contenidas en los artículos 23 y 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, disposiciones que se incorporaron al derecho español, las cuales constituyen, de conformidad con el artículo 10, CE, y la jurisprudencia del propio TC, un núcleo mínimo indiscutible de derechos que corresponden a toda persona en razón de su propia dignidad.

Frente a la situación descrita, la única posibilidad para que un inmigrante irregular pueda acceder al amparo para el reclamo de sus derechos laborales sería la contemplada en el artículo 24, LODLEE; es decir, que pudiera probar que la privación de sus derechos laborales constituye una práctica discriminatoria, en los términos del artículo 23 de la LODLEE. La doctrina, al referirse a este tema, utiliza el término de “constitucionalidad de las discriminaciones”.⁶⁰¹ En ese sentido, Fernández Collados y Cardenal Garro puntualizan:

El derecho del trabajo recogido en el art. 35 CE, incluido en la Sección 2a. del Capítulo II del Título II de la Constitución, que ni siquiera para los nacionales resulta plenamente ejercitable, no se considera un derecho inherente a la persona y, como tal, imprescindible para garantizar su dignidad, con lo que conforme a la STC 107/1984, de 23 de noviembre (RTC 1984,107), está autorizada una diferenciación de trato con los nacionales, pues se arguye que «constitucionalmente no resulta exigible la igualdad de trato entre extranjeros —incluidos los hispanoamericanos, pues no hay diferencia nin-

⁶⁰⁰ STC 64/1991; fecha de aprobación: 22/3/1991; publicación: *BOE* 19910424 [«*BOE*» núm. 98], número de registro 853/1988, p. 22.

⁶⁰¹ Fernández Collados, Belén y Cardenal Garro, Miguel, “Régimen jurídico específico del trabajo de los extranjeros en España”, en Palomar Olmeda, Alberto (coord.), *Tratado de extranjería*, Navarra, Thomson, p. 344.

guna a favor de ellos— y los españoles en materia de acceso del trabajo y no existe tratado que así lo imponga, ya sea multilateral o bilateral» (F.4o.).⁶⁰²

Frente a estas interpretaciones, cabe recordar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos hoy día constituye un instrumento obligatorio para la comunidad internacional, cuyas normas tienen el rango de *ius cogens* y generan obligaciones *erga omnes*; además, debe recordarse la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC18, que declaró norma de *ius cogens* el principio de igualdad y no discriminación. No considerar como fundamentales los derechos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos significa en términos llanos, acabar con el concepto de la universalidad de esos derechos.

⁶⁰² *Idem.*