



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.

PONENCIA: Procesos de extranjería – Derecho de Justicia gratuita

PONENTE: Don Francisco Gerardo Martínez Tristán

Cáceres, 26 de febrero de 2007



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

## CONCLUSIONES DEL SEMINARIO SOBRE REPRESENTACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA A LOS EXTRANJEROS

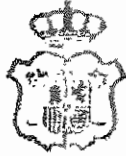
La tutela judicial -derecho fundamental reconocido en el art. 24 CE- es un derecho de prestación -no un derecho de libertad- y, por tanto, de configuración legal, que sólo puede ejercerse por los cauces que el Legislador ordinario establece siempre, claro está, que dicha regulación respete su contenido esencial (STC 99/85). No es un derecho absoluto susceptible de ser ejercido en todo caso y al margen del proceso legalmente establecido. Conforme a la doctrina del T.C., este derecho no se agota en el acceso a los Tribunales, sino que, además, garantiza la obtención de una resolución de fondo fundada en Derecho si concurren todos los presupuestos y requisitos procesales para ello (STC 27/95, 23/90, 180/88, 265/98, 191/88, 55/87 o 32/82).

Es, por tanto, el proceso el instrumento legal a través del cual se presta la tutela judicial y se satisface ese derecho fundamental.

Y para que se inicie el proceso es menester, por lo que aquí interesa, la concurrencia de una serie de requisitos -presupuestos procesales- imprescindibles para la válida constitución de la relación jurídica procesal y para la validez de los actos procesales. La falta de alguno de estos presupuestos procesales insubsanables o que no hayan sido subsanados en el plazo otorgado al efecto impide el inicio del proceso y consiguientemente una respuesta de fondo. En estos casos la tutela judicial queda satisfecha con una resolución motivada de inadmisión fundada en causa legalmente establecida.

Entre los presupuestos procesales subjetivos relativos a las partes, se encuentra la capacidad de postulación o postulación. En el ordenamiento procesal español rige el sistema dual de la postulación: existen dos profesionales libres, a los que se atribuye en exclusiva "el ius postulandi": Abogado y Procurador (art. 542 y ss LOPJ y 23 y 25 LEC y 23 LJCA).

El primero es el director técnico del proceso (aconseja jurídicamente a la parte, elabora con ella la estrategia procesal y la defiende en derecho, dirigiendo con su intervención la actividad procesal de su cliente, art. 542 1 LOPJ, 1 del Estatuto General de la Abogacía, aprobado por Real Decreto 658/01, de 22 de junio, 31.1 LEC y 23 LJCA).



## CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

El Procurador es el representante procesal de la parte, que actúa e interviene ante el Tribunal en nombre y por cuenta de ella, correspondiéndole, en exclusiva, la representación de las partes en todo tipo de procesos, salvo que la ley autorice otra cosa (art. 543.1 LOPJ).

Su posición jurídica se asemeja a la del mandatario (el art. 27 LEC prevé la aplicación supletoria de las normas que regulan el contrato de mandato en la legislación civil -arts. 1709 ss. CC-, con el contenido que prevé la Ley Procesal). El Procurador queda habilitado para intervenir en el proceso en nombre y representación de la parte por medio del poder, instrumento de actuación procesal del Procurador (art. 24 LEC, aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales). Dicho poder se otorga ante Notario, o bien, "apud acta" ante el Secretario judicial del órgano que conoce o haya de conocer del pleito (453.3 LOPJ y 24.1 LEC), y si el mandante reside en el extranjero, en el Consulado de España en el país de residencia, pues conforme al art. 5.f) de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 24 de abril de 1962 (en vigor desde el 19 de marzo de 1967) en relación con el Anexo III del Decreto de 2 de junio de 1944, que aprueba el Reglamento Notarial, es función consular "actuar en calidad de notario".

En el proceso contencioso-administrativo es preceptiva la asistencia letrada y si la actuación procesal se desarrolla ante órganos colegiados, además, la representación técnica por Procurador (art. 23 LJCA, salvo en materia de personal en la que los funcionarios públicos pueden actuar y comparecer por sí mismos). Por tanto, en procesos ante órganos unipersonales, el recurrente queda dispensado de representación procesal, pero si decide acudir a ella deberá conferirla a Procurador, o bien, apoderar expresamente al mismo Letrado que le defiende en la forma establecida en los antedatados arts. 453.3 LOPJ y 24.1 LEC.

La representación técnica -ya sea por Procurador, o, en su caso, por Letrado- se acredita mediante aportación de poder notarial (art. 45.2.a) LJCA) o mediante apoderamiento apud acta y la intervención de Letrado con su firma en el escrito inicial. La ausencia de tales requisitos es subsanable en el plazo de 10 días, procediendo, en otro caso, el archivo (art. 45.3), decisión plenamente respetuosa con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en la medida que no hayan sido subsanados tales defectos, una vez requerida la parte para ello (STC 174/88 y 133/91....).



## CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Y ese presupuesto de la postulación exigido por el Legislador Procesal es plenamente respetuosa con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en la medida que, ante la insuficiencia de medios económicos del litigante, la Ley -art. 545.2 LOPJ en relación con la Ley 1/96, de Asistencia Jurídica Gratuita- reconoce y regula el derecho de asistencia jurídica gratuita, derecho que se predica por igual de todas las personas físicas, españolas o extranjeras. Además, en el orden contencioso-administrativo y en la vía administrativa previa se reconoce a los ciudadanos extranjeros que acrediten **insuficiencia de recursos para litigar**, la asistencia letrada y la representación y defensa gratuita en las denegaciones de entrada, devolución, expulsión y asilo (art. 2.e) de la Ley 1/96, redactado por el art. Único.º de la Ley 16/05, de 18 de julio), siempre claro está cuando concurren los requisitos legalmente exigidos para el reconocimiento de ese derecho.

Ese derecho a la justicia gratuita, constitucionalizado en el art. 119 CE y reconocido igualmente por el art. 20 LOPJ, está desarrollado por la Ley 1/96, de 10 de enero, y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 996/03, de 25 de julio, modificado por el R.D. 1455/05, de 2 diciembre. Diversas Comunidades Autónomas tienen asumidas competencias en esta materia y así cabe citar el Decreto 86/2003, de 19 de junio de la Comunidad de Madrid, el Decreto 216/1999, de 26 de octubre, de Andalucía, el Decreto 57/1998, de 28 de abril, de Canarias, el Decreto 252/1996, de 5 de julio, de Cataluña, el Decreto 146/1997, de 22 de mayo de Galicia, el Decreto 29/2001, de 30 de enero de Valencia, el Decreto Foral 80/2001, de 9 de abril, de Navarra y el Decreto 210/1996, de 30 de julio del País Vasco.

Conforme al art. 2.a) y e) de la precitada Ley 1/96 modificada por la Ley 16/05, de 18 de julio- su ámbito subjetivo, por lo que aquí interesa, comprende a: *“Los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que se encuentren en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar.....e) En el orden contencioso-administrativo, así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en los procedimientos que puedan llevar a la*



## CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

*denegación de su entrada en España, a su devolución o expulsión del territorio español, y en todos los procedimientos en materia de asilo"*

Su art. 12 dispone: *"El reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita se instará por los solicitantes ante el Colegio de Abogados del lugar en que se halle el Juzgado o Tribunal que haya de conocer del proceso principal para el que aquél se solicita, o ante el Juzgado de su domicilio. En este último caso, el órgano judicial dará traslado de la petición al Colegio de Abogados territorialmente competente....."*

Y el art. 13 establece: *"En la solicitud se harán constar, acompañando los documentos que reglamentariamente se determinen para su acreditación, los datos que permitan apreciar la situación económica del interesado y de los integrantes de su unidad familiar, sus circunstancias personales y familiares, la pretensión que se quiere hacer valer y la parte o partes contrarias en el litigio, si las hubiere".* Y En los Anexo I.I al Real Decreto figura modelo normalizado de solicitud y documentación a acompañar.

Y solo art. 15- *"Si de la solicitud y sus documentos justificativos resulta acreditado que el peticionario se encuentra incluido en el ámbito definido en el art. 2 de esta Ley, el Colegio de Abogados, subsanados los defectos advertidos, procederá en el plazo máximo de quince días, contado a partir de la recepción de la solicitud por dicho Colegio o de la subsanación de los defectos, a la designación provisional de abogado, comunicándolo inmediatamente al Colegio de Procuradores a fin de que, en caso de ser preceptivo, en el plazo máximo de tres días, se designe procurador que asuma la representación".* En los supuestos en los que no sea preceptiva la representación técnica – procesos seguidos ante los órganos unipersonales (art. 23.1 LJCA) – para la designación de Procurador por turno de oficio se requiere auto motivado del Juez (art. 6.3 de la Ley 1/96),

Tales preceptos aplicables tanto a españoles como extranjeros, no existe disposición alguna que establezca tratamiento diferenciado-, sin embargo, no se están aplicando, singularmente en los recursos promovidos frente a resoluciones administrativas de rechazo en frontera con la consiguiente devolución al país de procedencia (cuando el puesto fronterizo son los aeropuertos) y expulsiones ya ejecutadas.

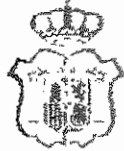
En estos casos (aproximadamente el 80% de los pleitos en materia de extranjería que se siguen en los órganos jurisdiccionales de Madrid, donde se residencia,



## CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

aproximadamente, el 60% de los procesos de extranjería de España), la designación provisional de Abogado y Procurador (su intervención no es preceptiva en los Juzgados y, en todo caso, la solicitud de designación de Procurador de oficio ha de hacerla el propio interesado conforme al art. 45 del Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, y no el Letrado que no ostenta su representación, como recuerdan los Autos del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2005) por los respectivos Colegios se efectúa sobre la base de una petición de asistencia jurídica gratuita presentada - varios meses o, incluso, años después de que el ciudadano extranjero hubiera abandonado el territorio nacional- por el Letrado que le asistió en el Aeropuerto, sin acreditación ni siquiera mención- de la situación personal y familiar, recursos económicos y paradero del afectado por la resolución administrativa (siempre posterior a la devolución o expulsión), siendo dicho Letrado -que tienen solo facultades de defensa, nunca de representación salvo que expresa y específicamente le apodere su defendido- el que toma la decisión de ejercitar la acción (decisión que compete **exclusivamente** al perjudicado por la resolución administrativa que se recurre), desarrollándose toda la actuación jurisdiccional (proceso, apelación, e, incluso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional) sin conocimiento del extranjero -cuya existencia ignora todo el mundo, incluido el Letrado designado por el turno de oficio-, por lo que se está prestando una tutela jurisdiccional a quien no la ha solicitado y que nunca llegará a conocer el resultado de la misma.

Estos procesos "hueros" o, como se les viene denominando, "virtuales", han colapsando injustificadamente los Juzgados, singularmente de Madrid, en detrimento de los justiciables reales -españoles y extranjeros-, con un claro despilfarro de los limitados fondos públicos y sin que pueda invocarse el derecho defensa o a la tutela judicial de unos "inexistentes" ciudadanos extranjeros a los que la Ley de Extranjería (arts. 21.1 y 65.2) reconoce expresamente su derecho a interponer los recursos administrativos y jurisdiccionales "*con arreglo a lo dispuesto en las leyes*" (art. 21.1), previendo que cuando el extranjero "*no se encuentre en España, podrá cursar los recursos procedentes, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, a través de las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes, quienes los remitirán al organismo competente*" (art. 65.2), siempre, claro está, que el ciudadano extranjero -único, salvo apoderamiento notarial o consular, que puede ejercitar la acción- haga uso de su derecho a instar la tutela judicial.



## CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Los "apoderamientos" al Letrado que asiste al extranjero que va a ser devuelto al país de procedencia o que va a ser inmediatamente expulsado recogidos en las actas de declaración en las dependencias policiales carecen, con arreglo a los preceptos legales más arriba citados, de virtualidad procesal de clase alguna, sirviendo, a lo sumo, si fuera aceptado por la Administración, para la interposición del recurso administrativo.

Igualmente, los Colegios de Abogados carecen de base normativa habilitante para "conferir", en las designaciones provisionales de Letrados de turno de oficio, "la representación procesal" al Letrado, lo que, además, supondría una invasión de competencias de los Colegios Profesionales de Procuradores, a los que compete, con carácter exclusivo, la designación de representante procesal de turno de oficio cuando sea preceptiva su intervención o, en su caso, lo solicite el órgano jurisdiccional mediante auto motivado.

A la vista de este panorama, existe el convencimiento entre la mayor parte de los asistentes al Seminario de que un gran número de recursos contencioso administrativos en materia de extranjería han sido interpuestos sin constar la voluntad de impugnar del destinatario de la resolución administrativa definitiva y que el otorgamiento generalizado e indiscriminado de la asistencia jurídica gratuita sin un control riguroso acerca de la concurrencia de los presupuestos para su concesión, han conducido a ese enorme incremento de recursos contencioso administrativos en los que puede razonablemente cuestionarse la existencia de un pleito "real".

De cuanto acaba de decirse, en opinión de la mayoría de los asistentes, y con arreglo a las normas vigentes, solo podrá procederse a la designación provisional de Letrado y Procurador, si su intervención fuera preceptiva- de oficio cuando lo solicite el afectado y se cumplan los requisitos legal y reglamentariamente exigidos, sin que ello suponga vulneración de derecho fundamental de clase alguna pues la tutela judicial no es un derecho de libertad sino un derecho de configuración legal, y, consiguientemente, se presta por los cauces y con los presupuestos y requisitos que el Legislador establece en cada momento. No puede olvidarse, insistimos, que el art. 65.2 de la vigente Ley de Extranjería salvaguarda los derechos de los extranjeros que se encuentren fuera del territorio nacional.



## CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

### CONCLUSIONES FINALES

**PRIMERA.-** Conforme al art. 23.1 de la Ley 29/1998 los procesos que se inician ante órganos jurisdiccionales unipersonales no requieren la intervención preceptiva de Procurador. Por tanto, la asistencia jurídica gratuita ha de quedar limitada a la defensa por Letrado salvo que el Juzgado mediante Auto motivado requiera al Colegio de Procuradores la designación de Procurador: *“Defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en el procedimiento judicial, cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva, o cuándo no siéndolo, sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en e proceso”* (art. 6.3 de la Ley 1/1996)

El Letrado designado por el turno de oficio no puede, también de oficio, representar procesalmente a su defendido. Ello no obsta a que este último pueda apoderarle en las formas establecidas en las leyes procesales (poder notarial, consular o comparecencia apud acta) o acudir personalmente a la Vista del art. 78 de la LJCA y firmar la demanda, designando domicilio para recibir las notificaciones del proceso (arts. 24, 31.1 LEC).

Los Colegios de Abogados carecen de base normativa habilitante para conferir la representación procesal a los Letrados designados por el turno de oficio.

**SEGUNDA.-** En los órganos colegiados es preceptiva la intervención de procurador (art. 23.2 LJCA). Cuando las Salas conozcan en instancia única, la asistencia jurídica gratuita comprende la designación de ambos profesionales siempre y cuando el afectado por la resolución que pretende impugnar solicite el reconocimiento del derecho al Colegio de Abogados en que se halle el Juzgado o Tribunal que haya de conocer del proceso principal para el que aquel se solicita o ante el Juzgado de su domicilio en la forma y con los requisitos exigidos en los arts. 3 y 13 de la Ley 1/1996.





## CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

TERCERA.- La incorporación del apartado e) del art. 2 de la Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita por el artículo único de la Ley 16/2005, de 18 de julio, no tiene trascendencia en materia de postulación procesal. Se limita a ampliar el ámbito personal de la referida Ley (extranjeros rechazados en frontera, expulsados y solicitantes de asilo) respecto de la asistencia letrada previa al proceso y la representación y defensa, siempre y cuando concurren el resto de los requisitos legales, sin que en nada afecte al contenido material del derecho, regulado en el art. 6.

Madrid, 6 de octubre de 2006