

# EL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA EN LOS LITIGIOS TRANSFRONTERIZOS

## THE RIGHT TO THE JURIDICAL FREE ASSISTANCE IN CROSS-BORDER LITIGATIONS

Antonia Durán Ayago\*

Sumario: I. DE LA INTERRELACIÓN ENTRE EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y EL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA II. ¿UNA DIRECTIVA QUE SIRVE PARA MEJORAR EL ACCESO A LA JUSTICIA EN LOS LITIGIOS TRANSFRONTERIZOS? III. INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA: TRASCENDENCIA IV. UNA CUESTIÓN IMPORTANTE SIN RESPONDER: QUID DE LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO RECLAMADO POR UNA NORMA DE CONFLICTO DE ORIGEN INSTITUCIONAL V. CONSIDERACIONES FINALES

**RESUMEN:** El derecho a la asistencia jurídica gratuita es parte indisoluble del derecho a la tutela judicial efectiva, por ello y en tanto derecho fundamental que corresponde a toda persona con independencia de su origen, no debe verse matizado por los elementos de extranjería, sean de carácter internacional o de carácter institucional, que puedan concurrir en un supuesto objeto del Derecho Internacional Privado.

**ABSTRACT:** *The right to the juridical free assistance is an undissociable part of the right to the judicial effective guardianship, for it and while fundamental right that corresponds to every person with independence of his origin, has not to turn tinted by the elements of alienage, be of international character or of institutional character, which they could meet in a supposed object of the Private International Law.*

**PALABRAS CLAVE:** Asistencia jurídica gratuita; Tutela judicial efectiva; Cooperación jurídica internacional y transfronteriza

**KEYWORDS:** *Free Juridical Assistance; Judicial Effective Guardianship; Juridical International and Cross-border Cooperation*

---

Fecha de recepción del original: 6 de octubre de 2011. Fecha de aceptación de la versión final: 14 de noviembre de 2011.

\* Profesora de Derecho internacional privado en la Universidad de Salamanca. Correo electrónico: [aduran@usal.es](mailto:aduran@usal.es).

## **I. DE LA INTERRELACIÓN ENTRE EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y EL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA**

### **1. Introducción**

Uno de los principales logros de las sociedades democráticas es haber conseguido que se consagre como derecho fundamental la tutela judicial efectiva. El que toda persona, con independencia de su origen, pueda acceder a la justicia supone un salto cualitativo democráticamente hablando, pues si todos somos iguales ante la ley, también iguales debemos ser en la posibilidad de hacer valer nuestros derechos ante la jurisdicción de cualquier Estado. Sin embargo, la consagración de este derecho como fundamental quedaría deslucida o capitidismínuida si al tiempo no se regulara y garantizara el derecho a la asistencia jurídica gratuita, que es su complemento indispensable<sup>1</sup>.

Como señala el art. 24 CE, la tutela judicial efectiva, además de comprender el derecho al acceso a los tribunales para hacer valer los derechos e intereses legítimos y el derecho a obtener una resolución que dirima las pretensiones del demandante, también abarca el derecho al juez predeterminado por la ley, el derecho 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 para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. Por su parte, la asistencia jurídica gratuita es un derecho constitucional con proyección procesal, conforme al cual el sujeto que litigue por derechos propios, que acredite insuficiencia económica para ejercer su derecho de acceso a los tribunales, y cuya pretensión tenga visos de ser estimada, se ve exonerado de pagar total o parcialmente los gastos que generen en el asesoramiento previo, en el mismo proceso, y por la actuación de los distintos profesionales que en él intervienen<sup>2</sup>.

Derecho a la tutela judicial efectiva y derecho a la asistencia jurídica gratuita van, pues, de la mano, y es imposible contemplar a uno separado del otro, sin perjuicio de que el último tenga carácter instrumental respecto del primero. Forman una especie de simbiosis de cuyo buen funcionamiento se beneficia la sociedad en su conjunto.

---

<sup>1</sup> En varias de sus sentencias, el Tribunal Constitucional ha sentado que lo que ha de considerarse comprendido en el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión es la imposibilidad de que una persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar, supuesto para el que además el art. 119 CE garantiza la gratuidad de la justicia (SSTC 138/1988, de 8 de julio, 16/1994, de 20 de enero, 51/1996, de 26 de marzo o 95/2003, de 22 de mayo, entre otras).

<sup>2</sup> RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *Justicia gratuita: un imperativo constitucional*, Editorial Comares, 2000, p. 4. Afirman VIRGÓS SORIANO, M. / GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Thomson-Civitas, 2007, p. 431, que la asistencia jurídica gratuita forma parte del deber prestacional del Estado de asegurar el acceso a un proceso sin indefensión.

## **2. La concreción constitucional del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los litigios transfronterizos e internacionales**

La relación entre ambos derechos no debería verse alterada por la concurrencia de un elemento de extranjería en la relación de que se trate y, sin embargo, en nuestro país esto ha de ser matizado<sup>3</sup>. El disfrute de derechos por parte de los extranjeros no ha sido nunca una cuestión pacífica en España. Si nos remontamos a nuestra historia más reciente, a partir de la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos de los extranjeros en España y su integración social*<sup>4</sup> (en adelante, LOEx), frecuentes han sido los vaivenes que esta cuestión ha experimentado. De la regulación más prolija y generosa de esta Ley en materia de derechos de los extranjeros, se pasó a una restricción importante con la *Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*<sup>5</sup>. En 2007, el Tribunal Constitucional tachó de inconstitucional muchas de las limitaciones que esta última Ley había introducido y no fue hasta la, hasta ahora última, reforma de la Ley de Extranjería, a través de la *Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*<sup>6</sup>, que se propició nueva redacción a muchos de los preceptos que regulan los derechos de los extranjeros en España, volviendo en muchos casos a la redacción primigenia que estos tenían con la Ley Orgánica 4/2000.

En este viaje, el derecho a la tutela judicial efectiva, regulado en el art. 20 LOEx y que debe ser puesto en relación con el art. 24 CE, no ha experimentado cambios. Se precisa que son titulares de este derecho *todos* los extranjeros, con independencia de cuál sea su situación administrativa en España. Así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones. En su sentencia 95/2003, de 22 de mayo, establece que “*ha de observarse que este Tribunal, ya desde la STC 99/1985, de 30 de septiembre, de la que se hizo eco la STC 115/1987, de 7 de julio, ha reconocido a los extranjeros, con independencia de su situación jurídica, la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva*”. Y ello porque se considera que la tutela judicial efectiva es un derecho que está directamente relacionado con la dignidad humana y que, en consecuencia, corresponde a todos, sin tener en cuenta la situación administrativa en que un extranjero se encuentre en nuestro país.

Más dificultad, en cambio, ha encontrado el legislador español a la hora de concretar el disfrute del derecho a la asistencia jurídica gratuita para los extranjeros. Según ha establecido el Tribunal Constitucional en diversas sentencias<sup>7</sup>, la gratuidad de la justicia

---

<sup>3</sup> Cuando utilizamos la expresión “elemento de extranjería”, nos referimos a la presencia de cualquier elemento en la situación privada de que se trate que ponga en conexión a varios ordenamientos jurídicos estatales.

<sup>4</sup> BOE nº 10, de 12-I-2000.

<sup>5</sup> BOE nº 307, de 23-XII-2000.

<sup>6</sup> BOE nº 299, 12-XII-2009.

<sup>7</sup> Por ejemplo, en las sentencias 30/1981, de 24 de julio, 77/1983, de 3 de octubre o en la 216/1988, de 14 de noviembre.

se configura como un derecho subjetivo cuya finalidad es asegurar la igualdad de defensa y representación procesal al que carece de medios económicos, constituyendo al tiempo una garantía para los intereses de la justicia<sup>8</sup>. Este derecho está regulado en el art. 22 LOEx, y debe ponerse en relación con los arts. 119 y 24 CE y con la *Ley 1/1996, de 10 de enero, reguladora de la Asistencia jurídica gratuita*<sup>9</sup>, modificada por la *Ley 16/2005, de 18 de julio, para regular las especialidades de los litigios transfronterizos civiles y mercantiles en la Unión Europea*<sup>10</sup> (en adelante, LAJG)<sup>11</sup>.

En su redacción primigenia la LAJG, y en lo que respecta a la determinación de su ámbito de aplicación personal, se hacían algunas diferenciaciones, en atención a si la persona extranjera que reclamaba asistencia jurídica gratuita se hallaba o no en situación regular en España. De esta manera, en el orden civil, el art. 2.a) atribuía este derecho, en los términos y con el alcance previstos en la propia Ley y en los Tratados y Convenios internacionales en los que España sea parte, a los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

Este precepto motivó la presentación de un recurso de inconstitucionalidad por el Defensor del Pueblo que resolvió la STC 95/2003, de 22 de mayo, que declaró inconstitucional la exigencia de legalidad de la residencia de los extranjeros en España del art. 2 a) LAJG para poder disfrutar de este derecho, añadiendo que por residencia en nuestro país habrá de entenderse la referida a la situación puramente fáctica de los que se hallan en territorio español, sin que quepa atribuir a esta expresión un significado técnicamente acuñado de residencia autorizada administrativamente al que se refería el art. 13.1 b) LOEx 1985, vigente al tiempo de la impugnación, y al que hoy alude el art. 30 bis LOEx<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> Como apuntan VIRGÓS SORIANO, M. / GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional...*, cit., p. 431, la asistencia jurídica gratuita protege un interés privado en la medida en que trata de asegurar que ninguna persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar. Pero, por otro lado, protege un interés general u objetivo, pues al asegurar el acceso a la jurisdicción, contribuye a que el proceso se desarrolle bajo los principios de contradicción e igualdad entre las partes, lo que garantiza, a su vez, que el órgano judicial adopte una sentencia lo más ajustada a Derecho posible.

<sup>9</sup> BOE nº 15, de 17-I-1996.

<sup>10</sup> BOE nº 171, de 19-VII-2005.

<sup>11</sup> La LAJG también ha sido modificada por las siguientes Leyes: *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*; *Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social*; *Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social*; *Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada* y *Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial*.

<sup>12</sup> Desde otro ángulo, esta sentencia también sentó que “*la relación existente entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita de quienes carecen de recursos económicos para litigar (art. 119 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1) ha sido puesta de manifiesto por este Tribunal en no pocas ocasiones. Así, en la reciente STC 183/2001, de 17 de septiembre, recordando la doctrina sentada en la STC 117/1998, de 2 de junio, afirmábamos que: «el art. 119 CE, al establecer que –la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley, y en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar–, consagra un derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE, pues –su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen*

Pese a la claridad de los pronunciamientos de esta sentencia, el apartado primero del art. 22 LOEx seguía estableciendo que los extranjeros que se hallaren en España y carecieran de recursos económicos suficientes, según los criterios regulados en la LAJG, tendrían derecho a la asistencia jurídica gratuita únicamente en los procedimientos administrativos o judiciales que pudieran llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo, mientras que sólo los *extranjeros residentes* tendrían derecho a la asistencia jurídica gratuita en todos aquellos procesos en que fueran parte, con independencia de cuál fuera la jurisdicción en la que se siguieran<sup>13</sup>.

Era evidente que la regulación del derecho a la asistencia jurídica gratuita era mucho más restrictiva en la LOEx que en la LAJG<sup>14</sup>. Si tenemos en cuenta que el derecho a la tutela judicial efectiva corresponde a todos los extranjeros, sin tener en cuenta cuál sea su situación administrativa en nuestro país, y que el derecho a la asistencia jurídica gratuita es el reverso de este derecho, tal y como ha establecido el Tribunal Constitucional en diversas resoluciones<sup>15</sup>, era más que probable la inconstitucionalidad de este precepto, por ser claramente restrictivo en cuanto a lo establecido constitucionalmente. Así lo declaró el Tribunal Constitucional, en su sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, trasladando lo dicho respecto al art. 2 LAJG en su STC 95/2003, de 22 de mayo, a lo dispuesto en el art. 22.2 LOEx. Y ha sido la Ley Orgánica

---

*medios económicos suficientes para ello y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna “persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar”. Ahora bien, del propio tenor del inciso primero del art. 119 CE, según el cual la justicia será gratuita –cuando así lo disponga la ley-, se desprende que no nos hallamos ante un derecho absoluto e ilimitado. Por el contrario, se trata de “un derecho prestacional y de configuración legal, cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio, como sucede con otros de esa naturaleza, corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias.*

*[...] Toda persona física que sea titular del derecho a la tutela judicial efectiva habrá de gozar del derecho a la gratuidad de la justicia si carece de los recursos suficientes para litigar en los términos en los que este concepto jurídico indeterminado sea configurado por el legislador ordinario. Como hemos dicho en otras ocasiones, corresponde al legislador, dentro del amplio margen de libertad de configuración que es propio de su potestad legislativa, la concreción de este concepto normativo.*

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

<sup>13</sup> En la redacción dada en la Ley Orgánica 4/2000, el entonces art. 20 (ahora art. 22) se expresaba en los siguientes términos: “1. Los extranjeros tienen derecho a asistencia letrada de oficio en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada o a su expulsión o salida obligatoria del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo. Además, tendrán derecho a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice. 2. Los extranjeros residentes y los que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan”.

<sup>14</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. / DURÁN AYAGO, A. / CARRILLO CARRILLO, B. L., *Curso de Nacionalidad y Extranjería*, Editorial Colex, 2ª ed., 2008, p. 400.

<sup>15</sup> Por todas, STC 95/2003, de 22 de mayo.

2/2009, de reforma de la LOEx, la que ha proporcionado nueva redacción al precepto acorde a lo constitucionalmente establecido.

### **3. Acotación de conceptos: litigio internacional – litigio transfronterizo**

Con estos antecedentes, podemos aventurar que en los litigios de carácter internacional y transfronterizo, la sinergia entre el derecho a la tutela judicial efectiva y a la asistencia jurídica gratuita alcanza una expresión diferente. Y es que el derecho a la tutela judicial efectiva en los litigios internacionales obliga a actuar sobre un componente inexistente en los litigios internos: el efecto disuasorio de la internacionalidad del litigio<sup>16</sup>. Ciertamente, un litigio en el que esté presente algún elemento de internacionalidad suele ser más caro que uno interno, por lo que tener garantizado el derecho a la asistencia jurídica gratuita se torna en muchos casos imprescindible para poder ejercer acciones legales, pues a los gastos habituales que origina todo proceso, hay que añadir en los litigios transfronterizos y/o internacionales, los gastos de traducción de documentos, intérpretes, gastos de desplazamiento de litigantes, testigos y abogados, asesoramiento jurídico en el Estado de origen y en el Estado en el que se va a litigar, etc.

Es conveniente aclarar, antes de continuar, que los términos internacional y transfronterizo no son sinónimos y que su diferencia tiene importancia en lo que respecta, a día de hoy, al ámbito subjetivo y material de disfrute del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Podemos convenir en que lo transfronterizo es internacional pero no todo lo internacional tiene carácter transfronterizo. El término transfronterizo ha sido acuñado por la legislación de la Unión Europea para hacer referencia a las situaciones privadas en las que concurren o están afectados varios ordenamientos estatales de la Unión. El matiz viene dado en consecuencia por la conexión de la situación a distintos Estados de la Unión Europea, que obviamente tiene carácter internacional, pero matizadamente internacional, puesto que el objetivo último de la Unión Europea es tratar estas situaciones como internas. De tal manera que si el litigio tiene carácter transfronterizo, vendrá regulado por las normas de Dipr de la Unión Europea y si tiene carácter internacional, lo estará por los Convenios internacionales o, en su caso, por la legislación estatal interna. En materia de asistencia jurídica gratuita, la *Directiva del Consejo 2003/8/CE, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios*<sup>17</sup> (en adelante, la Directiva) que analizaremos en este artículo, entiende por litigio transfronterizo, aquél en el que la parte que solicita la justicia gratuita está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto de aquél en el que se halle el tribunal ante el que se va a litigar o en el que deba ejecutarse la resolución (art. 2.1)<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> CUARTERO RUBIO, M<sup>a</sup>. V., *La justicia gratuita en los litigios transfronterizos. (Estudio de la Directiva 2003/8/CE y de su transposición al Derecho español)*, Iustel, 2007, p. 15

<sup>17</sup> DOUE L 26, de 31 de enero de 2003; corrección de errores, DOUE L 32, de 7 de febrero de 2003.

<sup>18</sup> En similares términos se manifiesta el art. 3.1 del *Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo* (DOUE L 399, de 30-XII-2006) y el art. 3.1 del *Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento europeo y*

En consecuencia, nos encontraríamos ante un litigio internacional (no transfronterizo) siempre que concurriera un elemento de extranjería, fuera de la naturaleza que fuera, distinto del referido en la definición anterior.

En este escenario, existen diferentes instrumentos, tanto en el ámbito de la Unión Europea, como en el convencional e interno, enfocados a regular la tutela judicial efectiva y, en concreto, la asistencia jurídica gratuita cuando en el proceso está presente un elemento de extranjería.

Pero, en una reflexión previa a la regulación de este contexto normativo, podríamos incluso plantearnos la necesidad de su existencia. Y es que si confluimos, como parece ser generalmente aceptado, que todos tienen derecho al acceso a la justicia<sup>19</sup>; ese “todos” hace que el derecho a la asistencia jurídica gratuita sólo pueda quedar matizado en lo que respecta a su ámbito material u objetivo, esto es, a los requisitos de carácter económico que una persona tiene que cumplir para poder disfrutar de este derecho, pero no en lo que respecta a su situación administrativa como extranjero, europeo o no, regular o no. Yendo más allá, tampoco dependería de que la persona en cuestión se encontrara en España. El derecho de acceso a la jurisdicción se deriva de la jurisdicción misma. Basta con que la jurisdicción española entre en juego, para que cualquier persona, se encuentre o no en España, tenga derecho a la tutela judicial efectiva y, en los términos diseñados por la Ley, a la asistencia jurídica gratuita.

Dicho de otro modo, el derecho a la justicia gratuita, entendido como complemento indispensable del derecho de acceso a la justicia, lejos de concebirlo desde la perspectiva de la extranjería, hay que vincularlo con la competencia judicial internacional. Es porque los órganos jurisdiccionales de nuestro país tienen competencia para conocer de un litigio internacional (o transfronterizo) que debe reconocerse el derecho que tiene toda persona a recurrir a ellos y ser asistido por la justicia gratuita, si se cumplen los requisitos económicos preestablecidos por la ley, y lo contrario sería incurrir en denegación de justicia, claramente proscrita en nuestro ordenamiento jurídico, como se deriva del art. 24 CE.

Si partimos de este presupuesto, difícilmente podemos justificar, por ejemplo, una Directiva como la que vamos a analizar en este artículo, desde la perspectiva de la integración<sup>20</sup>, pues en lo que respecta a la titularidad de un derecho fundamental que posee todo ser humano por el mero hecho de serlo, no cabe introducir matices diferenciadores basados en la nacionalidad y/o el domicilio o la residencia habitual. Sin embargo, como veremos a lo largo de estas páginas, la Directiva restringe su ámbito de

---

*del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (DOUE L 199/1, de 31-VII-2007).*

<sup>19</sup> Véase AMORES CONRADI, M., “Acceso a la Justicia, para todos”, publicado en varios blogs de Derecho internacional privado (por todos, <http://conflictuslegum.blogspot.com/2010/01/colaboracion-invitada-acceso-la.html>); ID., «Constitución española y proceso civil internacional. Un balance», en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor J. D. González Campos, Tomo II Derecho internacional privado, Derecho constitucional, Varia*, UAM-Eurolex, 2005, pp. 1185-1215.

<sup>20</sup> CUARTERO RUBIO, M<sup>a</sup>. V., *La justicia gratuita en los litigios transfronterizos...*, cit., pp. 24 y ss.

protección más allá de lo que es su ámbito de aplicación<sup>21</sup>, lo que introduce un factor distorsionador que claramente perjudica el objetivo en que dice basarse la propia Directiva, como comprobaremos más adelante.

Adelantamos, pues, nuestra visión crítica respecto de lo que ha supuesto esta Directiva para la profundización en el espacio judicial europeo<sup>22</sup>. Dudamos, incluso, de la necesidad de su existencia más allá de la concreción del contenido material mínimo que este derecho debe comprender y de su forma de ejercicio.

Y el mismo parecer tenemos respecto de los Convenios internacionales que regulan este derecho. El *Convenio de La Haya de 1 de marzo de 1954 sobre procedimiento civil* (en adelante, CH 1954)<sup>23</sup> establece el principio de igualdad entre los nacionales de los Estados parte para la obtención del beneficio de justicia gratuita conforme a la legislación del Estado para el que se solicite (art. 20). El *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia* (en adelante, CH 1980)<sup>24</sup> se asienta también sobre el principio de no discriminación para los nacionales o residentes de los Estados parte (art. 1). Por su parte, el *Acuerdo europeo de Estrasburgo sobre transmisión de solicitudes de asistencia jurídica gratuita, de 27 de enero de 1977*<sup>25</sup> reconoce este derecho a cualquier persona que tenga su residencia habitual en un Estado parte (art. 1).

Sin perjuicio de que la cooperación facilita la libre circulación del derecho de justicia gratuita, los aspectos procedimentales deberían ser los que prevalecieran en este tipo de acuerdos y no hacerlos girar sobre un mal entendido principio de no discriminación.

## **II. ¿UNA DIRECTIVA QUE SIRVE PARA MEJORAR EL ACCESO A LA JUSTICIA EN LOS LITIGIOS TRANSFRONTERIZOS?**

### **1. Origen**

En el Consejo Europeo de Tampere de 1999, los Estados miembros se comprometieron a establecer medidas comunes destinadas a eliminar cualquier obstáculo al buen desarrollo de los procedimientos civiles. A este respecto, en el transcurso del año 2000 la Comisión presentó el Libro Verde sobre «Asistencia jurídica en litigios civiles:

---

<sup>21</sup> Según el art. 4 de la Directiva, “[l]os Estados miembros concederán el beneficio de justicia gratuita sin discriminación a los ciudadanos de la Unión y a los nacionales de terceros países que residan legalmente en uno de los Estados miembros”.

<sup>22</sup> Sin perjuicio de que coincidimos en que “[l]a complejidad y las diferencias entre los sistemas judiciales de los Estados miembros, así como los costes inherentes al carácter transfronterizo de los litigios no deberían obstaculizar el acceso a la justicia. Conviene pues que la justicia gratuita cubra los costes directamente vinculados al carácter transfronterizo de un litigio” (Considerando 18º de la Directiva).

<sup>23</sup> BOE nº 297, de 13-XII-1961.

<sup>24</sup> BOE nº 77, de 30-III-1988; corrección de errores BOE nº 86, de 11-IV-1989.

<sup>25</sup> BOE nº 305, de 21-XII-1985.

Problemas para el litigante transfronterizo»<sup>26</sup> con el objetivo de identificar las dificultades encontradas por los litigantes transfronterizos y proponer soluciones a estos problemas. El Libro Verde suscitó numerosas reacciones que destacaron la oportunidad de una propuesta que preveía diversos mecanismos de cooperación e información entre los Estados miembros.

Se apuntaba también en este Libro que un estudio comparativo de los sistemas nacionales de justicia gratuita revelaba que éstos diferían considerablemente en la práctica, por lo que podían llegar a plantearse serias dificultades a los litigantes transfronterizos<sup>27</sup>. Y se concluía que en un espacio judicial como pretende ser el europeo, es necesario que haya un mínimo común que garantice el ejercicio de este derecho, fundamentalmente para que su diferente regulación en los Estados miembros no contribuya a disuadir la litigación en las relaciones transfronterizas.

Y en este contexto se elabora la Directiva sobre asistencia jurídica gratuita. Con su elaboración no se pretende, como de una primera rápida lectura pudiera pensarse, intentar abaratar la internacionalidad para impulsar la litigación europea. Y ello porque más que de abaratamiento del litigio transfronterizo, debe hablarse de desplazamiento de los costes, del litigante al poder público. En realidad, la Directiva está enfocada preferentemente a aquellas situaciones en que potencialmente los gastos asociados al carácter transfronterizo del litigio impiden el efectivo acceso a la justicia<sup>28</sup>. En consecuencia, lo que la Directiva pretende es minimizar el impacto del carácter transfronterizo del litigio, lo que se traduce, en el aspecto positivo, en la intención de promocionar la litigiosidad en el seno de la Unión Europea y en el negativo, en la voluntad de contrarrestar el efecto disuasorio de la internacionalidad del litigio<sup>29</sup>.

Puede decirse, pues, que la justicia gratuita como mecanismo para compensar la falta de recursos de una persona parte en un litigio es una institución conocida históricamente por los ordenamientos de todos los Estados miembros. Y que el reto innovador es la atención al impacto económico del carácter transfronterizo del litigio<sup>30</sup>.

Siendo muy generosos con la Directiva, hay quien ha sostenido que su entendimiento debe hacerse en función de dos coordenadas: el derecho fundamental de acceso a la justicia y el objetivo jurídico de la integración<sup>31</sup>. El primer enfoque puede asumirse con mayor o menor convencimiento, puesto que el art. 1.1 de la Directiva expresamente precisa que “[l]a presente Directiva tiene como objetivo mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de unas reglas mínimas

---

<sup>26</sup> COM (2000) 51 final. Bruselas, 9 de febrero de 2000.

<sup>27</sup> Así, estas diferencias se manifestaban en los diferentes límites financieros máximos que se valoraban para decidir si el interesado tenía o no derecho a la justicia gratuita; los tipos de procedimientos en los que se concedía la asistencia jurídica gratuita; las condiciones subjetivas que se exigían a los peticionarios para su obtención, etc. Véase *Guía de asesoramiento jurídico y beneficio de justicia gratuita en el Espacio Económico Europeo*, Comisión Europea, CECA-CE-CEEA, Bruselas, Luxemburgo, 1996.

<sup>28</sup> CUARTERO RUBIO, M<sup>a</sup>. V., *La justicia gratuita en los litigios transfronterizos...*, cit., p. 104.

<sup>29</sup> CUARTERO RUBIO, M<sup>a</sup>. V., *La justicia gratuita en los litigios transfronterizos...*, cit., p. 32.

<sup>30</sup> CUARTERO RUBIO, M<sup>a</sup>. V., *La justicia gratuita en los litigios transfronterizos...*, cit., p. 15.

<sup>31</sup> CUARTERO RUBIO, M<sup>a</sup>. V., *La justicia gratuita en los litigios transfronterizos...*, cit., *passim*.

*comunes relativas a la justicia gratuita en dichos litigios*". Y, por tanto, se trata de una norma que se integra dentro del grupo normativo tendente a garantizar el derecho de acceso a la justicia. Sin embargo, más dificultoso resulta defender el segundo enfoque, y ello porque si tenemos en cuenta lo que se dice en el Considerando 6º de la Directiva, "[n]i la falta de recursos de una persona que sea parte en un litigio, en calidad de demandante o demandada, ni las dificultades que se derivan de la condición transfronteriza de un litigio deben constituir obstáculos al acceso efectivo de la justicia", por mucho que el acento se ponga en la condición transfronteriza del litigio y éste sólo se perciba en términos europeos, lo cierto es que la concreción del ámbito de protección de la Directiva desluce su finalidad última, a no ser que lejos de plantearse como norma para garantizar el disfrute de los derechos en el espacio judicial europeo, sea una norma de extranjería destinada a limitar el derecho a la justicia gratuita únicamente a aquellos que se encuentren en situación regular en cualquiera de los Estados miembros de la Unión, a excepción de Dinamarca.

Lo que, por otra parte, no parece encajar con lo dispuesto en la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2007*<sup>32</sup> que prevé, en su artículo 47, apartado 3, que se conceda una asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia. En sus dos primeros apartados, necesarios para entender el tercero, se dispone que "(1) [t]oda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. (2) Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar". Y según lo que dispone en sus dos primeros apartados, tiene derecho a la asistencia jurídica gratuita, "toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados".

## **2. Objetivos**

La Directiva trata de promover la aplicación de la asistencia jurídica gratuita en los litigios transfronterizos para personas que carecen de recursos suficientes y siempre que dicha ayuda sea necesaria para asegurar un acceso efectivo a la justicia. Es una norma de derecho procesal civil internacional y como tal tiene por objeto proporcionar una tutela judicial internacional efectiva.

El objetivo de la Directiva es garantizar el acceso efectivo a la justicia de las personas físicas que, bien como demandantes, bien como demandadas, se vean inmersas en un litigio transfronterizo cubierto por el ámbito de aplicación de la Directiva, para que ni la

---

<sup>32</sup> DOUE C 203, 14-XII-2007.

falta de recursos económicos ni los costes adicionales asociados al carácter transfronterizo del litigio obstaculicen el acceso efectivo a la justicia<sup>33</sup>.

Para lograr este objetivo se establece un estándar mínimo común relativo a la justicia gratuita que habrá de aplicarse a todas las personas físicas que sean parte en los litigios transfronterizos, en materia civil o mercantil, en todo el espacio de la Unión Europea, salvo Dinamarca y que incluye desde el asesoramiento jurídico previo a la interposición de la demanda con vistas a evitar el inicio del proceso, la asistencia jurídica y la representación letrada ante los tribunales y la exención total o parcial de costas procesales (art. 3 y Considerando 11º).

La Directiva pretende proteger el interés individual, inherente a su función, en cuanto asegura al particular el acceso a la jurisdicción sin indefensión, y el interés supraindividual, en cuanto garantiza el interés general de la justicia. Esta dualidad de intereses es la que obliga a ponderar la argumentación económica con enorme cautela en este contexto.

Como pretendida norma de integración, la Directiva actúa conforme a dos principios: el principio de reconocimiento mutuo y el principio de cooperación<sup>34</sup>. El principio del reconocimiento mutuo es el reflejo de la tensión no resuelta en la relación tutela judicial efectiva-mercado interior: sirve a la protección judicial pero también al correcto funcionamiento del mercado interior que, de hecho, fue su razón primera<sup>35</sup>. Sin embargo, entiendo que responde más al principio de cooperación que al principio de reconocimiento mutuo, pues como venimos sosteniendo, la diferenciación que realiza en su ámbito de protección desmerece que sea calificada realmente como norma de integración.

### **3. Ámbito de aplicación**

La Directiva se aplica a los litigios transfronterizos relativos a materia civil o mercantil, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional que conozca del asunto (art. 1.2). Lo no comprendido en su radio de acción, quedará sometido a las normas convencionales o de carácter autónomo vigentes en cada Estado miembro<sup>36</sup>.

Se entiende por litigio transfronterizo, a los efectos de la Directiva, aquél en el que la parte que solicita la justicia gratuita está domiciliada o reside habitualmente en un

---

<sup>33</sup> LARA AGUADO, A., «Litigios transfronterizos y justicia gratuita (A propósito de la Directiva 2003/8/CE del Consejo de 27 de enero de 2003)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004, vol. 17, pp. 86-87.

<sup>34</sup> CUARTERO RUBIO, M<sup>a</sup>. V., *La justicia gratuita en los litigios transfronterizos...*, cit., p. 31.

<sup>35</sup> CUARTERO RUBIO, M<sup>a</sup>. V., *La justicia gratuita en los litigios transfronterizos...*, cit., pp. 31-32.

<sup>36</sup> Véase AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., «La asistencia judicial gratuita en Derecho internacional privado», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, de 15 septiembre 1997, pp. 1887-1925; MARÍN LÓPEZ, A., «La asistencia judicial gratuita», *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. 0, 2000, pp. 311-322; DE DIOS, J. M., *La asistencia jurídica gratuita en Derecho internacional privado español*, Eurolex, 1999, pp. 82-114.

Estado miembro distinto de aquél en el que se halle el tribunal ante el que se va a litigar o en el que deba ejecutarse la resolución (art. 2.1).

Por tanto, existe litigio transfronterizo desde el momento en que dos Estados miembros de la Unión Europea guardan relación con el litigio: el Estado en el que se halla el tribunal y el Estado en el que el solicitante tiene su domicilio o su residencia habitual<sup>37</sup>. En materia de reconocimiento, se ha optado por el principio de continuidad o extensión del beneficio<sup>38</sup>, esto es, que si una persona ha obtenido justicia gratuita en el Estado miembro en que se ha sustanciado el procedimiento obtendrá la justicia gratuita contemplada por el Derecho del Estado miembro en el que se solicite el reconocimiento o la ejecución (art. 9.2 de la Directiva).

En similares términos se manifiestan, en lo relativo a la asistencia jurídica gratuita en el reconocimiento, el *Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*<sup>39</sup> (art. 50) y el *Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental*, por el que se deroga el Reglamento 1347/2000<sup>40</sup> (art. 50), que han optado también por el principio de la extensión del beneficio, por lo que se extiende el derecho concedido en el Estado de origen, pero con el contenido previsto en la legislación del Estado requerido. Entendemos que en lo que respecta a estos dos Reglamentos, su contenido prevalece sobre lo dispuesto en la Directiva, si tenemos en cuenta la especialidad de la materia frente a la generalidad de la Directiva. Además, en ambos casos su ámbito de aplicación coincide con su ámbito de protección, así siempre que fueran aplicable estos Reglamentos, en materia de reconocimiento se podría extender el disfrute de la asistencia jurídica gratuita, sin tener en cuenta en estos casos, la legalidad de la residencia o domicilio del solicitante nacional de un tercer Estado en un Estado miembro<sup>41</sup>.

Por su parte, el *Reglamento 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos*<sup>42</sup> realiza una regulación mucho más detallada que la que se contempla en los anteriores Reglamentos<sup>43</sup>. Así, en sus arts. 44 a 47 precisa desde quiénes tienen derecho a la justicia gratuita en el contexto del Reglamento, pasando por cuál es su contenido o qué prestaciones van a estar comprendidas en el ámbito de este derecho, hasta la regulación de casos específicos

---

<sup>37</sup> LARA AGUADO, A., «Litigios transfronterizos y justicia gratuita...», cit., p. 90.

<sup>38</sup> DE DIOS, J. M., *La asistencia jurídica gratuita...*, cit., p. 189.

<sup>39</sup> DOCE L 012, de 16-I-2001.

<sup>40</sup> DOUE L 338, de 23-XII-2003.

<sup>41</sup> En concreto, téngase en cuenta lo dispuesto en el art. 67 del Reglamento 44/2001.

<sup>42</sup> DOUE L 71, de 10-I-2009; corrección de errores, DOUE L 131, de 18-V-2011.

<sup>43</sup> Según el art. 68.3 del Reglamento 4/2009, este Reglamento no afectará en materia de alimentos a la aplicación de la Directiva, a reserva de lo dispuesto en el Capítulo V que comentamos.

como el supuesto de las solicitudes de alimentos a favor de niños presentadas a través de las autoridades centrales.

La singularidad de este texto es que no se limita únicamente a contemplar el principio de extensión del beneficio en reconocimiento, sino que regula en sede de origen quiénes van a poder disfrutar de este derecho, en términos más beneficiosos que la Directiva, ya que todos los que intervengan en un procedimiento de alimentos comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento 4/2009, podrán ser titulares de este derecho aunque únicamente podrán ejercerlo si cumplen con los requisitos de carácter objetivo precisados en la normativa interna de cada Estado<sup>44</sup>, y será respecto de esta cuestión donde deba diferenciarse entre litigio transfronterizo / litigio internacional, habiéndose garantizado un mínimo común en los Estados miembros sólo respecto de los litigios transfronterizos.

En resumen, en nuestra opinión, la determinación del régimen normativo aplicable a la justicia gratuita se ha complicado innecesariamente. Para decidir la normativa aplicable hay que analizar dónde está domiciliado o dónde reside el solicitante de la justicia gratuita y dónde pretende litigar (litigios transfronterizos) o comprobar la nacionalidad o la residencia habitual del peticionario (litigios internacionales no transfronterizos), lo que permitirá averiguar si existe algún convenio internacional aplicable o hay que aplicar la normativa autónoma<sup>45</sup>.

Como ya hemos manifestado más arriba, el ámbito de aplicación de la Directiva no coincide con su ámbito de protección. Mientras su ámbito de aplicación se extiende a los litigios transfronterizos, esto es, a aquellos en que el solicitante domiciliado o residente habitual en un Estado miembro litiga o solicita el reconocimiento de una sentencia en otro Estado miembro, sin importar si el solicitante reside legalmente o no en el primer Estado, la Directiva sólo protege con el principio de no discriminación a los ciudadanos de la UE y a los nacionales de terceros Estados residentes legamente en el territorio de algún Estado de la UE, excepto Dinamarca (art. 4 de la Directiva)<sup>46</sup>.

#### **4. Relación con otros instrumentos**

El art. 20 de la Directiva consagra su primacía entre los Estados miembros y en relación con la materia a la que se aplica, sobre las disposiciones contenidas en los acuerdos bilaterales y multilaterales celebrados por los Estados miembros<sup>47</sup>. Ello conlleva que siempre que exista un litigio transfronterizo, la Directiva desplaza, dentro de su ámbito de aplicación, a todos aquellos Convenios bilaterales y multilaterales de los que los Estados miembros sean parte, aunque su régimen sea más favorable que el establecido

---

<sup>44</sup> Precisa el art. 44.4 del Reglamento 4/2009, que las condiciones de acceso a la justicia gratuita no serán más restrictivas que las fijadas en los asuntos internos equivalentes.

<sup>45</sup> LARA AGUADO, A., «Litigios transfronterizos y justicia gratuita...», cit., p. 94.

<sup>46</sup> LARA AGUADO, A., «Litigios transfronterizos y justicia gratuita...», cit., p. 106.

<sup>47</sup> Dispone este precepto que la Directiva primará, entre los Estados miembros y en relación con la materia a la que se aplica, sobre las disposiciones contenidas en acuerdos bilaterales y multilaterales celebrados por los Estados miembros.

en la Directiva. Ello conduce a que los Convenios sobre asistencia jurídica gratuita de los que los Estados miembros sean parte no puedan aplicarse si el peticionario tiene su domicilio o residencia habitual en un Estado miembro de la Unión Europea distinto del Estado miembro donde se halle el tribunal o en el que deba ejecutarse la resolución.

Las implicaciones de este precepto son de enorme importancia, ya que personas que podrían haberse beneficiado del régimen de la justicia gratuita según el régimen convencional, no podrán hacerlo a menos que residan legalmente en un Estado miembro de la UE<sup>48</sup>. Únicamente si los Estados miembros desean extender la protección a quienes no residan legalmente en su territorio, estas personas podrían beneficiarse de este derecho. Esto en España es un imperativo constitucional, y sólo si así se hiciera, dando nueva redacción al art. 46 LAJG, se estaría en correlación no sólo con lo exigido constitucionalmente, sino con los Convenios multilaterales y bilaterales de los que nuestro país es parte y con la propia LAJG en lo dispuesto en su art. 2<sup>49</sup>.

En el caso de que no sea aplicable la Directiva, y para los casos en que el peticionario de este derecho actúe como demandante o demandado en el proceso, habrá que tener en cuenta si es nacional<sup>50</sup> y/o reside<sup>51</sup> en alguno de los Estados que son parte de los Convenios que regulan el ejercicio de este derecho. Cumplido este requisito, bastará con que cumplan los requisitos objetivos previstos en la LAJG relativos a la insuficiencia de recursos para litigar, actuar en defensa de derechos o intereses propios y que la pretensión principal sea sostenible, para que puedan disfrutar de este derecho.

Si lo que se solicita es el reconocimiento de este derecho en fase de reconocimiento de decisiones, normalmente únicamente se exige que la sentencia provenga de un Estado parte<sup>52</sup>, aunque otros exigen no sólo este requisito sino que además el solicitante sea nacional o tenga su residencia habitual en un Estado parte<sup>53</sup>.

---

<sup>48</sup> LARA AGUADO, A., «Litigios transfronterizos y justicia gratuita...», cit., p. 98.

<sup>49</sup> Téngase en cuenta lo dispuesto en el apartado tercero del art. 46 LAJG, en la redacción dada por la *Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial*, según el cual “[e]n el ámbito de aplicación de este capítulo, sus disposiciones prevalecerán entre los Estados miembros sobre los convenios y tratados multilaterales y bilaterales ratificados por ellos. En las relaciones con los demás Estados, la aplicación de este capítulo no afectará a los restantes convenios y tratados multilaterales y bilaterales ratificados por España

<sup>50</sup> Así, por ejemplo, exigen que el peticionario sea nacional de uno de los Estados parte en el Convenio, sin importar si reside o no en uno de ellos, el CH 1954 (art. 20) o los convenios bilaterales de cooperación y asistencia judicial celebrados con Brasil el 13 de abril de 1989 (art. 36.1), Gran Bretaña el 27 de junio de 1929 (art. 13), Bulgaria el 23 de mayo de 1993 (art. 4), Marruecos el 30 de mayo de 1997 (art. 5) o Rusia el 26 de octubre de 1990 (art. 3).

<sup>51</sup> El art. 1 del CH 1980 el principio de igualdad de trato no sólo a los nacionales de Estados parte, sino también a las personas que residan habitualmente en un Estado parte.

<sup>52</sup> Así, por ejemplo, el art. 50 del *Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* y el art. 15 del *Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de alimentos* y los Convenios que España ha celebrado sobre cooperación y asistencia judicial con Brasil el 13 de abril de 1989 (art. 36.3), Alemania el 14 de noviembre de 1983 (art. 14), Bulgaria el 23 de mayo de 1993 (art. 5) o Rumania el 17 de noviembre de 1997 (art. 18).

<sup>53</sup> Así, por ejemplo, el art. 13.2 en relación con el art. 1 del CH 1980 y el Convenio que ha celebrado España con Uruguay, *Convenio de cooperación jurídica de 4 de noviembre de 1987* (arts. 16 y 17).

### **III. INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA: TRASCENDENCIA**

La Directiva se incorporó al ordenamiento jurídico español a través de la *Ley 16/2005, de 18 de julio, por la que se modifica la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita para regular las especialidades de los litigios transfronterizos civiles y mercantiles en la Unión Europea*. A través de esta Ley, también se modificó el art. 2.a) para ajustarlo a lo dispuesto en la STC 95/2003, de 22 de mayo.

Mientras que la Ley 1/1996, de 10 de marzo, de asistencia jurídica gratuita, puso fin a la dispersión normativa que existía y su principal novedad consistió en la desjudicialización del procedimiento del reconocimiento de este derecho, la Ley 16/2005 consagró el reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita a los nacionales de terceros países que residan legalmente en uno de los Estados miembros. Hasta esta Ley, el reconocimiento de este derecho al extranjero nacional de un tercer país sólo se le reconocía si se encontraba en España.

Los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea ya disfrutaban del acceso gratuito a la justicia en España, antes de incorporarse a nuestro ordenamiento jurídico esta Directiva, aunque no residieran en nuestro país. Respecto a ellos, la principal novedad es que la Directiva reconoce dentro del beneficio de la justicia gratuita una serie de prestaciones no contempladas hasta ese momento en la Ley española y que, de manera incomprensible, sólo se han previsto para los litigios transfronterizos y no para los que tienen carácter internacional. Así, si se ponen en relación el art. 50 con el art. 6 se aprecia que el primero contempla además, los servicios de interpretación; traducción de documentos presentados por el beneficiario a instancia del tribunal o autoridad competente y que sean necesarios para resolver el asunto; y los gastos de desplazamiento que corran por cuenta del solicitante del derecho.

La Directiva sólo reconoce este derecho a las personas físicas y únicamente en los procesos en materia civil y mercantil, por lo que es más restrictiva que la ley interna española que además de a las personas físicas, también reconoce este derecho a determinadas personas jurídicas, en concreto a las asociaciones de utilidad pública y a las fundaciones inscritas en el registro administrativo correspondiente y en relación con todo tipo de proceso (art. 2.c).

Respecto de los límites económicos para el reconocimiento de este derecho, mientras que la Ley 1/1996 fija el límite en el doble del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), el art. 49.2 de la Ley 16/2005 establece que dichos límites económicos no impedirán que el solicitante que los supere pueda obtener el beneficio si prueba que no puede hacer frente a los gastos procesales debido a las diferencias en el coste de la vida entre el Estado miembro de su residencia o domicilio y España<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> El Considerando 15º de la Directiva dispone que “[e]l objetivo de la presente Directiva no podría alcanzarse si no se ofreciera a los solicitantes de justicia gratuita la posibilidad de demostrar que no

De conformidad con el artículo 48 de la Ley 16/2005, los Colegios de abogados serán las autoridades expedidoras y receptoras de las solicitudes de justicia gratuita que son remitidas y recibidas en España. El ámbito geográfico de cada Colegio de abogados es normalmente una provincia, a excepción de algunas provincias en que, debido al gran número de casos, hay varios colegios. Y los recursos financieros de los que dispondrá cada Colegio de abogados en relación con la concesión de la justicia gratuita se obtendrán a través de la designación de defensores públicos.

#### **IV. UNA CUESTIÓN IMPORTANTE SIN RESPONDER: *QUID* DE LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO RECLAMADO POR UNA NORMA DE CONFLICTO DE ORIGEN INSTITUCIONAL**

Ni en la Directiva ni en la LAJG se hace referencia a la prueba del Derecho extranjero como gasto vinculado al carácter transfronterizo del litigio. Hay que tener en cuenta que la eficiencia económica como argumento en pro de un Derecho privado europeo implica entre otros la asunción de los costes de información jurídica derivados de la pluralidad legislativa en un contexto de integración<sup>55</sup>.

El impacto de esta omisión, obviamente, será distinto en los sistemas que introducen la prueba de oficio del Derecho extranjero y en aquellos que la contemplan a instancia de parte. El sistema español, tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, es un sistema de colaboración entre partes y tribunal en lo que respecta a la prueba del derecho extranjero, aunque el principal peso recae sobre las partes. Por lo que puede decirse que nos hallamos dentro del sistema de prueba del derecho extranjero a instancia de parte (art. 281.2 LEC), aunque esto contraviene claramente lo especificado en el art. 12.6 Cc, en el que se establece que los tribunales españoles deben aplicar de oficio las normas de conflicto españolas, y por ende, también su consecuencia jurídica, sea ésta aplicar ley española o ley extranjera<sup>56</sup>.

---

*pueden hacer frente a las costas procesales aunque sus recursos superen el límite máximo fijado por el Estado miembro donde se halle el tribunal. Al evaluar si es preciso conceder la justicia gratuita por este motivo, las autoridades de los Estados miembros donde se halle el tribunal tendrán en cuenta la información que justifique el cumplimiento por el solicitante de los criterios de carácter financiero aplicables en el Estado miembro de su domicilio o residencia habitual”.*

<sup>55</sup> SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho privado europeo*, Editorial Comares, 2002, pp. 154-159.

<sup>56</sup> Existe una extensa bibliografía sobre esta materia, que sin ánimo de exhaustividad, puede consultarse en CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Aplicación del Derecho extranjero en España y la nueva LEC», *Tribunales de Justicia*, nov. 2000, nº 11, pp. 1155-1170; ID., «Normas de conflicto, aplicación del Derecho extranjero en España y nueva LEC», *Anuario español de Derecho internacional privado*, nº 1, 2001, pp. 215-237; ID., «El Derecho extranjero y el TS: la Sala de lo Social contraataca», *Anuario español de Derecho internacional privado*, nº 2, 2002, pp. 103-114; ID., «La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley española de Enjuiciamiento civil 1/2000», *La Ley*, 2005, nº 6178 de 28 de enero de 2007, pp. 1-7; CARBALLO PIÑEIRO, L., «El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del Derecho extranjero. Una relectura en clave procesal y constitucional», *Anuario español de Derecho internacional privado*, nº 1, 2001, pp. 483-503; CUARTERO RUBIO, M. V., «Prueba del Derecho extranjero y tutela judicial efectiva», *Derecho Privado y Constitución*, nº 14, 2000, pp. 21-71; GARAU SOBRINO, F., «La prueba del Derecho extranjero en la nueva LEC», *Revista General del Derecho*, núms. 678-679, marzo-abril 2001, pp. 2343-2366.

Es cuanto menos llamativo que habiendo creado el Derecho institucional europeo un creciente número de normas de conflicto, sin embargo no se haya pronunciado acerca del tratamiento procesal del Derecho extranjero<sup>57</sup>. Qué duda cabe que este hecho puede comprometer la armonización del Derecho de la Unión Europea ante la falta de uniformidad en el tratamiento procesal del Derecho extranjero en los ordenamientos de los Estados miembros<sup>58</sup>.

Si se tienen en cuenta los objetivos de la Directiva, y reparamos en la ausencia de referencia al tratamiento procesal del Derecho extranjero y sus costes de prueba, podría pensarse que el Derecho aplicado no constituye para el legislador de la Unión una cuestión de riesgo para los derechos fundamentales en el proceso<sup>59</sup>. Desde la óptica de constituir objetivo jurídico de integración, esta omisión conduce a pensar que la dicotomía *lex fori* versus *lex causae*<sup>60</sup> no presenta gran interés para el espacio judicial europeo, bien porque el interés en la aplicación del Derecho reclamado por la norma de conflicto institucional tiene un valor marginal para su construcción, bien porque es descartado por costoso<sup>61</sup>.

En un ejercicio de prospección imaginativa acerca de la eficiencia de las normas de DIPr nos podemos plantear qué sería más eficiente, si que se cubrieran los gastos derivados de la prueba del Derecho extranjero dentro de la asistencia jurídica gratuita, o que se probara directamente por el juez el Derecho extranjero, y corriera la Administración de Justicia directamente con los gastos. Desde mi punto de vista, la respuesta es clara. Obviamente, sería más eficiente la prueba del Derecho extranjero por parte del juez, y que los gastos se cubrieran por la Administración. Y ello por dos razones básicas: primero porque el Derecho extranjero, al ser Derecho, debería probarse de oficio por el juez español y no por las partes; segundo, porque aun considerando que la justicia gratuita contemplara el coste de la prueba del Derecho extranjero, cosa nada clara, supondría una traba procesal más para las partes que alargaría innecesariamente el procedimiento.

No obstante, como la prueba del Derecho extranjero de oficio por el juez español hoy no deja de ser un desiderátum<sup>62</sup>, responderemos a la primera cuestión en el actual contexto.

La asistencia judicial gratuita se fundamenta en la necesidad de un equilibrio procesal,

---

<sup>57</sup> Véase OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del derecho extranjero en los Reglamentos sobre ley aplicable a las situaciones privadas internacionales», en ABEL LLUCH, X. / PICÓ I JUNOY, J. / RICHARD GONZÁLEZ, M., *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*, La Ley, 2010, pp. 477-498.

<sup>58</sup> CUARTERO RUBIO, M<sup>a</sup>. V., *La justicia gratuita en los litigios transfronterizos...*, cit., p. 114.

<sup>59</sup> En el mismo sentido que la STC 10/2000 que situó el problema en sede legalidad ordinaria.

<sup>60</sup> En el bien entendido que se tratara de leyes diferentes.

<sup>61</sup> CUARTERO RUBIO, M<sup>a</sup>. V., *La justicia gratuita en los litigios transfronterizos...*, cit., p. 115.

<sup>62</sup> Citamos algunas sentencias muy representativas de este hecho: SSTC 10/2000, de 17 de enero (RTC 2000\10); 155/2001, de 2 de julio (RTC 2001\155); 33/2002, de 11 de febrero (RTC 2002\33); 29/2004, de 4 de marzo (RTC 2004\29) y SSTs de 22 de mayo de 2001 (RJ 2001\6477); de 25 de mayo de 2001 (RJ 2001\8698); de 4 de julio de 2006 (RJ 2006\6080) y de 30 de abril de 2008 (RJ 2008\2685).

de una igualdad de las partes en el proceso, mediante la eliminación de los obstáculos de naturaleza económica en los procesos civiles<sup>63</sup>. La importancia de la asistencia jurídica gratuita en cuestiones de Dopr es trascendental, como ya hemos apuntado, sobre todo si consideramos que generalmente un procedimiento con elemento extranjero suele ser más caro que uno meramente interno.

El art. 6 LAJG regula el contenido material de este derecho tanto para litigios internos como para litigios internacionales no europeos. Y en él quedan comprendidas las siguientes prestaciones: asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso; defensa y representación por abogado y procurador; inserción gratuita de anuncios o edictos; exención del pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos; obtención gratuita de copias, testimonios, instrumentos y actas notariales; reducción de los derechos arancelarios sobre la expedición de documentos notariales. En ninguna de estas materias cabría incluir la prueba del Derecho extranjero. Sin embargo, el apartado sexto del citado artículo determina como materia comprendida en tal derecho la asistencia pericial gratuita en el proceso a cargo del personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales, o, en su defecto, a cargo de funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones públicas. ¿Cabría incluir en este precepto la prueba pericial del Derecho extranjero? Desde luego no parece que en ello estuviera pensando el legislador.

Por su parte, el art. 50 de la Ley establece el contenido material de este derecho desde la perspectiva de los litigios transfronterizos. En estos casos, las prestaciones contempladas en el ejercicio de este derecho son, además de las contempladas en el art. 6 LAJG: los servicios de interpretación; a la traducción de los documentos prestados por el beneficiario a instancias del Juzgado o Tribunal o de la autoridad competente y que sean necesarios para resolver el asunto; los gastos de desplazamiento que corran por cuenta del solicitante, cuando las normas aplicables o el Juzgado o Tribunal requieran su comparecencia personal para la defensa de su pretensión, y el Juzgado o Tribunal decida que no existen otros medios satisfactorios de tomar declaración; la defensa y representación gratuitas por Abogado o Procurador en el procedimiento judicial cuando, no siendo legalmente preceptiva la intervención de estos profesionales, sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante Auto motivado en vista de la complejidad del asunto o para garantizar la igualdad de las partes en el proceso.

Pues bien, no parece que de esta enumeración quepa extraer que esté comprendido dentro del contenido de este derecho la prueba del Derecho extranjero, lo que viene a confirmar aún más la necesidad de una reforma legislativa para convertir el tratamiento procesal del Derecho extranjero en sistema de prueba de oficio.

Este silencio podría ser interpretado de dos formas diferentes: o que en el contexto integrado europeo la prueba del Derecho extranjero siempre debe hacerse de oficio, y por tanto no tendría sentido hacer referencia a ello en el derecho a la asistencia jurídica

---

<sup>63</sup> AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., «La asistencia judicial gratuita en Derecho internacional privado», cit., p. 1890.

gratuita, o que, simplemente, se considere que la prueba del Derecho extranjero no es una cuestión que deba ser subsumida en el contenido material de este derecho.

Teniendo en cuenta estas premisas, y pareciendo evidente que la prueba del Derecho extranjero, llamado a resolver un litigio por una norma de conflicto española, no está comprendida dentro del contenido del derecho a la asistencia jurídica gratuita, ¿qué sucede si las partes o la parte “interesada” en la aplicación del Derecho extranjero no cuenta con medios suficientes para hacer frente a la prueba del mismo en el proceso? Responder en estos casos desestimando la pretensión formulada, no tendría ningún sentido, puesto que la demanda ha sido correctamente planteada; tampoco se sostendría resolver conforme al Derecho español, puesto que la prueba no se realiza no porque no se quiera sino porque no se cuenta con medios para ello. La única solución es que el juez aplique de oficio el Derecho extranjero. Lo contrario sería mantener que el Dipr es un Derecho para ricos<sup>64</sup>, lo que empañaría su esencia. Además de implicar la existencia de un Dipr facultativo, aplicable según la voluntad de las partes, lo que descarta por completo el art. 12.6 Cc, que claramente establece la imperatividad de las normas de conflicto españolas.

De lo dicho, cabe extraer dos conclusiones: primera, que el derecho de asistencia jurídica gratuita no cubre la prueba del Derecho extranjero en nuestro sistema; segunda, que la prueba de oficio del Derecho extranjero evitaría el doble rasero que puede surgir en el tratamiento procesal del mismo según se cuente o no con medios económicos suficientes para hacer frente a su prueba. Y cabe aventurar una tercera, ésta respecto únicamente del contexto institucional europeo. Si bien no es posible a día de hoy imponer desde instancias europeas un sistema de prueba de oficio del Derecho extranjero, parece que sí está en manos del legislador europeo garantizar la aplicación correcta de sus normas. Y para ello es importante, en un contexto integrado como el europeo, que un aspecto procesal como es la necesidad de prueba del derecho extranjero, no se haga recaer sobre las partes en un proceso, pues ello encarece y en algunos casos puede desincentivar la litigación. Se trata de una anomalía del sistema que debería solucionarse lo antes posible, pues hasta tanto no se haga, la integración de la que tanto se jactan las instancias europeas no sólo seguirá siendo un desiderátum, sino que se estará contribuyendo a dañar la tutela judicial efectiva.

## **V. CONSIDERACIONES FINALES**

En ocasiones, los juristas nos entretenemos en lo inmediato sin intentar ver más allá de lo que la mera publicación de un texto normativo pueda aportar. A mi juicio, se ha dado excesiva importancia a la publicación de la Directiva sobre asistencia jurídica gratuita, cuando su aportación, desde mi humilde opinión, no ha ido más allá de complicar una cuestión que debería estar fuera de toda discusión como que la asistencia jurídica es un derecho fundamental de alcance universal, y lo único que ha aportado ha sido un

---

<sup>64</sup> CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. I, Editorial Comares, 6ª ed., pp. 252-253.

mínimo común de prestaciones que este derecho debe abarcar en todos los Estados miembros y los formularios que han de utilizarse para lograr una correcta y eficaz cooperación entre las autoridades implicadas en el proceso.

Si intentáramos ver más allá, descubriríamos que tras ella late una intención indisimulada de servir como norma de extranjería a la hora de restringir el ejercicio de derechos de los extranjeros. Y ello no sólo no contribuye a la tan citada integración, sino que conlleva introducir un elemento distorsionador que en nada ayuda a los objetivos del espacio judicial europeo, si coincidimos, como parece, en que la tutela judicial efectiva es uno de los pilares, a mi juicio el más importante, sobre la que aquel debe sustentarse.

La Directiva ha dificultado innecesariamente la concreción de un derecho como la asistencia jurídica gratuita que por estar íntimamente vinculado con la tutela judicial efectiva, tiene carácter universal y, en consecuencia, no pueden hacerse diferenciaciones en cuanto a su titularidad en función de si el peticionario reside legalmente o no en un Estado miembro.

Tal es así que tras las sentencias del Tribunal Constitucional 95/2003 y 236/2007, la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la citada Directiva a través de la Ley 16/2005 parece a todas luces inconstitucional, habiéndose producido en la actualidad la paradoja que la propia LOEx es más beneficiosa que la LAJG al regular este derecho para los litigios transfronterizos<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> Repárese en que hemos descartado la utilización del adjetivo “comunitario” a lo largo de todo el artículo, en atención a lo señalado en el Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, vigente desde el 1 de diciembre de 2009, que habla ya únicamente de Unión Europea.