

**Sentencia 95/2003, de 22 de mayo<sup>2</sup>, dictada en el recurso de inconstitucionalidad 1555/1996, promovido por el Defensor del Pueblo contra el inciso «que residan legalmente en España» del apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Y voto particular que formulan los Magistrados don Vicente Conde Martín de Hijas, don Roberto García-Calvo y Montiel, y voto concurrente formulado por el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez<sup>3</sup>.**

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Tomás S. Vives Antón, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Magistrados ha pronunciado

### **EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

### **SENTENCIA**

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 1555/96, promovido por el Defensor del Pueblo contra el inciso «que residan legalmente en España» del apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Ha sido parte el Gobierno de la nación, representado por el Abogado del Estado, y Ponente el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, quien expresa el parecer del Tribunal.

---

2. *BOE* núm. 138. Suplemento, 10 de junio de 2003.

3. Cfr. texto del recurso en el apartado 1 del volumen 3, pág. 75.

## I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 12 de abril de 1996 el Defensor del Pueblo formalizó recurso de inconstitucionalidad contra el inciso «que residan legalmente en España» del apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (en adelante LAJG), al entender que vulnera los artículos 24 CE, por no respetar el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y 53.1 CE, por igual motivo.

La demanda, recogiendo la doctrina constitucional sentada en las SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, y 99/1985, de 30 de septiembre, razona que los extranjeros son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva, dentro del cual se comprende el derecho a ser asistido de abogado, y si no se dispone de medios suficientes, a que se designe uno de oficio. Es más, este derecho alcanza también a aquellos supuestos en los que no sea preceptiva la intervención de Letrado si la intervención de este resulta necesaria para garantizar una defensa real de los intereses en juego, para lo que habrá de valorarse en cada caso concreto la mayor o menor complejidad del debate procesal y la cultura y conocimientos jurídicos del solicitante. Alude también a la obligación que pesa sobre los órganos jurisdiccionales de lograr una asistencia letrada efectiva, sin que el derecho al cual se refiere quede satisfecho con el mero nombramiento de Abogado de oficio, pues el art. 6.1.c) del Convenio de Roma utiliza la voz «asistencia», de contenido más amplio que el simple nombramiento.

Seguidamente recuerda que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha efectuado una interpretación extensiva del derecho a la asistencia de abogado, de suerte que no queda constreñido por la calificación como penal o administrativo que las legislaciones nacionales efectúen del asunto en que dicha asistencia resulte requerida. Lo determinante para la aplicación del convenio es el carácter sancionador de la norma que pueda resultar aplicable al caso. Pues bien, según el Defensor del Pueblo el precepto impugnado no se ajusta a los acuerdos internacionales suscritos por España, ya que limita la asistencia jurídica gratuita, en el caso de los extranjeros residentes no legales, a la jurisdicción penal y al derecho de asilo, quedando fuera de la cobertura de la LAJG todas aquellas cuestiones que afecten al estatus personal de los extranjeros no residentes legales que carezcan de medios económicos y que no guarden relación con el derecho de asilo ni con la jurisdicción penal. Así la legislación de extranjería contempla la expulsión como sanción para los extranjeros que se encuentren ilegalmente en España, por lo que si el extranjero expulsado no dispone de recursos precisos no gozará de la asistencia jurídica (gratuita) necesaria para interponer recurso contencioso-administrativo contra el acto administrativo que acuerde su expulsión. Y como tal requisito es imprescindible para acudir a tal jurisdicción, de facto no podrá ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) respecto a la resolución en la que se acuerde su expulsión. Además, sigue razonando el Defensor del Pueblo, ello impediría solicitar la suspensión de la resolución de expulsión, haciendo así ineficaz el pronunciamiento de este Tribunal en su STC 117/1987, de 7 de julio, que declaró inconstitucional el inciso segundo del artículo 34 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de extranjería, según el cual no podía acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas de expulsión.

2. Mediante providencia de 21 de mayo de 1996 la Sección Segunda acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad y dar traslado de la demanda y documentos presentados al Congreso de los Diputados, al Senado y al Gobierno, al objeto de que, en el plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimasen convenientes, así como publicar la incoación del recurso en el *Boletín Oficial del Estado*.

3. Con fecha 30 de mayo de 1996 el Congreso de los Diputados comunicó a este Tribunal que, aun cuando no se personaría en el proceso ni formularía alegaciones, ponía a su disposición las actuaciones de la Cámara que pudieran precisarse.

Con fecha 31 de mayo del mismo año el Senado se personó en el proceso y ofreció su colaboración a los efectos del artículo 88.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

4. El Gobierno formuló alegaciones mediante escrito presentado por el Abogado del Estado en el Registro General el 6 de junio de 1996.

Comienza el Abogado del Estado por recordar que, a virtud de lo establecido en los apartados e) y f) del artículo impugnado, los extranjeros, aun cuando no residan legalmente en España, gozan de asistencia letrada gratuita en el orden jurisdiccional penal, así como en la vía administrativa y contencioso-administrativa cuando se trate del derecho de asilo, y, finalmente, también ante la jurisdicción social si tienen la condición de trabajadores o de beneficiarios de la Seguridad Social. A ello se une la previsión de la propia Ley impugnada acerca de la asistencia letrada e intérprete, de forma gratuita si se carece de medios económicos, en los supuestos de detención preventiva e internamiento en procedimientos administrativos de expulsión. Finaliza su examen previo, tendente a la delimitación del objeto del recurso de inconstitucionalidad, advirtiendo que la impugnación de las palabras «que residan legalmente en España» lleva a entender que el recurso sostiene que el artículo 24 CE obliga al legislador a reconocer el derecho de asistencia jurídica gratuita a cualquier extranjero que litigue ante los juzgados y tribunales españoles, resida o no en España (y en el primer caso, ya lo haga legal o ilegalmente). Ahora bien, tras un análisis de los convenios multilaterales en que se contienen previsiones sobre asistencia jurídica gratuita, concluye que, respecto de los extranjeros no residentes en España, la ausencia en la LAJG de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita para litigar en España no supone que no se tenga derecho a ella, sino que habrá de acudir a la normativa convencional internacional.

Efectuadas las consideraciones anteriores el Abogado del Estado sostiene que es constitucionalmente lícito que el legislador se limite a reconocer el derecho de asistencia jurídica gratuita a los extranjeros que residen legalmente en España (con extensión a otros extranjeros en casos especiales), y queden implícitamente confiadas a la norma internacional, especialmente a los convenios internacionales, las ulteriores extensiones de este derecho a otros extranjeros. Reprocha a la demanda que la mayoría de la jurisprudencia citada, tanto de este Tribunal como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se refiera a procesos penales, pues los extranjeros, residan legal o ilegalmente en España, gozan del derecho controvertido [art. 2 e) LAJG], con independencia incluso de si son acusados o acusadores. Además «el derecho a asistencia letrada del artículo 24.2 CE se circunscribe a los procesos penales y solo es pleno para el inculpado, no para las otras partes». En los demás supuestos, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el derecho a la asistencia letrada se integrará en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) si, atendidas las circunstancias del caso, resulta indispensable para lograr un acceso efectivo a la justicia. Lo hasta ahora dicho permite concretar el núcleo de su postura al Abogado del Estado, para quien las palabras impugnadas del artículo 2.a) LAJG no son inconstitucionales porque carecen del significado excluyente o privativo que les atribuye la demanda. El artículo 2.a) LAJG opera el reconocimiento del derecho de justicia gratuita a los extranjeros legalmente residentes en España, pero:

a) El artículo 2.e) LAJG extiende el reconocimiento del derecho de asistencia letrada y representación gratuita ante el orden penal a favor de cualesquiera extranjeros.

b) Otro tanto hace el artículo 2.f) LAJG, respecto al orden contencioso-administrativo (y la vía administrativa previa), a favor de quienes solicitan asilo.

c) Los artículos 2.3 y 108.7 del Reglamento de extranjería reconocen asistencia letrada de oficio a los extranjeros detenidos o internados.

d) Y los extranjeros que no residan legalmente en España, cuando no estén en los casos de las letras anteriores, pueden solicitar asistencia jurídica gratuita invocando los convenios internacionales a los que se ha hecho referencia, caso en que se aplicarán los artículos 44 y 45 LAJG.

Serán rarísimos y residuales los supuestos de extranjeros que litiguen ante jueces y tribunales españoles, no puedan ampararse en alguna de las normas internas o convencionales internacionales ya indicadas, y carezcan acreditadamente de recursos suficientes para litigar. Para estos casos excepcionales debe señalarse, en primer término, que no es infrecuente que los Estados, a través de las oficinas consulares, concedan ayudas para asistencia jurídica de sus nacionales en el extranjero. Finalmente, si el extranjero se encontrase en situación tal en la que la falta de asistencia jurídica gratuita supusiera un impedimento efectivo para su acceso a la jurisdicción o su derecho a de defensa, procedería reconocerle derecho de justicia gratuita por aplicación directa del artículo 24.1 CE.

5. Mediante providencia de 4 de junio de 2002 la Sección acordó oír a las partes (Defensor del Pueblo y Abogado del Estado) sobre la posible pérdida de objeto del presente recurso como consecuencia de la publicación de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

6. El Abogado del Estado evacuó el trámite conferido el 18 de junio de 2002. Pone de manifiesto que el artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, no deroga expresamente el artículo 2.a) LAJG recurrido de inconstitucionalidad. Tampoco puede decirse que entre ellos exista una auténtica antinomia de la que pueda derivarse su derogación ex artículo 2.1 CC, sino que simplemente existe una norma posterior que prevalece sobre la anterior. Además la doctrina constitucional sobre la pérdida sobrevenida de objeto de los recursos de inconstitucionalidad no competenciales requiere la derogación de la norma impugnada, pero cuando la derogación es tácita tal doctrina ha de ser aplicada con suma cautela, pues no deja de ser el resultado de una concreta labor interpretativa. A su juicio estamos en presencia de lo que gráficamente denomina «redundancia normativa», pues se trata de materias reguladas en distintas normas que, por ausencia de auténtica contradicción, mantienen simultánea vigencia. De otra parte, al exigirse en nuestro Derecho antinomia entre las sucesivas normas para que pueda hablarse de derogación tácita, no es fácilmente acogible la llamada *subrogatio* no antinómica, es decir, la sustitución de una norma por otra más perfecta o detallada, aun sin incompatibilidad entre ambas. Finalmente sostiene que ha podido aplicarse la normativa cuestionada y los resultados de tal aplicación han podido lograr algún tipo de subsistencia. En consecuencia entiende que el recurso de inconstitucionalidad no ha perdido sobrevenidamente su objeto.

7. El Defensor del Pueblo, en escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 24 de junio de 2002, puso de manifiesto su parecer contrario a la pérdida sobrevenida de objeto, toda vez que la regulación introducida por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, respecto de la asistencia jurídica que hay que prestar a los extranjeros, no satisface plenamente las carencias que, desde el punto de vista constitucional, se señalaron en el recurso interpuesto en su día.

8. Por providencia del 20 de mayo de 2003 se señaló, para deliberación y votación de la presente sentencia, el día 22 del mismo mes y año.

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. En el presente proceso de inconstitucionalidad el Defensor del Pueblo impugna el inciso «que residan legalmente en España» del apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (LAJG), en la medida en que excluye de tal derecho a los extranjeros que se encuentren en España de forma ilegal, vulnerándose así el artículo 24 CE al no respetar el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. El precepto impugnado dispone:

«Artículo 2. Ámbito personal de aplicación

En los términos y con el alcance previstos en esta Ley y en los Tratados y Convenios internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita: a) Los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar».

En la demanda se duele el Defensor del Pueblo de que, como consecuencia de que el derecho a la asistencia jurídica solo se reconozca con plenitud a los extranjeros legalmente residentes, los que se encuentran ilegalmente en España solo gozan de asistencia letrada y asistencia y representación gratuitas en los procesos penales [apartado e) del propio art. 2] y contencioso-administrativos referentes al derecho de asilo [apartado f) del mismo artículo]. De este modo quedarían fuera de la cobertura del derecho de asistencia jurídica gratuita todas aquellas cuestiones que afectan al estatus personal de los extranjeros que no residan legalmente y que no guarden relación con la jurisdicción penal ni con el derecho de asilo.

En concreto la legislación de extranjería contempla la sanción de expulsión, para cuya impugnación es competente la jurisdicción contencioso-administrativa. Ahora bien, como para acudir a tal jurisdicción es preceptiva la asistencia jurídica de letrado y eventualmente de procurador, en el caso de que el extranjero que se encuentra ilegalmente en España no disponga de recursos económicos para procurarse la asistencia de los referidos profesionales, como no se le reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita por los preceptos ahora recurridos de inconstitucionalidad la consecuencia es que, de hecho, se le impide ejercitar su derecho a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y obtener así una resolución judicial sobre la adecuación a Derecho de unas actuaciones administrativas que tan de lleno le afectan.

2. Conviene advertir desde el principio que, aun cuando el Abogado del Estado alude (para luego tratar de desvirtuarlas) a eventuales argumentaciones que pudieran haberse utilizado en la impugnación del precepto tachado de inconstitucional por el Defensor del Pueblo, es lo cierto que la postulada inconstitucionalidad de dicho precepto se basa exclusivamente por el recurrente en que, en virtud del mismo, los extranjeros que se encuentren ilegalmente en España y carezcan de recursos económicos no podrán interponer el recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones administrativas referentes a su estatus de extranjero (singularmente las resoluciones que acuerden su expulsión), toda vez que para ello es preciso servirse de abogado (y, eventualmente, de procurador, dejando al margen la cuestión de la competencia objetiva de los juzgados y de las salas de lo contencioso-administrativo en la materia), vulnerándose así el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Pues bien, el concreto alcance de la impugnación a que nos acabamos de referir exige poner de manifiesto que la nueva regulación que la materia ha recibido en el artículo 22 de

la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada parcialmente por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobre cuyo alcance y significación no nos corresponde pronunciarnos en el marco de este proceso constitucional, no permite entender que este haya perdido su objeto, pues se mantiene viva la necesidad de dar respuesta al problema constitucional planteado de si la relación existente entre el derecho a la gratuidad de la justicia para quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar (art. 119 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) lleva consigo la exigencia *ex constitutione* de otorgar o reconocer el derecho de asistencia jurídica gratuita a los extranjeros que, cumpliendo el resto de los requisitos impuestos legalmente a la generalidad, no reúnan la condición de residentes legalmente en España, o si, por el contrario, la atribución de tal derecho a los referidos sujetos puede ser acordada o denegada libremente por el legislador ordinario sin ligazón constitucional directa.

3. Centrada así la cuestión en si resulta o no contraria al derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE la exclusión del derecho a la asistencia letrada de oficio (a la que se refiere el Defensor del Pueblo, pero que constituye una prestación incluida el más amplio concepto legal de asistencia jurídica gratuita) de los extranjeros que no se hallen residiendo legalmente en España, comenzaremos por recordar nuestra jurisprudencia sobre la conexión instrumental entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho a la tutela judicial efectiva. Esta precisión resulta necesaria en la medida en que el Defensor del Pueblo sitúa el reproche de inconstitucionalidad en el derecho a la tutela judicial efectiva, sin alusión expresa al artículo 119 CE que consagra el derecho a la gratuidad de la justicia en los casos en los que así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. Ahora bien, la argumentación del recurrente se desenvuelve en torno a la repercusión que la falta de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita a los citados extranjeros tiene sobre el derecho a la tutela judicial efectiva de estos, por lo que, sin citar el artículo 119 CE, es llano que se está introduciendo también el contenido normativo de este precepto constitucional como elemento de contraste con la norma legal impugnada de inconstitucionalidad.

La relación existente entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita de quienes carecen de recursos económicos para litigar (art. 119 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) ha sido puesta de manifiesto por este Tribunal en no pocas ocasiones. Así, en la reciente STC 183/2001, de 17 de septiembre, recordando la doctrina sentada en la STC 117/1998, de 2 de junio, afirmábamos que: «el artículo 119 CE, al establecer que “la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”, consagra un derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el artículo 24.1 CE, pues “su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna ‘persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar’ (STC 138/1988)” (STC 16/1994, FJ 3). Ahora bien, del propio tenor del inciso primero del artículo 119 CE, según el cual la justicia será gratuita “cuando así lo disponga la ley”, se desprende que no nos hallamos ante un derecho absoluto e ilimitado. Por el contrario se trata de “un derecho prestacional y de configuración legal, cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio, como sucede con otros de esa naturaleza, corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias” (STC 16/1994, FJ 3). En consecuencia, “el legislador podrá atribuir el beneficio de justicia gratuita a quienes reúnan las

características y requisitos que considere relevantes, podrá modular la gratuidad en función del orden jurisdiccional afectado —penal, laboral, civil, etc.—, o incluso del tipo concreto de proceso y, por supuesto, en función de los recursos económicos de los que pueda disponer en cada momento” (STC 16/1994, FJ 3). La amplia libertad de configuración legal que resulta del primer inciso del artículo 119 CE no es, sin embargo, absoluta, pues el inciso segundo de dicho precepto explícitamente declara que la gratuidad de la justicia se reconocerá “en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”. Existe, por consiguiente (como también señalamos en la STC 16/1994, FJ 3), un “contenido constitucional indisponible” para el legislador que obliga a reconocer el derecho a la justicia gratuita necesariamente a quienes acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar» (STC 117/1998, FJ 3).

4. A la vista de lo anteriormente expuesto hemos de preguntarnos ahora si el legislador ha respetado el contenido constitucional indisponible que garantiza el artículo 119 CE, al configurar el derecho a la asistencia jurídica gratuita de modo tal que los extranjeros que no reúnan la condición de residentes legalmente en España, pese a acreditar insuficiencia de recursos para litigar, resultan excluidos del derecho a la gratuidad de la justicia. De no haberlo respetado, la norma impugnada, no solo vulneraría el artículo 119 de la Constitución, sino que supondría también una quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24.1 CE.

Las claves para resolver esta cuestión fueron ya apuntadas en la STC 16/1994, de 20 de enero, al resolver una cuestión de inconstitucionalidad en relación con los artículos 14 y 15 LEC, en la redacción dada por la Ley 34/1984 (preceptos que hoy se encuentran derogados). Los criterios en aquella ocasión apuntados determinaron después, ya de forma explícita en la STC 117/1998, de 2 de junio, un pronunciamiento de este Tribunal que circunscribe a las personas físicas el contenido indisponible del derecho a la asistencia jurídica gratuita, de suerte que resulta compatible con la tutela judicial efectiva la decisión del legislador de reconocer el indicado derecho tan solo a ciertas personas jurídicas. En la primera de las resoluciones aludidas el Pleno de este Tribunal consideró que el contenido indisponible que encierra el artículo 119 CE: «sin necesidad de definirlo de forma exhaustiva, supone, sin duda, que la justicia gratuita debe reconocerse a quienes no puedan hacer frente a los gastos originados por el proceso (incluidos los honorarios de los Abogados y los derechos arancelarios de los Procuradores, cuando su intervención sea preceptiva o necesaria en atención a las características del caso) sin dejar de atender a sus necesidades vitales y a las de su familia, al objeto de que nadie quede privado del acceso a la justicia por falta de recursos económicos. Dicho en otras palabras, deben sufragarse los gastos procesales a quienes, de exigirse ese pago, se verían en la alternativa de dejar de litigar o poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia personal o familiar» (STC 16/1994, FJ 3).

De lo anteriormente expuesto se deduce que toda persona física que sea titular del derecho a la tutela judicial efectiva habrá de gozar del derecho a la gratuidad de la justicia si carece de los recursos suficientes para litigar en los términos en los que este concepto jurídico indeterminado sea configurado por el legislador ordinario. Como hemos dicho en otras ocasiones, corresponde al legislador, dentro del amplio margen de libertad de configuración que es propio de su potestad legislativa, la concreción de este concepto normativo. «Puede, por ejemplo, fijarlo a partir de criterios objetivos, como el de una determinada cantidad de ingresos, u optar por un sistema de arbitrio judicial dejándolo a la decisión discrecional de los Jueces o de estos y otras instancias, o puede utilizar fórmulas mixtas limitándose a establecer las pautas genéricas que debe ponderar el Juez al conceder o denegar las solicitudes de gratuidad (número de hijos o parientes a cargo del solicitante, gastos de vivienda,

características del proceso principal, etc.)» (STC 16/1994, de 20 de marzo). Ahora bien, una vez que el concepto «insuficiencia de recursos para litigar» empleado por el artículo 119 CE resulta concretado por el legislador, todas las personas físicas titulares del derecho a la tutela judicial efectiva habrán de poderse beneficiar del derecho prestacional a la gratuidad de la justicia (insistimos: del modo y manera en que lo configura el legislador) si en ellas concurre tal insuficiencia de recursos.

Dicho de otro modo, la privación por el legislador del derecho a la gratuidad de la justicia a un grupo de personas físicas que reúnan las condiciones económicas previstas con carácter de generalidad para acceder a tal derecho implica una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva al que, de forma instrumental, ha de servir el desarrollo legislativo del artículo 119 CE, pues si no se les reconociese el derecho a la gratuidad de la justicia su derecho a la tutela judicial efectiva resultaría meramente teórico y carecería de efectividad.

5. Con respecto al derecho fundamental cuya vulneración se denuncia en el presente recurso de amparo ha de observarse que este Tribunal, ya desde la STC 99/1985, de 30 de septiembre, de la que se hizo eco la STC 115/1987, de 7 de julio, ha reconocido a los extranjeros, con independencia de su situación jurídica, la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva.

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 disfrutaban de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, si bien atemperando 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, FJ 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 artículo 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español” (ibídem, FJ 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 artículo 24.1 de nuestra Constitución; ello es así, no solo por la dicción literal del citado artículo (“todas las personas...”), sino porque a esa misma conclusión se llega interpretándolo, según exige el artículo 10.2 CE, de conformidad con el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, con el artículo 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, y con el artículo 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 su nacionalidad». (STC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2.)

6. Pues bien, a tenor de la norma impugnada, a los extranjeros que, sin tener la condición de residentes legalmente en España, pretendan impugnar alguna de las resoluciones administrativas a las que se refiere el Defensor del Pueblo en su recurso no puede reconocérseles el derecho a la asistencia jurídica gratuita pese a que reúnan las condiciones económicas que, en otro caso, les permitirían acceder a tal beneficio. De otra parte, el artículo 23 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa

(al igual que el art. 33 de la anterior Ley de 1956), exige para la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de las resoluciones a las que se refiere el Defensor del Pueblo que las partes se encuentren representadas por Procurador y defendidas por Letrado. El incumplimiento de este requisito afecta a la validez de la comparecencia y, tras el correspondiente requerimiento de subsanación, desemboca, según el artículo 45.3 de la indicada ley, en el archivo de las actuaciones, sin posibilidad de obtener, por tanto, una resolución sobre el fondo de las pretensiones que se intenten deducir ante la jurisdicción ordinaria. De ahí que, si el extranjero no residente legalmente en España no dispone de recursos suficientes para procurarse abogado que le defienda y procurador que le represente, verá cerrado su acceso a la jurisdicción y no podrá someter al control de esta la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1 CE) en un aspecto que le concierne directamente, como es su status de extranjero (permisos de residencia, trabajo, exenciones de visado, etc.), y que puede desembocar en su expulsión del territorio nacional. Ello supone, sin duda, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE, del que, como se dijo, son titulares todas las personas (también los extranjeros no residentes legalmente en España), vulneración que, al resultar de la propia norma legal, hace que esta incida en el vicio de inconstitucionalidad.

7. Finalmente han de realizarse dos precisiones en cuanto al alcance de la declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada.

La primera tiene que ver con la alegación del abogado del Estado, según la cual la estimación del recurso y la anulación del inciso «que residan legalmente en España» llevaría al reconocimiento universal del derecho a la asistencia jurídica gratuita a toda persona extranjera que, reuniendo los requisitos económicos legalmente previstos, quisiera litigar ante los juzgados y tribunales españoles, ya se encontrase en España, ya en el extranjero.

Pues bien, para efectuar el enjuiciamiento que en este momento nos compete, ha de observarse que la extensión del ámbito tuitivo del beneficio de justicia gratuita en los términos apuntados por la representación procesal del Estado conduciría a unos resultados que desde luego no vienen exigidos por el texto constitucional, cuya eficacia normativa se contrae a su ámbito propio de aplicación. Ello permite concluir que la anulación de la palabra «legalmente» contenida en el precepto impugnado conjura el riesgo de que a la norma se le atribuya un alcance desconectado por completo del vicio de inconstitucionalidad que en ella se aprecia.

Adicionalmente debemos precisar, coherentemente con la fundamentación jurídica de esta Sentencia, que la expresión «que residan [en España]» habrá de entenderse referida a la situación puramente fáctica de los que se hallan en territorio español, sin que quepa atribuir a la referida expresión un significado técnicamente acuñado de residencia autorizada administrativamente al que se refería el artículo 13.1.b) de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, vigente al tiempo de la impugnación, y al que hoy alude el artículo 29.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, pues, de lo contrario, se vaciaría por completo el sentido y alcance de la declaración de inconstitucionalidad que debemos realizar.

8. La segunda precisión anunciada tiene que ver con la extensión de los procesos en que resulta reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita como consecuencia de la parcial declaración de inconstitucionalidad del precepto impugnado. 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. Aunque pudiera cuestionarse que el recurso del Defensor del Pueblo tenga dicho alcance general, así resulta de la estimación del mismo, y, si bien se mira, el supuesto planteado por el Defensor del Pueblo no es sino uno más de los posibles en los que un extranjero, con independencia de la regularidad administrativa de su situación, tiene legitimación para acudir a los Tribunales en defensa de su pretensión. Conforme a ello hemos de concluir que el derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros venía cercenado por la norma impugnada en el caso de que careciesen de recursos económicos, en la medida legalmente prevista, para litigar.

### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar, parcialmente, el recurso de inconstitucionalidad núm. 1555/96, promovido por el Defensor del Pueblo contra el inciso «que residan legalmente en España» del apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, y en consecuencia:

1º Declarar que el inciso «legalmente» incluido en el apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, es inconstitucional y por lo tanto nulo.

2º Declarar que el término «residan», igualmente contenido en el citado apartado y artículo, solo es constitucional si se entiende en el sentido indicado en el fundamento jurídico 7.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintidós de mayo de dos mil tres.

### **Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1555/96.**

Con el respeto que siempre me merecen los criterios de los magistrados que con sus votos dan lugar a las Sentencias de este Tribunal, en ejercicio de la facultad establecida en el artículo 90.2 LOTC, considero conveniente dar publicidad a mi Voto disidente.

1. En mi opinión la Sentencia debería haber desestimado el recurso de inconstitucionalidad del Defensor del Pueblo, pues considero que el hecho de que la Ley 1/1996 no extendiese el derecho de asistencia jurídica gratuita de los extranjeros en los términos en que lo hace nuestra Sentencia; esto es, extendiéndolo a todo tipo de procesos, y no solo a aquellos para los que se ordena, no vulnera el derecho fundamental de tutela judicial efectiva, que es la clave constitucional sobre la que el Defensor del Pueblo asienta su recurso, y sobre la que se basa en definitiva nuestra Sentencia.

2. En mi criterio no existe base constitucional para la identificación absoluta de la situación de los españoles y de los extranjeros en orden al disfrute del derecho de tutela judicial efectiva en la totalidad de sus contenidos. Soy consciente de la jurisprudencia de este Tribunal que se cita en la Sentencia, que considera que nuestra Constitución atribuye el derecho de tutela judicial efectiva tanto a los españoles como a los extranjeros, entendiendo que es un derecho que corresponde a toda persona por su condición de tal, sin que el elemento de

la nacionalidad pueda justificar una distinta atribución de tal derecho. No es mi propósito entrar a discutir ahora tal generosa concepción, que, a mi juicio, no es, ni mucho menos, incontrovertible.

Pero opino que de esa base de partida no se deriva, como exigencia constitucional inderogable, la consecuencia de que derechos vinculados con el derecho de tutela judicial efectiva o instrumentales respecto de él, si se quiere, que tienen en la propia Constitución su expresa previsión y su jerarquización, se deban atribuir a los extranjeros en absoluta identidad con los españoles.

3. Frente a tal criterio considero, primero, que no existe una necesidad constitucional de identificación de las situaciones de los españoles y los extranjeros en relación a esos otros derechos; y derivado de ello que, cuando el legislador en el ejercicio de su libertad de ordenación concede a los extranjeros derechos que la Constitución no obliga a conceder, el que la ley utilice en su referencia al grupo personal que integran los extranjeros, como categoría jurídica diferenciada de los españoles, el criterio de residencia legal en España, para acotar en relación con él los extranjeros a los que se atribuye el derecho y aquellos que quedan fuera de la atribución, es no solo conforme a la Constitución, sino a la más pura lógica jurídica.

4. Creo que el tratamiento jurídico del complejísimo fenómeno de la emigración obliga a este Tribunal a ser especialmente cauteloso, y, con el máximo respeto a la mayoritaria opinión contraria de mis colegas, creo que en este caso no lo ha sido, pues la Sentencia, a mi juicio, se construye sobre la base de una ampliación de los contenidos del derecho fundamental de tutela judicial efectiva, incluyendo en ellos algo que la Constitución de modo inequívoco no incluyó en el derecho fundamental, para con ese mecanismo argumental dispensar a ese contenido añadido el mismo tratamiento constitucional que es aplicable al auténtico derecho fundamental, en cuanto limitativo de la disponibilidad del legislador en la ordenación de ese contenido añadido. Con tal modo de proceder este Tribunal se convierte, de legislador negativo que debe ser, según la consolidada caracterización doctrinal del mismo, realmente en legislador positivo, que de ningún modo puede ser.

5. Me preocupa de nuestra Sentencia más que su consecuencia inmediata, la virtualidad expansiva del mecanismo argumental que en ella se emplea, que por cierto no es nuevo (como lo evidencian, en otro orden de cosas totalmente distintas, la conversión del derecho de negociación colectiva del artículo 37 CE, no incluido entre los garantizados con el derecho de amparo constitucional —art. 53.2 CE—, en contenido del derecho de libertad sindical, artículo 28.1, sí beneficiario de dicha garantía), y que, a mi juicio, tiene mucho de artificio dialéctico de muy escaso rigor lógico.

Creo que cuando nuestra Constitución jerarquiza, como lo hace en el artículo 53 CE, el diverso significado de los derechos y principios que establece, a efectos de la vinculación del legislador, tal jerarquización no puede ser soslayada por este Tribunal Constitucional, intérprete supremo de la misma —art. 1 LOTC—, trasladando de hecho con su modo de argumentar derechos que la Constitución sitúa en un determinado emplazamiento (en este caso en el título vi) a otro (el de los derechos fundamentales), para de ese modo exigir del legislador una vinculación que solo existiría, si, en efecto, el derecho en cuestión (en este caso el de asistencia jurídica gratuita, por cierto no consagrado directamente como tal derecho constitucional, sino derivado de un mandato al legislador, lo que no es un dato baladí) se contuviese en la definición constitucional del derecho fundamental de que se trate (aquí el de tutela judicial efectiva).

Aun admitiendo que el derecho de asistencia jurídica gratuita, en cuanto instrumental del derecho de tutela judicial efectiva, pueda llegar a incluirse en el contenido de este, si la Constitución no lo incluyó, y lo hizo, por el contrario, en la regulación referida al poder

judicial (art. 119 CE), y, como ya se ha advertido, ni tan siquiera como derecho, sino como mandato al legislador en la configuración de la justicia, me parece que es ineludible atenerse a ese dato negativo, sin forzar los términos del artículo 24 CE, llevando a él contenidos que están ausentes de él.

6. No se trata de interpretar el sentido del artículo 24 CE, ateniéndose a la pauta interpretativa a que obliga su artículo 10.2 CE, lo que ciertamente sería ineludible, sino, antes de ello, de atenerse a la interpretación que directamente impone la Constitución misma, si existe en ella un tratamiento inequívoco sobre la caracterización y jerarquización de los derechos que establece, como ocurre, en mi criterio, en este caso, atendiendo, en su recto sentido, a lo dispuesto en el artículo 53.1, en relación con los artículos 24 y 119 CE.

Cuando el tratamiento jerarquizado de los diferentes derechos que regula la Constitución es uno preciso, no cabe que la sistematización de tales derechos en ella pueda ser corregida por vía interpretativa a los efectos del distinto significado que les atribuye y del distinto grado de vinculación del legislador, acudiendo a la regulación de dichos derechos en los Tratados ratificados por España, pues la función constitucional que el artículo 10.2 CE confía a dichos Tratados no permite reconocerles la virtualidad de corregir contenido inequívocos de la Constitución, o de crear derechos fundamentales que esta no ha previsto.

Pero en todo caso, para poder aflorar de un precepto de la Constitución, en el que se regulan libertades públicas o derechos fundamentales, contenidos no inmediatamente explícitos en dichos preceptos por la obligada vía interpretativa de referencia a los Tratados Internacionales, el dato lógico inexcusable será que tales contenidos figuren inequívocamente en dichos Tratados. Y es lo cierto que en los que la Sentencia cita para elaborar su argumentación (Declaración universal de derechos humanos —art. 6.1— y Pacto internacional de derechos civiles y públicos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966 —art. 14.1—) no existe previsión atinente al derecho a la justicia gratuita en los amplísimos términos en los que nuestra Sentencia la da por supuesta.

7. Creo, en suma, que constituye exceso en la interpretación de la Constitución, y supone, prácticamente la asunción por este Tribunal de un papel de legislador, que no le corresponde, la conversión de un derecho, derivado de un mandato del artículo 119 CE, en cuanto a la configuración de la Justicia (derecho de justicia gratuita), en contenido esencial del derecho fundamental de tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, cuando tal contenido (el del derecho a la asistencia jurídica gratuita) no está presente en dicho precepto, y cuando no existe ningún Tratado internacional ratificado por España de los referidos en el artículo 10.2 CE (al menos no se cita en la Sentencia) que lo consagre en los amplios términos en que lo hace la Sentencia, y ello como base para proclamar que, por exigencia constitucional directa, el legislador debía haber reconocido a todos los extranjeros, al margen de la legalidad o ilegalidad de su residencia en España, el derecho a la asistencia jurídica gratuita en todo tipo de procesos, y no solo en los que se lo otorga la ley cuestionada.

Madrid, a veintiséis de mayo de dos mil tres.

### **Voto particular que formula el Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad 1555/96.**

1. Desde el respeto a la opinión mayoritaria, valgan estas líneas como breve reflexión antes de exponer mi discrepancia con la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad 1555/96:

Sobre el delicadísimo fenómeno de la emigración cualquier operador jurídico ha de actuar con una equilibrada cautela en la que han de confluír, por un lado, la inexcusable sensibilidad inherente a un problema humano de tan relevante magnitud y, por otro, la necesidad de un control de los posibles excesos de variada índole que afectarán a los límites de lo sociológicamente aceptable en el seno de una comunidad nacional establemente consolidada y democráticamente gobernada como actualmente lo es la española.

De ahí que para quien suscribe este Voto, un pronunciamiento jurisdiccional referido a determinados aspectos de un fenómeno en indudable progresión, como es el migratorio, precisa de una específica ponderación de los intereses en conflicto para evitar que, en términos de estricta justicia, puedan, en su caso, homologarse o rectificarse planteamientos normativos como los cuestionados en esta causa, sin la emisión de decisiones interpretativas que contengan en su seno previsiones de certeza problemática al ser aplicadas.

Tan reiterada manifestación de prudencia jurisdiccional nos parece imprescindible, no solo por razones de oportunidad sino en base a una íntima convicción de que la solución adoptada estaba necesitada de una más profunda reflexión. Ello no significa reproche alguno para la decisión mayoritaria de la Sala que, como no podía ser menos, acato y respeto, sino como exposición de una prudente reserva acerca de la instauración terminante de fórmulas resolutivas que, en mi modesta opinión y a no corto plazo, pueden generar situaciones abusivas de inasumible coste presupuestario y social, por lo que merman apriorísticamente su propia dosis de efectiva aplicación y adecuado contenido.

2. Así pues, desde tal perspectiva, emito mi discrepancia en los siguientes términos:

Coincido con la Sentencia aprobada por la mayoría en que este recurso no perdió objeto por el hecho de que el legislador aprobara las Leyes Orgánicas 4/2000 y 8/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Pero, dicho esto, es indudable que la resolución del recurso interpuesto por el Defensor del Pueblo está fuertemente condicionada por la aprobación de ambas leyes orgánicas, dado que la demanda se basaba precisamente en la privación del derecho a la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros no residentes legalmente en España en los expedientes de expulsión, pues la Ley 1/1996 contemplaba solamente este derecho en los supuestos de asilo. Por decirlo de otra forma, no resulta, a mi juicio, obligado entender que la respuesta positiva a la cuestión planteada por el Defensor del Pueblo y las consideraciones que se puedan hacer respecto de los expedientes de expulsión, obligue a responder de la misma forma en el resto de los procedimientos. Ni siquiera de algunos de los previstos en la actual Ley de asistencia jurídica gratuita.

Por lo tanto, la consideración inicial debe partir de que, modificadas las previsiones de la LAJG en relación con los procesos de expulsión, en la situación actual, y pese a lo que pueda parecer del tenor de la Sentencia aprobada por la mayoría, el reconocimiento del derecho a litigar gratuitamente es, por decisión del legislador, prácticamente universal para los ciudadanos extranjeros. Y lo es con independencia de que residan o no legalmente en España, pues se ha ampliado el derecho a la asistencia jurídica gratuita a los procedimientos administrativos o judiciales que pudieran llevar a la denegación de la entrada en el territorio nacional, o a su devolución o expulsión.

Resulta así que son verdaderamente excepcionales los procedimientos judiciales en los que la situación de los extranjeros no es exactamente la misma para españoles que para aquellos. Todo ello sin tener en cuenta las posibilidades establecidas en el sistema en lo referente a orientación jurídica o asesoramiento previo a cualquier proceso, pues en dicha materia no existe tampoco distinción alguna respecto a extranjeros que residan legal o ilegalmente en España.

En resumen, además de que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y los legalmente residentes en España gozan de los mismos derechos que los españoles en esta materia, los demás extranjeros con independencia de su residencia legal en España también gozan de idéntica situación que los españoles en todos los procedimientos penales (por cierto en cualquier posición procesal, lo que no viene exigido por los Tratados internacionales), en todos los procedimientos del orden social cuando se trata de trabajadores, y en todos los procedimientos contencioso-administrativos, tanto los referentes a sanciones, como los que se refieren al asilo, entrada o expulsión del territorio nacional.

3. Por otra parte, conviene destacar que una vez que el verdadero núcleo del recurso de inconstitucionalidad que ahora se analiza quedó profundamente afectado —tal como se ha anticipado— por las reformas operadas en las leyes orgánicas ya citadas, la decisión de la mayoría se refiere exclusivamente, y, por tanto, a una limitada parte de procedimientos judiciales y, desde luego, se contrae a cuestiones distintas a las planteadas por el Defensor del Pueblo, lo que, en mi opinión, conduce a conclusiones desacertadas.

Así pues, me resulta obligado afirmar que la decisión de la que discrepo afecta a un universo indeterminado y a supuestos en los que el Estado español no estaría obligado a proporcionar asistencia jurídica a los extranjeros no residentes, conforme a los Tratados internacionales a los que se refiere el artículo 13.1 CE y nuestra doctrina.

Si a ello se añade que la Sentencia aprobada por la mayoría no diferencia de modo nítido y reconocible las muy diversas situaciones en las que se puede encontrar una persona que no siendo nacional de un Estado miembro de la Unión Europea esté en nuestro país, a pesar de ser notorio que estas son diversas y en modo alguno equiparables, se comprende mejor mi disidencia.

Por ello, creo que no es ocioso reiterar nuestra doctrina sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita que hemos calificado como un derecho de configuración legal y de naturaleza prestacional que confiere al legislador un amplio margen para decidir su desarrollo conforme a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias (STC 16/1994, por todas). Este marco de libertad de configuración del legislador también ha sido afirmado por el Tribunal, tanto en las primeras Sentencias sobre este derecho, como muy recientemente en la Sentencia 182/2002. Estamos pues, en presencia de doctrina consolidada de la que es, por todas, exponente revelador la STC 12/1998, en la que se desestimó la cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre la posibilidad de denegar el derecho a quienes trataran de llevar a los Tribunales pretensiones insostenibles en el marco de tal libertad de configuración normativa del derecho consagrado en el artículo 119 CE, afirmando de modo expreso que no es contrario a la Constitución la instauración de un límite legal al libre ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción por parte de los ciudadanos que carecen de recursos económicos suficientes para litigar. Este límite, se ha dicho, está basado en una finalidad constitucional legítima, razonable y proporcionada. Tal limitación —que recordemos está relacionada con el derecho de acceso al proceso— «se encuentra entre los que legítimamente puede perseguir el legislador a la hora de limitar el libre ejercicio del derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales».

4. Con tal visión, y a partir de los precedentes presupuestos, entiendo que tratándose de extranjeros, la Sentencia de la mayoría realiza una interpretación que no puedo asumir según está formulada, lo que conduce a la formalización del presente Voto en cuyo frontispicio debo afirmar mi coincidencia con la conclusión a la que llega el otro Voto particular discrepante. Esto es, que la tesis de la mayoría nos convierte en legisladores positivos al haber regulado aspectos del derecho a la asistencia jurídica gratuita que el propio legislador no ha regulado.

La Sentencia mayoritaria parte de que nuestra carta magna impone que todos los extranjeros, en todos los órdenes jurisdiccionales, sin distinción del carácter legal o ilegal de su residencia, han de disfrutar de una prestación como es la asistencia jurídica gratuita porque forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva.

No comparto dicha conclusión. Es cierto que el legislador no puede suprimir para los extranjeros el derecho a la asistencia jurídica gratuita pues ello iría contra lo dispuesto en el artículo 13.1 CE. Pero estando ante un derecho de configuración legal y de carácter prestacional, no resulta obligado por la Constitución extenderlo a todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa y en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo que se trate de aquellos procedimientos en los que así resulte obligado por los Tratados internacionales. La concesión del derecho de asistencia jurídica gratuita puede ser modulada por el legislador atribuyendo un mayor o menor contenido al derecho o a las prestaciones, o atemperándola con relación a las situaciones administrativas para excluir, donde no resulte obligado por los referidos Tratados, a grupos indeterminados de personas. Ese fue el tenor del Voto particular a la STC 115/1987 con el que, en este punto, me identifico plenamente.

En consecuencia, una vez que el legislador reformó la Ley de asistencia jurídica gratuita y admitió, de modo generalizado y sin reserva alguna relacionada con la residencia, la asistencia jurídica gratuita en los procesos contencioso-administrativos en los que estaba en juego la entrada o expulsión de los extranjeros, no resultaba obligado *ex constitutione* reconocer este derecho a todos los extranjeros en todos los procesos como, en mi modesta opinión, con criterio equivocado afirma la tesis mayoritaria. El legislador tiene aquí un marco de actuación muy amplio y podía —como lo hizo— establecer un contenido concreto, sin por ello vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, de suerte que, resuelta la situación planteada por los procesos de expulsión a los que se refería indudablemente el recurso del Defensor del Pueblo, debió desestimarse el recurso en el resto y en los términos antes expuestos.

Este es, pues, el contenido del presente Voto particular.

En Madrid, a veintiséis de mayo de dos mil tres.

### **Voto concurrente que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad 1555/96.**

1. A diferencia de lo que suele acontecer en los Tribunales ordinarios, en el Derecho comparado los Tribunales Constitucionales resuelven muy a menudo con diferentes voces. Por eso el artículo 90.2 de nuestra Ley Orgánica nos faculta para que reflejemos en un Voto particular nuestra opinión discrepante de la mayoría, cuando la misma se ha defendido en el acto de deliberación y fallo de un recurso.

2. La Sentencia de la mayoría parece tener un razonamiento lógico impecable. Parte de dos premisas asentadas en nuestra jurisprudencia, a saber: a) que, conforme a una doctrina de las SSTC 183/2001 y 117/1998, el beneficio de justicia gratuita es un derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción del artículo 24 CE, y b) que el derecho a la tutela judicial efectiva es uno de los derechos inherentes a la condición humana (desde la STC 99/1985, confirmada en la STC 115/1987). Por eso la Sentencia mayoritaria, razonando con rigor, no duda en extender, en condiciones de igualdad con los españoles y ciudadanos de la Unión Europea, el beneficio de justicia gratuita a todos los extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

3. Ciertamente que tal extensión conduce a un resultado de aceptación difícil: En todas las circunstancias en las que los tribunales españoles sean competentes para resolver de un asunto bastará la presencia de un elemento de extranjería, aunque el extranjero se encuentre en el extranjero y sin relación con nuestro territorio, para que el Estado español arbitre *urbi et orbe*, si el extranjero carece de recursos suficientes, un sistema que le permita disfrutar del beneficio de justicia gratuita. El «esfuerzo social colectivo y solidario que requiere el disfrute de tal beneficio [el de justicia gratuita] por parte de los ciudadanos más desfavorecidos económicamente» (en palabras de la STC 12/1998) sería dirigido a sufragar con dinero público la defensa de pretensiones de personas que no solo no son ciudadanos españoles sino que no han tenido con el Estado otro contacto que el de trabajar la competencia de los Tribunales del foro. Bastaría una insuficiencia, siquiera coyuntural, de fondos presupuestarios para mostrar la imposibilidad de asentar tal posibilidad como una exigencia que dimanara de la Constitución misma, aunque sería sin duda una conquista de nuestro Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE). Tal vez por la dificultad de esta conclusión la Sentencia mayoritaria formula las precisiones del séptimo de los fundamentos de Derecho. Dicho fundamento introduce matices importantes tendentes a limitar el beneficio de justicia gratuita a quienes ya han traspasado, por así decirlo, el umbral de nuestro ordenamiento jurídico y que, tras entrar y obtener permanencia en el territorio español, solicitan desde él que se les conceda el beneficio de justicia gratuita. La interpretación que, conforme a la Constitución, se hace en el apartado 2 del fallo y en el fundamento jurídico 7 de la Sentencia de la expresión “que residan en España” me parece, no obstante, indeterminada e imprecisa en su alcance (cfr. *ad exemplum*, el artículo 1 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, BOE 77/1988, de 30 de marzo). No creo que pueda entenderse dicha interpretación como una exigencia que se impone *ex constitutione* al legislador. Las muy diferentes posiciones (turista, trabajador temporal, inmigrante, etc.) de quienes, en una «situación puramente fáctica» (sic en FJ 7) se hallan en territorio español deben, y a mi modo de ver «pueden», ser contempladas y precisadas por el legislador constitucional que desarrolle el artículo 119 CE, ya que en el segundo inciso de este precepto constitucional se garantiza un derecho de clara configuración legal, como ha enseñado la jurisprudencia que recoge la propia Sentencia mayoritaria (FJ 3) y subraya uno de los Votos discrepantes. Hechas estas matizaciones resulta difícil no compartir la Sentencia mayoritaria, en cuanto la misma se limita a aceptar respecto de la Ley de asistencia jurídica gratuita de 10 de enero de 1996 lo que, aunque también con matices en los que aquí no hay que entrar, las Leyes de extranjería 4/2000 y 8/2000 reconocen ya hoy, venturosamente, para los extranjeros, bien se encuentren estos legal o ilegalmente en España.

4. Creo, no obstante, que el artículo 13 CE contiene una norma de contenido propio, esencial en la materia de derechos y libertades de los extranjeros en España, dotada en sí misma de un contenido protector de dichas libertades y derechos fundamentales (STC 15/1987). La jurisprudencia ordinaria (SSTS de 13 de junio y 24 de septiembre de 1991 y de 12 de noviembre de 1992) puso de relieve que existen normas de Derecho internacional general que inciden en el ordenamiento español, abierto al internacionalismo (párrafo final del Preámbulo CE). Dichas normas obligan a todos los Estados soberanos a reconocer en su ordenamiento interno el derecho de acceso a los Tribunales de los súbditos extranjeros que se relacionen con él y garantizan un *standard* *minimum* internacional. En consecuencia aun en la hipótesis —por fortuna meramente teórica— de que los Tratados y Convenios que integran el denominado Derecho internacional humanitario no existiesen o no vinculasen al Reino de España, regiría en nuestro Derecho por virtud de la misma Constitución, y con anterioridad incluso a los tratados internacionales a que se refiere el artículo 13 CE, lo que

en nuestra tradición histórica se denominaban «derechos independientes de toda condición de espacio y para cuyo ejercicio no es necesario el medio de la nacionalidad». Pues bien, son esos en realidad, a mi entender, los «derechos inherentes a la condición humana» acertadamente proclamados en las SSTC 107/1984 y 99/1985.

5. Como muy bien señala el fundamento de Derecho quinto de la Sentencia mayoritaria entre los derechos expresados se halla, sin duda, el derecho a la tutela judicial efectiva que corresponde tanto a españoles como a extranjeros, debiendo ser su regulación igual para ambos en el sentido constitucional del principio de igualdad. El derecho a la tutela judicial efectiva, que consagra el artículo 24 CE, rige por ello para los extranjeros y se configura, ya en un plano distinto al del texto constitucional, por lo que resulte de los tratados internacionales y, dentro de un obligado respeto a los límites por ellos impuestos, a su desarrollo mediante la correspondiente ley (orgánica en el caso del desarrollo del art. 13 CE y ordinaria en el caso del art. 119 CE). Mi discrepancia con la mayoría concluye al poner de relieve que la exigencia de igualdad no puede ser entendida necesariamente como obligación de identidad. No debe inspirar recelos una regulación no idéntica para españoles y extranjeros en la materia que nos ocupa. Como es evidente que en el estatuto de extranjería existen delicadas cuestiones que son diferentes a las que se plantean en el estatuto de ciudadanía, la igualdad en la atribución o titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva no implica excluir una regulación legislativa distinta del beneficio de justicia gratuita, siempre que se ajuste a cánones de proporcionalidad y razonabilidad.

En tal sentido emito mi Voto concurrente.

Madrid, a veintiséis de mayo de dos mil tres.