

**LITIGIOS TRANSFRONTERIZOS
Y JUSTICIA GRATUITA**
(A propósito de la Directiva 2003/8/CE del Consejo
de 27 de enero de 2003)*

Por ÁNGELES LARA AGUADO**

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.—II. DISPERSIÓN NORMATIVA EN EL SECTOR DE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA: CLAVES PARA SU DELIMITACIÓN: 1. DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2003/8/CE: LITIGIOS TRANSFRONTERIZOS. 2. RELEVANCIA DEL CARÁCTER TRANSFRONTERIZO DEL LITIGIO EN EL SECTOR DE LA COMPETENCIA. 3. PLURALIDAD DE CRITERIOS PARA DETERMINAR LA NORMATIVA APLICABLE EN EL SECTOR DEL RECONOCIMIENTO: A) *Importancia del Estado de origen de la decisión*. B) *Alcance de la cláusula de prevalencia del art. 20 de la Directiva*. 4. CLAVES DE DELIMITACIÓN DE LA NORMATIVA APLICABLE A LOS LITIGIOS INTERNACIONALES NO TRANSFRONTERIZOS.—III. CARÁCTER RESTRICTIVO DEL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LA DIRECTIVA: 1. SUJETOS PROTEGIDOS POR EL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN. 2. ¿QUIÉNES SON RESIDENTES LEGALES A LOS EFECTOS DE LA DIRECTIVA? 3. DISCORDANCIA ENTRE EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LA DIRECTIVA Y LAS EXIGENCIAS DE LOS ARTS. 24 Y 119 DE LA CE: A) *Déficit de protección derivado de la discordancia entre los ámbitos de aplicación y de protección de la Directiva*. B) *Consecuencias de la Sentencia del Tribunal Constitu-*

* El presente artículo se enmarca en el Proyecto de Investigación BJU2002-01180 (Derecho privado europeo) financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

** Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada.

cional de 22 de mayo de 2003.—IV. NOVEDADES DE LA DIRECTIVA EN EL RÉGIMEN DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA PARA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El día 21 de noviembre de 2003 se publicó en el BOE la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹. Aunque se podía haber aprovechado la reforma para adaptar el régimen autónomo español de asistencia jurídica gratuita a las exigencias derivadas de la Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2003, de 22 de mayo², no ha sido así, pues dicha Ley Orgánica no ha abordado el tema de la gratuidad de la justicia. En cambio, recientemente se ha publicado el Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita que, según se desprende de su exposición de motivos, pretende adaptarse a los cambios introducidos en el régimen de asistencia jurídica gratuita por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal³. Es una lástima que este Reglamento se haya adelantado a la trasposición al ordenamiento jurídico español de la *Directiva 2003/8/CE del Consejo de 27 de enero, 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*⁴, que entró en vigor el 31 de enero de 2003, pues de este modo, se habría contribuido a articular un régimen de asistencia jurídica gratuita más coherente y menos disperso que el que actualmente tenemos.

¹ BOE, núm. 279 de 21 de noviembre de 2003. La LO 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE, núm. 10, de 12 de enero de 2000), también fue modificada por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre (LOEXIS) (BOE, de 23 de diciembre de 2000).

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

³ BOE, núm. 188 de 7 de agosto de 2003.

⁴ DOCE L 26, de 31 de enero de 2003; corrección de errores en DOCE L 32, de 7 de febrero de 2003. Los Estados miembros tienen de plazo hasta el 30 de noviembre de 2004 para adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a sus mandatos. Este plazo se amplía hasta el 30 de mayo de 2006 para lo dispuesto en el artículo 3.2º a), esto es, para las cuestiones relativas al asesoramiento previo a la demanda para llegar a un acuerdo antes de la presentación de la misma (art. 21).

Los antecedentes de la Directiva 2003/8/CE se remontan al estudio encargado por la Comisión a M. Storme sobre la viabilidad de la aproximación de las normas de los Estados miembros relativas a la asistencia judicial⁵. La Comisión se había cuestionado la necesidad de armonizar estas normas para satisfacer las libertades garantizadas por el Tratado CE. En el *Libro Verde de la Comisión de 9 de febrero de 2000 «Asistencia jurídica en litigios civiles: problemas a los que se enfrenta el pleiteante transfronterizo*, se puso de manifiesto que el mayor ejercicio de las libertades comunitarias por parte de las empresas y particulares conlleva un aumento del número potencial de litigios transfronterizos que se pueden plantear en la UE⁶. Las libertades garantizadas por el Tratado CE sólo se pueden ejercer plenamente si se reconoce a los ciudadanos comunitarios el derecho de acceso a los tribunales de los Estados miembros de la UE, ya sea para ejercitar una acción o defenderse ante esos tribunales, ya sea para obtener el reconocimiento de las sentencias dictadas por uno de esos tribunales, en igualdad de condiciones que los nacionales de dicho Estado.

Pese a que, progresivamente, se ha ido implantando la igualdad de trato de los nacionales de Estados miembros de la UE en el ámbito de la justicia gratuita⁷, era necesaria la armonización de las normas de asistencia jurídica gratuita de los países de la UE. Los regímenes de asistencia judicial de los Estados miembros difieren sustancialmente unos de otros en cuestiones tan variadas como los límites financieros máximos que se valoran para decidir si el interesado tiene o no derecho a la justicia gratuita —límites que no toman en consideración el nivel de vida en el Estado miembro en el que reside el solicitante—; los tipos de procedimientos en

⁵ M. STORME: *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union Européenne*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1994.

⁶ COM (2000) 51 final, de 9 de febrero de 2000.

⁷ En España la igualdad de trato de los ciudadanos de la UE con los españoles estaba garantizada a través del art. 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (LAJG) (BOE, núm. 11, de 12 de enero de 1996), que establece que los ciudadanos españoles y los nacionales de los demás Estados miembros de la UE tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en España (art. 2 a). Aunque la LOEXIS ha sustituido, dentro de su ámbito de aplicación, al art. 2 de la LAJG, la situación de los ciudadanos comunitarios quedó inalterada, ya que la LOEXIS no era de aplicación a los nacionales de Estados miembros de la UE y, a partir de la reciente reforma a través de la LO 14/2003, de 20 de noviembre, sólo les es de aplicación la LOEXIS en aquellos aspectos que les sean más favorables, lo que no es el caso en materia de asistencia jurídica gratuita.

los que se concede la asistencia jurídica gratuita; las condiciones subjetivas que se exigen a los peticionarios para su obtención...⁸ Esta diversidad normativa impide el ejercicio del derecho de acceso efectivo a los tribunales y está en contradicción con la jurisprudencia del TJCE, de la que se deriva que los beneficiarios de las libertades reconocidas por el Derecho comunitario tienen derecho a la igualdad de trato con los nacionales del Estado de acogida en lo referente al ejercicio de una acción y a las condiciones en que esa acción puede interponerse⁹. Por eso, M. Storme destacó la conveniencia de proceder a la armonización para proporcionar una adecuada protección jurídica en el ámbito de la UE. Pese a ello, no se procedió a dicha armonización en el año 1994, pues se temían las reacciones adversas de determinados grupos profesionales¹⁰.

La entrada en vigor del Tratado de Amsterdam ha favorecido la armonización, pues el art. 61 con el que comienza el Título IV relativo a los visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas habilita al Consejo a adoptar medidas para establecer progresivamente el espacio de libertad, de seguridad y de justicia al que se aspira. Entre esas medidas se encuentran las relativas a la cooperación judicial en materia civil que sean necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior. El fundamento jurídico de la Directiva se halla, pues, en el artículo 65 c) del Tratado, ya que la aproximación de las normas relativas a la justicia gratuita en los litigios transfronterizos se incardina entre las medidas destinadas a eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles (Considerando 2).

El objetivo de la Directiva 2003/8/CE es garantizar el acceso efectivo a la justicia de las personas físicas —no jurídicas— que, bien como demandantes, bien como demandadas, se vean envueltas en un litigio transfronterizo cubierto por el ámbito de aplicación de la Directiva, para que ni la falta de recursos económicos ni los costes adicionales asociados al

⁸ Sobre el régimen jurídico de la justicia gratuita en cada Estado miembro, *vid.* la *Guía de asesoramiento jurídico y beneficio de justicia gratuita en el Espacio Económico Europeo*, editada por la Comisión Europea, CECA-CE-CEEA, Bruselas, Luxemburgo, 1996.

⁹ *Vid.* por todas, la sentencia del TJCE de 1 de julio de 1993, As. C-20/92, *Hubbard/Hamburger*, *Rec.1993*, pp. 3777-3796.

¹⁰ Reclamando a las corporaciones profesionales que planteen reticencias el que sean ellas mismas las que formulen la propuesta normativa de regulación de la materia a la UE, *vid.* J. M. DE DIOS: *La asistencia jurídica gratuita en Derecho internacional privado español*, ed. Eurolex, Madrid, 1999, p. 36.

carácter transfronterizo del litigio obstaculicen el acceso efectivo a la justicia¹¹. Para lograrlo, 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 UE, salvo Dinamarca (art. 1.3º). Este estándar mínimo 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).

La amplitud del ámbito de aplicación de la Directiva contrasta con las restricciones que se introducen en su ámbito de protección, limitado a determinadas categorías de personas. La falta de pronunciamiento de la Directiva acerca de lo que haya de entenderse por residencia legal en un Estado miembro obliga a cuestionarse cómo ha de calificarse este término. En particular, habrá que plantearse si un estudiante extranjero que se halle en régimen de estancia tendrá derecho a la protección que otorga la Directiva o no, habida cuenta de la primacía de la Directiva, dentro de su ámbito de aplicación, sobre cualquier otro acuerdo bilateral o multilateral celebrado por los Estados miembros sobre la materia (art. 20), aunque establezca un régimen más favorable que el de la norma de origen comunitario.

La aplicación de un estándar mínimo protector sólo a una categoría de personas genera una dualidad de regímenes aplicables a la justicia gratuita, que es consustancial a la creación del espacio único europeo, pero que no es compatible con las exigencias derivadas de la CE, como ha tenido ocasión de declarar el Tribunal Constitucional español en la ya citada Sentencia 95/2003, de 22 de mayo de 2003, al pronunciarse sobre el recurso de inconstitucionalidad núm. 1555/96 promovido por el Defensor del

¹¹ En los litigios transfronterizos, junto a los gastos habituales en cualquier proceso, hay que añadir 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. Además, frecuentemente se desconoce la posibilidad de solicitar la asistencia jurídica gratuita en el Estado en el que tiene su sede el tribunal, así como la forma, plazo y lugar en que hay que presentar la solicitud, pese a la existencia de mecanismos internacionales especialmente previstos para estos fines, como el Acuerdo relativo a la transmisión de solicitudes de asistencia jurídica gratuita (Acuerdo Europeo), hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1977 (*BOE*, núm. 305, de 21 de diciembre de 1985).

Pueblo contra el art. 2 a) de la LAJG¹². A analizar estas cuestiones y a determinar la responsabilidad que incumbe al legislador español en la trasposición de la Directiva se dedican las siguientes páginas.

II. DISPERSIÓN NORMATIVA EN EL SECTOR DE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA: CLAVES PARA SU DELIMITACIÓN

1. DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2003/8/CE : LITIGIOS TRANSFRONTERIZOS

El ámbito de aplicación de la Directiva 2003/8/CE se circunscribe a los litigios transfronterizos relativos a materia civil o mercantil, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional que conozca del asunto. Quedan excluidas las materias fiscal, aduanera y administrativa (art. 1.2º), para las que seguirán aplicándose las normas convencionales o de origen autónomo en vigor en cada Estado miembro¹³.

Para eliminar dudas acerca de lo que ha de entenderse por litigio transfronterizo, la Directiva ofrece una calificación autónoma (art. 2.1º): lo será 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 o en el que deba ejecutarse la resolución. De esta definición se desprenden varias consecuencias. Primera, que no se considera por sí solo litigio transfronterizo aquél en el que existan elementos de vinculación con más de un Estado miembro de la UE. Lo que importa es que el solicitante de la justicia gratuita litigue, como demandante o como demandado, en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que tiene su residencia habitual o su domicilio, o que el peticionario tenga su

¹² Recurso de inconstitucionalidad núm. 1555/96, admitido a trámite por providencia de 21 de mayo de 1996 (BOE, núm. 132, de 31 de mayo de 1996). Vid. mis comentarios al respecto en A. LARA AGUADO: «El derecho de los extranjeros a la asistencia jurídica gratuita en la Ley 1/1996, de 10 de enero», *REDI*, vol. XLVIII, 1996, pp. 99-133.

¹³ Vid. los estudios de las normas convencionales en vigor para España y donde se delimita el ámbito de aplicación material de las mismas, realizados por M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO: «La asistencia judicial gratuita en Derecho internacional privado», *BIMJ*, núm. 1805, 1997, pp. 5-43; J. M. DE DIOS: *La asistencia jurídica gratuita...op.cit.*, pp. 82-114 y A. MARÍN LÓPEZ: «La asistencia judicial gratuita», *AEDIPr*, t. 0, 2000, pp. 311-322.

domicilio o su residencia habitual en un Estado miembro de la UE y pretenda el reconocimiento de una resolución en otro Estado miembro. Segunda, que es irrelevante dónde esté domiciliada o residiendo la otra parte procesal.

Varios interrogantes se suscitan en relación con este concepto de litigio transfronterizo.

1) El domicilio del peticionario se determina, según el art. 2 de la Directiva, conforme al art. 59 del Reglamento «Bruselas I». Esto es, el tribunal que conozca del asunto decidirá si una parte está domiciliada en el territorio de otro Estado miembro aplicando la ley (interna) de este Estado¹⁴. En cambio, nada se dice respecto a la residencia habitual, lo que habría sido de gran utilidad para evitar el traslado de la cuestión a la normativa de cada Estado miembro¹⁵. Ante la inexistencia de una calificación autónoma de residencia habitual, se debe resolver este concepto fáctico con arreglo a los criterios del ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que la persona pretende que reside habitualmente¹⁶.

2) La disyuntiva «domiciliada o reside» plantea una duda interpretativa. ¿La contraposición se refiere al domicilio frente a la residencia habitual, de modo que habrá un litigio transfronterizo toda vez que el solicitante de justicia gratuita litigue en un Estado y tenga o su residen-

¹⁴ Sobre el concepto de domicilio en los Reglamentos de Bruselas I, Convenios de Bruselas y de Lugano, *vid.* entre otros: J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO: *Derecho internacional privado*, 2ª ed., Madrid, ed. Civitas, 2001, pp. 104 y 120-121; I. GUARDÁNS CAMBÓ: «Artículo 52», A. L. CALVO CARAVACA (ed.): *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, pp. 679-688; M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, ed. Civitas, 2000, pp. 87-90.

¹⁵ Pese a las dificultades de llegar a un acuerdo acerca de lo que deba entenderse por residencia habitual, hay ejemplos en otras normas comunitarias, donde se está intentando ofrecer esta definición. Este es el caso de la Propuesta modificada de Directiva del Consejo por la que se extiende la libre prestación de servicios transfronterizos a los nacionales de un tercer Estado establecidos dentro de la Comunidad (DOCE C 311, de 30 de octubre de 2000), que utiliza la expresión residencia habitual para hacer referencia a la residencia regular durante 12 meses o más, quedando excluidos los nacionales de terceros países cuya estancia solamente se tolera, sin estar autorizada.

¹⁶ Sobre el concepto de residencia habitual en España, *vid.* por todos J. M. ESPINAR VICENTE: Vº «Residencia habitual (Dº internacional privado)», *Enciclopedia Jurídica Básica*, ed. Civitas, Madrid, 1995, pp. 5876-5880.

cia habitual o su domicilio en otro Estado miembro? Por el contrario, ¿se refiere al binomio domicilio/residencia habitual frente al lugar en el que se halla el tribunal y, por tanto, una persona domiciliada en un Estado miembro y/o residente en otro Estado miembro sólo protagonizará un litigio transfronterizo si litiga en un Estado miembro en el que no tenga ni domicilio ni residencia habitual? Seguir una u otra interpretación tiene consecuencias muy diferentes por lo que se refiere al ámbito de aplicación de la Directiva, ampliándolo o restringiéndolo respectivamente.

Conforme a una primera interpretación, bastará con que una persona tenga su domicilio o su residencia habitual en un Estado miembro de la UE y vaya a litigar a otro Estado miembro distinto para que exista litigio transfronterizo y deba aplicarse el régimen de la Directiva. Un ciudadano con domicilio en Francia y residente habitualmente en España que litigue en nuestro país, protagonizará un litigio transfronterizo, al igual que este mismo ciudadano con domicilio en España y residencia habitual en Francia y que litigue en España. Según este planteamiento, el litigio transfronterizo existe desde el momento en el que dos Estados miembros de la UE guardan vinculación 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.

Por el contrario, conforme a una segunda interpretación, sólo habrá litigio transfronterizo si el lugar en el que el solicitante va a litigar no es, al mismo tiempo, el lugar en el que esa persona tiene o su domicilio o su residencia habitual. En los ejemplos anteriores, no habría litigio transfronterizo. Sí lo habría, en cambio, si una persona con domicilio en Bélgica y residencia en Bélgica litiga en España. También lo habrá, si el litigante domiciliado en Bélgica reside en Francia y litiga en España, así como si una persona con domicilio en Marruecos, reside habitualmente en Francia y litiga en España, o, a la inversa, si tiene su domicilio en Francia y su residencia habitual en Marruecos y litiga en España.

La interpretación más coherente con el tenor literal del precepto y con la sistemática de la Directiva es aquella que contrapone el binomio domicilio/residencia habitual frente al lugar donde se halla el tribunal. Esto es, una persona que tenga su domicilio en el Estado miembro en el que va a litigar no protagonizará un litigio transfronterizo, aunque tenga su residencia habitual en otro Estado miembro. Ni, a la inversa, tampoco protagonizará un litigio transfronterizo quien tenga su residencia habitual en el Estado miembro en el que litiga, pese a que su domicilio se halle en otro Estado miembro distinto. Por tanto, dos datos configuran el carácter trans-

fronterizo del litigio: el domicilio o residencia habitual del solicitante de la justicia gratuita en uno o varios Estados miembros de la UE y el litigar en otro Estado miembro en el que el peticionario no tenga ni domicilio ni residencia habitual. Si no se da este presupuesto de disociación entre ambos Estados no existirá litigio transfronterizo. No importa dónde tenga su domicilio o residencia habitual la otra parte procesal, ni que exista un desplazamiento de ésta a otro Estado miembro. Ni siquiera importa el desplazamiento físico del solicitante. Lo verdaderamente importante es la disociación entre domicilio o residencia habitual y el lugar donde tiene su sede el tribunal. En los casos en que no exista esta disociación, podrá haber un litigio internacional, que conducirá a la aplicación de las normas convencionales o de Derecho autónomo que procedan, pero no entrarán en juego las normas de la Directiva.

Por otro lado, cabe cuestionarse si para que exista litigio transfronterizo es preciso que la sentencia cuyo reconocimiento se pretende proceda de un tribunal de un Estado miembro o si, por el contrario, es suficiente con que se inste en un Estado miembro el reconocimiento de una sentencia, sea cual sea su Estado de origen, y que el solicitante de la asistencia jurídica gratuita tenga su domicilio o residencia habitual en otro Estado miembro distinto. Del tenor literal del art. 2.1º de la Directiva se desprende que lo único que se precisa es la disociación entre el Estado miembro del domicilio o residencia habitual del solicitante y el Estado miembro en el que se va a ejecutar la sentencia. En ningún precepto de la Directiva, ni en sus considerandos, se hace referencia al origen de la sentencia. El dato de la procedencia de la resolución es irrelevante. Esto es importante, porque implica una extensión muy amplia del ámbito de aplicación de la Directiva, que se superpone sobre todos los Convenios bilaterales o multilaterales que contengan disposiciones sobre asistencia jurídica gratuita en el sector del reconocimiento, con independencia de que el régimen de asistencia jurídica gratuita previsto en dichos Convenios sea más favorable o no que el previsto en la Directiva, pues así se desprende del art. 20 de la Directiva, como se verá *infra*.

2. RELEVANCIA DEL CARÁCTER TRANSFRONTERIZO DEL LITIGIO EN EL SECTOR DE LA COMPETENCIA

La extensión del ámbito de aplicación de la Directiva a los litigios transfronterizos origina una ampliación de los regímenes aplicables a la

asistencia jurídica gratuita. Una correcta delimitación de las normas aplicables requiere diferenciar si el solicitante de justicia gratuita la reclama para litigar en España como demandante o como demandado o si, por el contrario, la solicita para obtener el reconocimiento de una decisión extranjera. Cuando la justicia gratuita se requiera para litigar en España, el dato fundamental será la existencia o no de un litigio transfronterizo. Si lo hay, la Directiva impone su aplicación, desplazando a cualquier otro Convenio bilateral o multilateral suscrito por los Estados miembros (art. 20). El régimen de justicia gratuita que establece la Directiva se aplicará en estos supuestos:

a) Nacional de un Estado miembro de la UE (francés) con residencia habitual o domicilio en su Estado de origen (Francia) o en otro Estado miembro de la UE (Alemania) que pretende litigar en otro Estado miembro distinto de aquél en el que está domiciliado o residiendo habitualmente (España). Su derecho a la obtención de la justicia gratuita se determinará conforme a los criterios de la Directiva, según la cual, no puede haber discriminación por razón de la nacionalidad con respecto a los nacionales del Estado miembro en el que solicite la asistencia (art. 4), en este caso, con respecto a los españoles.

b) Nacional de un Estado miembro de la UE (español), domiciliado o residente en otro Estado miembro (Austria), que pretenda litigar en el Estado miembro cuya nacionalidad ostenta (España). Al ser un litigio transfronterizo, al peticionario se le aplican las reglas de la Directiva, que imponen que no se tome en consideración el lugar del territorio de un Estado miembro en el que un ciudadano de la UE esté domiciliado o tenga su residencia habitual a fin de que pueda beneficiarse de la justicia gratuita en un litigio transfronterizo (Considerando 13). Esto implica que los Estados miembros no pueden exigir la residencia en su territorio a sus propios nacionales para atribuirles la justicia gratuita¹⁷.

¹⁷ El Derecho español respeta esta regla, puesto que en nuestro ordenamiento jurídico no se exige ningún requisito adicional a los nacionales para la obtención de la justicia gratuita (art. 2 LAJG). Con independencia del lugar donde residan o estén domiciliados, tendrán derecho a ella si cumplen las condiciones objetivas para su obtención marcadas en la LAJG (arts. 3 y 32 básicamente: insuficiencia de recursos para litigar y sostenibilidad de la pretensión). Sobre las condiciones objetivas para la obtención de la justicia gratuita en España, *vid.* entre otros M. D. ADÁM MUÑOZ: *El proceso civil con elemento extranjero y la cooperación judicial internacional*, Pamplona, ed. Aranzadi, 1995; M. CID CEBRIÁN: *La justicia gratuita. Realidad*

c) Nacional de un tercer Estado (argelino) que resida habitualmente o esté domiciliado en un Estado miembro (Francia) y litigue en otro Estado miembro de la UE (España). Igualmente le serán de aplicación las normas de la Directiva.

En todos estos supuestos, los Convenios suscritos por los Estados miembros y que contienen reglas sobre asistencia jurídica gratuita quedan desplazados, aunque establecen un régimen más favorable que el de la Directiva, ya que recogen el principio de igualdad de trato con los nacionales y, en algunos casos, con los residentes habitualmente en el territorio de uno de los Estados miembros, con independencia de la legalidad o no de dicha residencia¹⁸.

En cambio, no constituyen supuestos de litigio transfronterizo, aunque tengan elementos de vinculación con más de un Estado miembro de la UE, los siguientes:

a) Solicitante de justicia gratuita que sea nacional de un Estado miembro (español) y litigue en su propio Estado, donde reside o está domiciliado (España), con otro ciudadano de la UE (belga) que se haya desplazado a ese Estado para litigar. No se aplican las reglas de la Directiva, sino la normativa autónoma del Estado en el que se solicita la asistencia jurídica gratuita; en este caso, el art. 2 de la LAJG.

dad y perspectiva de un derecho constitucional, Pamplona, ed. Aranzadi, 1995; J. M. DE DIOS: *La asistencia jurídica gratuita... op. cit.*, pp. 138-157; J. L. GÓMEZ COLOMER: «El nuevo régimen del beneficio de asistencia jurídica gratuita», *La Ley*, de 22 de abril de 1996.

¹⁸ Vid. el art. 20 del Convenio de La Haya de 1 de marzo de 1954 relativo al procedimiento civil (*BOE*, núm. 297, de 13 de diciembre de 1961); el art. 1 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia (*BOE*, núm. 77, de 30 de marzo de 1988); el art. 25 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (*BOE*, núm. 202, de 24 de agosto de 1987); el art. 36 del Convenio de cooperación jurídica en materia civil entre España y Brasil de 13 de abril de 1989 (*BOE*, núm. 164, de 10 de julio de 1991); el art. 4 del Convenio de asistencia judicial en materia civil entre España y Bulgaria de 23 de mayo de 1993 (*BOE*, núm. 155, de 30 de junio de 1994); el art. 5 del Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre España y Marruecos, de 20 de mayo de 1997 (*BOE*, núm. 151, de 25 de junio de 1997); el art. 13 del Convenio entre España y Gran Bretaña relativo a la mutua asistencia en procedimientos civiles y comerciales, de 27 de junio de 1929 (*Gaceta de Madrid*, núm. 100, de 10 de abril de 1930); el art. 1 del Convenio entre España y Rusia sobre asistencia judicial en materia civil, de 26 de octubre de 1990 (*BOE*, núm. 151, de 25 de junio de 1997).

b) Solicitante de justicia gratuita que sea nacional de un Estado miembro (italiano), esté domiciliado o resida en otro Estado miembro distinto del de su nacionalidad (España) y litigue contra otro ciudadano de la UE en el país donde esté domiciliado o residiendo habitualmente (España). No se aplicarán las reglas de la Directiva, sino las normas convencionales o autónomas en vigor en España.

c) Nacional de un tercer Estado residente habitual en un Estado miembro de la UE y domiciliado en otro Estado miembro de la UE donde pretende litigar.

d) Nacional de un tercer Estado domiciliado en un Estado miembro de la UE y residente habitual en otro Estado miembro en el que pretende litigar.

e) Nacional de un tercer Estado domiciliado en un tercer Estado y residente habitualmente en un Estado miembro de la UE donde pretende litigar.

f) Nacional de un tercer Estado residente habitualmente en un tercer Estado y domiciliado en un Estado miembro de la UE donde pretende litigar.

Tampoco en estos cuatro últimos supuestos existe litigio transfronterizo, por lo que deberán aplicarse los Convenios internacionales vigentes en el Estado en el que se solicita la justicia gratuita y, en su defecto, la normativa autónoma en vigor en dicho Estado, como se verá en otro momento.

Por tanto, la determinación del régimen normativo aplicable a la justicia gratuita se ha complicado. Para decidir la normativa aplicable hay que analizar dónde está domiciliado o residiendo 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 si, por el contrario, hay que aplicar la normativa autónoma.

3. PLURALIDAD DE CRITERIOS PARA DETERMINAR LA NORMATIVA APLICABLE EN EL SECTOR DEL RECONOCIMIENTO

A) *Importancia del Estado de origen de la decisión*

La delimitación del régimen normativo aplicable a la asistencia jurídica gratuita que reclame el que pretenda el reconocimiento de una senten-

cia extranjera en España se debe efectuar conforme a distintos criterios, dependiendo del origen de la norma.

El Estado de origen de la decisión será un dato crucial cuando la resolución extranjera proceda de un Estado miembro de la UE. En tal caso, habrá que cuestionarse si concurren los presupuestos para la aplicación del Reglamento de Bruselas I y del Reglamento de Bruselas II. Por su superior rango jerárquico, la aplicación de estos Reglamentos se impone frente a la Directiva, tanto si estamos en presencia de un litigio transfronterizo como si no. Bastará con que concurren los ámbitos de aplicación temporal, material, territorial y espacial de cualquiera de estos Reglamentos para que quede desplazado el régimen de asistencia jurídica gratuita de la Directiva. Esto implica que el ámbito de aplicación de la Directiva queda muy restringido en el sector del reconocimiento de decisiones extranjeras, pues primero hay que descartar la aplicación de estos dos Reglamentos.

Así, por ejemplo, si una francesa domiciliada en Francia pretende el reconocimiento en España de una sentencia francesa de divorcio que afecte a un marroquí domiciliado o residente habitualmente en España, la asistencia jurídica gratuita para el reconocimiento de esta sentencia se regirá por lo dispuesto en el Reglamento Bruselas II, aunque se trate de un litigio transfronterizo en los términos de la Directiva. El derecho a seguir gozando de la asistencia jurídica gratuita lo determinará el art. 30 del Reglamento Bruselas II. Este precepto establece lo que ha dado en llamarse «principio de extensión del beneficio»¹⁹. Según este principio, el solicitante de justicia gratuita que haya gozado de la misma en el Estado de origen de la decisión podrá continuar disfrutando de la justicia gratuita que prevea el Estado requerido, sin que se deba volver a analizar en dicho Estado si cumple o no los requisitos para su obtención. Esto es, se extiende el derecho concedido en el Estado de origen, pero con el contenido previsto en el Estado requerido. No importa ni la nacionalidad del solicitante, ni su domicilio o residencia habitual. El art. 33 del Reglamento de Bruselas II prevé la concesión del beneficio más favorable o de la exención más amplia prevista por el Derecho del Estado miembro requerido.

Esto no obsta a que, una vez traspuesta la Directiva al Derecho interno, el contenido concreto de la asistencia jurídica gratuita (el beneficio más favorable o la exención más amplia) sea el previsto en la ley española de trasposición.

¹⁹ Vid. J. M. DE DIOS: *La asistencia jurídica gratuita...op. cit.*, p. 189.

B) *Alcance de la cláusula de prevalencia
del art. 20 de la Directiva*

El carácter transfronterizo del litigio recobra su importancia en los demás supuestos: cuando la sentencia provenga de Dinamarca, o de un Estado miembro del Convenio de Lugano, o de un Estado miembro de alguno de los Convenios bilaterales de reconocimiento o de asistencia judicial que tienen suscritos los Estados miembros de la UE, o de algún Estado miembro del Convenio de La Haya de 1980 tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia, o del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 referente al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimentarias²⁰ —siempre que no sean de aplicación los Reglamentos de «Bruselas I» o de «Bruselas II»— o de un tercer Estado.

La mayoría de los Convenios bilaterales, así como el Convenio de Bruselas, el Convenio de Lugano, el art. 15 del Convenio de La Haya referente al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimentarias, extienden su régimen protector (extensión del derecho a la justicia gratuita) cuando la sentencia de cuyo reconocimiento se trata procede de un Estado miembro. No importa la nacionalidad, ni la residencia del solicitante de la justicia gratuita²¹. Otros Convenios, en

²⁰ *BOE*, núm. 192, de 12 de agosto de 1987. Correc. de errores, *BOE*, núm. 282, de 25 de noviembre.

²¹ *Vid.* a estos efectos el art. 14 del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil entre España y la República Federal de Alemania, hecho en Bonn el 14 de noviembre de 1983 (*BOE*, núm. 230, de 24 de septiembre de 1992); el art. 15 del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil entre España y Austria, hecho en Viena el 17 de febrero de 1984 (*BOE*, núm. 270, de 29 de agosto de 1985); el art. 36.3º del Convenio hispano-brasileño de cooperación jurídica en materia civil; art. 5 del Convenio de asistencia judicial en materia civil entre España y Bulgaria; el art. 16 del Convenio entre España y Francia sobre reconocimiento de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil y mercantil, de 28 de mayo de 1969 (*BOE*, núm. 63, de 14 de marzo de 1970); art. 15 del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, hecho en Madrid, el 17 de abril de 1989 (*BOE*, núm. 85, de 9 de abril de 1991; correc. errores *BOE* núms. 108, de 6 de mayo

cambio, requieren no sólo que la sentencia proceda de un Estado miembro, sino también que el solicitante de la justicia gratuita tenga la nacionalidad de un Estado miembro²² y hay Convenios que exigen que el solicitante tenga su residencia habitual en un Estado miembro²³, o que el solicitante sea nacional o residente en un Estado miembro y la sentencia provenga de otro Estado miembro, como es el caso del Convenio de La Haya tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia (art. 13,2º en relación con el art. 1)²⁴.

Ahora bien, ninguno de estos Convenios podrá aplicarse, aun cuando su régimen pueda resultar más protector que el de la Directiva, pues hay que aplicar la cláusula de prevalencia del art. 20 de la Directiva. Según esta cláusula, la Directiva *primará, entre los Estados miembros y en rela-*

y 226, de 20 de septiembre de 1991); el art. 18 del Convenio entre España y Rumanía sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, hecho ad referendum en Bucarest, el 17 de noviembre de 1997 (*BOE*, núm. 134, de 5 de junio de 1999).

²² Este es el caso de los arts. 16 y 17 del Convenio de cooperación jurídica entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay, hecho en Montevideo el 4 de noviembre de 1987 (*BOE*, núm. 103, de 30 de abril de 1998). No obstante, este Convenio tiene una peculiaridad: el art. 16 establece el principio de igualdad ante los Tribunales de Uruguay entre los españoles y las personas domiciliadas en el territorio de Uruguay. En cambio, el art. 17 dispone que, ante los tribunales españoles gozarán del mismo trato procesal las personas con residencia habitual en Uruguay que los españoles domiciliados en España.

²³ Tal es el caso del art. 12 del Convenio entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay sobre conflictos de leyes en materia de alimentos para menores y reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos, hecho en Montevideo, el 4 de noviembre de 1987 (*BOE*, núm. 31, de 5 de febrero de 1992), que sólo reconoce la extensión de este derecho al menor que hubiere gozado de este beneficio en el Estado en el que se hubiere ejercitado la acción. Puesto que el Convenio sólo se aplica cuando se trate de menores que tengan su residencia habitual en el territorio de una de las partes contratantes y el obligado a prestar alimentos resida habitualmente o tenga bienes o ingresos en el territorio de la otra parte, se desprende que sólo los menores residentes en un Estado miembro gozan de esta extensión del beneficio.

²⁴ Mención aparte merece el art. 6.2º del Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997 (*BOE*, núm. 150, de 24 de junio de 1997), por cuanto, ni siquiera garantiza la igualdad de trato de los nacionales de los Estados miembros, sino que remite a la normativa del otro Estado miembro.

ción con la materia a la que se aplica, sobre las disposiciones contenidas en acuerdos bilaterales y multilaterales celebrados por los Estados miembros. Esto es, cuando exista un litigio transfronterizo, la Directiva desplaza, dentro de su ámbito de aplicación, a todos aquellos Convenios bilaterales y multilaterales. Esto implica que, aunque aún no han sido denunciados los Convenios que contienen disposiciones sobre asistencia jurídica gratuita, éstos no pueden ser aplicados en los Estados miembros, si el peticionario tiene su domicilio o residencia habitual en un Estado miembro y solicita el reconocimiento de una sentencia en otro Estado miembro. No importa la nacionalidad del solicitante, ni el origen de la sentencia que se pretende reconocer. Para que se aplique el régimen de la Directiva sólo es necesario que quien solicite la justicia gratuita tenga su domicilio o residencia habitual en un Estado miembro de la UE y pretenda el reconocimiento de una sentencia en otro Estado miembro de la UE distinto.

Al aplicarse la Directiva, un grupo de personas que podría haberse beneficiado del régimen de justicia gratuita (extensión del derecho) previsto en los Convenios no gozará de esta protección, si no reside legalmente en un Estado miembro de la UE. Sólo si los legisladores de los Estados miembros quieren extender la protección también a quienes no residan legalmente en su territorio, podrán beneficiarse de este derecho (art. 19 de la Directiva).

Por eso, es responsabilidad del legislador español trasponer la Directiva de modo que no se conculque el nivel de protección que tanto el art. 24 como el art. 119 de la CE imponen. Asimismo, se deberá adaptar el régimen autónomo de asistencia jurídica gratuita de tal forma que no se le pueda exigir a España responsabilidad internacional por el incumplimiento de los Convenios en vigor.

4. CLAVES DE DELIMITACIÓN DE LA NORMATIVA APLICABLE A LOS LITIGIOS INTERNACIONALES NO TRANSFRONTERIZOS

Cuando el solicitante de justicia gratuita protagonice un litigio internacional que no reúna las condiciones especificadas en el art. 2 de la Directiva 2003/8/CE para ser considerado litigio transfronterizo, seguirán siendo de aplicación las normas convencionales y de origen autónomo vigentes en España antes de la entrada en vigor de la Directiva.

Hay que distinguir si el solicitante de la justicia gratuita está litigan-

do ante los tribunales españoles, ya sea como demandante, ya sea como demandado, o si lo que pretende es el reconocimiento de una sentencia obtenida en otro Estado.

En el primer caso, habrá que comprobar si el solicitante es nacional de un Estado miembro de alguno de los Convenios internacionales suscritos por España que contienen disposiciones sobre asistencia jurídica gratuita. La regla básica que establecen estos Convenios es el principio de igualdad de trato con los nacionales. Siendo el peticionario nacional de alguno de estos Estados miembros, con independencia de que el litigante resida legalmente en España o no, deberá gozar del beneficio de justicia gratuita. Bastará para ello que reúna los requisitos objetivos previstos en la LAJG —básicamente, relativos a la insuficiencia de recursos para litigar, actuar en defensa de derechos o intereses propios y que la pretensión principal sea sostenible—, pues a los españoles no se les exige ningún requisito de residencia en España para gozar de este beneficio (art. 2 LAJG). De este modo, un ucraniano que litigue en España, como demandante o como demandado, se puede beneficiar de justicia gratuita en España, tanto si reside aquí como si reside en otro Estado miembro del Convenio de La Haya de 1954 relativo al procedimiento civil o en un tercer Estado, pues este Convenio nos obliga a tratarlo como si fuera español a estos efectos. El mismo principio impera en el Convenio de cooperación con Brasil, el Convenio de asistencia mutua con Gran Bretaña, el Convenio de asistencia judicial con Bulgaria, el Convenio de cooperación judicial con Marruecos y el Convenio de asistencia judicial con Rusia.

Mención especial merece el Convenio de La Haya de 1980 tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia, pues establece el principio de igualdad de trato no sólo para los nacionales de Estados contratantes, sino también para las personas que residan habitualmente en un Estado contratante. Puesto que el concepto de residencia habitual en el marco de estos Convenios no puede identificarse con el de residencia legal previsto en la normativa de extranjería de los Estados contratantes, en virtud de este Convenio España estaría obligada a conceder la justicia gratuita a un argelino que residiera habitualmente en Bielorrusia y litigara en España, como demandante o como demandado, por ser Bielorrusia un Estado miembro del Convenio de La Haya de 1980 y ser el solicitante residente habitual en dicho Estado miembro.

En los supuestos en que el solicitante de la justicia gratuita desee obtener el reconocimiento o ejecución de una resolución extranjera en Es-

paña y no tratándose de un litigio transfronterizo, pueden concurrir para su aplicación el Convenio de Bruselas, el Convenio de Lugano, el Convenio de La Haya de 1980 sobre acceso internacional a la justicia y los ya citados Convenios bilaterales o multilaterales sobre reconocimiento suscritos por los Estados miembros y que contienen disposiciones sobre asistencia jurídica gratuita²⁵. Estos Convenios también establecen el principio de extensión del beneficio.

Hay Convenios que sólo exigen para su aplicación que la sentencia provenga de un Estado miembro: Convenio de Bruselas, Convenio de Lugano, Convenio hispano-alemán, Convenio hispano-brasileño, Convenio hispano-búlgaro, Convenio hispano-mexicano, Convenio hispano-rumano y Convenio de La Haya relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimentarias (art. 15). En tal caso, si la sentencia procede de Dinamarca y versa sobre una materia incluida en el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas, podrá ser aplicable el régimen de asistencia jurídica gratuita previsto en el art. 44 de este Convenio²⁶. No importa ni la nacionalidad del solicitante, ni su domicilio o residencia habitual. Bastará con que el interesado solicite el reconocimiento de una sentencia danesa en España y haya obtenido la justicia gratuita en Dinamarca. Concurriendo estos presupuestos, se le extiende el beneficio de justicia gratuita más favorable o la exención más amplia prevista por el Derecho del Estado requerido (España). Si la sentencia procede de un Estado miembro del Convenio de Lugano, la asistencia jurídica gratuita podrá regularse por su art. 44, que se pronuncia en los mismos términos que el art. 44 del Convenio de Bruselas. Igualmente, si un argentino pretende el reconocimiento de una sentencia alemana en materia sucesoria en España podrá beneficiarse de la justicia gratuita en España, de conformidad con el art. 14 del Convenio hispano-alemán.

En cambio, otros Convenios requieren para su aplicación no sólo que la sentencia provenga de un Estado miembro, sino que el solicitante sea nacional o tenga su residencia habitual en un Estado miembro. Este es el

²⁵ Ya se ha analizado la aplicación de los Reglamentos de Bruselas I y de Bruselas II, que imponen su aplicación siempre que la sentencia de cuyo reconocimiento se trate proceda de un Estado miembro, con independencia de que el litigio sea transfronterizo o no.

²⁶ La aplicación de este Convenio o de otro, dependerá del resultado al que conduzcan sus cláusulas de compatibilidad o las reglas generales de delimitación de Convenios.

caso del Convenio de La Haya de 1980 tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia (art. 13). Sólo podría beneficiarse del principio de exportación del derecho a la justicia gratuita un nacional de un Estado miembro del Convenio de La Haya de 1980 o residente habitualmente en un Estado miembro de este Convenio, que pretendiera el reconocimiento en España de una sentencia dictada en un Estado miembro del mismo: un búlgaro que desee el reconocimiento en España de una sentencia croata. También es el caso del Convenio hispano-uruguayo sobre conflicto de leyes en materia de alimentos para menores y reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos y el Convenio hispano-uruguayo sobre cooperación jurídica (arts. 16 y 17).

Especialmente llamativo es el Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores. A tenor de lo dispuesto en su art. 6.2º, se garantizará la gratuidad de los procedimientos y de la asistencia judicial, según la normativa vigente en cada uno de los dos Estados. Esto implica que ni siquiera garantiza la igualdad de trato con respecto a los nacionales, pues para que un marroquí pueda beneficiarse de la justicia gratuita, si no le es aplicable ninguno de los Reglamentos o Convenios internacionales citados anteriormente, ha de cumplir todos los requisitos, tanto objetivos, como subjetivos, previstos por la LAJG y la LOEXIS, respectivamente, esto es, necesitará acreditar insuficiencia de recursos para litigar, actuar en defensa de derechos e intereses propios y que la pretensión sea sostenible, de un lado. De otro, hasta la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de mayo de 2003, tendría que justificar que *reside legalmente* en España, conforme a la normativa de extranjería, sin que le bastara contar con una autorización de estancia.

Habrán supuestos en que concurren los ámbitos de aplicación de más de un Convenio internacional sobre la materia. La aplicación de uno u otro deberá resolverse conforme a las reglas generales: habrá que atender, en primer lugar a las cláusulas de compatibilidad contenidas en los Convenios. En defecto de las mismas, habrá que aplicar el Convenio más favorable para la consecución del resultado pretendido. En caso de que todos sean igual de favorables, se aplicará el más específico y si todos son igual de específicos o de genéricos, se aplicará el posterior en el tiempo.

III. CARÁCTER RESTRICTIVO DEL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LA DIRECTIVA

1. SUJETOS PROTEGIDOS POR EL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

La Directiva 2003/8/CE establece un régimen normativo relativo a la justicia gratuita armonizado para todos los litigios transfronterizos en materia civil y mercantil. El contenido mínimo que conlleva la asistencia jurídica gratuita, el procedimiento para su obtención, los requisitos objetivos para gozar de la misma, etc, serán los previstos en la Directiva, aunque se trata siempre de mínimos, que pueden ser mejorados por la normativa autónoma de los Estados miembros (art. 19).

Ahora bien, su art. 4 recoge el principio de prohibición de discriminación a favor de los ciudadanos de la Unión y de los nacionales de terceros Estados que residan legalmente en uno de los Estados miembros. Esto implica que para poder gozar del contenido mínimo armonizado, los Estados miembros de la UE no pueden introducir motivos de discriminación entre sus nacionales y los ciudadanos comunitarios o los nacionales de terceros Estados que residan legalmente en algún Estado miembro.

Por lo que a los ciudadanos comunitarios se refiere, sólo están protegidos por el principio de prohibición de discriminación cuando sea aplicable la Directiva, esto es, cuando protagonicen un litigio transfronterizo. Esto implica que a un francés domiciliado en Argentina que pretenda litigar en España no le es aplicable el régimen de la Directiva, al no protagonizar un litigio transfronterizo²⁷.

El que la Directiva no limite la prohibición de discriminación a los ciudadanos comunitarios, sino que la extienda a los nacionales de terceros Estados que residan legalmente en el espacio de la UE es un paso importante hacia adelante. Con ello, se pretende evitar cualquier potencial problema de discriminación que pudiera surgir en relación con los beneficiarios de libertades comunitarias que no sean nacionales de Esta-

²⁷ En todo caso, en el ordenamiento jurídico español no habrá problema de menoscabo a sus derechos, puesto que el legislador español equiparó plenamente a los ciudadanos comunitarios con los españoles en el art. 2 de la LAJG. Si cumple los requisitos objetivos previstos en la LAJG gozará del beneficio en las mismas condiciones que un español.

dos miembros de la UE y está en consonancia con el deseo de extender el pleno goce de derechos y libertades a los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración²⁸.

Ahora bien, la Directiva sólo protege con el principio de prohibición de discriminación a este grupo de personas (ciudadanos de la UE y nacionales de terceros Estados que residan legalmente en el territorio de los Estados miembros). Esto implica que un nacional de un tercer Estado que se halle en un Estado miembro y no cuente con las preceptivas autorizaciones administrativas no tiene garantizado el nivel de protección que la Directiva confiere en materia de asistencia jurídica gratuita. No es que la Directiva le niegue la gratuidad de la justicia. Es que deja el tema abierto a la decisión de los Estados miembros a través de sus normativas autónomas.

Los Estados miembros son libres, pues, de imponer restricciones para permitirle el acceso a ese régimen protector o, por el contrario, garantizarle el acceso a la justicia gratuita en iguales condiciones que a sus nacionales, con independencia de la regularidad o no de su situación administrativa. Así se desprende del art. 19, conforme al cual, la Directiva no impedirá que los Estados miembros establezcan disposiciones más favorables para los solicitantes y los beneficiarios de la justicia gratuita. Esta libertad, por lo que al legislador español se refiere, ha quedado limitada

²⁸ El art. 4 de la Directiva debe ponerse en relación con el art. 49.2º del TUE, según el cual, el Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, podrá extender el beneficio de las disposiciones del Capítulo 3 a los prestadores de servicios que sean nacionales de un tercer Estado y se hallen establecidos dentro de la UE. Al amparo de este artículo se ha presentado una propuesta de Directiva del Consejo por la que se extiende la libre prestación de servicios transfronterizos a los nacionales de un tercer Estado establecidos dentro de la Comunidad (*DOCE* C 67, de 10 de marzo de 1999. *Vid.* la propuesta modificada de esta Directiva en *DOCE* C 311, de 30 de octubre de 2000). Del mismo modo, la Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre de 1996, relativa al desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios dentro de la UE, al establecer el Derecho aplicable a las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios, equipara en el trato a los trabajadores comunitarios y a los procedentes de terceros Estados, cuando ambos están al servicio de empresarios establecidos en un Estado miembro. Esto implica que, de alguna manera, estos trabajadores se benefician indirectamente de alguna de las ventajas derivadas de las libertades comunitarias, aunque sea para no obstaculizar a su titular el ejercicio de estas libertades. *Vid.* sobre la extensión de libertades comunitarias en el marco de los desplazamientos temporales de trabajadores en la UE, entre otros B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO: *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*, Pamplona, ed. Aranzadi, 2000.

tras el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en sentencia de 22 de mayo de 2003.

2. ¿QUIÉNES SON RESIDENTES LEGALES A LOS EFECTOS DE LA DIRECTIVA?

Siendo tan importante la definición de qué ha de entenderse por residencia legal para poder determinar correctamente el ámbito de protección que concede la Directiva, ésta no proporciona una calificación autónoma de este término. En consecuencia, se plantea el interrogante acerca de cómo ha de interpretarse.

Cabría la posibilidad de intentar extraer un concepto de residencia legal propio del Derecho comunitario, de modo que no hubiera que recurrir a los Derechos internos de los Estados miembros. En caso de no poder hallar este concepto autónomo de residencia legal, habría que interpretar este término conforme a los Derechos internos de cada Estado miembro.

En el Libro Verde de la Comisión relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales se define a los residentes ilegales como aquellas personas que no cumplen o han dejado de cumplir las condiciones de entrada, estancia o residencia en el territorio de los Estados miembros de la UE, bien porque entraron ilegalmente, bien porque su visado o permiso de residencia ha expirado o bien porque su solicitud de asilo fue rechazada²⁹. Haciendo una interpretación *a sensu contrario*, se entenderá por residente legal, aquella persona que cumpla las condiciones de entrada, presencia o estancia en un Estado miembro de la UE. Igualmente el punto 3.1.2.2. afirma que *en caso de que el permiso de residencia haya expirado, la persona debería ser obligada legalmente a salir del país si no obtiene una renovación u otro tipo de título de residencia*. De aquí se desprende que, el citado Libro Verde maneja un concepto amplio de residencia legal, que abarcaría cualquier situación en que un nacional de un tercer país gozara de las correspondientes autorizaciones administrativas y no hubiera pendiente sobre él una orden de expulsión³⁰.

²⁹ COM(2002) 175 final, de 10 de abril de 2002, p. 6.

³⁰ *Vid.* también empleando un concepto amplio, si bien no de residencia legal, sino de inmigración ilegal, el Dictamen del Comité Económico y Social sobre el Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales, DOCE, núm. C 61, de 14 de marzo de 2003, donde se afirma que la inmigra-

Sin embargo, este concepto amplio de residencia legal no está presente en toda la normativa comunitaria³¹. La Propuesta modificada de Directiva del Consejo por la que se extiende la libre prestación de servicios transfronterizos a los nacionales de un tercer Estado establecidos dentro de la Comunidad, al referirse a la residencia habitual dice que es la residencia regular durante 12 meses o más, quedando excluidos los nacionales de terceros países cuya estancia solamente se tolera, sin estar autorizada. Parece pues, que hasta la residencia habitual se equipara a la residencia regular y no solamente tolerada.

Ante la indefinición de la Directiva 2003/8/CE respecto a la concepción de residencia legal que sigue, se traspasa la responsabilidad de decidir el ámbito de protección de la Directiva a las autoridades de cada Estado miembro que hayan de resolver sobre la concesión de la asistencia jurídica gratuita, debiendo aplicar la normativa de los Estados miembros. Ahora bien, la calificación de la residencia legal conforme al Derecho de los Estados miembros plantea un interrogante: la remisión al Derecho interno de los Estados miembros ¿implica que el concepto de residencia legal, a los efectos de precisar el derecho de un extranjero a la asistencia jurídica gratuita, debe extraerse de las normas de extranjería de cada Estado miembro, o por el contrario hay que buscar esa definición en otras ramas de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros? Más concretamente, cuando los tribunales de Estados miembros de la UE tengan que decidir conforme al Derecho español si un extranjero reside legalmente en España y por tanto, debe gozar de la prohibición de discriminación, conforme al art. 4 de la Directiva, ¿incluirán en el concepto de residente legal al extranjero que se halle en España en régimen de estancia o sólo a los que se hallen en España con un permiso de residencia o una tarjeta de residente o tengan un derecho de residencia en sentido estricto?³². En

ción ilegal implica que no es legal entrar en un país sin la documentación y autorizaciones establecidas.

³¹ Vid. al respecto M. MOYA ESCUDERO: «El derecho a la reagrupación familiar en la ley de extranjería», *Revista Jurídica La Ley*, año XXI, núm. 4982, martes, 1 de febrero de 2000, p.3.

³² En esta situación se encontrarían los familiares de ciudadanos de la UE, o del Espacio Económico Europeo o suizos, que acreditarían la legalidad de su residencia a través de un certificado de residencia. Igualmente, se encontrarían los que hayan obtenido la tarjeta acreditativa de la condición de refugiado o apátrida. Sobre la distinción entre categorías de extranjeros, dependiendo de su Estado de origen, y el tipo de autorización administrativa que necesitan en España, *vid.* M. MOYA

otras palabras, ¿la residencia legal la tiene cualquier extranjero que se halle en posesión de las correspondientes autorizaciones administrativas, se llamen éstas como se llamen, permiso de residencia, autorización de estancia, tarjeta acreditativa del estatuto de apátrida o refugiado, etc, o, por el contrario, sólo reside legalmente el que, conforme a la normativa de extranjería haya obtenido la autorización que le confiere un derecho de residencia y no un simple derecho de estancia?

La cuestión no es baladí, porque una interpretación estricta del concepto de residencia legal conforme a la normativa de extranjería española conduciría a la misma situación prevista en el art. 22 de la LOEXIS, cuya aplicación debe modularse conforme a los parámetros de la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de mayo de 2003. Y es que el art. 22 de la LOEXIS condiciona la concesión de la asistencia jurídica gratuita en España, a falta de Convenio internacional aplicable, a la residencia legal en nuestro país, pasando por alto que la concesión de la justicia gratuita está estrechamente ligada al derecho a la tutela judicial efectiva, como ha destacado el Alto Tribunal.

3. DISCORDANCIA ENTRE EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LA DIRECTIVA Y LAS EXIGENCIAS DE LOS ARTS. 24 Y 119 DE LA CE

A) *Déficit de protección derivado de la discordancia entre los ámbitos de aplicación y de protección de la Directiva*

El ámbito de aplicación de la Directiva 2003/8/CE no coincide con su ámbito de protección. La Directiva extiende su ámbito de aplicación a los litigios transfronterizos, esto es, a aquéllos en que el solicitante domiciliado o residente habitualmente en un Estado miembro litiga o solicita el reconocimiento de una sentencia en otro Estado miembro. No importa si el solicitante reside legalmente o no en el primer Estado miembro. Lo que importa es que tenga allí su domicilio o su residencia habitual. No obstante, la Directiva sólo protege con el principio de no discriminación a los ciudadanos de la UE y a los nacionales de terceros Estados residentes legalmente en el territorio de algún Estado miembro de la UE, excepto Dinamarca. La Directiva no amplía la igualdad de trato a los residentes

ESCUDERO y R. RUEDA VALDIVIA: *Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España*, ed. La Ley, Madrid, 2003, pp. 23-45.

habitualmente en el espacio de la UE que se encuentren inmersos en un litigio transfronterizo si no residen legalmente en algún Estado miembro. Por tanto, mientras que el ámbito de aplicación de la Directiva se extiende a los que residen habitualmente, su ámbito de protección sólo abarca a los que residen legalmente.

Ambos conceptos, residencia habitual y residencia legal no se pueden identificar, puesto que la Directiva ha diferenciado muy bien. No puede considerarse que se trata de un error inadvertido. Si se hubiera querido hacer coincidir ambos ámbitos, habría bastado con haber empleado el término domicilio o residencia, sin más calificativos o con haber extendido el principio de prohibición de discriminación a todas las personas que protagonicen un litigio transfronterizo. No se ha hecho así, sino que se ha tenido cuidado de emplear el término «habitual» para referirse al ámbito de aplicación de la Directiva y el término «legal» para configurar su ámbito de protección.

Esta falta de concordancia entre los ámbitos de aplicación y protección de la Directiva 2003/8/CE produce efectos muy perjudiciales en el régimen de la asistencia jurídica gratuita de los Estados miembros. En principio, las consecuencias de esta falta de consonancia entre los dos ámbitos no tendría efectos cuantitativos tan amplios si no se hubiera introducido el art. 20, que no estaba previsto en los trabajos preparatorios y que sólo se incorporó en el último momento. Aunque la Directiva proclama que establece un régimen de mínimos (considerandos 3 y 8), que puede ser mejorado por los Estados miembros estableciendo disposiciones más favorables para los solicitantes y beneficiarios de la justicia gratuita (art. 19), en realidad no configura tal régimen. Así se desprende del art. 20, que desplaza, dentro de su ámbito de aplicación, a los Convenios internacionales suscritos por los Estados miembros sobre esta materia. En este sentido, el art. 20 dispone 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, incluidos el Acuerdo Europeo relativo a la transmisión de solicitudes de asistencia jurídica gratuita, firmado en Estrasburgo el 27 de enero de 1977 y el Convenio de La Haya de 1980 tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia. Con independencia de que los Convenios internacionales suscritos por los Estados miembros en esta materia sean más favorables o no que la Directiva, ésta impone su aplicación en los litigios transfronterizos.

Por tanto, cuando haya un litigio transfronterizo, la Directiva desplaza la aplicación de estos Convenios. Puesto que el régimen convencional es más favorable que el de la Directiva, al conceder la igualdad de trato con independencia de la legalidad de la residencia del peticionario, se da un paso hacia atrás en el nivel de protección, cuya corrección compete a los legisladores nacionales, a través de las normas de trasposición. La Directiva sólo será un mínimo a respetar por los Estados miembros, que pueden mejorar ese estándar promulgando normas de Derecho autónomo más favorables.

B) *Consecuencias de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de mayo de 2003*

La exigencia de residencia legal como condición subjetiva requerida para que un extranjero goce del beneficio de justicia gratuita, tal y como se ha venido exigiendo en España —primero a través del art. 2 de la LAJG y con posterioridad a través del art. 22 de la LOEXIS—, ha sido ampliamente criticada desde distintos sectores de la sociedad, por la imposibilidad de combinarla con el mandato de los arts. 24 y 119 CE, que reconocen el derecho a la tutela judicial efectiva a todos y la gratuidad de la justicia, en todo caso, para el que acredite insuficiencia de recursos para litigar, respectivamente³³. Esto justificó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra el art. 2 de la LAJG ante el Tribunal Constitucional, lo que ha motivado el que recientemente éste se haya pronunciado al respecto en su sentencia de 22 de mayo de 2003.

Al apoyarse el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia sobre la conexión instrumental entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho a la tutela judicial efectiva, nos da la razón a quienes defendemos que, si bien es verdad que el derecho a la justicia gratuita es un derecho prestacional y de configuración legal, el legislador ordinario no tiene una libertad de regulación absoluta, sino que existe un contenido constitucional indisponible. El legislador no puede extralimitarse exigiendo requisitos adicionales que dejen sin contenido el mínimo impuesto por la

³³ Vid. entre otros M. D. ADAM MUÑOZ: *El proceso civil con elemento extranjero... op.cit.*, p. 54; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO: *Derecho internacional privado, op.cit.*, pp. 351-355; A. LARA AGUADO: «El derecho de los extranjeros... cit.», pp. 101 y 115-124.

CE: garantizar el acceso a los tribunales a quienes carezcan de recursos económicos para litigar, para que no queden en indefensión. De este modo, si el legislador priva del derecho a la gratuidad de la justicia a un grupo de personas físicas que reúnen las condiciones económicas previstas con carácter general para acceder al derecho, se está lesionando su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Y, puesto que los extranjeros son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva en igualdad de condiciones que los españoles, pues se trata de un derecho que pertenece a la persona en cuanto tal y no por su condición de ciudadano, resulta inconstitucional la exigencia de legalidad de su residencia prevista en el art. 2 de la LAJG. En consecuencia, el Tribunal Constitucional anula el término «legalmente» contenido en el precepto impugnado.

Además, muy acertadamente, el Tribunal Constitucional considera que la expresión «que residan [en España]» debe entenderse referida a una situación puramente fáctica, como equivalente a los que se hallen en España, sin que el concepto de residencia deba interpretarse conforme a la normativa de extranjería. Y declara también que la asistencia jurídica gratuita se concederá en relación con cualquier tipo de proceso.

Aunque el pronunciamiento del Tribunal Constitucional tiene implicaciones muy importantes, por cuanto ya no podrá exigirse residencia legal en España a un extranjero para que goce de la asistencia jurídica gratuita prevista en nuestra normativa autónoma, considero que ha sido demasiado tímido a la hora de extender el alcance de los arts. 24 y 119 de la CE. De esta sentencia se desprende que un extranjero que pretenda litigar en España y no resida en nuestro país (en el sentido fáctico de hallarse) no tiene derecho a la asistencia jurídica gratuita, pues la condición para gozar de la misma es hallarse en España. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico se prevé la atribución de competencia judicial internacional a los tribunales españoles, sin necesidad de que el solicitante de la justicia gratuita se halle en España y la tutela judicial efectiva se reconoce a todos [los que litiguen en España], con independencia de dónde se hallen. Habida cuenta de que el régimen de gratuidad de la justicia se configura de modo que no se concede la misma salvo a los que litigan en el foro, si una persona ha de litigar fuera del país del que es nacional o en el que tiene su domicilio o residencia, se le lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva al exigírsele la presencia física en ese país, salvo que se le facilite su entrada en ese país para poder litigar.

En todo caso, dos problemas se plantean ahora al legislador español.

¿Cómo resolver la encrucijada? La CE, a través de la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional, obliga a conceder asistencia jurídica gratuita a los extranjeros que cumplan los requisitos objetivos y se hallen en España. La Directiva le obliga a conceder igualdad de trato a los extranjeros que residan legalmente en un Estado miembro de la UE y pretendan litigar en España. Además, a España le vinculan Convenios internacionales que extienden el derecho a la gratuidad de la justicia en igualdad de condiciones a los nacionales de dichos Convenios y, en ocasiones, a los residentes en Estados miembros de dichos Convenios, con independencia de la legalidad de su residencia.

Cuando aborde la trasposición de la Directiva, el legislador español deberá mejorar el régimen de asistencia jurídica gratuita previsto en la normativa comunitaria y derogar las disposiciones contenidas en el art. 22 de la LOEXIS, que sólo benefician a los residentes legales³⁴. La norma de trasposición que se promulgue deberá extender el derecho a la justicia gratuita en igualdad de condiciones con los españoles.

Si no se extendiera el principio de igualdad de trato a los nacionales y a los residentes habitualmente en Estados miembros de los Convenios internacionales suscritos por España y que, conteniendo disposiciones sobre asistencia jurídica gratuita, establecen el principio de igualdad de trato, a España se le podrá exigir responsabilidad internacional por el incumplimiento del mandato contenido en estos Convenios. Por poner un ejemplo, un nacional polaco que residiera no legalmente en Francia y que pretendiera litigar en España y obtener la justicia gratuita en España, tendría derecho a la justicia gratuita en España conforme al Convenio de La Haya de 1980 tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia. Sin embargo, en la medida en que se trata de un litigio transfronterizo, pues el polaco reside habitualmente en Francia y se desplaza a litigar a España, no es aplicable el Convenio de La Haya, sino la Directiva. No obstante, la Directiva no confiere a este individuo igualdad de trato de cara a la obtención de la justicia gratuita si no reside legalmente en un Estado miembro. Esto implica que los Estados miembros, en este caso España, pueden imponerle condiciones adicionales para la obtención de la justicia gratuita, en particular, el requisito de la residencia legal en España, tal y como

³⁴ A tenor del art. 22.2º de la LOEXIS, los extranjeros residentes 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.

exige el art. 22 LOEXIS. Sólo si la norma española de trasposición de la Directiva extendiera el derecho a la justicia gratuita a este sujeto en igualdad de condiciones que a un español, se respetará el mandato de igualdad de trato contenido en el Convenio de La Haya. En caso contrario, se estará incumpliendo un Convenio internacional. Y, puesto que el art. 20 de la Directiva no permite aplicar el régimen del Convenio si es más favorable que el de la Directiva, se le podrá exigir responsabilidad internacional a España, salvo que la ley de trasposición española prevea la igualdad de trato con independencia de la situación administrativa del peticionario, en cuyo caso, se estaría respetando el régimen del Convenio.

La disfuncionalidad que se genera como consecuencia del concepto de litigio transfronterizo que define la Directiva consiste en que ese mismo polaco no residente legalmente en España ni en otro Estado miembro de la UE y que pretenda litigar en España y obtener en nuestro país la justicia gratuita, tendrá derecho a la misma. Al no tratarse de un litigio transfronterizo, no entrará en juego la Directiva y le será aplicable el citado Convenio de La Haya, que obliga a conceder igualdad de trato en España a los nacionales de Estados miembros de dicho Convenio y a los residentes habituales en Estados miembros del mismo, con independencia de que residan legalmente o no. Ha sido, pues, un desacierto de la Directiva el no permitir la aplicación de otras normas más favorables, ya sean convencionales o de origen autónomo.

Por tanto, o bien España denuncia todos los Convenios internacionales que tiene suscritos y en los que se recoge este principio de igualdad de trato, o bien extiende, a través de la normativa de trasposición el derecho a la justicia gratuita a todos, españoles o extranjeros, con independencia de su situación administrativa en España, en igualdad de condiciones. Esto es, el legislador español deberá ir incluso más allá de lo que impone el Tribunal Constitucional y la Directiva.

IV. NOVEDADES DE LA DIRECTIVA EN EL RÉGIMEN DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA PARA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La Directiva consagra la regla según la cual, la concesión o denegación del derecho a la justicia gratuita corresponde a las autoridades del Estado en el que se va a litigar (art. 12). Aunque la Directiva no lo men-

ciona expresamente, las autoridades competentes para la concesión de la asistencia jurídica gratuita aplicarán su propio Derecho.

Entre las novedades que introduce la Directiva, una de las más importantes se refiere a la inclusión dentro del derecho a la justicia gratuita de una serie de gastos vinculados directamente al carácter transfronterizo del litigio: los servicios de interpretación; la traducción de documentos necesarios para la resolución del asunto y que se hayan presentado por el beneficiario a instancias del tribunal o autoridad competente; los gastos de desplazamiento que corran por cuenta del solicitante, cuando sea preceptiva la comparecencia ante el tribunal de estas personas y el tribunal decida que no hay otro medio satisfactorio de tomar declaración a las mismas (art. 7).

En segundo lugar, la Directiva establece dos obligaciones a cargo del Estado miembro en el que esté domiciliado o resida habitualmente el solicitante de justicia gratuita: la obligación de facilitar ayudas en concepto de justicia gratuita para cubrir los gastos correspondientes a la asistencia de abogado local o de cualquier persona habilitada por la ley para asesorar jurídicamente en dicho Estado miembro hasta que se haya presentado la solicitud de justicia gratuita en el Estado miembro en el que se halle el tribunal y la obligación de traducir la solicitud y documentación acreditativa necesaria cuando se presenta la solicitud a las autoridades de dicho Estado miembro (art. 8).

La tercera novedad consiste en conceder la justicia gratuita en las mismas condiciones en los procedimientos judiciales y en los extrajudiciales, como la mediación, siempre que recurrir a estos medios alternativos de resolución de controversias sea obligatorio por ley o lo haya ordenado así el tribunal. Con ello se pretende potenciar el recurso a los procedimientos extrajudiciales, ya que la UE desea aumentar la confianza de los ciudadanos comunitarios en el funcionamiento del mercado interior y se considera que la resolución de forma eficaz de los litigios en que aquéllos se vean envueltos contribuye a este objetivo³⁵.

Además, la Directiva establece un procedimiento para la transmisión de solicitudes de justicia gratuita similar al previsto en el Acuerdo Europeo, para facilitar al solicitante de este derecho domiciliado o residente habitualmente en un Estado miembro la obtención de la justicia gratuita

³⁵ *Vid.* en este sentido el Libro Verde de la Comisión sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, COM(2002) 196 final.

en el Estado miembro en el que se halle el tribunal o donde se vaya a ejecutar la sentencia. Para ello se crean una autoridad expedidora y otra receptora y unos formularios normalizados. La concesión o denegación del derecho a la justicia gratuita corresponde decidirlos a la autoridad competente del Estado miembro donde se halle el tribunal, salvo los supuestos en que el Estado del domicilio o residencia habitual deba conceder también algún tipo de beneficio de justicia gratuita.

V. CONCLUSIONES

El esfuerzo realizado en el marco de la UE por garantizar un estándar normativo relativo a la asistencia jurídica gratuita en todos los Estados de la UE, salvo Dinamarca, debe valorarse positivamente, aunque ello implique un entramado normativo más complejo y obligue a utilizar distintos elementos para la correcta delimitación de la norma aplicable en cada supuesto.

La distinción entre litigios transfronterizos y litigios internacionales, a efectos de aplicación de la Directiva, genera una dualidad de regímenes aplicables a la justicia gratuita, que es consustancial a la creación del espacio único europeo, sin que sus consecuencias negativas puedan imputarse a las exigencias del Derecho comunitario. Más bien es responsabilidad de los legisladores de los Estados miembros, que deberán prevenir que la aplicación de uno u otro régimen normativo lesione el derecho a la tutela judicial efectiva de quienes, conforme a sus propias Constituciones, son titulares del mismo.

No obstante, ha de valorarse negativamente el que la Directiva no haga coincidir su ámbito de aplicación con su ámbito de protección. Ni siquiera proporciona una calificación autónoma de lo que hay que entender por residencia legal en un Estado miembro, dejando abierta la cuestión de si una persona que se encuentre en un Estado miembro con sus correspondientes autorizaciones administrativas (autorización de estancia, por ejemplo), pero carezca de un permiso de residencia, puede ser considerada como residente legal o si, por el contrario, hay que interpretar el término residencia legal conforme a los estrictos parámetros de la normativa de extranjería de cada Estado miembro. La restricción del ámbito de protección de la Directiva permite que, incluso tratándose de un litigio transfronterizo, los legisladores nacionales tengan una amplia libertad para denegar a quie-

nes no residan legalmente en el espacio de la UE el contenido mínimo de asistencia jurídica gratuita que la Directiva establece.

Esta consecuencia negativa se acentúa por el hecho de que la Directiva no establece un régimen de mínimos en todo caso. El art. 19 permite a los Estados miembros mejorar el régimen de asistencia jurídica gratuita a través de sus normativas autónomas. Con ello, se desplaza a los legisladores de los Estados miembros la responsabilidad de promulgar normas de trasposición de la Directiva que establezcan una regulación del régimen de asistencia jurídica gratuita compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en sus Constituciones. En cambio, se impone la aplicación de la Directiva frente a los Convenios bilaterales o multilaterales suscritos por los Estados miembros, aunque el régimen de estos Convenios sea más favorable que el de la Directiva. Esto puede generar problemas de responsabilidad internacional para el legislador español y los legisladores de los Estados miembros que hayan ratificado estos Convenios.

Puesto que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el alcance de los arts. 24 y 119 de la CE, prohibiendo que se exija residencia legal en España al extranjero para gozar de la justicia gratuita y exigiendo que la residencia en España prevista en el art. 2 de la LAJG se entienda como presencia física en nuestro país, desprovista de las connotaciones que a esa residencia atribuya la normativa de extranjería, el legislador español deberá reformar el art. 22.2º de la LOEXIS, aprovechando la trasposición de la Directiva 2003/8/CE.

Para que la norma de trasposición de la Directiva cumpla con el mandato de la norma comunitaria, con las exigencias de la interpretación del Tribunal Constitucional y con los compromisos internacionalmente asumidos por España, deberá conferir la máxima protección, extendiendo el derecho a la justicia gratuita a todos los que carezcan de recursos para litigar, con independencia de su situación administrativa. Es pues, el momento de que el legislador español aproveche esta oportunidad para acomodar nuestra normativa a las exigencias constitucionales, institucionales y convencionales.

RESUMÉ

La Directive 2003/8/CE vise à promouvoir l'octroi d'une aide judiciaire gratuite pour les personnes physiques en cas de litige transfrontalier en matières civiles et commerciales. On entend par «litige transfrontalier», tout litige dans lequel la partie

qui présente une demande d'aide judiciaire a son domicile ou sa résidence habituelle dans un État membre autre que l'État dans lequel la décision doit être reconnue. La Directive garantit l'égalité de traitement aux citoyens de l'Union européenne et aux ressortissants d'un pays tiers régulièrement résidants dans un des États membres, créant ainsi un décalage en ce qui concerne son champ d'application puisque la situation régulière de séjour n'est pas pertinente. Le déplacement des Conventions internationales relatives à cette matière, pourraient être plus ou moins favorable à ce que le régime établit pour la Directive, engendre des problèmes de compatibilité avec les Constitutions des États membres, à cause du lien entre l'aide judiciaire gratuite et le droit d'accès à la justice que la Constitution Espagnole garantit à tous et que la Cour Constitutionnelle Espagnole a interprétée dans sa décision 95/2003, du 22 mai. Cet incompatibilité pourra être résolue au travers d'une loi de transposition de la directive, de manière à ce que toute personne ait le droit d'égalité de condition, quelque soit sa situation juridique et financière.

SUMMARY

The European Directive 2003/8/EC regulates the system of free legal aid for individuals in both civil and commercial matters in cross-border civil cases, that is to say, in those in which there is a displacement of the applicant from the State where he is domiciled or habitually resident to another where he claims the judicial decision to be enforced. The Directive guarantees equal rights and opportunities for all Union citizens and third-country nationals who habitually and lawfully reside in a Member State, thus creating a disparity in the scope of application of the legislation, for which the legality of the residence is irrelevant. The superseding of International Treaties regarding this matter, whether or not they are more favourable than the Directive, raises compatibility problems with the Constitutions of the Member States due to the entail between free legal aid and effective judicial protection that the Spanish Constitution guarantees to all the people and that the Constitutional Court interpreted in their judgment of May 22, 2003. This incompatibility issue will be solved by means of a national law transposing the Directive, in which, rights and opportunities will be extended to include everyone on an equal basis, no matter what their legal status is.

