

INMIGRACIÓN ILEGAL Y JUSTICIA GRATUITA

M.^a VICTORIA CUARTERO RUBIO
Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. *El recurso contra el art. 2.a. LAJG.* 2. *La Sentencia TC 95/2003, de 22 de mayo: una cuestión de principios.* II. LA ARGUMENTACIÓN DE LA SENTENCIA. 1. *El razonamiento que está: silogismo en clave de extranjería.* 2. *El razonamiento que no está: silogismo en clave de competencia judicial internacional.* III. CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA RESPECTO DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2003/8/CE. 1. *La Directiva 2003/8/CE.* 2. *Residentes legales y residentes ilegales en la Directiva.* 3. *Interrogantes constitucionales.* IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

1. *El recurso contra el art. 2. a. LAJG*

El art. 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita define el ámbito personal del derecho a la asistencia jurídica gratuita (1). En concreto, el apdo. a. indica que:

(1) Sobre el derecho de justicia gratuita de los extranjeros en España con anterioridad a la Ley *vid.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 2^a ed., Madrid, Civitas, 2001, pp. 351-352; J.D. González Campos y R. Recondo Porrúa, *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, 2^a ed., Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 1981, pp. 116-117; sobre la situación tras la Ley *vid.* M. Aguilar Benítez de Lugo, «La asistencia judicial gratuita en Derecho internacional privado», *B.I.M.J.*, núm. 1805, 1997, pp. 1887-1925; en extenso *vid.* la monografía de J.M. de Dios, *La asistencia jurídica gratuita en Derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 1999. Sobre los distintos sistemas de justicia gratuita en Derecho comparado, *vid.* A. Gutiérrez Zarza, *La asistencia jurídica gratuita en el proceso civil*, Madrid, Colex, 1998, pp. 29-40. Sobre las diferencias y coincidencias en las legislaciones nacionales *vid.* *Actes et do-*

»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» (2).

Esta redacción fue objeto de inmediato recurso ante el TC promovido por el Defensor del Pueblo (3) al objeto de comprobar la compatibilidad con nuestra Constitución de la limitación del derecho respecto de los extranjeros «que residan legalmente en España». La Constitución recoge expresamente el derecho a la asistencia jurídica gratuita dentro del Título VI, «Del Poder Judicial», en su art. 119: «la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley, y en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar». No obstante, partiendo de este reconocimiento, las disposiciones alegadas en el recurso del Defensor del Pueblo como potencialmente vulneradas son los arts. 24 y 53.1. CE; de esta forma se plantea el problema como cuestión del ámbito de protección propio del Título I, Capítulo segundo de la Constitución. El recurso se sustenta básicamente sobre la interpretación constitucional que vincula el derecho a la asistencia jurídica gratuita con la tutela judicial efectiva, cuya titularidad ha sido reconocida expresamente para los extranjeros, así como sobre la interpretación amplia del art. 6.1.c) (*sic*) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales llevada a cabo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Pese al tenor utilizado en el art. 2.a. LAJG, la exclusión de los inmigrantes ilegales del derecho de asistencia jurídica gratuita tiene un efecto más limitado de lo que pueda parecer; pero decisivo. Tiene un efecto limitado ya que el propio art. 2 en apdos. posteriores se encarga de asegurar el derecho de justicia gratuita a los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, en el orden jurisdiccional penal (art. 2.e.) y en el orden contencioso-administrativo, respecto de los pro-

cuments de la Quatorzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé, t. IV, La Haya, 1983, pp. 34-49; en el entorno europeo *vid.* Comisión Europea, *Guía de asesoramiento jurídico y beneficio de justicia gratuita en el Espacio Económico Europeo*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, 1997.

(2) El beneficio de justicia gratuita se sujeta a una serie de condiciones, notablemente la falta de recursos económicos, pero también otras; por ejemplo, que la pretensión no sea manifiestamente infundada. Las afirmaciones que se hacen en adelante en este trabajo dan por supuesto que concurren todas las condiciones objetivas necesarias.

(3) Recurso de inconstitucionalidad núm. 1555/96.

cesos relativos a solicitud de asilo (art. 2.f.). Pero la limitación tiene un efecto decisivo puesto que, y llama la atención, la redacción de la Ley no contempla el supuesto que habría de ser, sin duda, el más preocupante para el inmigrante en situación irregular: la expulsión. En efecto, tal y como se redacta el art. 2, no sólo el tenor literal ignora este tipo de procesos sino que, al incluir de forma expresa un proceso concreto en el orden contencioso-administrativo (el de solicitud de asilo), dificulta la posibilidad de una interpretación extensiva que podría permitir incluir el derecho en un proceso de expulsión vía excepción *in casu*. Ya sólo por esto, que el inmigrante ilegal falto de recursos no pueda recurrir el acto que acuerda su expulsión ni solicitar su suspensión, el art. 2 LAJG era carne segura de recurso (4).

En defensa de la Ley, el Abogado del Estado argumenta precisamente lo que acabamos de destacar: que, vistos los apdos. e y f, además del apdo. d, relativo al orden social por el que resultan también beneficiarios del derecho de justicia gratuita «los trabajadores y los beneficiarios del sistema de Seguridad Social» (5) y la previsión del Reglamento de extranjería en cuanto a los extranjeros detenidos o internados, el impacto de la limitación es relativo y lo valora como tolerable. Además, estas previsiones, unidas a la actuación de los Convenios internacionales en la materia (6) y a determinadas prácticas consulares (tendientes a auxiliar a sus nacionales en casos de desamparo) convertirían la limitación del art. 2.a. LAJG en un falso problema *de facto*. Al fin, y esto resulta decididamente destacable, si la situación es tal que resulta imposible el acceso a la justicia por causa de la exclusión del derecho, el Abogado del Estado ha de admitir que «procedería reconocerle el derecho de justicia gratuita por aplicación directa del art. 24.1. CE».

(4) Desde la publicación de la Ley la doctrina se mostró crítica con la limitación del derecho a los residentes legales, de forma más o menos contundente, cf. en extenso A. Lara Aguado, «El derecho de los extranjeros a la asistencia jurídica gratuita en la Ley 1/1996, de 10 de enero», *REDI*, vol. XLVIII, 1996-2, pp. 130-132; también entre otros M^º D. Adam Muñoz, *El proceso civil con elemento extranjero y la cooperación judicial internacional*, 2^a ed., Pamplona, Aranzadi, p. 59; M. Aguilar Benítez de Lugo y otros, *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, Sevilla, Universidad, 2002, p. 138; J.M. de Dios, *op. cit.*, pp. 129-130. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 353-354; A. Marín López, «La asistencia judicial gratuita», *AEDIPr*, t. 0, 2000, p. 319; M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional, Litigación internacional*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 300-301.

(5) El art. 2.d. utiliza un tenor diferente a los apdos. e y f. Mientras que en estos dos últimos hay una referencia expresa que incluye a quienes no tienen residencia legal, el apdo. d no hace mención alguna a la cuestión. Además, no parece que el grueso del problema sean los inmigrantes trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social.

(6) Sobre el juego de los Convenios internacionales *vid. supra*.

Con posterioridad a la LAJG y a la interposición del recurso de inconstitucionalidad vio la luz la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Hubo que esperar hasta la inmediata reforma de la misma por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre para ver la modificación más evidente en materia de justicia gratuita (7). Así, de conformidad con el art. 22 de la Ley reformada, el derecho de asistencia jurídica gratuita en los procedimientos administrativos o judiciales relativos a entrada, devolución o expulsión del territorio español alcanza a «los extranjeros que se hallen en España» con la única condición de la insuficiencia de medios para litigar. Pese a esta nueva previsión el recurso siguió adelante puesto que no se consideró pérdida de objeto: la potencial incompatibilidad del art. 2.a. LAJG con la Constitución seguía existiendo (8). La más reciente reforma de la citada Ley mediante la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre tampoco ha alterado el estado de la cuestión (9).

2. La Sentencia TC 95/2003, de 22 de mayo: una cuestión de principios

El recurso ha sido resuelto mediante la Sent. TC 95/2003, de 22 de mayo de 2003 (10). El TC ha estimado parcialmente el recurso: por una parte, considera contrario a la Constitución el inciso «legalmente»; por otra, entiende que el término «residan» sólo es constitucional si se in-

(7) Pub. BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, con corrección de errores pub. BOE núm. 20, de 24 de enero de 2000 y BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2000, con corrección de errores pub. BOE núm.47, de 23 de febrero de 2001.

(8) El Abogado del Estado consideró igualmente que no había caso de pérdida de objeto toda vez que la relación entre la norma anterior y la posterior no quedaba suficientemente clara (de hecho, la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la 8/2000 no incluye una disposición derogatoria relativa a la LAJG).

(9) Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal, pub. BOE núm. 279 de 21 de noviembre de 2003. Vid. una valoración de esta Ley en cuanto a justicia gratuita así como del RD 996/2003, de 25 de julio (pub. BOE núm. 188, de 7 de agosto de 2003) en M^a A. Aguado, «Litigios transfronterizos y justicia gratuita (a propósito de la Directiva 2003/8/CE del Consejo de 27 de enero de 2003)», RDCE, 2004, n^o 17, p. 84.

(10) Pub. Supl. BOE núm. 138, de 10 de junio de 2003, pp. 51-60.

terpreta como situación fáctica de los que se hallan en España, desnudo de cualquier consideración administrativa o jurídica. La decisión puede suscitar mayor discusión como pone en evidencia el hecho de que vaya acompañada de tres Votos (11). Por el momento interesa destacar las dos puntualizaciones que la Sentencia se ve obligada a realizar al objeto de aclarar el alcance de su interpretación y que se recogen en su Fundamento 7.

La primera aclaración se refiere a un argumento introducido por el Abogado del Estado en forma de reducción al absurdo y de conformidad con el cual: «la impugnación de las palabras «que residan legalmente en España» lleva a entender que ... el art. 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)». El hecho de que tal conclusión se presente como extravagante pone en evidencia una determinada percepción del problema; percepción que es asumida por la Sentencia (12). Así, el Tribunal se preocupa por aclarar que de su decisión no se debe concluir un alcance como el señalado: el reconocimiento de la justicia gratuita a los residentes ilegales en España no debe suponer un reconocimiento universal del derecho a todo el que quiera litigar ante los Tribunales y Juzgados españoles. Esta acotación sorprende por cuanto hace pensar que la Sentencia, sin duda y justificadamente enfocada a través de la lente del complejo fenómeno de la inmigración, no se plantea la conexión con el sistema español de competencia judicial internacional y hace saltar las alarmas porque, con la intención de aclarar el reconocimiento del derecho respecto del residente ilegal, trae a primer término la situación en que queda el derecho del no residente que quiere/puede (13) litigar ante nuestros Tribunales; al fin, la función del sistema de competencia judicial internacional. En ningún momento la Sentencia utiliza el término «competencia judicial internacional» y esta ausencia es muy elocuente. Tal es así que el dere-

(11) Votos particulares formulados por los Magistrados D. Vicente Conde Martín de Hijas y D. Roberto García-Calvo y Montiel y Voto concurrente formulado por el Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

(12) Es por esto que la Sentencia es calificada de «poco satisfactoria» en cuanto afirma el derecho para los residentes ilegales pero no para los no residentes, cf. A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. 1, Granada, Comares, 2004, p. 432.

(13) El término «quieran» puede conducir a confusión. Si los Tribunales españoles tienen foro para conocer, la parte puede demandar y ser demandada. Si no tienen foro, la pretensión es manifiestamente infundada y no concurre una de las condiciones necesarias para plantear el beneficio de justicia gratuita.

cho a la justicia gratuita se reconoce a quienes no residan legalmente si concurren las demás condiciones del beneficio, también la legitimación, pero no se acota expresamente lo evidente: «para los litigios en los que los Tribunales españoles sean competentes». Sobre esta ausencia volveremos en el apdo. siguiente

La segunda aclaración versa sobre la extensión de los procesos que deben considerarse incluidos en el reconocido derecho de asistencia jurídica gratuita respecto de los residentes en España. El Tribunal afirma que el derecho se extiende «en relación con cualquier tipo de proceso a efectos del cual gocen de la precisa legitimación». Esta precisión parece sumamente importante por cuanto sitúa el problema que plantea el recurso del Defensor del Pueblo en sus justos términos: la Sentencia puede cubrir en la práctica más o menos casos concretos, pero la afirmación del derecho de justicia gratuita a los residentes ilegales debe realizarse de forma genérica, para cualquier hipótesis; es decir, como principio. En efecto, ya se ha señalado que la limitación impuesta por el art. 2.a. LAJG parecía más agresiva en la letra que en su potencialidad en la práctica. Sobre esto se sostiene en parte la argumentación de los defensores de su tenor literal (Abogado del Estado y Votos particulares). Si a ello añadimos la reforma operada por el art. 22 LO 4/2000 tras la modificación por la LO 8/2000 su espectro parecía aún más limitado. Sin embargo, la Sentencia hace una aportación necesaria: declara el alcance del derecho en forma de principio. Por tanto, en el reconocimiento del derecho a la justicia gratuita a quienes no residan legalmente caben hipótesis muy reales como la reclamación de los derechos que la LO 4/2000 reconoce a los extranjeros aun ilegales o los específicos reconocidos a los ilegales menores o mujeres embarazadas (14). Pero también, como principio, les asiste el derecho de justicia gratuita en todo proceso; también en las hipótesis de Derecho privado. La política legislativa en materia de inmigración ilegal tiene una consecuencia inmediata sobre el Derecho privado de este colectivo y es el riesgo constante de vivir sus relaciones privadas en la «alegalidad». Tal vez por la vía de reconocer el interés de Derecho público inherente al problema de la justicia gratuita se abra una puerta al Derecho privado para el inmigrante ilegal.

(14) Vid. M^a V. Cuartero Rubio, «Los derechos de los menores inmigrantes», T. Martín López (coord.), *El Derecho y los derechos de los niños*, Madrid, Exlibris, 2003, pp. 27-37; M^a A. Asín Cabrera, «Una variable singular de extranjería en España: la situación y protección jurídica de las mujeres inmigrantes embarazadas y de los nacidos en territorio español», *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, n^o 18, 2001, pp. 79-97.

Que la Sentencia resuelve una cuestión de principios es fundamental también desde la perspectiva de los Convenios internacionales que abordan el problema de la asistencia jurídica gratuita. La decisión del TC resuelve una cuestión de principios, con independencia de que en la práctica haya más o menos supuestos concretos que pudieran llegar a la misma solución por mor de la aplicación al caso de un Convenio. Es importante destacar esto porque la alusión a los Convenios internacionales en la materia se repite en este asunto: en la argumentación del Abogado del Estado, en los Fundamentos jurídicos de la Sentencia, en los Votos particulares. Y aparece para justificar tesis diferentes y sin que quede claro en ocasiones a qué cuerpo convencional se hace referencia. Los Convenios involucrados pueden separarse en dos grupos. Por una parte, el problema objeto de la Sentencia TC reclama la presencia de los Convenios internacionales relativos a derechos humanos; notablemente, en aquellas disposiciones que se refieren al derecho de tutela judicial efectiva. Por esta razón, para vincular este derecho a «toda persona» la Sentencia recurre, vía art. 10.2. de la Constitución, a la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 10, al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, art. 6 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.1 (15). Pero también estos mismos textos son citados por referencia en los Votos anejos a la Sentencia para negar que de ellos se derive indefectiblemente la extensión de la justicia gratuita operada en la Decisión del TC (16). Por otra parte, los Convenios internacionales directamente afectados son aquéllos que regulan la asistencia jurídica gratuita.

Entendemos que son estos últimos Convenios los utilizados por el Abogado del Estado. Los principales textos que se incluyen en este grupo son el Convenio de La Haya relativo al procedimiento civil de 1 de marzo de 1954 (17), el Acuerdo Europeo de Estrasburgo sobre transmisión de solicitudes de asistencia jurídica gratuita de 27 de enero de 1977 (18) y el Convenio de La Haya tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia, de 25 de octubre de 1980 (19). El entramado convencio-

(15) Cf. Fundamento 5 de la Sentencia. También puede entenderse que es a estos Convenios a los que se refiere el recurso del Defensor del Pueblo, máxime si consideramos que sí lo hace de forma expresa al Convenio Europeo.

(16) Cf. Votos particulares formulados por los Magistrados D. Vicente Conde Martín de Hijas y D. Roberto García-Calvo y Montiel (que los canaliza vía art. 13.1. de la Constitución) y Voto concurrente formulado por el Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

(17) Pub. BOE núm. 297, de 13 de diciembre de 1961.

(18) Pub. BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1985.

(19) Pub. BOE núm. 77, de 30 de marzo de 1988; corrección de errores pub. BOE núm. 86, de 11 de abril de 1989.

nal en la materia se completa con una serie de Convenios multilaterales y bilaterales que contienen previsiones sobre justicia gratuita, ya como derecho, ya como extensión del derecho en el Estado requerido del derecho concedido en el Estado de origen de la decisión en el sector del reconocimiento y ejecución de decisiones (20). En este último capítulo entrarían en juego también otras normas comunitarias como el Reglamento (CE) núm. 44/2001, art. 50 (21) (también en los textos de los Convenios de Bruselas y Lugano, arts. 44) o el Reglamento (CE) núm. 2201/2003, art. 50 (22).

En este contexto, la hipótesis del Abogado del Estado se resume en lo siguiente: a la vista del juego convencional, el no reconocimiento en la Ley del derecho de justicia gratuita a quienes no residan legalmente «no supone que no se tenga derecho a ella, sino que habrá de acudir a la normativa convencional internacional» (23), momento en el cual se admite que, si no se consiguiera tal resultado por la acción de los Convenios habría de reconocerse el derecho por la vía directa del art. 24 de la Constitución (24). En suma, lo que viene a defender es que, *de facto*, gracias a los Convenios internacionales estamos ante un falso problema que hace innecesaria la modificación del precepto recurrido. Es cierto que el juego de estos Convenios resuelve en gran medida los supuestos de justicia gratuita en situaciones privadas internacionales toda vez que se asientan en un principio de igualdad de trato con los nacionales para los nacionales de los demás Estados parte en el Convenio y, en algunos casos, también para sus residentes habituales. Si la condición es la nacionalidad de Estado parte, el requisito de residencia (legal o no) no limita el derecho. Si la condición es la residencia habitual también podría llegarse a similar solución toda vez que no parece que pueda en-

(20) Para un análisis detallado de los Convenios afectos en la materia *vid.* J.M. de Dios, *op. cit.*, pp. 82-123; también M.^a A. Lara Aguado, «Litigios transfronterizos ... *loc. cit.* *op. cit.*, pp. 94-101.

(21) Reglamento del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, pub. *DOCE* núm. L 12, de 16 de enero de 2001, con corrección de errores pub. *DOCE* L 307, de 24 de noviembre de 2001; *DOCE* núm. L 176 de 5 de julio de 2002, modificado *DOCE* núm. L 225 de 22 de agosto de 2002 y *DOCE* núm. L 236 de 23 de septiembre de 2003.

(22) Reglamento del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, pub. *DOCE* núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003.

(23) De hecho, el razonamiento juega a la inversa: no es que, en caso de que la Ley no reconozca el derecho se haya de recurrir a los Convenios: si se ha llegado a la Ley es después de descartar el beneficio sobre la base de algún Convenio.

(24) Antecedente 4.

tenderse el requisito como condicionado a la legalidad de la residencia (25). De esta forma el nacional o residente habitual de un Estado parte que solicita la justicia gratuita en España la recibe de conformidad con el Convenio y, en efecto, evita el restrictivo alcance del art. 2.a. LAJG.

Pero que el juego de los Convenios determine que *de facto* se mitigue el problema (26) no es una respuesta a la pregunta que se plantea en términos constitucionales: si cabe acotar el derecho de justicia gratuita sobre la base de la legalidad de la residencia. Es la interpretación constitucional del derecho la clave que debe sustentar el grupo normativo que regula el derecho de justicia gratuita. Precisamente si el entramado de Convenios internacionales resuelve el problema de forma parcial es como sumatorio de soluciones-interpretaciones ajustadas constitucionalmente en los casos concretos (dentro del ámbito de aplicación de cada Convenio). Lejos de ser innecesaria, la interpretación constitucional sistematiza el grupo y permite una interpretación coherente del ámbito de aplicación del derecho, sea regulado en la fuente que sea: por supuesto en la Ley pero también en los Convenios y el Derecho derivado. La relación del problema que se resuelve en la Sentencia con el entramado de Convenios sobre la materia es justamente al revés de como parece plantearse: el derecho de justicia gratuita no puede limitarse por mor de la regularidad de la residencia en España por mandato de la Constitución tal y como ha sido interpretada en la Sentencia 95/2003 y de ahí se colige que los Convenios en vigor en España deben ser así interpretados (y no que por el hecho de que haya una entramado de Convenios que minimiza el problema la clave constitucional sea innecesaria).

(25) Es interesante destacar que en los trabajos de la Conferencia de La Haya preparatorios del Convenio de 25 de octubre de 1980 tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia se trató en profundidad la situación de los residentes habituales pero no aparece ninguna alusión al carácter de esa residencia, cf. *Actes et documents ... op. cit.*; así se observa en las respuestas de los Gobiernos al Cuestionario y en el Informe explicativo al Convenio de G. Möller (*ibid.* pp. 265-267).

(26) Es cierto que mitiga el problema real pero no que cubra todos los casos posibles; de hecho, el propio Abogado del Estado lo reconoce al proponer resolver el problema «residual» por aplicación directa del art. 24 CE. Más pruebas de que el problema «residual» tiene importancia más allá de la cuestión principal: a) si los excluidos por la Ley están en realidad cubiertos la modificación de la Ley no supondría incremento de coste alguno (eliminaría cualquier reflexión economicista del problema); b) si el juego de los Convenios desplazara a la norma interna en su totalidad lo que sobraría sería cualquier alusión a situaciones privadas internacionales en la misma. Pero pongámonos, en hipótesis, en el caso de que se construyera un entramado de Convenios tal que cubriera todos los casos posibles. Tampoco entonces se resolvería el problema pues la solución estaría pendiente del hilo de la denuncia de cualquiera de tales Convenios.

II. LA ARGUMENTACIÓN DE LA SENTENCIA

1. *El razonamiento que está: silogismo en clave de extranjería*

La argumentación seguida por el TC se estructura en torno a un silogismo: la premisa primera se construye sobre el binomio asistencia jurídica gratuita-tutela judicial efectiva, la premisa segunda sobre el binomio tutela judicial efectiva-derechos de los extranjeros. Sobre este esquema, el TC explora el alcance de las dos premisas, de donde resulta de forma automática la conclusión, en la que se reúnen el derecho de asistencia jurídica gratuita y los derechos de los extranjeros. Es cierto que, a tal fin, el Tribunal dispone de una batería jurisprudencial importante ya que son muchas las sentencias constitucionales que se han pronunciado sobre la conexión justicia gratuita-art. 24.1 CE y bastantes las que lo han hecho sobre el derecho de tutela judicial efectiva respecto de los extranjeros (27).

Respecto al binomio justicia gratuita-art. 24.1 CE la interpretación repetida es la relación instrumental del derecho constitucional a la asistencia gratuita respecto del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (28). Esta clave es la que dota de contenido y explica la letra del art. 119 CE. Es claro que el tenor de la norma sitúa el desarrollo del derecho en sede de legislación ordinaria; pero también del tenor de la norma así como de la relación instrumental declarada por el TC resulta (al menos en teoría) el ámbito posible y el ámbito imposible para el legislador ordinario: el legislador ordinario puede pronunciarse sobre alcance y contenido del derecho a la justicia gratuita (29) pero cualquier

(27) Es el caso de la Sent. TC 107/1984, de 23 de noviembre, pub. *BOE* núm. 305, de 21 de diciembre de 1984, Sent. TC 99/1985, de 30 de septiembre, pub. *BOE* núm. 265, de 5 de noviembre de 1985, Sent. TC 115/1987, de 7 de julio, pub. *BOE* núm. 180, de 29 de julio de 1987, Sent. TC 138/1988, de 8 de julio, pub. *BOE* núm. 179, de 27 de julio de 1988, Sent. TC 16/1994, de 20 de enero, pub. *BOE* núm. 41, de 17 de febrero de 1994, Sent. TC 117/1998, de 2 de junio, pub. *BOE* núm. 158, de 3 de julio de 1998, Sent. TC 183/2001, de 17 de septiembre, pub. *BOE* núm. 251 de 19 de octubre de 2001, Sent. TC 182/2002, de 14 de octubre, pub. *BOE* núm. 271, de 12 de noviembre de 2002, etc.

(28) Esta relación se ve de forma sistemática en el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, cuyo art. II-47 incluye el derecho de asistencia jurídica gratuita junto a los contenidos típicos de la tutela judicial efectiva en sentido amplio y bajo el título «Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial»: «... Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia».

(29) Por ejemplo, al reconocerlo de forma general a personas físicas pero no a personas jurídicas, de las que se predica de forma puntual.

acotación al derecho no puede comportar una imposibilidad de acceso a la justicia por insuficiencia de recursos económicos. De hecho puede definir legalmente qué se entiende por insuficiencia de recursos pero en tal definición está obligado por el resultado: la definición legal no puede impedir que en la práctica se produzca una imposibilidad de acceso a la justicia por falta de recursos (30). Esta relación instrumental se materializa también en cuanto a su función: como la tutela judicial efectiva, la justicia gratuita también cubre un doble objetivo. Por una parte, protege un interés privado: el del acceso a la justicia del particular; por otra, protege un interés público. En este segundo sentido la justicia gratuita opera como mecanismo disuasorio de la autotutela y procura una justicia de mejor calidad; «es no sólo garantía de los intereses de los particulares, sino también de los intereses generales de la justicia» (31).

Respecto al binomio art. 24.1 CE-extranjeros la interpretación mantenida por el Tribunal es el reconocimiento en igualdad con los nacionales. El derecho a la tutela judicial efectiva no admite discriminación toda vez que se predica de la persona; y ello «con independencia de su situación jurídica» puesto que «... son titulares todas las personas (también los extranjeros no residentes legalmente en España)» (32). Esta explicación se apoya además en la referencia obligada a los Tratados y Convenios internacionales de derechos humanos y su eficacia vía art. 10.2. CE (33). En puridad, los textos de derechos humanos pueden dar argumentos a las dos partes: por una parte, es cierto que afirman el derecho a la tutela judicial para «toda persona»; por otra, y en esto la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el mejor referente, no hay una instrucción indudable de la que se derive una equiparación radical en cuanto al tratamiento de extranjeros y nacionales en todo tipo de procesos en punto a la justicia gratuita.

(30) Los supuestos de Derecho internacional privado son un ejemplo. Los procesos en estos casos resultan más caros que un supuesto interno. Este hecho es manifiesto, por ejemplo, en la Directiva 2003/8/CE (*vid. supra*). Esta norma «destinada a mejorar el acceso a la justicia» dedica precisamente su art. 7 a atender los gastos vinculados al carácter transfronterizo del litigio. Y esto sin entrar en la cuestión de la valoración del requisito económico en los supuestos transfronterizos, ya en el sentido de la Directiva, ya en general (recuérdense el Voto particular del Magistrado D. J.D. González Campos en la Sent. TC 16/1994, de 20 de enero ... *loc. cit.*).

(31) Fundamento jurídico 3 de la Sent. TC 16/1994, de 20 de enero ... *loc. cit.* La función de la justicia gratuita respecto de intereses públicos y privados se reitera en otras decisiones, por ejemplo Fundamento jurídico 2 de la Sent. TC 183/2001, de 17 de septiembre ... *loc. cit.* Cf. M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, pp. 298-299.

(32) Fundamentos jurídicos 5 y 6 respectivamente.

(33) *Vid. infra*.

De estas dos premisas sólo puede resultar la conclusión finalmente adoptada por el TC. Es por esto que los Votos particulares contrarios a la decisión se basan en poner en tela de juicio las premisas sobre las que se sustenta. Aunque con distinto tono y mayor énfasis en uno u otro aspecto es posible resumir así la argumentación de los dos Votos particulares: 1º) el derecho de asistencia jurídica gratuita será instrumental respecto del derecho de tutela pero literal y sistemáticamente es un derecho de desarrollo legal y esta realidad no puede alterarse vía interpretación (ataque a la premisa primera) y, 2º) es discutible que todo extranjero disfrute en igualdad con los nacionales (igual alcance, iguales contenidos, imposibilidad de limitar subjetivamente su ámbito) el derecho de tutela judicial efectiva, por lo que, con más motivo es discutible que pueda predicarse tal afirmación respecto de un derecho; el de asistencia jurídica gratuita, que se reconoce instrumental pero distinto del principal, éste sí, fundamental (ataque a la premisa segunda). En nuestra opinión, respecto al primer punto, si bien es cierto que el derecho de justicia gratuita está sujeto a un desarrollo legal, puede discutirse que el TC aborde esa tarea pero no que evite que el desarrollo legal realizado sea contrario al art. 24 CE. Respecto al segundo punto tampoco compartimos la crítica. Pero por un estadio lógico anterior: el planteamiento en términos de extranjería es menos útil que el planteamiento en términos de competencia judicial internacional. Porque desde esta segunda perspectiva no es discutible que el derecho de tutela judicial efectiva ante nuestros Tribunales se ha de disfrutar en igualdad.

Más allá de estos argumentos técnicos, en los Votos a la Sentencia se encuentra la preocupación por algunas consecuencias de la solución dada por el TC. No parece inocente que en los Votos particulares se utilice la palabra «cautela» como algo que es necesario en cualquier decisión que afecta a la inmigración o como algo que se echa a faltar en la Sentencia (34). Es en esta punto donde aparece, arropado por expresiones más políticamente correctas como «los límites de lo sociológicamente aceptable», el análisis económico de la decisión (35). Es cierto que es previsible un coste determinado de la justicia gratuita debida a los inmigrantes ilegales. Pero el grueso de los procesos serán los admitidos ya por ley: los vinculados a su situación administrativa y los del

(34) Cf. Voto del Magistrado D. Roberto García-Calvo y Montiel y Voto del Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas respectivamente.

(35) Voto del Magistrado D. Roberto García-Calvo y Montiel: «... pueden generar situaciones abusivas de inasumible coste presupuestario y social ...». También es expresa la preocupación económica en el Voto concurrente del Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez (*vid. supra*).

orden penal. El propio Voto particular que introduce el análisis económico gira en torno a la consideración de que, sin la Decisión adoptada, la cobertura de los principales procesos de interés para este colectivo estarían cubiertos. Pero luego volveremos sobre el posible impacto de esta metodología

2. El razonamiento que no está: silogismo en clave de competencia judicial internacional

Entre los argumentos esgrimidos por el Abogado del Estado llama poderosamente la atención el utilizado por reducción al absurdo: atender el recurso presentado por el Defensor del Pueblo llevaría, *in limine*, a reconocer el derecho de asistencia jurídica gratuita a cualquier extranjero que litigue ante los Tribunales españoles (siempre dadas las condiciones objetivas). Llama la atención porque esta afirmación, lejos de absurda, parece razonable si se piensa en términos de competencia judicial internacional. Y llama más la atención porque mientras otros argumentos del Abogado del Estado son descartados por el Tribunal éste no lo es. Así, el TC declara la inconstitucionalidad de la limitación del derecho a los residentes legales pero precisa que esta interpretación no puede conducir a aquella consecuencia: la Sentencia no supone el reconocimiento universal del derecho de justicia gratuita a todo el que litigue ante los Tribunales españoles (36). En este sentido mantiene la línea de la LAJG, construida pensando en el residente (legal, por el art. 2.a.) en España (37). Esta actitud se comprueba de forma nítida en el Voto concurrente: no es aceptable que la justicia gratuita se reconozca so-

(36) Es de interés reproducir las palabras textuales: «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 residen 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 ...» (Fundamento 7).

(37) Destacado y criticado por J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 354-355.

bre la base de la competencia de nuestros Tribunales (38). Ciertamente, estas afirmaciones caben en un espacio de imperialismo jurisdiccional. Pero nuestro sistema de competencia es lo contrario por definición.

La Sentencia TC se plantea y resuelve según el silogismo justicia gratuita-tutela judicial, tutela judicial-extranjería, *ergo* justicia gratuita-extranjería. Si el enfoque no es de extranjería sino de competencia judicial internacional el silogismo es otro. En efecto, la premisa mayor se mantiene: la relación justicia gratuita-tutela judicial efectiva. Pero la segunda se construye de otra manera: la relación entre tutela judicial efectiva y competencia judicial internacional. Y en este punto el discurso toma otro cariz (39). La tutela judicial efectiva es la clave del sistema de la competencia judicial internacional (40). Toda su construcción legal, jurisprudencial y, notablemente, doctrinal se articula en torno a este concepto, ya en sentido amplio, ya particularizado en sus diversas manifestaciones: derecho al juez predeterminado por la ley, derecho de acceso a la justicia, derecho a no sufrir indefensión, ... (41). Es principio estructural del sector. Pero la relación es bidireccional: a su vez la competencia judicial internacional delimita el ámbito de la tutela judicial efectiva garantizada en la Constitución (42). Nuestro ordenamiento no puede garantizar el derecho más allá de nuestro volumen de compe-

(38) «Cierto es 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 ... por parte de los ciudadanos mas desfavorecidos económicamente « (en palabras de la Sent. TC 12/1998) sería dirigido a sufragar con dinero público la defensa de pretensiones de personas que no sólo no son ciudadanos españoles sino que no han tenido con el Estado otro contacto que el de trabar 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 dimana de la Constitución misma, aunque sería sin duda una conquista de nuestro Estado social y democrático de Derecho ...».

(39) Además de conducir a la reflexión sobre el tradicional enfoque de la justicia gratuita como problema de extranjería procesal. Al menos en el caso que nos ocupa, enfocar la justicia gratuita como un problema de competencia ofrece una visión más completa.

(40) En puridad, es la función de todo el Derecho procesal civil internacional, cf. M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 29.

(41) *Vid.* M. Amores Conradi, «La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ», *REDI*, vol. XLI, 1989, pp. 113-156.

(42) Cf. M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 45.

tencia, ni siquiera para nuestros nacionales, pero asume la obligación de garantizarlo dentro de nuestro volumen de competencia. Los límites están definidos, de forma compleja, a través de los foros (43); al fin, a través de la interpretación que el ordenamiento español ha hecho del principio de proximidad.

Ergo ... la justicia gratuita debería llegar hasta donde llegue la competencia judicial internacional (44). El mandato constitucional en materia de asistencia jurídica gratuita (como instrumento del mandato en materia de tutela) debería extenderse al volumen de competencia que reconoce nuestra sistema de competencia judicial internacional. El criterio «residencia en España del solicitante» pasaría a un segundo término y cobraría relevancia el criterio «competencia de nuestros Tribunales en el asunto». De esta forma, el derecho de asistencia jurídica gratuita debería cubrir a todo solicitante, parte en un litigio para el que nuestro ordenamiento se declara competente. No se trata de una justicia gratuita *erga omnes* sino de una justicia gratuita delimitada por el volumen de competencias que nuestros Tribunales asumen. Por esta vía también se llega a la misma conclusión a la que llega la Sentencia: no cabe discriminar por la legalidad de la residencia. Desde el planteamiento en clave de competencia judicial internacional la razón sería la siguiente: si los Tribunales españoles son competentes para conocer en un supuesto no cabe introducir elementos no previstos en el foro. Dicho de otro modo, la limitación de la justicia gratuita a residentes legales es tanto como incorporar en todos y cada uno de los foros previstos la apostilla: «siempre que la parte tenga residencia legal en España» (dada la relación justicia gratuita-tutela judicial efectiva-competencia judicial internacional). Llevado al extremo esto conduce a una norma de competencia implícita que matizaría nuestro volumen de competencia: los foros de competencia actúan si la parte tiene recursos económicos suficientes; si no tiene recursos económicos suficientes y no es un supuesto de derecho de justicia gratuita: a) en el caso de foro exclusivo en España no podrá demandar o no podrá defenderse; b) en el caso de foro concurrente, deberá demandar en otro Estado o, si es demandado en España, no podrá defenderse (45).

(43) Criterios elaborados, razonados en cada caso, frente al criterio simple «no nacional».

(44) Cf. M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 300. Destaca la «timidez» de la Sent TC por no abordar este supuesto M^a A. Lara Aguado, «Litigios transfronterizos ... *loc. cit. op. cit.*, p. 109.

(45) J.M. de Dios ofrece un ejemplo interesante: la promoción de cláusulas de sumisión a tribunales españoles de residentes en el extranjero de escasos recursos sería una forma fraudulenta de asegurar a la otra parte su inmunidad (cf. *op. cit.*, p. 131).

Si el reconocimiento del derecho a quienes no residen legalmente abre la puerta al análisis económico con más razón lo puede hacer el reconocimiento del derecho dentro del volumen de competencia del sistema español. Tal vez corresponde plantearse las posibilidades del análisis económico frente al problema de la asistencia jurídica gratuita como una hipótesis (46), para inmediatamente descartar su impacto porque conduce a consecuencias desproporcionadas desde un punto de vista constitucional (47). Más aún: si volvemos al silogismo en términos de competencia la reflexión sobre los costes debería hacerse no a la hora de delimitar la justicia gratuita-tutela judicial sino a la hora de delimitar la competencia judicial internacional. Es fácil asumir que un sistema de competencia se autolimita por un principio de proximidad o por evitar foros exorbitantes pero no es tan amable plantear que el elemento económico sea un factor determinante del volumen de competencia judicial internacional de nuestros Tribunales. Desde luego lo que no cabe, en nuestra opinión, es establecer excepciones a la tutela una vez delimitado el volumen de competencias so pretexto de su coste. Dicho de otro modo: «tutela judicial efectiva no es igual a competencia judicial internacional» (48) (lo que permite acotar el volumen de competencia) pero competencia judicial internacional sí debe ser igual a tutela judicial efectiva (lo que no permite acotar el alcance de la tutela una vez definido el volumen de competencias). La extranjería de una parte sirve como criterio para valorar la proximidad-establecer el foro, pero una vez establecido el foro no debería tener trascendencia en cuanto a las garantías que ofrecen los Tribunales españoles y el proceso en España; así, en cuanto al derecho de justicia gratuita dadas las condiciones objetivas.

IV. CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA RESPECTO DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2003/8/CE

1. La Directiva 2003/8/CE

La Sentencia TC abre interrogantes interesantes si se piensa en la necesaria sistematización del grupo normativo orientado a regular la

(46) Cf. J.C. Fernández Rozas, «Reseña a J.M. de Dios, *La asistencia jurídica gratuita en Derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 1999», *AEDIPr*, t. I, 2001, p. 1305.

(47) Cf. M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 300.

(48) *Ibid.*

justicia gratuita en el sistema español; en particular, en lo atinente a su ámbito de aplicación personal. Por una parte, las fuentes internas básicas son la LAJG y la Ley 4/2000, con sus posteriores modificaciones. La Sent TC da el marco de referencia a la letra e interpretación del conjunto al considerar que no cabe distinguir en cuanto al derecho de justicia gratuita entre residentes con residencia legal o no. En este grupo viene a integrarse la Directiva 2003/8/CE del Consejo de 27 de enero de 2003 destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios (49). Por tanto el art. 2 LAJG no ha terminado su revisión con esta Sentencia. En efecto, el impacto del Derecho comunitario es inminente por vía de la Directiva 2003/8/CE. Básicamente, la Directiva crea un plus de justicia gratuita en litigios intracomunitarios («transfronterizos», esto es, litigios intracomunitarios definidos como tales por la propia Directiva), una especie de discriminación positiva a favor de estos litigios para su promoción, con el objetivo de atemperar el hecho de que el carácter transfronterizo del litigio sea un elemento disuasorio (50). La Directiva es pues una norma de construcción del Espacio Judicial Europeo. La transposición de la Directiva (del ámbito de aplicación personal de la Directiva que es lo que ahora interesa) obliga a reajustar el ámbito de aplicación personal por cuanto la norma comunitaria establece un principio de igualdad entre ciudadanos comunitarios y residentes legales en el territorio de la Unión y no sólo en España como prevé la LAJG; al menos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva. Esto por una parte. Por otra, y visto que el tenor del art. 2 deberá alterarse podría aprovecharse la ocasión para incluir expresamente a los nacionales de la AELC, olvidados del tenor de la Ley pero necesariamente incluidos. Y una última consideración más allá del apdo. a del art. 2: el art. 2. c. establece al derecho de justicia gratuita de Asociaciones y Fundaciones inscritas en el Registro correspondiente. Podría reflexionarse si la interpretación necesaria para asegurar la compatibilidad con el Derecho comunitario de esta previsión pide aclarar «Registro correspondiente en la Unión».

El objeto de la Directiva es «mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de unas reglas mí-

(49) Pub. DOCE núm. L 26, de 31 de enero de 2003, pp. 41-47, corrección de errores, pub. DOCE núm. L 32, de 7 de febrero de 2003, p. 15. Sobre la Directiva *vid.* T. González Cueto, «Acceso a la justicia: Directiva sobre asistencia jurídica gratuita», *La Ley*, D-201, núm. 5, 2002, pp. 1667-1674; sobre la situación en Europa al comienzo de los trabajos comunitarios *vid.* Comisión Europea, *Guía de asesoramiento ... op. cit.*

(50) Sobre los contenidos específicos que comporta *vid. supra.*

nimas comunes relativas a la justicia gratuita en dichos litigios». El ámbito espacial se define por tanto a través de la definición del concepto «litigio transfronterizo»: «aquél en el que la parte que solicita la justicia gratuita en el contexto de la presente Directiva está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro donde se halle el Tribunal o en el que deba ejecutarse la resolución» (art. 2.1. de la Directiva). La Directiva se aplica a los litigios en materia civil y mercantil (51), con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional ante el que se ventilen y aclara que «no incluirá, en particular, las materias fiscal, aduanera y administrativa» (art. 1.2. de la Directiva); expresión que debe entenderse como «todo procedimiento relativo a un litigio en el ámbito del Derecho civil, incluidos el Derecho comercial, el Derecho del trabajo y la legislación sobre consumo» según la Propuesta de Directiva (52). Al fin, el ámbito de aplicación material se ajusta al ámbito general (excepciones aparte) de aplicación material del Reglamento 44/2001. Esta delimitación material permite avanzar que en la práctica los principales problemas para el colectivo de residentes ilegales permanecen ajenos a esta norma (53). Respecto al ámbito de aplicación temporal la Directiva 2003/8/CE entró en vigor el día 1 de febrero de 2003 (día siguiente a su publicación en el *DOCE*, art. 22 de la Directiva) y debe haber sido traspuesta a más tardar el 30 de noviembre de 2004 (54).

La Directiva se orienta a establecer unas normas mínimas que hacen homogénea en la Unión la manera de valorar el requisito económico de los solicitantes (art. 5) así como las condiciones relativas al fondo del litigio para que la solicitud pueda prosperar (art. 6). Igualmente establece un reparto de gastos originados por la internacionalidad del litigio

(51) En el mismo sentido Considerando 9 de la Exposición de Motivos de la Directiva.

(52) Art. 2 de la Propuesta de Directiva del Consejo destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita y otros aspectos financieros vinculados a los juicios civiles, pub. *DOCE* núm. C 103 E, de 30 de abril de 2002.

(53) Quedan al margen del ámbito material los problemas jurídicos que son esenciales y más que posibles en el caso del inmigrante ilegal: los litigios en el orden contencioso-administrativo; aquéllos tendentes precisamente a enfrentar la irregularidad de su situación. La Directiva no se aplica a estos litigios, esto es, la solución queda en manos del Derecho del Estado miembro ante el que se ventile el litigio. En suma, en lo atinente a los litigios contencioso-administrativos, desde el punto de vista del Derecho comunitario, residentes legales e ilegales están en la misma situación: dependen de la respuesta de un ordenamiento nacional.

(54) El plazo máximo de transposición se prolonga hasta el 30 de mayo de 2006 para lo previsto en el art. 3.2. a) de la Directiva.

entre el Estado del Tribunal donde se ventila el litigio (art. 7) y el Estado del domicilio del solicitante (art. 8) (55), reconoce un principio de continuidad de la justicia gratuita concedida para un procedimiento respecto al reconocimiento de la decisión en él dictada (art. 9) y establece un procedimiento de cooperación entre autoridades para la transmisión de solicitudes y su tramitación (arts. 12-16). En suma, la Directiva armoniza condiciones mínimas y aporta unos contenidos y un alcance nuevos propios del carácter intracomunitario del litigio: cobertura de gastos asociados a la internacionalidad, extensión automática del beneficio al reconocimiento, más eficacia en el procedimiento; es decir, como ya hemos indicado, crea un plus de justicia gratuita en litigios intracomunitarios. La armonización es de mínimos (art. 19), por lo que admite una transposición que mejore las condiciones o el alcance del derecho. La Directiva por supuesto se radica en la tutela judicial efectiva pero, y esto es capital, sirve al objetivo jurídico de integración.

2. Residentes legales y residentes ilegales en la Directiva

La Directiva es clara en cuanto a su ámbito personal de aplicación. El derecho de asistencia jurídica gratuita se reconoce, bajo el título «no discriminación», a los ciudadanos de la Unión y a los nacionales de terceros países que residan legalmente en uno de los Estados miembros (art. 4) (56); categoría en la se incluirían también los apátridas, refugiados y solicitantes de asilo (57). Esta delimitación del ámbito de aplica-

(55) Esta novedosa previsión descansa en un equilibrio económico basado en una compensación de gastos evaluada sobre la base del ámbito de aplicación negociado. Este aspecto es fundamental no sólo en términos económicos sino también de competencia judicial internacional: la ampliación del ámbito personal en un Estado fomentaría el *forum shopping* en busca no ya del Derecho aplicable sino de la justicia gratuita. Dada la vinculación con el derecho de acceso a la justicia, la ampliación del ámbito personal en sede de transposición podría promocionar unos Tribunales determinados en busca de un «mejor acceso a la justicia» (*vid. supra*).

(56) En nuestra opinión es muy positivo que el ámbito de aplicación personal se defina en forma de principio. Esta opción puede tener poca trascendencia respecto de los ciudadanos comunitarios, sujetos al principio de igualdad por orden del Derecho originario (art. 12 del Tratado) pero puede tener mucha respecto de los residentes. Los residentes legales entran en el ámbito de la igualdad por una vía en construcción cual es el Título IV del Tratado; en concreto, como un desarrollo del principio de trato justo a los nacionales de terceros países. Su situación frente al principio de igualdad depende de cómo se desarrolle en las normas de Derecho derivado y de su interpretación. En suma, a priori es más precaria.

(57) Cf. Propuesta de Directiva ... *loc. cit.*, Comentario al art. 6.

ción personal de la Directiva debe situarse en la construcción de una Política de asilo e inmigración común de la Unión. La clave se encuentra en una de las directrices establecidas a tal fin en el Consejo Europeo de Tampere: la orientación de política legislativa hacia la integración del inmigrante legal; en otros términos, la tendencia a su asimilación con el estatuto del ciudadano comunitario (58). Sobre esta base, la Directiva obliga a equiparar a los residentes legales en todo el territorio de la Unión a los ciudadanos comunitarios (59). Esto supone que, por autoridad de la Directiva, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva (litigios transfronterizos en Derecho privado) el ámbito de aplicación personal del derecho de justicia gratuita debe ampliarse a los residentes legales en la Unión (60). En negativo esto supone que tal tendencia no es predicable del inmigrante ilegal por autoridad de la Directiva (61). Lo cierto es que si cotejamos este planteamiento con su origen (directrices de Tampere en materia de inmigración) la delimitación es coherente. Tal vez esto explique que en los trabajos preparatorios hasta el texto final de la Directiva, la limitación a residentes legales haya sido una constante admitida. Sólo el Comité Económico y Social se pronunció a favor de una solución distinta y, sobre la base de la vinculación de derecho de justicia gratuita-derecho de acceso a la justicia, defendió la inclusión de los residentes en territorio comunitario «con independencia de la legalidad de su situación» (62). Esta proposición, descartada en sede comunitaria, es la que mantiene la Sentencia 95/2003

Un colectivo importante queda incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva vía art. 4, aunque de forma indirecta: los nacionales de

(58) Las Conclusiones de Tampere utilizan términos débiles tales como «derechos comparables» a los del ciudadano comunitario o estatuto «lo más cercano posible» al del ciudadano comunitario (cf. Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, pár. 18 y 21).

(59) La Directiva 2003/8/CEE es una norma derivada del Título IV del Tratado, por lo que resulta de aplicación geográfica en el territorio comunitario tal y como queda condicionado por los Protocolos sobre la posición del Reino Unido e Irlanda y de Dinamarca anexos al TUE y al TCE. Reino Unido e Irlanda han notificado su participación en este instrumento pero no así Dinamarca por lo que no es de aplicación en su territorio (art. 1.3. de la Directiva).

(60) Además, esta extensión supone que los beneficiarios lo son de una justicia gratuita con más contenidos, tal y como se expuso *infra*.

(61) Sí lo sería vía transposición al alza, de conformidad con el art. 19 de la Directiva, es decir, por autoridad de la ley interna de transposición.

(62) Cf. Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Directiva del Consejo destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita y otros aspectos financieros vinculados a los juicios civiles», DOCE núm. C 221, de 17 de septiembre de 2002, párs. 3.5. y 4.2.1.

terceros países que son familia de un ciudadano comunitario o residente legal. La situación es diferente en los dos casos pero, en nuestra opinión, deberían recibir una respuesta similar ya que responden a la misma clave de solución: el principio de protección de la vida familiar (63). En el caso del familiar del ciudadano comunitario, el Derecho derivado y la jurisprudencia del TJCE apoyan esta solución: la Directiva relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros es clara en este sentido (64). Pero más lo es aún la jurisprudencia del TJUE relativa a entrada y residencia de familiares de comunitarios, nacionales de terceros Estados con decisiones como las Sentencias Kaba, Baumbast, MRAX (65). Esta última es ejemplar (66): en su decisión el Tribunal establece que 1º) en el caso de que el cónyuge no comunitario de un nacional comunitario quiera desplazarse y no aporte documento de identidad o visado para el cruce de frontera no puede denegársele la entrada, 2ª) que, una vez dentro, si el cónyuge entró de forma irregular no puede denegársele la residencia ni puede ser objeto de expulsión y 3ª) que si el cónyuge entró legalmente pero su visado ha caducado no puede denegársele la residencia ni puede ser objeto de expulsión. En el caso de los residentes legales la entrada y permanencia de sus familias se ha canalizado mediante la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho

(63) Art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y art. II-33 del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, dentro de la Parte II: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión.

(64) Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, pub. DOCE núm. L 158, de 30 de abril de 2004, pp. 77-123. La propuesta de Directiva pub. DOCE núm. C 270, de 25 de septiembre de 2001, *vid.* P. Jiménez Blanco, «Las libertades de circulación y de residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea», *La Ley*, 2003, n° 2, pp. 1761-1784.

(65) Sentencias TJCE de 11 de abril de 2000, as. C-356/98: Kaba I y de 6 de marzo de 2003, as. C-466/00: Kaba II, Sentencia TJCE de 17 de septiembre de 2002, as. C-413/99: Baumbast, Sentencia TJCE de 25 de julio de 2002, as. C-459/99: Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX).

(66) El caso MRAX plantea ante el Tribunal la compatibilidad con el Derecho comunitario de una Circular de los Ministros de Interior y Justicia belgas de 1997. La Circular se refiere al siguiente supuesto: un trabajador, nacional comunitario, se desplaza dentro de la Unión con su cónyuge, nacional de un tercer Estado; tercer Estado que aparece entre aquéllos para los que la Unión Europea requiere visado.

a la reagrupación familiar (67). En nuestra opinión, la jurisprudencia relativa a los familiares comunitarios debería hacerse extensiva a este caso: la clave de la norma es la protección de la vía familiar unida al principio de trato justo del inmigrante legal.

Por el momento no hay un concepto autónomo de «residencia legal» en Derecho comunitario. En el caso de la Directiva justicia gratuita la solución debe buscarse en la propia norma, vía remisión al Reglamento 44/2001: para determinar si una persona tiene domicilio en un Estado se acude al ordenamiento de dicho Estado. Al fin la Directiva no hace sino acoger la solución del Reglamento 44/2001, que a su vez se limita a positivizar el concepto por referencia al ordenamiento nacional concernido. Si damos otra vuelta de tuerca a esta solución, la remisión al ordenamiento nacional concernido no sólo ha de explicar si estamos o no ante un residente sino las condiciones necesarias para calificar la residencia como legal. Esta solución dota de coherencia al grupo normativo «acceso a la justicia». La remisión en bloque del concepto domicilio y todos los problemas asociados al mismo (en el caso, legalidad de la situación) a un ordenamiento nacional permite una interpretación uniforme del concepto ya actúe como delimitador de la norma (domicilio como delimitador general del ámbito de aplicación espacial del Reglamento 44/2001 y como delimitador del ámbito de aplicación espacial de la Directiva), como foro en el Reglamento 44/2001 o como delimitador del ámbito de aplicación personal de la Directiva. Se previenen desajustes potenciales entre ámbito personal de la Directiva y foro de competencia del Reglamento; lo que constituye una de los elementos clave para maximizar los efectos de la Directiva. Probablemente un concepto autónomo de residencia ilegal permitiría una mayor coherencia del grupo normativo «trato justo al inmigrante legal» pero no necesariamente del grupo «acceso a la justicia».

3. *Interrogantes constitucionales*

Veamos las consecuencias de la Directiva sobre el entramado de normas relativas a justicia gratuita del sistema español. La primera es que la Directiva establece un principio de igualdad de trato de los residentes legales en la Unión con los ciudadanos comunitarios. El princi-

(67) Pub. DOCE núm. L 251, de 3 de octubre de 2003, pp. 12-18. El art. 1 limita su espectro a los residentes legales, nuevo reflejo de la directriz de Tampere «trato justo a residentes legales».

pio de igualdad se proyecta en plenitud dentro del ámbito de la Directiva (litigios transfronterizos en Derecho privado). Queda por dilucidar hasta qué punto este principio de igualdad debe limitarse al ámbito de la Directiva como parece la voluntad del legislador comunitario o si no estamos ante una tendencia expansiva en la que principio acabe respondiendo a un mandato directo de los principios estructurales de la política de inmigración común, consecuencia de lo cual sería que los residentes legales en todo el territorio comunitario habrían de recibir un trato equivalente al de los ciudadanos comunitarios en materia de asistencia jurídica gratuita más allá del alcance de la Directiva. De momento sí cabe plantearse la compatibilidad de una de las limitaciones del ámbito de la Directiva: la Sentencia 95/2003 precisamente obliga a revaluar a la luz de nuestra Constitución la posibilidad de acotar la justicia gratuita sobre el parámetro «legalidad de la residencia»; y ello aunque se trate de una limitación en una norma orientada al objetivo jurídico de integración

Con carácter previo hay que señalar que lo que sí es admisible es «acotar» el ámbito personal de la Directiva, por el juego del ámbito de aplicación espacial (68). Ya hemos indicado que la Directiva crea un segundo nivel de justicia gratuita, un «plus» de justicia gratuita: dado un supuesto intracomunitario la justicia gratuita es adecuada si además procura difuminar los costes propios de la internacionalidad del supuesto. Lo «adecuado» de la justicia gratuita no se predica por su ajuste a un principio de protección de un derecho fundamental sino al objetivo jurídico de integración ¿Es posible acotar el alcance del plus de justicia gratuita que otorga la Directiva? En nuestra opinión en este segundo nivel es posible gracias a esa distinta vinculación principal. Y por eso es posible también limitar el ámbito de aplicación personal en este segundo nivel. Para definir de forma concreta qué colectivos quedan al margen del plus de justicia gratuita de la Directiva es preciso cruzar la definición del ámbito personal con el ámbito espacial (litigio transfronterizo en el sentido ya expresado). Así, quedan al margen: a) los ciudadanos comunitarios y los no comunitarios no residentes (legales o ilegales) en la Unión (por no concurrir uno de los requisitos de aplicación espacial: domicilio del solicitante en la Unión) y b) los ciudadanos comunitarios y los no comunitarios residentes legales en la Unión que litiguen en un Tribunal extracomunitario (por no concurrir el otro de los requisitos de aplicación espacial: litigar ante Tribunal de

(68) Y esto incluso dentro del presupuesto de la competencia judicial internacional de nuestros Tribunales.

Estado miembro distinto al de su domicilio). Pero también, c) los ciudadanos comunitarios y los no comunitarios residentes en la Unión que litiguen en el Estado de su domicilio. Aunque teóricamente este apartado debe predicarse de los residentes legales en la práctica resulta igualmente aplicable a los residentes sin residencia legal. Dicho de otro modo, en la práctica, los residentes en España que litiguen en España quedan al margen del plus de justicia gratuita de la Directiva, «con independencia de la legalidad de su situación».

La pregunta más interesante es: ¿hasta qué punto cabe acotar en el ordenamiento español sobre el parámetro «legalidad de la residencia»? Esto es tanto cómo saber si la jurisprudencia constitucional condiciona la transposición de la limitación del ámbito personal de la Directiva en este punto. Frente a la Directiva, la Sentencia TC afirma que no cabe discriminar según la legalidad o no de la residencia mientras que esa es la base del ámbito de aplicación personal de la Directiva lo que obligaría a omitir tal referencia en la transposición. Lo cierto es que puede que el potencial conflicto entre el mandato constitucional y la Directiva sea un problema más limitado de lo que parece: el mandato constitucional según la Sentencia 95/2003 obligaría a no discriminar en los litigios ante nuestros Tribunales a los ilegales residentes en España. Pero este caso no es un supuesto intracomunitario en el sentido de la Directiva (para que el caso entre en el ámbito espacial de la Directiva, si España es el foro, la residencia del solicitante no puede ser España). Por tanto, los únicos residentes sin residencia legal que se ven privados del plus de justicia gratuita son los ilegales en España que quieren litigar en el extranjero y los ilegales en otro Estado de la Unión que quieren litigar en España. En el primer supuesto, el grueso del coste de la justicia gratuita correrá por cuenta (y Derecho) de un tercer Estado y, en el segundo, tal colectivo no está contemplado en la decisión del TC.

En realidad parece que los problemas no se plantean en el sentido previsible, es decir, cómo condiciona la jurisprudencia TC la transposición de la Directiva por lo que aborda y resuelve (residentes en España y justicia gratuita) sino por lo que no aborda, es decir: los interrogantes constitucionales que plantea la Directiva a la Sentencia TC ¿La no discriminación por el carácter de la residencia es extensible a los litigios transfronterizos en el sentido de la Directiva? (69). Obsérvese que esto significa considerar si el mandato constitucional obliga no sólo respecto al nivel básico de justicia gratuita sino también respecto al plus de

(69) En sentido positivo responde M^a A. Lara Aguado, «Litigios transfronterizos ... loc. cit. op. cit., pp. 110-111.

justicia gratuita de la Directiva. Por ejemplo, ¿debe mantenerse la no discriminación por la calidad de la residencia sólo para litigar en España o también debe entenderse para litigar en otro Estado de la Unión? Si la respuesta es afirmativa, y con independencia de la transposición que realicen otros Estados miembros (70), la transposición debe contemplar las obligaciones que le competen como autoridad expedidora (es decir, como Estado de residencia del solicitante, art. 8 de la Directiva). Por ejemplo, si como se ha dicho corresponde ampliar el ámbito del derecho no sólo a los residentes en España sino a los residentes en la Unión ¿la no discriminación por la calidad de la residencia puede circunscribirse a la residencia en España o debe plantearse como no discriminación en la Unión? Obsérvese que este caso corresponde a una concatenación de pronunciamientos en positivo: en sede comunitaria la no discriminación de residentes legales en la Unión, en sede TC la no discriminación de residentes con independencia de la legalidad de su situación en España. Desde luego, la respuesta es negativa desde el punto de vista de la Política comunitaria de inmigración en su estado actual pero no está clara desde el test de constitucionalidad de la jurisprudencia TC.

Al fin, lo que estos interrogantes hacen es poner de manifiesto una contradicción radical, más allá del encaje del ámbito de aplicación de una determinada norma. La Sentencia TC declara inaceptable la ilegalidad de la residencia como condicionante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, el Derecho comunitario asume la ilegalidad de la residencia como un criterio aceptable y básico para el desarrollo de la Política de inmigración, sin mayor pronunciamiento en términos de derechos fundamentales.

IV. CONCLUSIONES

El art. 2.a. LAJG por el que el derecho de justicia gratuita se limita a los residentes «que residan legalmente en España» plantea un problema de principios: la regularidad de la residencia como factor determinante del alcance de un derecho constitucionalmente reconocido. No

(70) Como ya se ha dicho la Directiva contiene un sistema que encaja obligaciones del Estado del domicilio y obligaciones del Estado del foro. Desde este punto de vista esta opción «unilateraliza» su funcionamiento: España extendería sus obligaciones como autoridad expedidora a todo residente en España pero la autoridad receptora, la que concede la asistencia jurídica gratuita, les aplicará su ley interna si no ha incluido a los ilegales en su transposición.

resta importancia a la pregunta el mayor o menor efecto que el art. 2.a pueda desplegar *de facto* gracias al juego de otras normas del ordenamiento en materia de justicia gratuita: ya porque extienden el derecho a los residentes sin residencia legal en procedimientos concretos, ya porque evitan la aplicación del art. 2.a por el principio de prevalencia. Al contrario, la interpretación constitucional es la clave necesaria para sistematizar todo ese entramado normativo. Así, cuando la Sentencia 95/2003 establece que la regularidad de la residencia no puede determinar el alcance del derecho da la pauta constitucional de construcción y de solución en la materia.

Tanto el recurso presentado por el Defensor del Pueblo como la Sentencia se desenvuelven en clave de extranjería. Para resolver se sigue un razonamiento basado en premisas asentadas por jurisprudencia anterior del TC: la justicia gratuita como derecho instrumental del derecho de tutela judicial efectiva y el reconocimiento del alcance del derecho de tutela judicial efectiva a los extranjeros con independencia de su situación jurídica. La decisión del TC es la conclusión de la suma de estas premisas. De esta forma se llega a la inclusión de todo residente en España en el ámbito del derecho. Pero esta afirmación presenta un lado oscuro inesperado: al afirmar que la legalidad de la residencia no puede determinar el alcance del derecho acepta que la residencia, con independencia de su regularidad, sí. Esto abre un frente distinto: la función del sistema de competencia judicial internacional como delimitador del alcance subjetivo del derecho de tutela judicial efectiva.

Con independencia de cómo se resuelva esta cuestión, lo cierto es que la Sentencia 95/2003 abre interrogantes frente a la inminente transposición de la Directiva 2003/8/CE toda vez que esta norma ofrece un plus de justicia gratuita que acota sobre la base de la residencia en la Unión. Esto supone la inmediata obligación de extender el ámbito de la justicia gratuita a los residentes no sólo en España (como contempla la LAJG, hipótesis sobre la que se pronuncia la Sentencia TC) sino también en la Unión. Hasta qué punto el principio de trato igual con los nacionales a los residentes legales deba extenderse más allá del ámbito de la Directiva es una cuestión a resolver en sede comunitaria (y en todo caso una opción del legislador nacional en el momento de la transposición).

El problema de adecuación Directiva-Sentencia 95/2003 se presenta porque el parámetro para la acotación es la «residencia legal», que es precisamente la posibilidad que niega la Sentencia TC. No parece discutible el hecho de que la Directiva acote su ámbito de aplicación. La pregunta es si es tolerable por el ordenamiento español mantener en se-

de de transposición que el criterio utilizado a tal fin sea la legalidad de la residencia. Lo cierto es que la asintonía es más limitada de lo que parece ya que la intersección entre ambos mandatos es mínima: la Sentencia se refiere al trato igual de los ilegales residentes en España para litigar en España y este caso cae fuera del ámbito de aplicación de la Directiva (que exige residencia del solicitante y foro en Estados de la Unión diferentes). El problema más complejo se presenta respecto de los supuestos no contemplados expresamente por la Sentencia y que son el caso tipo que la Directiva excluye: los ilegales en España que litiguen en el extranjero y los ilegales en otro Estado de la Unión que litiguen en España. Una respuesta afirmativa supone interpretar la decisión del TC en el sentido de que la no discriminación legales-ilegales ha de mantenerse también respecto del plus de justicia gratuita que garantiza la Directiva pro objetivo integración y obligaría a garantizar en la transposición española: a) la extensión de nuestras obligaciones como Estado de residencia del solicitante también a los ilegales residentes en España que litiguen en otro Estado de la Unión, y b) la extensión de nuestras obligaciones como Estado del foro a los residentes ilegales en otro Estado de la Unión que litiguen en España

