

CAPÍTULO CUARTO

LAS NORMAS CONSTITUCIONALES BÁSICAS DEL DERECHO ESPAÑOL VINCULADAS CON EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR

I. NORMATIVA FUNDAMENTAL DEL DERECHO DE EXTRANJERÍA EN LA CONSTITUCIÓN DE ESPAÑA RELACIONADA CON EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

España se transformó en un país receptor de inmigración cuyo porcentaje neto de inmigrantes ascendió del 16% en el 2006 al 22.6% en el 2007.³⁵⁸ Situación que comparte con otros países miembros de la Unión Europea, como Italia, Portugal e Irlanda.³⁵⁹ Con base en dicho fenómeno social, la Unión Europea promulgó una normativa comunitaria, la cual requiere para su aplicación interna, de la emisión o modificación de leyes y reglamentos en materia de extranjería.

España, como los otros países miembros de la Unión Europea, para dar cumplimiento al derecho comunitario en materia migratoria, modificó su régimen de extranjería, lo que ha originado diversos recursos ante el Tribunal Constitucional, por la contradicción entre dichas normas y las normas constitucionales de España. Comenta Santiago Muñoz Machado con relación a las contradicciones entre el derecho comunitario y la regulación en materia de derechos fundamentales en las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea:

El tema de la adecuación a la Constitución es, en el caso de los Tratados Comunitarios, capital, porque ¿como ha de entenderse tal principio? Si se trata simplemente de confrontar las disposiciones del Tratado con la Cons-

³⁵⁸ “Population and social conditions”, *Eurostat Statistics in focus* (81/2008), Table 6: Migration, en [http:// europa.eu/abc/key/figures/index](http://europa.eu/abc/key/figures/index)

³⁵⁹ *Idem.*

titudinación para verificar su compatibilidad, la cosa sería bastante simple y la operación no muy complicada de concluir. Sin embargo las cosas no son tan sencillas... Pero es el caso, que los Tratados de las Comunidades Europeas no contienen previsiones al respecto, lo que suscita inmediatamente, con toda su gravedad, la cuestión de si las consentidas transferencias de soberanía a favor de las instituciones comunitarias, que resultan de las firmas de los tratados, pueden hacer admisible que las resoluciones que se adopten en desarrollo de los mismos resulten aplicables, aunque supongan por su contenido, una rebaja en el estándar de derechos individuales consagrados en la Constitución o en un atentado a alguno concreto.³⁶⁰

Continúa Santiago Muñoz Machado³⁶¹ puntualizando que “las normas comunitarias producidas en el ámbito dominado por las instancias europeas prevalecen sobre la legislador estatal, que carece de competencia para oponer una norma propia a la norma consuetudinaria”. Con base en dicha afirmación, parece que en el caso del derecho de extranjería corresponde su regulación a las instancias europeas.

Sin embargo, en caso de violación de normas de derecho internacional, relativas al estándar mínimo de derechos de los extranjeros o a sus derechos humanos, son los Estados miembros de la Unión Europea los responsables internacionalmente. Frente a dicha responsabilidad no cabe la argumentación jurídica de que dichas violaciones se cometieron para dar cumplimiento a la normativa de la Unión Europea. Si el sujeto responsable del cumplimiento de las normas internacionales en materia de extranjería o de derechos humanos es el Estado, corresponde a éste originariamente la regulación de la materia, la cual debe ajustarse al marco referencial dado en las normas de derecho internacional señaladas.

Una vez aclarada la cuestión de a quién corresponde la regulación en materia de extranjería, toca ahora determinar el contenido del derecho del acceso a la justicia de los inmigrantes irregulares en el derecho español, para lo cual deben analizarse las disposiciones fundamentales vinculadas con este derecho en la Constitución española.³⁶²

³⁶⁰ Muñoz Machado, Santiago, *El Estado, el derecho interno y la Comunidad Europea*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 211 y 212.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 260. Cfr: Pérez Juárez, Pilar, *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 236 y ss.

³⁶² Constitución Española, del 27 de diciembre de 1978 (BOE del 29 de diciembre).

Precisa Santiagos Sánchez González³⁶³ que la Constitución española de 1978 pertenece a una tercera generación de Constituciones, que pretendían superar los modelos de Constitución de la Segunda Guerra, y que por tal motivo incorporan a la misma los postulados de libertad y democracia representativa y los denominados derechos sociales y colectivos.

En el preámbulo, en el título preliminar y en el título primero se recogen los valores, principios, y los derechos y deberes de los nacionales y extranjeros. Así, en el artículo 1o. de la Constitución se establecen como valores superiores del ordenamiento jurídico español: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político,³⁶⁴ y en el artículo 9o. se señala como obligación de los poderes públicos “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”.³⁶⁵

Con relación a las características formales del título I, puntualiza Santiagos Sánchez González:

No cabe jactarse de que el Título I de nuestra Constitución establezca un *Lucidu Ordo* en materia de la importancia de las libertades y los derechos fundamentales —aunque su contenido no se refiere a exclusivamente a éstos—. Incluso juicios tan benignos como el que expresó el Presidente de las Cortes Constituyentes no dejaron de llamar la atención sobre el carácter extenso y prolijo de su ordenación, sobre el desacierto de la inclusión de un Capítulo Primero con la rúbrica “De los españoles y los extranjeros” y sobre la falta de rigor en la delimitación y estructuración de los asuntos abordados en los Capítulos Segundo y Tercero.³⁶⁶

Ciertamente, el título I de la Constitución de España adolece de falta de orden y sistematización; por ejemplo, se regula en el artículo 34 el derecho a constituir una fundación, artículo ubicado en la sección segunda del capítulo II, del título I, y en cambio no se menciona en dicho título la indemnización por error judicial, regulada en el artículo 121. Dicha

³⁶³ Sánchez González, Santiagos, “Comentario introductorio al título I”, en Alzaga Villamil, Óscar (coord.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. II, Madrid, Cortes Generales y Editoriales de Derecho Reunidas, 1996, p. 19.

³⁶⁴ “Artículo 1.1 España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia la igualdad y el pluralismo político”.

³⁶⁵ Artículo 9.2 de la Constitución de España.

³⁶⁶ Sánchez González, Santiagos, *op. cit.*, nota 363, pp. 21 y 22.

situación no tendría consecuencias graves si el lugar de ubicación del derecho o libertad no afectara el grado de protección. Sin embargo, en el caso de la Constitución de España, el lugar de ubicación del derecho o libertad sí determina el grado de protección. Únicamente los derechos y libertades fundamentales de la sección 1a. del capítulo II título I, además del derecho de igualdad jurídica regulado en el artículo 14 y la libertad de conciencia, contemplado en el artículo 30, CE, gozan de la protección señalada en el artículo 53.2, CE; es decir, procede en caso de violación de los mismos el recurso de amparo, regulado en los artículos 160.1b) y 162.1 b) de la Constitución española.

1. *Estatus jurídico-constitucional de los extranjeros en España*

La disposición constitucional que regula el estatus jurídico de los extranjeros en España es el artículo 13, CE. Dicha disposición regula en sus dos primeros apartados los requisitos para el ejercicio y goce de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros, mientras que dedica los apartados tercero y cuarto a la extradición y al derecho de asilo, respectivamente.

En el anteproyecto de dicha disposición se señalaba que “la condición jurídica del extranjero se regula por ley y por los tratados, atendiendo siempre al principio de efectiva reciprocidad”. Continuaba la disposición: “solamente los españoles serán titulares de los derechos políticos”.³⁶⁷ De conformidad con dicho artículo, el régimen de extranjería se determinaba por las leyes y los tratados internacionales celebrados por España, y exigía la aplicación del principio de efectiva reciprocidad. La aplicación de este último principio presentaba una gran dificultad, según afirmaban los grupos socialistas en el Congreso, argumentando que no bastaba con sujetarse a la reciprocidad diplomática, legislativa o jurisprudencial, sino que debía probarse la reciprocidad efectiva, lo cual dificultaba la labor tanto de las autoridades administrativas como judiciales.

Al eliminar de la disposición el requisito de reciprocidad efectiva, un sector de la doctrina³⁶⁸ manifestó que era una solución incorrecta, por

³⁶⁷ Pérez Vera, Elisa, actualización de Abarca Junco, Ana Paloma, “Artículo 13”, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. II, Madrid, Cortes Generales Editoriales de Derecho Reunidas, 1997, p. 187.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 190.

dejar en total libertad al legislador. En cambio, otro sector³⁶⁹ consideró como correcta la eliminación, por cuanto el límite preciso para el legislador lo ubicaban en los tratados internacionales en materia de derechos humanos. El Constituyente español, al sujetar al legislador ordinario a los tratados internacionales, lo sujeta a límites precisos y claros. Si el artículo 13 hubiera sujetado el respeto de los derechos fundamentales de los extranjeros a una reciprocidad efectiva, se hubiera generado responsabilidad internacional del Estado español, ya que representan un límite para el constituyente originario o derivado, los tratados internacionales celebrados por España, y en especial los relativos a la materia de derechos humanos, por cuanto una gran parte de las obligaciones que generan dichos tratados son obligaciones *erga omnes*.³⁷⁰

También se presentaron propuestas para eliminar el requisito de residencia para disfrutar de las libertades públicas y de los derechos fundamentales, las cuales no fueron aceptadas. En el debate en el seno de la Comisión Constitucional, Peces Barba puntualizó que “evidentemente parece contrario ya con la idea misma de los derechos fundamentales, excluir a los extranjeros no residentes de la protección de las libertades públicas”.³⁷¹ Al finalizar el debate se suprimió afortunadamente la palabra “residentes”, para aprobar el siguiente texto: “12.2 Los extranjeros gozarán de las libertades públicas del presente título en los términos que la ley establezca”.³⁷²

Con posterioridad, se discutió la diferenciación entre los términos “libertades públicas” y “derechos políticos”. Fraga Iribarne puntualizó:

... cuando se le prohíbe, por ejemplo, al Estado, hacer ciertas cosas, o privarme a mí de mi libertad o de mi propiedad. Otro, es el status de petición positiva, cuando el Estado se obliga a darnos una seguridad social u otro tipo de prestaciones. Finalmente, coronando esto, el status *activae civitates*, el estatus de participación activa, que es justamente donde aparecen la

³⁶⁹ García Roca, Javier, *La titularidad constitucional e internacional de los derechos fundamentales de los extranjeros y las modulaciones legales a sus contenidos. Problemas constitucionales de la inmigración. Una visión desde Italia y España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 71 y ss.; López Muñoz Goñi, Miguel, *La nueva Ley de Extranjería*, 3a. ed., Madrid, Colex, 2005, p. 50.

³⁷⁰ Pérez Vera, Elisa, *op. cit.*, nota 367, pp. 188 y 189.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 190.

³⁷² Sagarra Trias, Eduard, *La legislación sobre extranjería e inmigración. Una lectura*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2002, p. 62.

ciudadana y los derechos políticos en las sociedades anónimas son perfectamente reconocidas como tales.³⁷³

Con relación a los derechos políticos, se agregó un segundo párrafo, para quedar el texto en los siguientes términos:

13.2 Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales.³⁷⁴

El texto original de la Constitución de 1978 se reformó en 1992,³⁷⁵ para quedar en los siguientes términos: “solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que atendiendo a criterios de reciprocidad pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”. Por lo que se refiere al derecho de asilo, éste se incorporó en el apartado cuarto del artículo 13. Se determinó en los debates la necesidad de que los asilados y refugiados, así como los apátridas, gozarán de un estatus de extranjería privilegiado, sin perder de vista que se ubicaban dentro de la regulación general de extranjería. El apartado 13.4 señalaba: “la ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”.³⁷⁶

El texto vigente del artículo 13 de la Constitución española, del que se desprende el régimen aplicable a los extranjeros, es el siguiente.

Artículo 13:

1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la Ley.

2 Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pue-

³⁷³ *Ibidem*, p. 60.

³⁷⁴ *Idem*.

³⁷⁵ Reforma constitucional del 27 de agosto de 1992. La única que hoy se ha hecho a la Constitución Española de 1978, con la finalidad de adaptarla al Tratado de la Unión Europea.

³⁷⁶ Sagarra Trías, Eduard, *op. cit.*, nota 372, pp. 69-75.

da establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

4. La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.

Alerta Pedro-Pablo Miralles, de manera muy acertada, de posibles interpretaciones perversas del artículo 13 constitucional, al señalar que

al referirse al presente título se está haciendo referencia a los derechos y deberes fundamentales, clase esencial de la conformación del Estado de Derecho. Esta falta de explicitación ha dado lugar en ocasiones a interpretaciones distantes del tratamiento que toda persona, incluidos los extranjeros, recibe en el marco general de la protección de los derechos y libertades fundamentales e incluso a interpretaciones ciertamente malévolas y distorsionadas del Estado social y democrático de derecho del que parte nuestra Constitución.³⁷⁷

En torno al artículo 13 constitucional, se ha cuestionado si el legislador está sujeto a ciertos límites en lo relativo a los derechos fundamentales de los extranjeros, o por la redacción de la disposición la materia se desconstitucionalizó y cuál es el significado del término “libertades públicas”. Dichas preguntas las resolvió el Tribunal Constitucional en su sentencia 107/1984, del 23 de noviembre de 1984, en la que afirmó:

El término libertades públicas no tiene obviamente un significado restrictivo y puntualizó en relación al artículo 13.1, que el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el Título Primero de la Constitución se efectuará en la medida en que lo determinen los tratados y la ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas. Esto no significa que se haya querido desconstitucionalizar el estatus jurídico de los extranjeros en relación a los derechos y libertades públicas que gozan en España, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyen los tratados y la ley, sino de las libertades que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley, de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados —dentro de su específica regulación— de la protección

³⁷⁷ Miralles Sangro, Pedro-Pablo (coord.) *et al.*, *Derecho de extranjería en España. Regulación jurídica, práctica administrativa y judicial*, Madrid, UNED, 1995, p. 30.

constitucional, pero son todos ellos, sin excepción, en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal... las leyes podrán establecer una diferencia de trato sin que ello signifique que el legislador pueda restringir el goce y ejercicio de estos derechos sin limitación. Los derechos y libertades del Título I, de la Constitución Española reconocidos a los extranjeros son derechos constitucionales. Les es aplicable en consecuencia el artículo 53.1, que obliga en la regulación de estos derechos a que la ley respete su contenido esencial.³⁷⁸

Con relación a la pregunta del contenido esencial de un derecho fundamental, en la misma sentencia el Tribunal Constitucional puntualizó:

Aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente amparados, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo se rebasa o se desconoce el contenido esencial del derecho cuando queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.³⁷⁹

Por lo que se refiere a la materia de asilo o refugio, el artículo 13 no reconoce el derecho de asilo; señala en su inciso 4o., que “la ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en Europa”.³⁸⁰ Afirma Sagarra Trías: “la parquedad del texto constitucional no tiene precedentes en el derecho comparado, y su indefinición se explica únicamente por el desacuerdo que se manifestó en las Cortes Constituyentes acerca de la formulación inicialmente propuesta”. Salta a la vista que en este caso no se impuso ningún límite al legislador para evitar incurrir en el incumplimiento de los tratados internacionales y con ello originar responsabilidad internacional.

Peces-Barba enfatizó que con la redacción propuesta, “el derecho de asilo se deconstitucionaliza, sin ninguna referencia valorativa y ni un

³⁷⁸ STC 107/1984, del 23 de noviembre; de 1984, publicación: *BOE* 19841221 (*BOE* núm. 305), registro 576/1983, p.7.

³⁷⁹ Sagarra Trías, *op. cit.*, nota 372, p. 69.

³⁸⁰ *Idem.*

solo mandato al legislador ordinario”³⁸¹ y recordó aquellos momentos en que se perseguía a los defensores de la democracia en España, personas de todos los grupos parlamentarios, pero especialmente militares socialistas, que se beneficiaron de la tradición de asilo de otros países.

En diversas sentencias del Tribunal Constitucional se ha planteado la pregunta de cuáles son los derechos fundamentales que gozan los extranjeros. Apunta Luis María Díez-Picazo, que la pregunta no es sencilla de resolver, ya que desde la Declaración francesa de 1789 se distinguía entre derechos del hombre y del ciudadano. Ubica Díez-Picazo³⁸² en ese conjunto de derechos, los que pertenecen a toda persona, y por ende a los extranjeros, el derecho a la vida, la integridad física, la libertad religiosa e ideológica, la libertad personal, el derecho a la intimidad y la tutela judicial efectiva. Continúa Díez-Picazo apuntando que, por al menos por razones históricas, no se ubican dentro del conjunto de derechos que pertenecen a toda persona, “el derecho a la participación política, acceso a las funciones públicas, libertad de residencia y de circulación”³⁸³.

Con relación a los últimos dos derechos (el de residencia y circulación), precisa Díez-Picazo que se han realizado importantes matices en el artículo 19 constitucional, y que por tanto estos dos últimos derechos son de configuración legal, pero que entre los fundamentales y los de configuración legal hay una gran franja gris, en la cual se pregunta que “tanto pertenecen a la persona en cuanto tal, la libertad de expresión, los derechos de reunión y manifestación, la libertad de asociación, los derechos de sindicación y huelga, por no hablar de educación, propiedad privada o de libertad de empresa”³⁸⁴.

Desde la perspectiva de la autora de este trabajo, resulta incorrecta la afirmación de Díez-Picazo, de no considerar como derechos fundamentales los derechos de circulación y residencia, ya que olvida que todos los derechos contenidos en los instrumentos internacionales son derechos humanos fundamentales, y que los Estados se encuentran obligados de garantizar de manera efectiva su ejercicio a toda persona. En todo caso, al no precisar la Constitución española el contenido de los derechos de

³⁸¹ Sagarra Trías, Eduard, *op. cit.*, nota 372, p. 72.

³⁸² Díez-Picazo, Luis María, *El sistema de derechos fundamentales*, 2a. ed., Navarra, Thomson-Civitas, 2005. p. 131.

³⁸³ *Ibidem*, p. 132.

³⁸⁴ *Idem*.

que gozan los extranjeros, puede decirse que son de configuración legal, sin dejar de ser fundamentales, por lo que la legislación que se emita deberá ser acorde, como señala el artículo 13 constitucional, con los tratados internacionales.

2. *Derechos humanos, derechos fundamentales y libertades versus extranjeros*

La pieza fundamental para la efectiva protección de los derechos humanos en España la ubicamos en el artículo 10, disposición que se convirtió en una herramienta muy útil en manos de las autoridades judiciales para la debida interpretación de los derechos y libertades fundamentales de la persona. Puntualiza dicha disposición:

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Gracias a la citada disposición, las normas internacionales de derechos humanos se ubican jerárquicamente al mismo nivel de la Constitución española, para garantizar de manera efectiva su ejercicio. De tal suerte que mediante la remisión que realiza el artículo 10 constitucional a la Declaración Universal de Derechos Humanos se incorporan normas internacionales de derechos humanos fundamentales al ordenamiento jurídico español, otorgando con ello primacía al derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno español, sin exigir para la aplicación interna de dichas normas por mandato constitucional, la satisfacción de ningún requisito.³⁸⁵

La sentencia 236/ 2007 del Tribunal Constitucional, del 7 de noviembre de 2007, puntualiza:

³⁸⁵ Ortiz Ahlf, Loretta, “Incorporación de las normas internacionales al derecho interno de los países de Iberoamérica”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. III, 2003, p. 288.

No resulta posible un tratamiento desigual de los extranjeros respecto de los españoles. Estos derechos son los que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, o dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana conforme al artículo 10.1 de la Constitución, el cual constituye el fundamento del orden político español.³⁸⁶

De igual forma, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 91/2000, del 30 de marzo de 2000, aclara:

A partir de lo cual concluimos que si el mandato del art. 10.2 impone que los preceptos constitucionales sean interpretados de conformidad con las normas internacionales sobre protección de los derechos humanos, ha de recordarse también que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en relación con el art. 1 del Convenio de Roma de 1950, que el ámbito jurisdiccional estatal, a los fines de protección que ese instrumento garantiza no se circunscribe al territorio nacional.

Especial relevancia reviste, en ese proceso de determinación, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el artículo 10.2 de la Constitución de España remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esa decisión del Constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado.³⁸⁷

Incorpora así la Constitución española la Declaración Universal de los Humanos, la cual contiene normas internacionales obligatorias de derechos humanos, cuyo ejercicio corresponde a toda persona en razón de su dignidad humana. De tal suerte que la Declaración Universal contiene el estándar mínimo de derechos que debe reconocerse a todo individuo, y que todo Estado está obligado a garantizar por igual a nacionales o extranjeros que se encuentren en su territorio.

³⁸⁶ STC 236/2007, del 7 de noviembre de 2007, publicación: *BOE* 20071210, registro 1707-20011, p. 10.

³⁸⁷ STC 91/2000, del 30 de marzo de 2000, publicación: 20000504: *BOE* 107, registro 3868/1998, p. 9.

Con relación al artículo 10, Díez-Picaso señala:

dicha disposición enuncia los fines últimos que debe perseguir el Estado democrático de derecho instaurado por la Constitución y por los que, en consecuencia, pueden considerarse globalmente justos y dignos de acatamiento: dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad, pero no otros (riqueza material, pureza racial, homogeneidad cultural, ortodoxia religiosa, etc.).³⁸⁸

Por su parte, al comentar Juan José González Rivas la citada disposición, señala que

el referido precepto no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no están proclamados en nuestra Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de acuerdo al contenido de dichos tratados o convenios, de modo que en la práctica ese contenido se convierte en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el Capítulo II, del Título I, de nuestra Constitución.³⁸⁹

De esta forma, Juan José González Rivas afirma que el artículo 10 no da rango constitucional a los derechos y libertades mencionados en la disposición constitucional. No comparto dicha opinión, ya que la disposición constitucional remite a la norma internacional, sin exigir el cumplimiento de requisito alguno para la incorporación del derecho internacional al ordenamiento jurídico español. A través de esta remisión en blanco de la norma constitucional a la internacional incorpora el artículo 10, CE, las normas de derechos humanos de la Declaración Universal, otorgando a las mismas el mismo rango que las normas constitucionales.

La función que realiza el artículo 10 se puede apreciar en las argumentaciones jurídicas del Tribunal Constitucional; por ejemplo, afirma dicho Tribunal en su sentencia 236/2007, del 7 de noviembre:

... el artículo 13.1 concede al legislador una notable libertad para regular los derechos de los extranjeros en España, pudiendo establecer determinadas condiciones para su ejercicio. Sin embargo, una regulación de este

³⁸⁸ Díez-Picaso, Luis María, *op. cit.*, nota 383, p. 68.

³⁸⁹ González Rivas, Juan José, *La interpretación constitucional por el Tribunal Constitucional (1980-2005)*, Navarra, Thomson-Civitas, 2005, pp. 276 y 277.

tenor deberá tener en cuenta, en primer lugar, el grado de conexión de los derechos concretos con la garantía de la dignidad humana, según los criterios expuestos; en segundo lugar, el contenido preceptivo del derecho, cuando éste venga reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución; en tercer lugar, y en todo caso, el contenido delimitado para el derecho por la Constitución y los tratados internacionales. Por último, las condiciones de ejercicio establecidas por la ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida.³⁹⁰

De igual forma, en la sentencia del 30 de septiembre de 1985, el Tribunal Constitucional, de manera muy clara, expresó:

El artículo 13.1 de la C.E. no significa que los extranjeros gozarán sólo de aquellos derechos y libertades que establezcan los tratados y las leyes. Significa que el disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución (y que, por consiguiente, se les reconoce también a ellos en principio, con las salvedades concernientes a los artículos 19, 23 y 29, como se desprende de su tenor literal y del propio artículo 13.2) podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los tratados internacionales y la ley interna española. Pero ni siquiera esta modulación es posible en todos los 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 CE, constituye fundamento del orden político español.³⁹¹

3. *El principio constitucional de igualdad*

La disposición constitucional que garantiza el derecho a no recibir un trato discriminatorio, es decir, un trato desigual, injustificado y arbitrario, en el ordenamiento jurídico español, es el artículo 14, que señala:

³⁹⁰ STC 236/2007, del 7 de noviembre de 2007; publicación: *BOE* 20071210, registro 1707-2001.

³⁹¹ STC 99/1985, fecha de aprobación: 30/9/1985; publicación 19851105 (*BOE* núm. 265), registro 14/1985, p. 5.

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos recurre a una forma más amplia para referirse a este derecho; dispone: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.³⁹²

Los titulares del derecho contemplado en el artículo 14 de la Constitución de España son los españoles, es decir, las personas físicas y jurídicas de nacionalidad española. Sin embargo, en razón de que España es parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el ámbito personal de validez de la norma se amplió, como resultado de la obligación que adquirieron los Estados parte, de aplicar e interpretar las normas vinculadas con los derechos regulados en la CEDH sujetos al principio *pro homine*, con base en el cual debe aplicarse la disposición más benéfica para la persona cuando resulten regulados los derechos fundamentales por diversas disposiciones. En este caso, la norma más amplia en cuanto contenido sustantivo y ámbito de validez personal la ubicamos en el artículo 18 del CEDH, que señala como titular del derecho a la persona.

Cabe precisar que para que se vulnere el derecho de igualdad y no discriminación no basta con un tratamiento distinto, sino que se requiere que el trato sea desigual o discriminatorio y constituya un acto abiertamente arbitrario o injustificado. La clave se ubica en la determinación de los criterios de diferenciación que son legítimos. Para que la diferenciación pueda considerarse legítima con base en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional³⁹³ se requiere que sea objetiva y razonable; si, por el contrario, es arbitraria, injustificada o irrazonable, se vulnera el derecho a un trato no discriminatorio. ¿Qué debe entenderse por razonable? Es la exigencia de que los actos de los poderes públicos se ajusten al sentido común, y que sean lo menos gravosos para las personas.

³⁹² Artículo 14, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950, *BOE* núm. 243 del 10 de octubre de 1979.

³⁹³ STC 199/2004, del 15 de noviembre de 2004, publicación: *BOE* 20041221, registro 2365/2004.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 199/2004, del 15 de noviembre de 2004, define un trato arbitrario:

En efecto, el principio de igualdad en la aplicación judicial de la Ley exige que un mismo órgano judicial no modifique de manera arbitraria su interpretación de las normas jurídicas, pero no impone que órganos distintos estén obligados a mantener interpretaciones coincidentes, puesto que de lo contrario sería negar independencia a la función jurisdiccional a cada uno de los Jueces y Tribunales que encarnan el poder judicial, y lo prohibido por el principio de igualdad en la aplicación de la ley es el cambio irreflexivo o arbitrario.³⁹⁴

Y al analizar el TC la problemática de la aplicación de la ley y el principio de igualdad, señaló:

...en la aplicación de la ley puede existir violación del principio de igualdad cuando un mismo precepto se aplique en casos iguales con notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias (esto es, no se encuentre fundada la aplicación de la ley en razones jurídicamente atendibles) o con apoyo en algunas de las causas de discriminación explícita, o genéricamente incluidas en el artículo 14 de la Constitución.³⁹⁵

Por otro lado, al referirse el TC a la razonabilidad, precisó:

la regla general de la igualdad ante la ley contenida en el artículo 14 de la Constitución, contempla en primer lugar, la igualdad en el tratamiento dado por la ley o la igualdad en la ley, que constituye, desde este punto de vista, un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero que es así mismo, igualdad en la aplicación de la ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.³⁹⁶

³⁹⁴ STC199/2004, del 15 de noviembre de 2004; publicación: *BOE* 20041221, registro 2365/2004.

³⁹⁵ STC 34/2004, del 8 de marzo de 2004; publicación 20040406-*BOE* núm. 83, registro 813/2004; STC 13/2004, del 9 de febrero de 2004, publicación 2004310, *BOE* núm. 60, registro 4420/2002, p. 3.

³⁹⁶ STC 13/2004, del 9 de febrero de 2004, publicación 2004310, *BOE* núm. 60, registro 4420/2002, p. 5.

Y al vincular el TC el derecho a un trato no discriminatorio con el derecho a la tutela judicial efectiva, enfatizó:

...evidenciada la falta de motivación en el cambio de criterio del órgano juzgador para el caso que se nos somete a consideración, ha de convenirse con la actora, cuando recuerda nuestra jurisprudencia al respecto, que tal carencia comporta la calificación de la sentencia impugnada como arbitraria y con ello, que viola también el derecho a la tutela judicial efectiva; dicho en nuestros propios términos: En consecuencia, la decisión judicial cuestionada carece de una justificación razonable que permita excluir la posible apreciación de arbitrariedad en cambio de criterio efectuado, lo que la convierte no sólo en lesiva del artículo 14 de la Constitución de España, por desigual aplicación de la ley, sino que, además como dijimos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 150/2001, resulta también lesiva del derecho de la tutela judicial efectiva (art. 24.1) dado que la solución alcanzada resulta arbitraria en la medida en que (diferentes sujetos) han obtenido distintas respuestas en supuestos idénticos sin que medie un razonamiento que así lo justifique.³⁹⁷

En el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo, con relación al apartado a) del artículo 2 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, que concedía el derecho de asistencia jurídica gratuita únicamente a las personas que residieran legalmente en España, vulnerando con dicha regulación el derecho a la asistencia jurídica, que corresponde a aquellas personas que carecen de recursos y no residen legalmente en España, el Defensor del Pueblo remarca la evidente falta de razonabilidad de dicha diferenciación en estos términos:

La privación por el legislador del derecho de gratuidad de la justicia a un grupo de personas físicas que reúnan las condiciones económicas previstas por carecer de residencia legal para acceder al 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 de la Constitución Española, 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... al apreciarse la inconstitucionalidad en la exigencia del requisito de la legalidad de la residencia, los

³⁹⁷ STC 13/2004, del 9 de febrero de 2004, publicación 2004310, *BOE* núm. 60, registro 4420/2002, p. 6.

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.³⁹⁸

En la sentencia se declaró “que 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”.³⁹⁹ En el voto concurrente de dicha sentencia, el magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez apunta:

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 la regulación legislativa distinta del beneficio de justicia gratuita, siempre que se ajuste a cánones de proporcionalidad y razonabilidad.⁴⁰⁰

La revisión de diversas sentencias del TC nos permitió observar las diferentes interpretaciones sobre el significado de “proporcionalidad” y “razonabilidad”. En algunos casos está referido a cuestiones económicas;

³⁹⁸ STC 95/2003, del 22 de mayo de 2003; publicación: *BOE* 20030610, (*BOE* núm. 138), registro 1555/1996, p. 5.

³⁹⁹ STC 95/2003, del 22 de mayo de 2003; publicación: *BOE* 20030610 (*BOE* núm. 138), registro 1555/1996, p. 7.

⁴⁰⁰ Voto concurrente que forma el magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez de la STC 95/2003, del 22 de mayo de 2003; publicación: *BOE* 20030610 (*BOE* núm. 138), registro 1555/1996, p. 11.

en otras, a la forma de aplicar la ley en casos idénticos⁴⁰¹ y en los casos recientes vinculados con la privación de derechos fundamentales, se precisa que la diferenciación razonable debe estar soportada en una justificación lo suficientemente sólida que la autorice, que no sea arbitraria, grosera o irracional en cuanto a la afectación de esos derechos.⁴⁰² Esta última interpretación es la que resulta acorde con los instrumentos internacionales ratificados por España, que tampoco exigen un tratamiento idéntico. Ubicamos en ese sentido diversos casos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁴⁰³

4. *El derecho de libertad y la seguridad*

El artículo 17 de la CE consagra el derecho fundamental a la libertad y seguridad, en términos similares a la Convención Europea de Derechos Humanos.⁴⁰⁴ Señala dicha disposición:

Artículo 17. Derecho a la libertad y seguridad.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma prevista en la ley.

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos y en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de

⁴⁰¹ STC 112/2001, del 7 de mayo 2001; publicación: *BOE* 20010608, registro 4608/1996, p. 3. STC 191/2002, del 28 de octubre de 2002; publicación: *BOE* 20021120 (*BOE* núm 278), registro 2459/1998, p. 4.

⁴⁰² SSTC 37/1995, del 7 de febrero de 1995; 58/1995, del 10 de marzo de 1995; 136/1995 del 25 de septiembre de 1995; 211/1996, del 17 de diciembre de 1996; 76/1997, del 21 de abril de 1997; 235/1998, del 14 de diciembre de 1998.

⁴⁰³ Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Airey contra Irlanda, del 9 de octubre de 1979, serie A, núm. 32, p. 16, y 30; *Manifattura F. L. contra Italia*, del 27 de febrero de 1992, serie A, núm. 230-B, pp. 21 y 22.

⁴⁰⁴ Artículos 5o. y 6o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

abogado al detenido en diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

4. La ley regulará un procedimiento de *habeas corpus* para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

Vinculado con el derecho a la libertad y la privación de la libertad, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas emitió la Observación General 21,⁴⁰⁵ aplicable a todas las formas de privación de la libertad, ya sea como consecuencia de un delito, o por otras causas, como por ejemplo, enfermedades mentales, vagancia, toxicomanía, finalidades docentes o control de inmigración. Dicha observación desarrolla el artículo 9o. del PIDCP, con base en la cual toda persona tiene el derecho a recurrir ante un tribunal para que juzgue la legalidad de su detención en toda clase de privaciones de la libertad. Puntualiza que deberá entregarse la persona detenida, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por ley para ejercer funciones judiciales, y que la prisión preventiva deberá constituir una medida excepcional y lo más breve posible.

Especifica la observación 21⁴⁰⁶ los requisitos de las detenciones para no ser calificadas de arbitrarias y violatorias del derecho fundamental a la libertad, mencionando entre otros los siguientes:

- Las detenciones deben obedecer a causas establecidas por ley y efectuarse con arreglo al procedimiento establecido en la misma ley.
- Debe informarse a la persona las razones de su detención.
- Debe ponerse a disposición de la persona detenida el derecho a recurrir a un tribunal.
- En el supuesto de realizarse una detención improcedente, debe otorgarse una reparación.

⁴⁰⁵ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Observación general 21, adoptada en el 44 periodo de sesiones (1992), Carbonell, Miguel y Moguel, Sandra *et. al.*, *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, México, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002, pp. 298-301.

⁴⁰⁶ Observación general 21, 44 periodo de sesiones, Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en Carbonell, Miguel y Moguel, Sandra *et al.*, *op. cit.*, 406, pp. 298-301.

- Debe garantizarse a las personas privadas de su libertad por cualquier causa, el respeto de su dignidad en las mismas condiciones aplicables a las personas libres.

El artículo 17, CE, distingue la detención preventiva de la provisional. La primera no podrá durar más que el tiempo estrictamente necesario, sin exceder de setenta y dos horas, para poner a la persona a disposición de la autoridad judicial o dejarla en libertad.⁴⁰⁷ La detención provisional procede en los supuestos determinados por ley, y su duración se sujetará al plazo máximo que determine la misma ley. Dicha detención opera como medida cautelar de carácter excepcional, que requiere ser decretada por un juez, y que por tanto debe ser interpretada restrictivamente.⁴⁰⁸

El Tribunal Constitucional ha puntualizado que una vez que termine el plazo de duración de la detención provisional, o de que desaparezca la causa que la motivó, el mantenimiento de tal medida constituye una vulneración al derecho de libertad, y una privación ilegal de la libertad. En ese sentido, en su sentencia 169/2001, del 16 de julio de 2001, señala:

Al respecto, conviene recordar que este Tribunal ha declarado que la exigencia constitucional de proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales requiere además de la previsibilidad legal, que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo. Hemos de recordar, también, que la situación ordinaria en espera de un juicio no es la de hallarse sometido a una medida cautelar, así se deduce de la efectiva vigencia en nuestro ordenamiento jurídico de los derechos fundamentales a la libertad personal y a la presunción de inocencia. Su carácter excepcional y la necesaria protección del derecho de presunción de inocencia como regla de juicio exige que las medidas cautelares se adopten allí donde haya indicios racionales de criminalidad y en

⁴⁰⁷ STC 128/1995, fecha de aprobación: 26/07/1995; publicación: 199550822-BOE núm. 200, registro: 993/1995, p. 2.

⁴⁰⁸ De conformidad con el artículo 504, LECrim, la prisión provisional no durará más de un año cuando se trate de delito castigado con una pena de prisión que vaya de seis meses y un día a seis años (prisión menor ni exceder de dos años cuando la pena susceptible de ser impuesta sea superior). No obstante, si concurriendo circunstancias que hagan prever que la causa no pueda ser juzgada en estos plazos y el inculcado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, el artículo 504, LECrim, prevé la posibilidad de prolongar la prisión provisional hasta dos años y cuatro años, respectivamente. El tribunal competente solo dictará un auto en ese sentido tras haber oído al inculcado y al fiscal.

la medida en que sean necesarias para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, que, en particular, en lo atinente a la libertad personal, reside en asegurar la disponibilidad física del imputado ante el órgano judicial garantizando de esta forma su sujeción al proceso.⁴⁰⁹

La detención de los extranjeros en situación irregular genera en la mayoría de los casos, privaciones ilegales de la libertad, de conformidad con el artículo 17. Además, ocasiona la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al no garantizar una justicia pronta y expedita. La falta de acceso a la jurisdicción penal o administrativa en caso de detención o internamiento, genera responsabilidad para el Estado. Dicha responsabilidad no se evade por denominar al mismo acto, internamiento o detención, conforme al artículo 5o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁴¹⁰

Contra cualquier detención ilegal procede el hábeas corpus. Puede recurrirse a dicho proceso en todos los supuestos concebibles de privación de la libertad, incluida la prolongación ilegal de la misma o su mantenimiento en condiciones ilegales, conforme a la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional.⁴¹¹ Al hábeas corpus tienen acceso los inmigrantes irregulares.⁴¹² En cuanto tal, debe ser sencillo, rápido e efectivo, para ajustarse a los requerimientos de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, que señalan que todo individuo debe tener a su alcance un recurso sencillo, efectivo y rápido para hacer valer sus derechos. El procedimiento se inicia mediante escrito, en el que debe constar el nombre y las circunstancias tanto del solicitante como de la persona para la que se pide protección; el lugar en que ésta se halla, y cualesquiera otras circunstancias que puedan ser relevantes; además, el motivo por el que se estima que la privación de la libertad es ilegal. Se da

⁴⁰⁹ STC 169/2001, del 16 de julio de 2001, publicación: *BOE* 20010814 (*BOE* núm. 194) registro 3824/1999, p. 18.

⁴¹⁰ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Vander Tang v. España*, 13 de julio de 1995. Garberí Llobregat, José y Morenilla Allard, Pablo, *Convenio Europeo de Derechos Humanos y jurisprudencia del Tribunal Europeo relativa a España*, Barcelona, Bosch, 1999, pp. 362 y ss.

⁴¹¹ STC 12/1994. Fecha de aprobación: 17/01/1994; publicación: 199940217, *BOE* núm. 41, registro 591/1993. STC 174/1999; fecha de aprobación: 27/09/1999; publicación: 19991103, *BOE* núm. 263, registro 1374/1999.

⁴¹² STC 179/2000, del 26 de junio de 2000; publicación: *BOE* 20000728; registro 5317/1999.

traslado de este escrito al Ministerio Fiscal, y si reúne todos los requisitos la demanda de hábeas corpus debe ser admitida sin más trámite.⁴¹³

De conformidad con la exposición de motivos de la Ley Orgánica 6/1984, el hábeas corpus procede en los casos de detenciones ilegales y en las detenciones que se ajustan al principio de legalidad,⁴¹⁴ pero que se prolongan indebidamente, “el procedimiento del *hábeas corpus* es una garantía procesal específica prevista por la Constitución para la protección del derecho fundamental a la libertad personal”.⁴¹⁵

5. La libertad de residencia y circulación en territorio español

La libertad de residencia y circulación se encuentra regulada en el artículo 19 de la Constitución de España, el cual dispone:

Artículo 19. Libertad de residencia y circulación.

Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional.

Asimismo tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos.

Los titulares de la libertad contemplada en el artículo 19 son los españoles. Sin embargo, debe considerarse que España es parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁴¹⁶ en cuyos artículos 12 y 13 contempla la libertad de residencia y circulación. Como se precisó, uno de los efectos de la celebración de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos en el ámbito interno es precisamente la ampliación del ámbito personal de validez en razón de principio de interpretación *pro homine*. En los precedentes vinculados con el artículo 19,

⁴¹³ González Rivas, Juan José, *op. cit.*, nota 390, p. 317.

⁴¹⁴ STC 98/1986, fecha de aprobación: 10/07/1986; publicación: 19860723-BOE 175. Registro 36/1986, p. 3; STC 128/1995, 26/07/1995; publicación 19950822-BOE 200. Registro 993/1995, p. 3.

⁴¹⁵ STC 24/2000, del 31 de enero de 2000; publicación: BOE 20021120 (BOE núm. 278); registro 2459/1998, p. 4.

⁴¹⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 3 de enero de 1976. España ratificó el 27 de julio de 1977 (BOE núm. 103, del 7 de abril de 1977).

con base en dicha argumentación jurídica, el TC concluye que el sujeto al que se refiere la disposición es toda persona.⁴¹⁷

La libertad de circulación y residencia de los inmigrantes irregulares se ve afectada en la mayoría de los casos por las expulsiones. La normativa internacional de derechos humanos exige que el proceso de expulsión de un extranjero sea individualizado y asegure el ejercicio del derecho de acceso a la justicia de manera previa a la toma de la decisión de expulsión, para evitar el incumplimiento de diversos instrumentos internacionales.

Dentro de dichos instrumentos cabe mencionar la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1950, y su Protocolo de 1969, que prohíben la devolución, expulsión o extradición de un individuo a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes. Diversas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos confirman dicha prohibición, como se observa en los casos *Soering vs. Reino Unido*, del 7 de julio de 1989,⁴¹⁸ y *Cruz Vargas vs. Suecia*, del 20 de marzo de 1991,⁴¹⁹ donde señala el TEDH que cualquier forma de expulsión, incluidas la extradición y la denegación de asilo, a un país donde el expulsado corra riesgo de ser condenado a pena de muerte, equivale a un trato inhumano o degradante. Otro instrumento internacional que incumple España con el procedimiento a través del cual se realizan las expulsiones es la CEDH. Las sentencias del TEDH⁴²⁰ puntualizan que la expulsión de extranjeros debe ser una medida proporcional; es decir, no debe expulsarse a los extranjeros, en los casos en que se encuentran arraigados los individuos en el país de acogida, tienen vínculos familiares en el mismo y no cometen delitos excesivamente graves.

⁴¹⁷ STC 24/2000, del 31 de enero de 2000; publicación: *BOE* 20000303 (*BOE* núm. 54); registro 1543/199, pp. 5 y 6. STC 91/2000, del 30 de marzo de 2000; publicación: *BOE* 20000504 (*BOE* núm. 107); registro 3868/1998, p. 2.

⁴¹⁸ Caso *Soering* contra Reino Unido (sentencia del 7 de julio de 1989), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, t. I, *Jurisprudencia 1988-2002*, Madrid, Cortes Generales, 2003, pp. 424 y ss.

⁴¹⁹ Caso *Cruz Vargas y Otros* contra Suecia (sentencia del 20 de marzo de 1991), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, t. I, *Jurisprudencia 1988-2002*, Madrid, Cortes Generales, 2003, pp. 858 y ss.

⁴²⁰ Case 41/174 *Yvone van Duyn vs. Germany*, sentence 4 of December 1974, *European Union Law-Cases*, Ed. Frank Emmett, The Hague, Kluwer International, 2000, pp. 325 y ss.; Case 36/74 sentence 12 of December 1974, *Walrave and Koch vs. España*, *European Union Law-Cases*, Frank Emmert, The Hague, Kluwer Internacional, 2000, pp. 333 y ss.

Cabe precisar que a pesar de que el LODLEE y su reglamento mantienen procedimientos de expulsión, el TC, con fundamento en los artículos 19 y 13 de la CE y de los tratados ratificados por España, ha determinado en relación con las expulsiones, que se requiere que haya un motivo legalmente previsto para que se realicen y el respeto del derecho a la tutela judicial.⁴²¹

II. BASES CONSTITUCIONALES DE LA JUSTICIA Y SU ADMINISTRACIÓN EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

1. *Tutela judicial efectiva de jueces y tribunales*

El libre acceso a la jurisdicción es el primer prerequisite para el ejercicio del derecho al acceso a la justicia efectiva. Puntualiza Francisco Chamorro Bernal: “no se puede obtener la prestación jurisdiccional es decir la resolución que pone fin a la controversia existente entre las partes, si por algún motivo no es posible acceder previamente a los Jueces o Tribunales para plantear la cuestión”.⁴²² Vinculado con el acceso a la jurisdicción, el artículo 117, CE, señala:

1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.
2. Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados, ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley.
3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.
4. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas

⁴²¹ STC 91/2000, del 30 de marzo de 2000, publicación: *BOE* 20000504 (*BOE* núm. 107), registro 3868/1998, p. 5. y STC 24/2000, del 31 de enero de 2000; publicación: *BOE* 20000303 (*BOE* núm. 54), registro 1543/1997, p. 6.

⁴²² Chamorro Bernal, Francisco, *El artículo 24 de la Constitución*, t. I, Barcelona, Lura, 2005, p. 33.

en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por la ley que garantice cualquier derecho.

5. El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito de los tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio de acuerdo con los principios de la Constitución.
6. Se prohíben los Tribunales de excepción.

El derecho de acceso a la justicia exige de jueces y tribunales independientes, imparciales y predeterminados por ley, para la atención de los diversos asuntos que les son sometidos por ley para su solución, como lo señalan los artículos 117.4 y 24.2, CE. En ese sentido, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 99/1985, del 30 de septiembre de 1985, enfatizó:

siendo el derecho de tutela judicial efectiva no un derecho de libertad, que se ejerce sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho de prestación, sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal, pero ni el legislador podría poner cualquier obstáculo a tal derecho fundamental, pues ha de respetar siempre su contenido esencial (artículo 53.1 de la C.E.), ni nadie que no sea el legislador puede crear impedimentos o limitaciones al derecho a la tutela judicial cuyo ejercicio sólo por ley puede regularse.⁴²³

Una vez que se accede a la jurisdicción, se requiere de una justicia expedita y oportuna, en la cual concluyan los procesos con sentencias ejecutables. Con relación a la duración de los procesos, la citada sentencia 99/1985, del 30 de septiembre de 1985, precisa que

el derecho de acceso a la justicia no puede entenderse como algo desligado de su tiempo en que debe prestarse por los órganos del Poder Judicial, sino ha de ser comprendido en el sentido de que se otorgue por éstos dentro de los razonables términos temporales en que las personas lo reclaman en el ejercicio de sus derechos legítimos. El ámbito temporal en que se mueve

⁴²³ STC99/1985, aprobación 30/9/1985; publicación: *BOE*: 19851105 (*BOE* núm. 265), registro 14/1985, p. 1.

el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales lo viene a consagrar el art. 24.2 de la Constitución al hablar de un proceso público sin dilaciones.⁴²⁴

El derecho de acceso a la justicia se materializa en una sentencia dictada por un órgano jurisdiccional unipersonal o colegiado debidamente nombrado que tenga atribuidas verdaderas funciones de jurisdiccionales. Por tanto, su ejercicio exige no sólo que los órganos jurisdiccionales se encuentren debidamente regulados, sino también de normas claras de competencia preestablecidas, que distribuyan la función jurisdiccional entre los distintos órganos que ejercen dicha función. La función jurisdiccional es intransferible en dos sentidos: porque el juez debe resolver personalmente el conflicto, y segundo, porque debe estar presente cuando la ley procesal lo establece. El ejercicio de su función es personalísimo cuando se trata de un acto definitivo, como dictar la sentencia o velar por la ejecución de ésta; en cambio, en los supuestos en los cuales el juez es sustituible en las actuaciones procesales intermedias, la ley procesal determinará si es necesaria la inmediación del juez en todas las etapas del proceso. En ese sentido, la exigencia de la inmediación del juez en las diversas etapas del proceso es distinta si se trata de un proceso penal a uno civil.

2. Titularidad universal del derecho de tutela judicial efectiva

La disposición que regula la obligación de los jueces y tribunales en España de asegurar a toda persona el derecho de acceso a la justicia es el artículo 24, que señala:

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse la indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes

⁴²⁴ STC 24/1981, aprobación 14/7/1981; publicación *BOE*: 19810720 (*BOE* núm. 172), registro 6/1981, p. 1.

para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

La disposición constitucional regula en el primer apartado el derecho de acceso a los tribunales, y en el segundo, las garantías constitucionales de todo proceso penal, siguiendo así la pauta de la Convención Europea de Derechos Humanos, que bajo la rúbrica de derecho a un proceso equitativo se ocupa en su primer apartado del derecho de acceso a la justicia en todo tipo de asuntos, y en los dos restantes específicamente de las garantías del proceso penal.⁴²⁵ El artículo 24, CE, reconoce los siguientes derechos:

- Derecho a la tutela judicial efectiva.
- Derecho al juez ordinario predeterminado por ley.
- Derecho a la defensa y asistencia de letrado.
- Derecho a la asistencia gratuita en caso de insuficiencia económica.
- Derecho a ser informado de la acusación que se formula.
- Derecho a un proceso público, sin dilaciones indebidas y con todas las garantías.
- Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la propia defensa.
- Derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable.
- Derecho a la presunción de inocencia.

Estos derechos constitucionales corresponden por igual a nacionales y extranjeros.⁴²⁶ Así lo puntualizó el Tribunal Constitucional en su sentencia 99/1985, al señalar: “ello es así no solo por la dicción literal del citado

⁴²⁵ Sagarra Trías, Eduard, *op. cit.*, nota 372, pp. 84 y 85.

⁴²⁶ Lara Aguado, Ángeles, “Derecho a la tutela judicial efectiva”, en Espugles Mota, Carlos (coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 522 y ss.

artículo (todas las personas) sino porque a esa misma conclusión se llega al interpretar el artículo 10.2 de la CE”.⁴²⁷

Precisa el Tribunal Constitucional, que

la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 CE, constituye uno de los derechos fundamentales que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo, es uno de aquellos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español.⁴²⁸

El artículo 24, CE, reconoce y reafirma el estándar mínimo internacional que corresponde a todo extranjero conforme al derecho internacional,⁴²⁹ límite que se impone a todos los Estados, so pena que en caso de incumplimiento se genere responsabilidad internacional. Una interpretación correcta del artículo 24 constitucional nos lleva a la conclusión de que es titular de ese derecho toda persona nacional o extranjera con legal estancia o sin ella en España.

Si las autoridades judiciales no se ajustan a dicha interpretación, se origina responsabilidad internacional del Estado, la cual sería exigible por las personas que se vieran afectadas por la violación de su derecho fundamental, ante los tribunales internacionales con competencia en materia de derechos humanos, o por el Estado de la nacionalidad del extranjero que podría iniciar la acción de protección diplomática por violación del estándar mínimo de derechos de los extranjeros.

Con relación al contenido del derecho de la tutela judicial efectiva, en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional⁴³⁰ se ha calificado como un derecho de configuración legal, sin que por tal motivo deje de ser fundamental, el cual tiene por principal objetivo prevenir la indefensión, que consiste, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,

⁴²⁷ STC 99/1985; fecha de aprobación: 30 de septiembre de 1985; publicación: *BOE* 19851105 (*BOE* núm. 265), registro 14/1985, p. 6.

⁴²⁸ STC 236/2007, 7 de noviembre de 2007; publicación: *BOE* 20071210; registro 1707/20011, p. 34.

⁴²⁹ Sagarra Trías, Eduard, *op. cit.*, nota 372, p. 101.

⁴³⁰ STC 99/1985; fecha de aprobación: 30 de septiembre de 1985; publicación: *BOE* 19851105 (*BOE* núm. 265); registro 14/1985, p. 6; STC 107/1984; aprobación: 23 de noviembre de 1984; publicación: *BOE*. 198441221 (*BOE* núm. 305); registro 576/1983, p. 7; STC 95/2003 del 22 de mayo de 2003, p. 5.

en “La privación o limitación no imputable al justiciable de cualesquiera los medios legítimos de defensa dentro del proceso, o la falta de un proceso verdaderamente contradictorio”.⁴³¹

El derecho de acceso a la jurisdicción abarca el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, a obtener una resolución fundada y motivada, tanto de forma como de fondo. Con relación a esta cuestión, precisa el Tribunal Constitucional

Que el derecho a la tutela judicial tiene un contenido complejo que incluye, entre otros, la libertad de acceso a los jueces y tribunales, el derecho a obtener un fallo de éstos y también el derecho a que el fallo se cumpla y a que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado si hubiere lugar a ello por daño sufrido.⁴³²

De esta forma, el derecho de acceso a la justicia regulado en el artículo 24, CE, constituye un derecho que se reconoce a todos, que no puede ser limitado por el legislador ordinario por ninguna motivación política o económica. Este derecho no se halla dentro del grupo de derechos cuyo pleno goce y ejercicio pueda condicionarse al cumplimiento de determinados requisitos, como puede ser la legal residencia en España.⁴³³ Corresponde a la categoría de los derechos fundamentales e imprescindibles de la persona, por cuanto del reconocimiento de su ejercicio depende el reclamo y protección de los demás derechos fundamentales.

3. *Sometimiento del Poder Judicial al imperio de la ley*

Con relación a las penas y sanciones impuestas a los inmigrantes irregulares, se cuestiona si deben estar establecidas en ley, de conformidad

⁴³¹ STC158//1997; aprobación: 2/10/1997; publicación: *BOE* 19971030 (*BOE* núm. 260), registro, 1939/1992, p. 4.

⁴³² STC, 13 de abril de 1983; publicación: *BOE* 19830517 (*BOE* núm. 117); registro 292/1982, pp. 6 y 7.

⁴³³ Espugles Mota, Carlos y De Lorenzo Segrelles, Manuel, *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 384 y 385; Flores, Fernando, “Los derechos fundamentales de los extranjeros irregulares”, en Revenga Sánchez, Miguel (coord.), *Problemas constitucionales de la inmigración. Una visión desde Italia y España*, Valencia, UCA, Tirant lo Blanch-Giuffrè, 2005, pp. 153 y ss.

con el artículo 24.1, CE. Sobre esta cuestión, la sentencia del Tribunal Constitucional 2/1987, del 21 de enero, determinó:

La Administración Pública, para fijar un régimen de sanciones, precisa de una previa norma con rango formal de ley, que constituye la norma que habilita a la administración a determinar, vía reglamento, las sanciones.⁴³⁴

Otra sentencia que aborda la misma problemática es la STC 77/1983, del 3 de octubre, sobre los límites de la potestad sancionadora de la administración pública:

Los límites son: a) la legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, con la consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la administración presentan; b) la interdicción de las penas de privación de libertad a las que puede llegarse de modo directo o indirecto a partir de infracciones sancionadas; c) el respeto de los derechos de defensa, reconocidos en el artículo 24 de la Constitución que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para la imposición de sanciones y d) finalmente la subordinación a la autoridad judicial.⁴³⁵

Cabe precisar que la obligación de los órganos jurisdiccionales de sometimiento a la ley conlleva a no exigir la prueba del derecho nacional o extranjero, so pena de vulnerar el principio *iura novit curia*, eje central del artículo 24, CE.⁴³⁶ También la aplicación de la ley exige que los jueces no la interpreten de manera irrazonable o con la finalidad de crear obstáculos al derecho de acceso a la justicia, en razón del principio *pro actione* y la no aplicación retroactiva leyes restrictivas o desfavorables de los derechos individuales (artículo 9.3, CE). Con relación a la aplicación de la ley arbitraria, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 191/2001, del 10 de octubre de 2001, precisa:

⁴³⁴ STC 2/1987, aprobación: 21 de enero de 1987; publicación: *BOE* 19870210 (*BOE* núm. 35), registro 940 y 949/1985, p.13.

⁴³⁵ STC 77/1983; aprobación: 3/10/1983; publicación: *BOE* 19831107 (*BOE* núm. 266); registro 368/1982, p. 1.

⁴³⁶ Miralles Sangro, Pedro-Pablo, *Aplicación del derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 173 y ss.

Para concluir el estudio de esta queja conviene precisar que la determinación del procedimiento aplicable y en función de ello, del plazo de la Administración debía resolver la solicitud formulada, transcurrido el cual habría que entenderse desestimada, es una cuestión de legalidad ordinaria, sólo fiscalizable por este Tribunal en el caso de que apreciase la existencia de arbitrariedad o error patente.⁴³⁷

La exigencia del sometimiento del Poder Judicial a la ley se transformó en un derecho fundamental exigible a todos los poderes públicos,⁴³⁸ en especial en materia penal. El artículo 25.1 de la Constitución de España establece: “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones o omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente”. Esta disposición incorpora el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, tanto al ámbito penal como en el de las sanciones administrativas. Señala el Tribunal Constitucional⁴³⁹ que dicho principio constituye un verdadero derecho subjetivo de carácter fundamental, que exige que se garantice bajo los siguientes criterios:

El principio de legalidad en sentido material, es una concreción del principio de seguridad jurídica e implica la necesidad de predeterminación normativa de las infracciones y sanciones, basada en los principios de la ley previa y cierta. En sentido formal, exige que tal predeterminación se efectúe con norma de rango formal de ley, sin que ello implique la renuncia a la colaboración calificada de un reglamento posterior. La Administración Pública para fijar un régimen de sanciones, precisa de una previa norma con rango formal de ley, que constituye la norma que habilita a la administración a determinar vía reglamento las sanciones.

⁴³⁷ STC 191/2001, del 1o. de octubre de 2001; publicación: *BOE* 20011106 (*BOE* núm. 266), registro 3583/1998, pp. 6 y 7.

⁴³⁸ STC 31/1981; aprobación: 28/7/1981; publicación: *BOE* 19810813 (*BOE* núm. 193), registro 113/1980, p. 1.

⁴³⁹ STC, 2/87; aprobación: 21/1/1987; publicación: *BOE* 19870210 (*BOE* núm. 35), registro 940 y 949/1985, p. 1.

4. Actuación pública de la justicia, procedimiento oral y motivación de las sentencias

El artículo 6.1 del CEDH establece el derecho de toda persona “a que su causa sea oída equitativamente y públicamente”.⁴⁴⁰ Dicho derecho fundamental regulado en el artículo 24, CE, tiene como contrapartida las obligaciones del Poder Judicial del artículo 120 de la Constitución de España, consistentes en:

1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes del procedimiento.
2. El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal.
3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.

La relación entre ambos preceptos constitucionales fue comentada por el Tribunal Constitucional. Al aludir al contenido del derecho de tutela judicial efectiva en su sentencia 26/1983, del 13 de abril, precisó:

El derecho de tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo que impide incluir la definición constitucional del art. 24.1, en cualquiera de los términos de una clasificación dicotómica que como la que distingue entre derechos de libertad y derechos de prestación, sólo ofrece cabida para derechos de contenido simple. Ello no hace, sin embargo, de este derecho un concepto genérico, dentro del cual haya de entender insertos derechos que son objeto de otros preceptos constitucionales distintos como es, por ejemplo, el derecho a un proceso público y sin dilaciones indebidas.⁴⁴¹

La obligación de los órganos jurisdiccionales de garantizar de manera efectiva el derecho de defensa obliga a los jueces a asegurar en las audiencias de todo el proceso, el respeto al principio de contradicción entre

⁴⁴⁰ El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, entró en vigor el 3 de septiembre de 1953, lo ratificó España el 4 de octubre de 1979 y fue publicado en el *BOE* del 10 de octubre de 1979. De conformidad con el artículo 96.1, CE, dicho Convenio forma parte de su ordenamiento interno.

⁴⁴¹ STC 26/1983, aprobación: 13/4/1983; publicación: *BOE* 19830517 (*BOE*, núm. 117), registro 292/1982, p. 6.

las partes, es decir, que ambas partes posean idénticas posibilidades de formular alegatos y ofrecer pruebas. El Tribunal Constitucional, al referirse a dicho principio, puntualizó en su sentencia 24/1981:

La posibilidad de contradicción es, por tanto, una de las reglas esenciales del desarrollo del proceso sin cuya concurrencia, debemos reiterar la idea de que, el juicio justo es una simple quimera del derecho de defensa contradictorio, derivan las manifestaciones instrumentales de los derechos a ser informado de la acusación, a utilizar los medios de prueba, a no declarar contra sí mismo, o el derecho a confesarse culpable. Además, su carácter nuclear y estructural convierte la posibilidad de contradicción en fundamento de las obligaciones judiciales de emplazamiento personal y congruencia, así como en la exigencia de la validez de la actividad probatoria sumarial o la practicada en el juicio oral.⁴⁴²

Otra obligación básica de los jueces es fundamentar y motivar las sentencias o resoluciones. Dicha obligación no implica un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todo lo alegado por las partes, sino que consiste en dar a conocer a las partes en el proceso cuáles han sido los fundamentos jurídicos de la resolución o sentencia. Desde la óptica del artículo 24.1, CE, la obligación de fundar y motivar exige que las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios esenciales que fundamentan la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado la resolución. El no motivar las resoluciones y sentencias ocasiona lo que en el derecho internacional se denomina denegación de justicia.⁴⁴³

Con relación al deber de los jueces de motivar sus resoluciones, puntualiza el Tribunal Constitucional:

La razón última que sustenta este deber de motivación, en tanto que obligación de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada por el órgano jurisdiccional, reside en la interdicción de la arbitrariedad y, por tanto, en la necesidad de evidenciar que el fallo de la resolución no es un simple y

⁴⁴² STC 24/1981, aprobación: 14/7/1981; publicación: BOE 19810720 (BOE, núm. 172), registro 6/1981, p. 5.

⁴⁴³ Suárez, Fernando, “Los derechos humanos de los trabajadores”, en Marzal, Antonio (coord.), *Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidad del sujeto*, Barcelona, ESADE-Bosch, 1999, pp. 69-71.

arbitrario acto de voluntad del juzgador en ejercicio de un rechazable absolutismo judicial, sino una decisión razonada en términos de derecho.⁴⁴⁴

Cabe agregar al requisito de motivación de las sentencias la congruencia, lo cual significa que deben resolver las pretensiones de las partes en los términos que son planteados por ellas.⁴⁴⁵

5. Asistencia jurídica gratuita y derecho a un intérprete

Señala el artículo 119 de la Constitución de España: “La justicia será gratuita cuando así lo disponga ley, y en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”.

La Ley 1/1996, del 10 de enero, regula la asistencia jurídica gratuita.⁴⁴⁶ Los requisitos básicos para el reconocimiento de este derecho son, en el caso de personas físicas, no superar el doble del salario mínimo interprofesional por unidad familiar, y para las personas jurídicas, no superar como base imponible del impuesto de sociedades una cantidad equivalente al triple del salario mínimo interprofesional. Cabe también excepcionalmente el reconocimiento de este derecho aun cuando se superen los mínimos económicos mencionados, mediante una resolución motivada de la Comisión Jurídica de Asistencia Jurídica Gratuita.⁴⁴⁷

La solicitud de asistencia jurídica gratuita se realiza ante los colegios de abogados. Si se requiere además de ayuda para cubrir los gastos procesales, la solicitud se presenta ante la Comisión de Asistencia Gratuita.

⁴⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 33/2001; aprobación: 12/2/2001; publicación: BOE 20010316 (BOE núm. 65), p. 7.

⁴⁴⁵ Lara Aguado, Ángeles, “Derecho de tutela judicial efectiva”, en Espugles Mota, Carlos (coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 530 y 531.

⁴⁴⁶ La Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, en sus artículos 20.2 y 440.2, regula el sistema de justicia gratuita, y remite a la Ley 1/1996, del 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita. Los reglamentos de dicha ley se aprobaron el primero por el Real decreto 2103/1996, del 20 de septiembre, modificado por el Real decreto 1949/2000 del 10 de diciembre.

⁴⁴⁷ Espugles Mota, Carlos y De Lorenzo Segrelles, Manuel, *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 166 y ss.

ta.⁴⁴⁸ Abarca la asistencia jurídica gratuita el derecho de defensa y representación gratuitas en todo tipo de procesos (incluido el recurso de amparo), el asesoramiento previo, el pago de depósitos para interponer recursos, la inserción gratuita de anuncios o edictos, la asistencia pericial, la obtención de copias y actas notariales y la reducción del 80% de los derechos arancelarios para el otorgamiento de escrituras, así como de certificaciones del Registro de la Propiedad.⁴⁴⁹

Cabe señalar que en 1997⁴⁵⁰ se establecieron los requisitos mínimos de los abogados que prestan el servicio de asistencia jurídica gratuita, los cuales deben tener residencia habitual y despacho abierto en el ámbito del colegio respectivo, acreditar más de tres años de ejercicio efectivo y estar en posesión de diploma de la Escuela de Práctica Jurídica o cursos equivalentes homologados, o haber superado los cursos y pruebas de acceso a los servicios del turno de oficio y asistencia letrada del defendido establecidos por los colegios de abogados.⁴⁵¹

De especial relevancia para efectos de nuestro trabajo es el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo, con relación al apartado a) del artículo 2o. de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, en virtud del cual se concedía el derecho de asistencia jurídica gratuita únicamente a las personas que residieran legalmente en España, vulnerando con dicha regulación, el derecho a la asistencia jurídica, que corresponde a aquellas personas que carecen de recursos y no residen en España o residen ilegalmente.

En la argumentación jurídica del recurso promovido por el Defensor del Pueblo aflora la evidente falta de razonabilidad de la diferenciación establecida en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita entre residentes legales y residentes ilegales. Señala el recurso:

⁴⁴⁸ Lara Aguado, Ángeles, “Garantías procesales derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva”, en Espugles Mota, Carlos (coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 608 y ss.

⁴⁴⁹ Chamorro Bernal, Francisco, *El artículo 24 constitucional. El derecho de acceso a los tribunales*, t. I, Barcelona, Iura, 2005, pp. 387-394.

⁴⁵⁰ Orden del 3 de junio de 1997.

⁴⁵¹ Regan, F. et al., *The Transformation of Legal Aid*, London, Oxford University Press, 2000; Rubio de Medina y María Dolores, *El beneficio de justicia gratuita*, Barcelona, Bosch, 2004.

la privación por el legislador del derecho de gratuidad de la justicia a un grupo de personas físicas que reúnan las condiciones económicas previstas por carecer de residencia legal para acceder al 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 de la Constitución Española, 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... al apreciarse la 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.⁴⁵²

Vinculada también con el derecho de asistencia jurídica gratuita y la tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional dictó otra relevante sentencia el 7 de noviembre de 2007:

La STC 95/2003 partiendo de la conexión instrumental entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho a la tutela judicial efectiva (Fj3), y reiterando la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva por parte de los extranjeros, con independencia de su situación jurídica (Fj5), concluye que la norma impugnada está viciada de inconstitucionalidad por entrañar una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 C.E. del que como se dijo son titulares todas las personas (también los extranjeros no residentes legalmente en España) (FJ6). Es más al precisar el alcance de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 2 LAJG, la Sentencia puntualiza que: Al apreciarse inconstitucionalidad en la exigencia del requisito de la legalidad de la residencia, los

⁴⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2003, del 22 de mayo de 2003, publicación: *BOE* 20030610 (*BOE* núm. 138), registro 1555/1996, p. 2.

extranjeros que se encuentren en España y reúnan las condiciones requeridas legalmente para ello podrán acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación a cualquier tipo de proceso a efectos del goce de la precisa legitimación (FJ8). La aplicación de esta jurisprudencia al enjuiciamiento del art. 22.2 de la Ley Orgánica 4/2000, modificado por la Ley aquí impugnada, lleva directamente a apreciar su inconstitucionalidad. En efecto el apartado 1, del art. 22 concede a los extranjeros que se hallen en España y carezcan de recursos económicos el derecho a la asistencia jurídica gratuita “en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo”. Por su parte, el apartado 2, del artículo 22, aquí impugnado, reserva a los “extranjeros residentes” el derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles en los procesos en que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan”. Ello supone la exigencia del requisito de la legalidad de la residencia para que los extranjeros puedan acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación con cualquier tipo de proceso a efectos del cual gocen de la precisa legitimación, lo cual resulta inconstitucional por las razones expuestas.⁴⁵³

Así, en la sentencia 236/2007, al igual que la sentencia 95/2003, del 22 de mayo de 2003, el Tribunal Constitucional determina que el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva exige la asistencia jurídica gratuita cuando se carezca de recursos, y que ambos constituyen derechos fundamentales de las personas con independencia de su situación administrativa en el territorio español,⁴⁵⁴ sin que resulte procedente por irracional y arbitraria una distinción entre residentes legales e ilegales, de conformidad con los criterios de interpretación de dicho Tribunal.⁴⁵⁵ Estas sentencias son acordes con los artículos 24 y 119 de la Constitución

⁴⁵³ STC 236/2007, 7 de noviembre de 2007; publicación: *BOE* 20071210; registro 1707/20011, p. 14.

⁴⁵⁴ García Roca, Javier, “La titularidad constitucional e internacional de los derechos fundamentales y modulaciones legales a sus contenidos”, en Revenga Sánchez, Miguel (coord.), *Problemas constitucionales de la inmigración. Una visión desde España e Italia*, Valencia, Giuffrè-UCA-Tirant lo Blanch, 2005, pp. 71 y ss.

⁴⁵⁵ Chamorro Bernal, Francisco, *op. cit.*, nota 450, pp. 609-626.

de España⁴⁵⁶ y con los tratados internacionales ratificados por España en materia de derechos humanos.⁴⁵⁷

El artículo 24, CE, además de prever la asistencia jurídica gratuita, regula el derecho a la asistencia de un intérprete cuando la persona no comprenda o no hable castellano. Al igual que la asistencia jurídica gratuita, el goce de ese derecho resulta de vital importancia en el caso de extranjeros con residencia legal o no. La regulación del derecho a un intérprete, tanto en la Constitución de España como en la legislación, resulta acorde con los instrumentos internacionales celebrados por España, que contemplan, como ya mencionamos, como parte del derecho de acceso a la justicia efectiva, el derecho a un intérprete cuando no se conozca la lengua del Estado donde se ejerza ese derecho.

6. *Error judicial, funcionamiento anormal de la justicia y reparación de los daños causados a cargo del Estado*

El artículo 5o. de la Convención Europea señala que “toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación”.⁴⁵⁸ En relación con este tema, la Corte Europea de Derechos Humanos puntualizó que la reparación no necesariamente debe consistir en el pago de cantidad dineraria, sino que la *integrum restitutio* puede consistir en el restablecimiento del goce de los derechos vulnerados y la sanción de los responsables de la realización de la detención.⁴⁵⁹

En el sistema jurídico español⁴⁶⁰ la única vía para reparar la privación ilegal de la libertad realizada por un agente administrativo es la estable-

⁴⁵⁶ Lara Aguado, Ángeles, *op. cit.*, nota 449, pp. 590-593.

⁴⁵⁷ Fernández Valverde, Rafael, “El régimen administrativo de extranjería”, en Álvarez Conde, Enrique y Pérez Martín, Elena (coords.), *Estudios sobre derecho de extranjería*, Madrid, Instituto de Derecho Público-Universidad Rey Juan Carlos, 2005, pp. 470-475.

⁴⁵⁸ Artículo 5o., Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950, *BOE* núm. 243, del 10 de octubre de 1979.

⁴⁵⁹ Van Dijk, Pieter *et al.*, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4a. ed., Oxford, Intersentia, 2006, pp. 508 y 509.

⁴⁶⁰ Artículo 121, CE: “Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley”.

cida en el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que prevé que sean indemnizados por el Estado “quienes después de haber sufrido prisión preventiva sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se hayan irrogado perjuicios”.

Señala Díez-Picaso,⁴⁶¹ que

la responsabilidad administrativa es objetiva por imperativo constitucional de conformidad con el artículo 106 de la Constitución, lo que significa que deberá indemnizarse medie o no culpa o negligencia por parte de los funcionarios o agentes administrativos encargados de la detención, por tal motivo, cuando la detención es realizada por un policía no es preciso demostrar mala intención o negligencia.

En cambio, en el supuesto de que la detención sea ordenada por un juez, con base en el artículo 121 de la misma Constitución, la responsabilidad del Estado por actuaciones judiciales exige demostrar la negligencia o conducta dolosa, para que proceda la indemnización por error judicial o funcionamiento anormal de la administración de justicia.⁴⁶²

7. *Derecho a un recurso*

En los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos se prevé como contenido del derecho de acceso a la justicia el derecho a un recurso. Así, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 6o., al regular el derecho de acceso a la justicia, contempla, como parte integrante del mismo, el derecho a un recurso. Acorde con esta obligación, en la sentencia 167/2002, del 18 de septiembre, el Tribunal Constitucional señala:

El TEDH tiene declarado con carácter general, que el proceso penal constituye un todo y que la protección que dispensa el mencionado precepto no termina con el fallo en la primera instancia, de modo que el estado que

⁴⁶¹ Díez-Picaso, Luis María, *El sistema de derechos fundamentales, cit.*, nota 383, p. 279.

⁴⁶² Chamorro Bernal, *op. cit.*, nota 450, pp. 591 y ss.

organiza tribunales de apelación tiene el deber de asegurar a los justiciables, a este respecto, las garantías fundamentales del artículo 6.1 CEDH.⁴⁶³

Un análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional nos evidencia los cambios de criterio en lo atinente al reconocimiento del derecho al recurso en ámbitos distintos al derecho penal, lo cual se debe a que el artículo 24.1, CE, sólo contempla el derecho a un recurso en dicho ámbito. Algunas sentencias del Tribunal Constitucional sobre el tema son las siguientes:

A. Sentencia del Tribunal Constitucional 105/1989, del 8 de junio:

La inadmisión de un recurso no debe entenderse como una sanción a la parte que incurre en mero defecto formal, sino como una garantía y un medio de preservación de la integridad objetiva del procedimiento, que las consecuencias del defecto formal apreciado deben guardar la debida proporción con su finalidad y función del proceso; el juzgador debe procurar antes de rechazar un recurso defectuoso, la subsanación o reparación del defecto, siempre que no tenga su origen en una actividad contumaz o negligente del interesado y que no dañe la regularidad del procedimiento ni muy especialmente, los derechos de la otra parte.⁴⁶⁴

B. Sentencia del Tribunal Constitucional 9/1992, del 16 de enero:

Si bien corresponde a los órganos de la jurisdicción ordinaria decidir en cada caso sobre el cumplimiento o no de las exigencias materiales y formales establecidas legalmente para la admisión de un determinado recurso —porque aquel derecho fundamental se satisface no sólo mediante la decisión judicial sobre el fondo planteado, sino también a través de la que acuerde su inadmisión en aplicación razonada de una de las causas previstas por ley— estas últimas han de ser interpretadas en el sentido más favorable a la plena sustanciación y decisión del recurso, pudiendo revisarse en sede constitucional la aplicación efectuada, para evitar en su caso, la imposición de obstáculos y formalismos enervantes contrarios al indicado derecho fundamental.⁴⁶⁵

⁴⁶³ STC 167/2002, del 18 de septiembre 2002; publicación: *BOE*, 20021009 (*BOE* núm. 242), registro 2060/1998, p. 20.

⁴⁶⁴ STC: 105/1989, aprobada 8/6/1989; publicación: *BOE*, 19890704 (*BOE* núm. 158), número de registro 394/1987, p. 4.

⁴⁶⁵ STC 9/1992; aprobación: 1671/1992; publicación: *BOE*, 19920213 (*BOE* núm. 38), número de registro 1888/1988, p. 5.

C. Sentencia del Tribunal Constitucional 63/1992, del 29 de abril:

Este Tribunal ha señalado, en efecto, que el acceso a los recursos previstos por la Ley integra al contenido propio del derecho de tutela judicial reconocido en el art. 24.1 de la Constitución (así, en SSTC 124/1984, 145/1986, 154/1987, 78/1988 y 201/1989 entre otras) y que por tanto, corresponde al mismo, en el marco del recurso de amparo, juzgar si en el caso concreto de la inadmisión de un recurso judicial, se ha satisfecho por el Tribunal competente el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (STC 57/1986).⁴⁶⁶

De la lectura de las sentencias del TC se concluye que el derecho al recurso en materia penal constituye un derecho fundamental, lo que obliga al legislador a diseñar un sistema de recursos en esa materia, y no así en otras. Sin embargo, si el legislador regula o diseña un sistema de recursos en otros ámbitos jurisdiccionales, como el administrativo, civil o laboral, existe la obligación de las autoridades, de garantizar el acceso a los mismos. Señala Francisco Chamorro Bernal⁴⁶⁷ como resoluciones de inadmisión de recursos que han sido declarados inconstitucionales por el TC, las siguientes:

- a) La que deniega sin motivo el recurso de quien fue parte.
- b) La que proviene de haber variado unilateralmente el órgano judicial la cuantía del procedimiento.
- c) La que deniega una apelación.
- d) La que deriva de un improcedente cambio de procedimiento.
- e) La que se hace indebidamente o de forma arbitraria o inmotivada.
- f) La basada en una causa inexistente, especialmente en los casos en que se ha producido un error patente.
- g) La de un recurso de casación con base en una causa inexistente en el momento de interponerse.
- h) La que se basa en que las costas son una cuestión de hecho cuando estaban reguladas en el artículo 523, LEC.
- i) La que rechaza un recurso de reposición laboral por no estar firmado, no permitiendo la subsanación.

⁴⁶⁶ STC 63/1992; aprobación: 29/4/1992, publicación: *BOE*, 19920529 (*BOE* núm. 129), registro 1748/1988, p. 5.

⁴⁶⁷ Chamorro Bernal, Francisco, *op. cit.*, nota 450, pp. 416 y 417.

8. *Ejecución de las sentencias*

El derecho de acceso a la justicia requiere, en razón de su efectividad, de la ejecución de las sentencias. El artículo 117 de la Constitución de España dispone:

1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.
2. Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados, ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley.
3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.
4. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por la ley que garantice cualquier derecho.
5. El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito de los tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio de acuerdo con los principios de la Constitución.
6. Se prohíben los Tribunales de excepción.

El lograr un acceso efectivo a la justicia no sólo exige la definición, enumeración de los derechos fundamentales en instrumentos internacionales o en las partes dogmáticas de las Constituciones, sino que exige garantizar el ejercicio efectivo de los derechos, mediante la ejecución de las resoluciones o sentencias que dicte el Poder Judicial. En diversas sentencias del Tribunal Constitucional se afirma:

La ejecución de las sentencias en sus propios términos forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, que queda en entredicho cuando se pro-

duce, en términos del propio Tribunal Constitucional, una desobediencia disimulada de la Administración.⁴⁶⁸

La ejecución de las sentencias del órgano jurisdiccional en el sistema jurídico español corresponde a la administración. En relación con esa función, señala el Tribunal Constitucional en su sentencia 67/1984, del 7 de junio, que

Al hacerlo el órgano administrativo no está ejerciendo en realidad una potestad administrativa sino concretando un deber de cumplir con los fallos judiciales y colaborando con los Tribunales. Cuando se incumple con dicha obligación el Tribunal debe adoptar sin dilación las medidas que considere pertinentes porque es a él a quien constitucionalmente le corresponde ejecutar lo juzgado. Pudiendo requerir las colaboraciones que estime precisas de otros entes públicos o personas privadas, en especial del Estado pues la sentencia emana de un poder del Estado.⁴⁶⁹

De esta forma, la potestad jurisdiccional comprende dos actividades básicas: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. En consecuencia, la tutela judicial efectiva otorgada por los tribunales no se agota en la actividad de declarar los derechos, sino que se extiende a una segunda etapa correspondiente a la ejecución de las sentencias. La ejecución de las sentencias es una de las más importantes garantías y funciones de un Estado moderno de derecho, en caso contrario, las sentencias no serían más que declaraciones de intenciones, que no garantizarían la efectividad de la tutela judicial.

III. EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y EL DERECHO CONVENCIONAL DEL QUE ESPAÑA ES PARTE

1. *Incorporación de los tratados al sistema jurídico español*

Resulta necesario para la incorporación del derecho internacional en el orden interno, que el derecho interno, a través de un mandato constitucional, determine qué normas se incorporan al ordenamiento nacional.

⁴⁶⁸ STC 32/1982; aprobación: 7/6/1982; publicación: BOE 19820628 (BOE núm. 153), registro 234/1980125/1987, p. 8.

⁴⁶⁹ STC 67/1984, 7/6/1984; publicación: BOE 19840711 (BOE núm. 165), registro 306/1983, p. 14.

Un análisis de las Constituciones modernas⁴⁷⁰ nos demuestra que básicamente los procedimientos de vinculación se reducen a dos sistemas: el procedimiento de remisión de la norma interna a la internacional y el procedimiento de incorporación, previo cumplimiento de los requisitos que determina el orden jurídico estatal.

La Constitución española, por lo que se refiere a los tratados, sigue el segundo sistema. El artículo 96 permite la incorporación de los tratados celebrados válidamente, conservando dichos instrumentos su naturaleza jurídica de tratados, con lo cual la aplicación interna de los mismos se encuentra determinada por las normas internacionales contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El artículo 96 de la Constitución de España señala:

Artículo 96:

1. Los tratados internacionales válidamente celebrados una vez publicados oficialmente en España formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.

2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.

2. *Recepción de los tratados celebrados por España*

También la recepción de los tratados en los sistemas jurídicos internos se realiza básicamente de dos formas. Una denominada especial, mediante la cual se vacía el contenido del tratado en una ley o reglamento. La segunda, denominada automática, en razón de que una vez que se celebró válidamente el tratado sólo requiere de su publicación oficial.⁴⁷¹

El primer procedimiento conlleva el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional si las autoridades administrativas y judiciales no se percatan de la existencia de obligaciones internacionales y en la apli-

⁴⁷⁰ Ortiz Ahlf, Loretta, "Integración de las normas internacionales de derechos humanos en los ordenamientos estatales de los países de Iberoamérica", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. III, 2003, pp. 285-299.

⁴⁷¹ Remiro Brotóns, Antonio, *Derecho internacional público*, t. 2, *Derecho de los tratados*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 264 y ss.

cación del tratado no se ajustan a las normas de derecho internacional. En cambio, el segundo sistema asegura una debida aplicación, ya que permite a las autoridades judiciales y administrativas, percatarse de la existencia de un tratado, lo que obliga a los jueces a aplicar el instrumento internacional de conformidad con las Convenciones de Viena sobre el Derechos de los Tratados. Cabe precisar que en el caso de los tratados de derechos humanos tanto las normas de interpretación como las relativas a la admisión de reservas y la denuncia de dichos tratados han generado un régimen particular que surgió básicamente de los órganos de jurisdicción y control internacionales en el ámbito de los derechos humanos.

Con relación a la jerarquía de los tratados en el orden jurídico español, Julio D. González Campos, Luis Sánchez Rodríguez y Paz Andrés Sáez de Santa María,⁴⁷² en su obra de derecho internacional público, afirman que la doctrina se inclina por la supremacía de la Constitución sobre los tratados en el sistema jurídico español, por cuanto no pueden celebrarse con base en el artículo 161.1, CE, tratados materialmente contrarios a la Constitución. Dicha afirmación no resulta tan precisa en el caso de los tratados en materia de derechos humanos, sobre todo si se consideran las interpretaciones del TC, a la luz del artículo 10, CE. En ese sentido, resultan ilustrativas las sentencias del Tribunal Constitucional 36/1991, del 14 de febrero, y 91/2000, del 30 de marzo. Dichas sentencias señalan:

Sentencia 36/1991, del 14 de febrero de 1991:

...no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto estén expresamente consagrados por nuestra Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos... de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el Capítulo Segundo del Título de nuestra Constitución.⁴⁷³

Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2000, del 30 de marzo de 2000, fundamento cuarto:

⁴⁷² González Campos, Julio D. *et al.*, *Curso de derecho internacional público*, Madrid, Civitas, 1998, p. 276.

⁴⁷³ STC 36/1991; aprobación: 14/2/1991; publicación: BOE 19910318 (BOE núm. 66), registro 1001/1988, p. 11.

Especial relevancia reviste en este proceso de determinación, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el artículo 10.2 CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esa decisión del Constituyente expresa el reconocimiento de nuestra conciencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado. Por eso, desde sus primeras sentencias este Tribunal ha reconocido la importante función hermenéutica que para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre los derechos humanos ratificados por España (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, 78/1982 de 20 de diciembre y 38/1995 de 8 de marzo) y muy singularmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del TEDH a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que en principio han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo (SSTC 36/1984, de 14 de marzo, 114/1984, de 29 de noviembre) 245/1991 de 16 de diciembre, 85/1994, de 14 de marzo y 49/1999 de 5 de abril).⁴⁷⁴

Las interpretaciones anteriores del Tribunal Constitucional nos llevan a la conclusión de que los tratados de derechos humanos se ubican al mismo nivel jerárquico de las demás normas constitucionales. En cambio, los restantes tratados se encuentran infraordenados a la Constitución de España, ya que, para incorporarse, si existe duda sobre su constitucionalidad, deben revisarse de conformidad con el artículo 95.1, CE.⁴⁷⁵

El artículo 97 de la Constitución de España atribuye la facultad de implementación de los tratados en el ámbito interno al gobierno en lo atinente a los actos administrativos y reglamentarios necesarios. Por lo que se refiere a la función legislativa, ésta corresponde a las Cortes Generales, y en el caso de la ejecución de los tratados en las comunidades autónomas, todos los estatutos de autonomía, excepto los de Galicia, Cantabria, La Rioja y Valencia, contienen cláusulas referentes a la ejecución de los

⁴⁷⁴ STC 91/2000 del 30 de marzo de 2000; publicación: BOE 20000504 (BOE núm.107), registro 3868/1998 p. 11.

⁴⁷⁵ González Campos, Julio D. *et al.*, *op. cit.*, nota 473, pp. 282 y 283.

tratados y convenios. La doctrina⁴⁷⁶ distingue tres modelos de cláusulas, que se diferencian en razón de la amplitud de facultades de ejecución que asumen las comunidades autónomas. En un modelo asumen las comunidades la ejecución de los tratados por vía legislativa y reglamentaria, en otro únicamente vía reglamentaria, y, en el tercer caso, las comunidades gozan de facultades administrativas, ajustando dicha ejecución a la legislación existente previa a la celebración del tratado.

Cabe señalar que de manera similar como ocurre en otros sistemas jurídicos, cuya forma de gobierno no es central, y que la materia del tratado incide con una que se ubica dentro del ámbito competencial reservado para las comunidades o para las entidades federativas, la labor de ejecución y aplicación de los tratados se dificulta, sobre todo en el caso de los tratados que contienen disposiciones no autoaplicativas, por cuanto requieren para su debida aplicación, de ajustes legislativos, cuya aprobación ya no depende de los órganos centrales de gobierno, sino de los locales. Dichas dificultades no eximen al Estado sujeto de derecho internacional en caso de falta de implementación, de la responsabilidad internacional que se origine por la no aplicación del tratado.

3. *Algunos tratados que determinan el contenido del derecho de acceso a la justicia de los extranjeros en España*

Para efectos de nuestro trabajo, conviene tener presentes los instrumentos internacionales celebrados por España, vinculados de manera central con el tema del derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes irregulares, que de conformidad con el artículo 13, CE, determinan los límites del legislador ordinario. En ese sentido, ubicamos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;⁴⁷⁷ Primer Protocolo Facultativo⁴⁷⁸ y Segundo Protocolo Facultativo,⁴⁷⁹ la Convención Internacional

⁴⁷⁶ *Idem.*

⁴⁷⁷ *BOE* núm. 103, del 30 del abril de 1977. En vigor para España desde el 27 de julio de 1977.

⁴⁷⁸ *BOE* núm. 79, de abril de 1985, y *BOE* núm. 107, del 4 de mayo de 1985. En vigor para España desde el 25 de abril de 1985.

⁴⁷⁹ *BOE* núm. 164, del 10 de julio de 1991. En vigor para España desde 11 de julio de 1991.

sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;⁴⁸⁰ incluido el artículo 14 de la misma, que confiere al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, la competencia para recibir quejas individuales;⁴⁸¹ la Convención Suplementaria para la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, de 1957.

También deben considerarse la Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁸² y sus dos protocolos facultativos,⁴⁸³ la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes;⁴⁸⁴ el Convenio para la Supresión de Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena de 1951; la Convención⁴⁸⁵ y Protocolo⁴⁸⁶ sobre el Estatuto de los Refugiados y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, completada por el Protocolo sobre el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, así como el Protocolo sobre la Prevención, Supresión y Castigo del Tráfico de Personas, Especialmente Mujeres y Niños.

En el ámbito europeo deben tenerse presentes el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, revisado por el Protocolo 11,⁴⁸⁷ el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes⁴⁸⁸

⁴⁸⁰ *BOE* núm. 118, del 17 de mayo de 1969. En vigor para España desde el 17 de agosto de 1969.

⁴⁸¹ *BOE* núm. 139, del 11 de junio de 1998. Declaración del 13 de enero de 1998.

⁴⁸² *BOE* núm. 313, del 31 de diciembre de 1990. En vigor para España desde 5 de enero de 1991.

⁴⁸³ *BOE* núm. 27, del 31 de enero de 2002, En vigor en España desde el 18 de enero de 2002.

⁴⁸⁴ *BOE* núm. 268, del 9 de noviembre de de 1987. En vigor en España desde el 20 de noviembre de 1987.

⁴⁸⁵ *BOE* núm. 252, del 21 de octubre de 1978. En vigor para España desde el 12 de noviembre de 1978.

⁴⁸⁶ *BOE* núm. 252, del 21 de octubre de 1978. En vigor para España desde el 14 de agosto de 1978.

⁴⁸⁷ *BOE* núm. 152, del 26 de junio de 1998. En vigor para España desde el 10 de noviembre de 1998.

⁴⁸⁸ *BOE* núm. 159, del 5 de junio de 1989. En vigor para España en desde el 10 de septiembre de 1989.

y sus dos protocolos adicionales;⁴⁸⁹ el Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante,⁴⁹⁰ del 24 de noviembre de 1977, y el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales.⁴⁹¹

⁴⁸⁹ *BOE* núm. 35, del 9 de febrero de 2002. En vigor para España desde el 1o. de marzo de 2002.

⁴⁹⁰ *BOE* núm. 145, del 18 del junio de 1983. En vigor para España desde el 1o. de mayo de 1983.

⁴⁹¹ *BOE* núm. 20, del 23 de enero de 1998. En vigor para España desde el 1o. de febrero de 1998.