

## EL ACCESO A LA JUSTICIA EN CASOS DE LITIGIO INTERNACIONAL: FORO DE NECESIDAD, ASISTENCIA JUDICIAL GRATUITA Y *CAUTIO IUDICATO SOLVI*

Miguel RÁBAGO DORBECKER

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Foro de necesidad*. III. *Asistencia jurídica gratuita*. IV. *Cautio iudicatum solvi*. V. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

Un lugar común en el pensamiento jurídico en nuestro país es considerar al Derecho internacional privado (en lo sucesivo DIPr) como una materia especializada y elitista alejada de los necesarios vínculos con el resto del orden jurídico. Bajo una concepción así parecería una disciplina excepcional, tildada de un alto grado de complejidad en gran medida derivada de su presupuesto básico: la pluralidad de sistemas jurídicos, que sólo atiende necesidades de un reducido número de personas y esencialmente de grandes empresas mercantiles con actividades internacionales. Frente a esta visión encontramos que dentro de la mundialización, fenómeno tan difícil de definir sin prejuicios ideológicos como innegablemente omnipresente, las situaciones jurídicas privadas con carácter internacional se presentan con mayor frecuencia e involucran a sujetos y situaciones que normalmente encontraban soluciones dentro del sistema interno.<sup>1</sup> La barrera, alguna vez imperforable del Estado-nación, cada vez es más porosa y por ende las grandes transacciones comerciales o financieras internacionales, los fenómenos migratorios temporales y permanentes y el avance tecnológico (en especial en el sector de la telecomunicaciones) crean un gran número de problemas de

<sup>1</sup> Véase, Fernández Arroyo, D. P. (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalía, 2003, pp. 59-65.

DIPr. Personas que nunca han visitado otras comunidades pueden verse demandadas ante tribunales de otros Estados, asimismo el secuestro internacional de menores es, tristemente, un fenómeno real. Por otro lado, el auge del turismo y las visitas temporales por razones académicas o laborales pueden desembocar en conflictos relativos a paternidad, matrimonio o uniones de hecho, obligaciones alimenticias, contratos, etcétera.

Ante tal perspectiva es urgente la existencia de un verdadero sistema sofisticado de DIPr que atienda principalmente los principios jurídicos del ordenamiento jurídico mexicano. Es aquí donde aparece la necesidad de garantizar el acceso a la justicia en dichos casos.<sup>2</sup> Los principios de igualdad jurídica consagrados en los sistemas internacionales de protección a los derechos humanos y en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPUEM) ha trascendido al ámbito del derecho procesal civil dentro del principio de igualdad procesal de las partes. Dicho principio se basa en una concepción liberal que se ve matizada de tintes mucho más sociales para crear instituciones equilibradoras en palabras de H. Fix-Zamudio<sup>3</sup> como la justicia gratuita, asistencia jurídica técnica y la defensa libre. Aunque el acceso a la justicia en el DIPr reposa en gran medida en un adecuado sistema de derecho procesal civil interno, no se debe minimizar el contenido de dicho sistema menospreciándolo a favor de un ordenamiento sustantivo adecuado.<sup>4</sup> Debido al principio *lex fori regit procesum* encontramos una impregnación de valores constitucionales las acciones procesales en materia de DIPr.

No obstante hay que tomar en consideración la regulación convencional de ciertos mínimos que han sido desarrollados en los distintos siste-

2 Para un análisis general del acceso a la justicia en México, véase, Fix-Fierro y López Ayllón, “El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria”, Valdés Diego y Gutiérrez, Rodrigo (coords.), *Justicia: Memoria del IV Congreso nacional de Derecho constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 111-142.

3 Cf. Fix-Zamudio, H., *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 64.

4 Como señala R.O. Berzonce “La defensa judicial de los derechos asume una significación superlativa, porque su consagración exige el libre e irrestricto acceso a la jurisdicción”, cfr. “Algunos obstáculos al acceso a la justicia”, Ovalle Favela, J. (coord.), *Administración de justicia en Iberoamérica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, pp. 41-65, p. 42. Sobre el movimiento de acceso a la justicia, véase, Cappelletti, M., “La justicia social: Acceso a la justicia y la responsabilidad del jurista en nuestra época”, H. Fix-Fierro (traductor) *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (cuatro estudios de derecho comparado)*, México, Porrúa, 1993, pp. 45-114.

mas de protección internacional de los derechos humanos en los que participa México. Por lo que respecta a los instrumentos emanados de la ONU, el artículo 8o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 señala que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, precepto que se encuentra perfectamente sincronizado con artículo 17 de la CPEUM. Por su parte, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966 en su artículo 14 recoge el principio de igualdad ante los tribunales, derecho de audiencia, e imparcialidad e independencia de los tribunales previamente establecidos no sólo en acusaciones de tipo penal sino en la determinación de derechos y obligaciones de carácter civil. Dentro del sistema americano de protección a los derechos humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre hecha en Bogotá en 1948 en su artículo XVIII incluye el derecho de toda persona a acudir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Sin embargo, es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, hecha en San José el 22 de noviembre de 1969, la que contiene un mayor desarrollo de tales derechos al establecer el principio general de igualdad (artículo 1.1), derecho de audiencia ante un tribunal preestablecido, independiente e imparcial (artículo 8.1), principio de igual protección ante la ley (artículo 24), derecho a un recurso efectivo a los tribunales (artículo 25.1), y compromiso de los Estados a desarrollar las posibilidades de recurso judicial (artículo 25.2.b).

También encontramos un importante desarrollo al derecho de acceso a la justicia en sistemas regionales de protección internacional de los derechos humanos en los que no participa México, en especial el sistema europeo (tanto del Consejo de Europa como de la Unión Europea). Por lo que se refiere al Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales<sup>5</sup> comprende un estándar mucho más alto de protección en su artículo 6o. al incluir: acceso a los tribunales (artículo 6.1), derecho a una sentencia pública (artículo 6.1), derecho a ser informado en una lengua que comprenda sobre la acusación (artículo 6.3.a), disponer del tiempo y facilidades para la preparación de la defen-

5 Hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 revisado de conformidad con el protocolo 11. Para un estudio del impacto del Convenio Europeo en los litigios de carácter civil, véase, Rojas Amandi, “El derecho a los tribunales en los litigios de carácter civil en el Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y las libertades fundamentales”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, volumen III, 2003, pp. 329-351.

sa (artículo 6.3.b), derecho a defenderse o a la asistencia judicial gratuita (artículo 3.c). Dentro del sistema comunitario se encuentran diversas estipulaciones basadas no sólo en la versión consolidada del tratado constitutivo<sup>6</sup> sino también en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (UE).<sup>7</sup> Dentro del Tratado de la Unión Europea (TUE) encontramos diversas prohibiciones a la discriminación en razón a la nacionalidad de los ciudadanos comunitarios, lo que se tiene un impacto directo en las condiciones de acceso a los tribunales de los Estados de la UE por parte de dichos ciudadanos.<sup>8</sup> Un factor clave para la eliminación de cualquier tipo de discriminación es la creación de una ciudadanía de la UE en el artículo 2o. del TUE que a su vez se ve reforzado por el artículo 21.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito de aplicación del TUE y Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Por su parte el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales establece la obligación por parte del Estado de brindar asistencia jurídica gratuita para las personas que no dispongan de recursos suficientes, siempre y cuando dicha asistencia resulte necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

Bajo el cobijo de los estándares internacionales y constitucionales de derecho de acceso a la justicia cabe señalar algunas particularidades referentes a la implementación de dicho derecho en el DIPr mexicano. La primera anotación versa sobre el carácter privado y la existencia de un posible elemento de extranjería procesal. Debido a que la principal referencia constitucional al acceso a la justicia es al artículo 17 y que en el texto del mismo no se incluye el derecho a la asistencia judicial gratuita, sino que esta se incluye en los derechos tutelados en los procesos penales

6 Es decir el Tratado de la Unión Europea firmado en Maastrich el 7 de febrero de 1992 con los cambios efectuados por el Tratado de Niza del 26 de febrero de 2001 por el que se modifican el tratado de la Unión Europea, los tratados constitutivos de las comunidades europeas y determinados actos conexos.

7 2000/C 364/01 publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* del 18 de diciembre de 2000.

8 Tal impacto es descrito por J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo de la siguiente manera: “La evicción de discriminaciones procesales en el ámbito de libertades comunitarias conlleva un criterio interpretativo e informativo de primer orden”, *cf.*, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1999, p. 325.

en el artículo 20.IX,<sup>9</sup> mucho se ha cuestionado la extensión del derecho a la misma en áreas de derecho privado. Si bien una adecuada interpretación de los artículos 17 y 1o. de la CPEUM justificaría plenamente la asesoría jurídica gratuita, bajo ciertas condiciones en asuntos privados, esta posibilidad se veía minado por la inexistencia de un mecanismo legal o administrativo para implementarlo. En el ámbito de las competencias federales, que para el caso del DIPr la referencia sería a las situaciones comerciales internacionales y a los casos civiles federales que son por su propia naturaleza excepcionales y reducidos, dicho vacío comienza a ser cubierto con la Ley Federal de Defensoría Pública,<sup>10</sup> que crea el Instituto Federal de Defensoría Pública dependiente del Poder Judicial de la Federación. Para asuntos que no sean de carácter penal, se prevé un sistema de asesoría jurídica (artículo 4.II) si previamente se reúnen ciertos requisitos (artículo 14) a través de un análisis socio-económico (artículo 16) y preferentemente se presta dicho servicio a: personas desempleadas o que no tengan ingresos, trabajadores jubilados o pensionados (además de sus cónyuges), trabajadores eventuales o subempleados, personas que perciban ingresos menores a una cantidad establecida por el propio Instituto Federal de Defensoría Pública, e indígenas (artículo 15). Las Bases de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría de Pública en su artículo 29.III establecen que la asesoría jurídica de dicho instituto se aplicará en materia civil a:<sup>11</sup> asuntos civiles federales de conformidad con el artículo 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (con excepción de asuntos civiles concernientes a personal del cuerpo diplomático o consular), amparos civiles de conformidad con el artículo 54 de la misma Ley (con excepción de aquellos casos que provengan del fuero común, en los que ya se cuente con asesoría o asistencia jurídica de la institución de defensoría correspondiente a dicho fuero, o que por razón del mismo, debe acudir en requerimiento de sus servicios a esa institución, excepto cuando acrediten que éstos le fueron negados), amparos directos y juicios de amparo en los que el asesor jurídico debe actuar como representante especial de un menor, por designación del juez de Distrito. No hay que olvidar que el acce-

9 El cual garantiza el derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado o por persona de su confianza. En caso de que el inculcado no quiera o no pueda nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio.

10 *DOF* 28 de mayo de 1998.

11 *DOF* 26 de noviembre de 1998 con reformas de 19 de febrero de 2002.

so a la justicia en el DIPr es ante los tribunales de primera instancia de las entidades federativas. Por tanto depende en gran medida del desarrollo legislativo de los congresos locales de leyes de defensoría de oficio a nivel local que establezcan un instituto de defensoría de oficio que sea parte del Poder Judicial y no parte del Poder Ejecutivo, lo que normalmente arroja mejores resultados.<sup>12</sup> En el caso del Distrito Federal existe la Ley de Defensoría de Oficio del Distrito Federal<sup>13</sup> prevé servicios de defensoría de oficio en materia civil, familiar y de arrendamiento, previo estudio socio-económico (artículo 11) y en casos en los que la persona no sea sujeto de defensoría de oficio existe la posibilidad de asesoría jurídica en las mismas materias (artículo 13). Otro caso relevante es el de la Ley de Representación Gratuita en materia Civil del Estado de Guanajuato<sup>14</sup> que si bien resulta positiva en cuanto a su especialidad se ve opacada por el hecho de que dicha representación es prestada por una dirección general del Poder Ejecutivo.

De manera complementaria al marco general de acceso a la justicia encontramos diversas convenciones internacionales que en su gran mayoría no han sido ratificadas por México, por ejemplo la Convención de La Haya sobre Procedimiento Civil del 1o. de marzo de 1954 y la Convención de La Haya para Facilitar el Acceso Internacional a la Justicia del 25 de octubre de 1980. No por esto se puede generalizar que en México no existan normas sobre acceso a la justicia de DIPr de origen convencional, ya que diversas convenciones contienen normas asiladas sobre aspectos relativos al acceso a la justicia. El principal objeto de dichas convenciones es la eliminación de un trato procesal discriminatorio con base en la nacionalidad o ausencia de residencia o domicilio en el Estado. El trato desfavorable en razón a la nacionalidad debería ser atenuado debido a su prohibición vía artículo 1o. de la CPEUM. Sin embargo, el ordenamiento jurídico mexicano se encuentra desgraciadamente impregnado de regímenes de excepcionalidad que encuentran su más dura representación en los artículos 32 y 33 de la CPEUM. Dentro del primero se predica la preferencia de los mexicanos sobre los extranjeros en igual

12 Esta misma afirmación se recoge en Concha Cantú y Caballero Juárez, *Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídica, 2001, pp. 315 y 316.

13 *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 17 de julio de 1997 y *DOF* del 18 de junio de 1997.

14 *Periódico oficial* del 23 de junio de 1995.

dad de circunstancias, para todo tipo de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones de gobierno en que sea indispensable la calidad de ciudadano; mientras que el segundo permite al Ejecutivo de la Unión hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente. De hecho el artículo 33 es la base de la reserva formulada por México al artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El artículo 13 del mencionado instrumento sobre derechos humanos desarrolla un concepto completamente opuesto al del artículo 33 de la CPEUM, al señalar que un extranjero que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado parte en el Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.<sup>15</sup> En aspectos del índole familiar la Ley General de Población<sup>16</sup> establece el requisito de acreditación de la legal estancia en el país para la celebración de cualquier acto referente al estado civil (exceptuando registro de nacimientos y de defunción)<sup>17</sup> y además y en caso de divorcio o nulidad matrimonial este se admitirá en caso en que previamente se solicite certificación de legal estancia y de acreditación de cierta calidad migratoria por parte de la Secretaría de Gobernación.<sup>18</sup>

El Reglamento de la Ley General de Población extiende el requisito de certificación a trámites de adopción.<sup>19</sup> En todos estos casos estamos ante una discriminación procesal por ausencia de una calidad migratoria específica o autorización y lo que es más grave una autentica denegación de justicia en el caso de extranjeros indocumentados. Exactamente este

15 Sobre la problemática que plantea una reserva similar en el ámbito en el sistema interamericano de protección, véase, Corcuera Cabezut, S., *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humano*, México, Oxford, 2002, pp. 209-247.

16 *DOF* del 7 de enero de 1974.

17 Artículo 68, LGP.

18 Artículo 60, LGP y artículo 131 del RLGP. Al respecto, véase Pereznierto Castro, L. y Silva Silva, J. A., *Derecho internacional privado. Parte especial*, México, Oxford, 2000, pp. 130 y 131.

19 Artículo 125.I, RLGP.

tipo de situaciones se tratan de evitar a través de la vía convencional, por medio de una cláusula de acceso a los tribunales en las mismas condiciones similar al principio de *no discriminación* comunitario pero en un ámbito de aplicación mucho más limitado (es decir, DIPr y basado en la reciprocidad convencional). El trato no discriminatorio se encuentra contenido en una convención en materia de alimentos de la que es parte México como en el caso del Convenio de Nueva York sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero del 20 de junio de 1956 que garantiza en su artículo 9.1 un mismo trato para los demandantes de alimentos en dichos procedimientos.

El principio de no discriminación se encuentra incluido en otros instrumentos convencionales de cooperación procesal internacional en los que no participa México, por ejemplo en algunos acuerdos bilaterales que han celebrado España y Francia. Este es el caso del artículo 36.1 del Convenio de Cooperación Jurídica en materia Civil entre el Reino de España y el Gobierno de la República Federal de Brasil, hecho en Madrid el 13 de abril de 1989,<sup>20</sup> del artículo 1.1 del Tratado entre el Reino de España y la República Popular de China sobre Asistencia Judicial en materia Civil y Mercantil, hecho en Pekín el 2 de mayo de 1992,<sup>21</sup> el artículo 1o. del Convenio sobre Asistencia Judicial y Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en materia Civil y Mercantil entre España e Italia hecho en Madrid el 22 de mayo de 1973,<sup>22</sup> el artículo 1o. del Convenio entre España y Rumania complementario del Convenio relativo al Procedimiento Civil concluido en La Haya el 1o. marzo 1954,<sup>23</sup> el artículo 2.1 del Convenio entre España y Tailandia de Asistencia Judicial en materia Civil y Mercantil del 15 de junio de 1998, y el artículo 16 del Convenio de Cooperación Jurídica entre España y la República Oriental de Uruguay hecho en Montevideo el 4 de noviembre de 1987,<sup>24</sup> que permiten a los nacionales de una Parte contratante disfrutar en el territorio

20 Publicado en el *Boletín Oficial del Estado* del 10 de julio de 1991.

21 Publicado en el *Boletín Oficial del Estado* del 31 de enero de 1994.

22 Publicado en el *Boletín Oficial del Estado* del 15 de noviembre de 1977.

23 *BOE* número 109 del 7 de mayo de 1999. Artículo 1o. Los nacionales de cada uno de los Estados contratantes gozarán, en el territorio del otro Estado, del mismo tratamiento que los nacionales de este último, en lo que respecta a la protección legal y judicial de carácter procesal, en materia civil y mercantil. A tal efecto, tendrán libre acceso a los Tribunales del otro Estado y podrán comparecer en juicio en las mismas condiciones que los nacionales del Estado contratante requerido.

24 Publicado en el *Boletín Oficial del Estado* del 30 de abril de 1998.

de la otra parte, de la misma protección judicial que tengan sus nacionales, teniendo acceso a los tribunales, en litigios, relativos a materias civiles y mercantiles, en las mismas condiciones que sus nacionales. Una disposición similar se encuentra en el artículo 1.2 del Convenio sobre Asistencia Jurídica, Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en Asuntos Civiles entre España y al República Socialista de Checoslovaquia<sup>25</sup> (que como Estados sucesores sigue en vigor entre España y la República Checa por un lado y entre España y la República Eslovaca por otro), que se refiere a que los ciudadanos de una parte contratante podrán comparecer ante las autoridades judiciales de otra parte contratante y defender sus derechos, presentar peticiones, entablar acciones y solicitar formas de revisión en las mismas condiciones que los ciudadanos de la otra parte contratantes. Por otro lado, Francia en la Convención con los Emiratos Árabes Unidos relativa a la Cooperación Judicial Internacional, el Reconocimiento y la Ejecución de Decisiones en materia Civil y Mercantil hecha en París el 7 de septiembre de 1991<sup>26</sup> en su artículo 2o. y en la Convención con Mongolia relativa a Cooperación Judicial Internacional, el Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en materia Civil hecha en París el 27 de febrero de 1992<sup>27</sup> en su artículo 4.1 también se refieren a que los nacionales de los Estados contratantes gozarán en la defensa de sus derechos, intereses de las mismas condiciones de las que gocen los nacionales de dichos Estados, además de libre acceso a los tribunales.

Lo mismo señala la Convención entre Francia y Túnez relativa a la Cooperación Jurídica en materia Civil y Comercial y para el Reconocimiento y Ejecución de Decisiones Judiciales hecha en París el 28 de julio de 1972,<sup>28</sup> sólo que en artículo 1o. lo extiende a jurisdicciones tanto judiciales como administrativas. Por último, en lo que se refiere a instrumentos derivados de sistemas de integración regional encontramos que el artículo 3o. del Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa de las Leñas de 1992 (en el ámbito del Mecosur) consagra la igualdad de los ciudadanos y residentes permanentes en cuanto al libre acceso a la jurisdicción. Por lo que se refiere a fuentes de *lex mercatoria* los principios y reglas de procedimiento civil transnacional de Unidroit y el American Law Insitute en su

25 Publicado en el *Boletín Oficial del Estado* del 3 de diciembre de 1988.

26 *Journal officiel* del 24 de marzo de 1993.

27 *Journal officiel* del 24 de marzo de 1994.

28 *Journal officiel* del 17 de marzo de 1974.

punto 3.1 también requieren a los tribunales asegurar la igualdad de trato y defensa de los derechos de las partes, tratando de evitar todo tipo de discriminación ilegítima, en especial con base en la nacionalidad o residencia (artículo 3.2).

En general podemos constreñir el estudio del acceso a la justicia en el DIPr en tres grandes ámbitos: el primero de ellos es el foro de necesidad, en oposición a exorbitantes, el segundo la posibilidad de beneficios de asesoría jurídica gratuita, y, por último, la eliminación de toda caución de arraigo en juicio hacia la parte extranjera o domiciliada en el extranjero.

## II. FORO DE NECESIDAD

El establecimiento de foros de competencia adecuados debe ser un principio que impregne de manera general todo el sistema de competencia judicial internacional del ordenamiento jurídico. La falta de un cuerpo normativo específico en materia de CJI es una gran ausencia del sistema de DIPr mexicano, aspecto que se agrava debido a la inexistencia de criterios judiciales que doten de cierta particularidad internacional a las normas de competencia territorial nacionales. Si bien la existencia de foros de protección y la ausencia de foros desorbitados son una constante en la legislación procesal civil federal y estatal mexicana (en gran parte debido a que las normas de competencia judicial se dan en el marco de un sistema federal y con límites constitucionales específicos a las facultades jurisdiccionales de dichos tribunales), la existencia de un foro de necesidad es la verdadera expresión de criterios de competencia territoriales impregnados del derecho al acceso a la justicia del artículo 17 de la CPEUM y recogido en distintos convenios en materia de derechos humanos de los que es parte México.<sup>29</sup> Dicho *forum necessitatis* se encuentra regulado tanto para la determinación de la competencia directa de los tribunales mexicanos, como para efectos de la revisión de la competencia del juez de origen (competencia indirecta). En el CFPC encontramos ambos criterios regulados dentro del artículo 565 por el cual un tribunal na-

29 Al respecto señala D. P. Fernández Arroyo que la formulación expresa del foro de necesidad, además de cooperar en la realización de la justicia, brinda una inestimable ayuda a los jueces para casos en los cuales la sujeción estricta al principio de legalidad podrían socavar, paradójicamente, dicha realización. En tal sentido, funge como buen antídoto frente a los excesos de positivismo que suelen campar por nuestros tribunales, *cfr.*, *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, *cit.*, nota 1, p. 164.

cional reconocerá la competencia asumida por un tribunal extranjero si a su juicio éste hubiera asumido dicha competencia para evitar una denegación de justicia, por no existir órgano jurisdiccional competente. El mismo precepto permite además, que un tribunal mexicano pueda sumir competencia en casos análogos.

Dicho criterio proviene del artículo 2o. de la Convención Interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de sentencias extranjeras<sup>30</sup> que considera satisfecho el requisito de la competencia en la esfera internacional, si a criterio del órgano jurisdiccional del Estado parte donde deba surtir efectos, el órgano jurisdiccional que pronunció la sentencia asumió la competencia para evitar denegación de justicia por no existir órgano jurisdiccional competente. Este mismo criterio se incluye en el artículo 5o. de la Convención Bilateral entre México y España sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil.<sup>31</sup> La influencia del foro de necesidad de la Convención interamericana parece arraigarse no solamente en el legislación interna (CFPC) sino también en el modelo convencional mexicano. Dado que el acuerdo con España es el único tratado bilateral que tiene México sobre reconocimiento y ejecución de sentencias y la Convención interamericana el único multilateral, podemos decir que el foro de necesidad se encuentra integrado en el sistema jurídico mexicano.

El *forum necessitatis* se manifiesta de manera positiva en otros convenios y legislaciones internas de diversos Estados. El modelo del sistema jurídico mexicano en el foro de necesidad como corrector en un conflicto negativo de jurisdicciones, es decir, en el caso de que dos o más tribunales se abstengan de conocer de un asunto y para evitar una denegación de justicia se declare competente (aun en ausencia de una norma de competencia territorial) el tribunal del foro, es seguido en distintas convenciones como: el artículo 8.2 del Convenio entre España y Rumania sobre Competencia Judicial, Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en materia Civil y Mercantil, hecho en Bucarest el 17 de noviembre de 1997<sup>32</sup> y el artículo 7.2 del tratado entre el Reino de España y la Repúbli-

30 Hecha en la Paz. Bolivia, el 24 de mayo de 1984 (CIDIP III).

31 Hecha en Madrid el 17 de abril de 1989. DOF 5 de marzo de 1992.

32 BOE del 5 de junio 1999. Dicho artículo señala: Si como consecuencia de un conflicto negativo de competencia se produjera una denegación de justicia, cualquier tribunal podrá conocer del litigio.

ca de El Salvador sobre Competencia Judicial, Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en materia Civil y Mercantil.<sup>33</sup> Ambos convenios representan una “segunda generación” de convenios de reconocimiento y ejecución de sentencias, que unifica también criterios de competencia directa para eliminar la revisión de la competencia de origen bajo el esquema del Reglamento de Bruselas 44/2001 sobre Competencia Judicial Internacional, Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en materia Civil y Mercantil aplicable a toda la UE, excepto Dinamarca. Mismo modelo que deriva del sistema de Convenciones de Bruselas (del 27 de diciembre de 1968 aplicable entre la UE y Dinamarca) y la de Lugano del 16 de septiembre de 1988 (aplicable entre la UE y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio, y que también adopta el proyecto de Convención de La Haya en la misma materia). Por lo que se refiere a la legislación interna esta misma regla se incorpora en distintas leyes sobre DIPr, las cuales siguen textualmente al artículo 3o. de la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado del 18 de diciembre de 1987,<sup>34</sup> este es el caso del artículo 153 de la Ley de DIPr Rumana de 1992, artículo 3136 del Código Civil de Québec de 1991, y artículo 7o. del Proyecto argentino de DIPR de 1999 y artículo 2543 del Proyecto de 2000.<sup>35</sup> Por otro lado el modelo suizo introduce una variación respecto al modelo mexicano en el sentido de ampliar el foro de necesidad no sólo a situaciones de imposibilidad de acudir a algún foro, sino también incluye un criterio de razonabilidad de la obtención de justicia en el foro extranjero. En caso de un conflicto negativo de competencia se presenta la necesidad de que un tribunal se declare competente para efectos de evitar una denegación de justicia.

Bajo este criterio se enmarcarían casos como los señalados por M. Virgos y F. Garcimartín: casos de imposibilidad de hecho como situaciones de enfrentamiento bélico y revoluciones internas o la negativa de reconocimiento por parte de un tribunal estatal de una decisión extranjera,

33 *BOE* del 25 de octubre del 2001. El texto es idéntico que el de la convención con Rumania.

34 La cual dice textualmente: Cuando la presente ley no prevea algún foro en Suiza y un proceso en el extranjero no revele posible o, cuando no se pueda razonablemente exigir que allí sea introducida, tendrán competencia los tribunales o las autoridades administrativas suizas del lugar con el cual el supuesto tenga suficiente relación.

35 *Cfr.* Fernández Arroyo, D. P. (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, cit., nota 1, p. 164.

si el actor no puede satisfacer su pretensión en el extranjero ni iniciar un nuevo proceso en dicho Estado por carecer los tribunales del foro de competencia para conocer de ese objeto.<sup>36</sup> Por lo que se refiere a fuentes de *lex mercatoria* en los principios y reglas de procedimiento civil transnacional de Unidroit y el American Law Institute, se refieren en su punto 2.2 que excepcionalmente se puede establecer la competencia cuando no se pueda acceder de manera razonable a ningún otro foro y con base en su presencia o nacionalidad en el Estado del foro, o la presencia de sus bienes en el foro ya sea que el mismo trate o no sobre cuestiones de propiedad. La diferencia esencial entre este foro de necesidad y tanto el modelo suizo como el mexicano, es que el foro de necesidad sólo aplica bajo ciertos requisitos de proximidad con el foro (presencia, nacionalidad y bienes) y no de manera ilimitada lo que matiza el enfoque de acceso a la justicia con tonos no sólo de proximidad sino también de efectividad en la ejecución de una sentencia futura.

No obstante la importancia de la inclusión del foro de necesidad dentro de normas positivas de fuente interna o convencional, las mismas pueden resultar simples complementos a la aceptación del foro de necesidad derivado de principios constitucionales aplicados por el juez.<sup>37</sup> En nuestro ordenamiento jurídico parecería muy difícil la utilización del foro de necesidad sin la existencia del artículo 565 del CFPC debido a la obsesión por la seguridad jurídica que caracteriza al juzgador mexicano en la gran mayoría de los casos, derivado de una excesiva interpretación de los artículos 14 y 16 de la CPEUM que contrario a su propósito, reducen a la legalidad a un recuento de normas legislativas. Un actitud así planteada es defendida por González Campos, al declarar imposible abrir en el sistema español este foro de necesidad, ya que el acceso a la jurisdicción es de libre configuración legal y por tanto deberían prevalecer los principios de seguridad jurídica y de determinación legal de la com-

36 *Cfr.* Virgos Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. J., *Derecho procesal civil internacional: litigación internacional*, Madrid, Civitas, 2000, p. 59.

37 Según D. P. Fernández Arroyo para un juez despierto y atento a las exigencias fundamentales de su ordenamiento, la vigencia de una norma de jurisdicción internacional que contenga el foro de necesidad es prácticamente superflua; su ausencia sólo la requerirá, en su caso, mayores esfuerzos argumentativos. Pero está fuera de toda duda que el cumplimiento de los principios constitucionales fundamentales no puede encontrar un obstáculo insalvable en la carencia de una norma de jurisdicción internacional que el permita al juez entender y resolver en un supuesto determinado, *cf. Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur, cit.*, nota 1, p. 164 y 165.

petencia.<sup>38</sup> Por el contrario, otros como M. Virgos y F.J. Garcimartín consideran al foro de necesidad como esencial para garantizar plenamente el derecho a la tutela judicial efectiva, más aún propugnan por que dogmáticamente se creó un foro por desarrollo judicial del derecho superador de la ley ante el riesgo de denegación de justicia; y añaden que es el juez quién estaría obligado constitucionalmente a este desarrollo.<sup>39</sup> De manera más moderada pero también a favor de la posible creación de un foro de necesidad por parte de los Tribunales españoles aún sin su existencia en la ley se pronuncian Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo.<sup>40</sup> Sin embargo, la segunda propuesta se limita a una vinculación con España y por tanto se trataría de un desarrollo mucho más acorde con los principios y reglas de procedimiento civil de Unidroit, es decir, cumpliendo con cierta regla de proximidad. Parecería en un primer momento que una prueba de proximidad evitaría el abuso del foro de necesidad por parte de ciertas jurisdicciones; sin embargo, la ventaja de una libre configuración del mismo puede ser abrumadora ya que garantizaría de manera más eficaz la tutela judicial efectiva.

La práctica judicial de ciertos tribunales extranjeros puede mostrar un patrón para la aplicación judicial del artículo 565 del CFPC o del artículo 2o. de la Convención Interamericana cuando la misma entre en vigor. Un caso realmente relevante es *Emilia Cavura de Vlasov c. Alejandro Vlasov* de la Corte Suprema de la República Argentina fallo 246 de 1987, en el que se declaró competentes a los jueces de Buenos Aires para conocer del divorcio de un matrimonio celebrado en Rumania con domicilio conyugal en Buenos Aires, pero en el que el esposo alegaba tener domicilio en Génova y por tanto contendía la competencia de los tribunales de Buenos Aires.<sup>41</sup> Dicho fallo se basó en la necesidad de prevenir una denegación de justicia. Según Boggiano dicha sentencia “conjugó admirablemente el principio de derecho internacional público que proscribe la denegación internacional de justicia con el principio de derecho

38 Cfr. Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *Derecho internacional privado*, 3a. ed., 2002, vol. 1, p. 127.

39 Cfr. Virgos Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. J., *Derecho procesal civil internacional: litigación internacional*, cit., nota 36, p. 58.

40 Cfr. *Curso de derecho internacional privado*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 1996, p. 260.

41 Véase Boggiano, A., *Curso de derecho internacional privado*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 120-122, y Fernández Arroyo, D. (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, cit., nota 1, p. 165.

constitucional argentino de la defensa".<sup>42</sup> Por lo que respecta a un posible foro de necesidad en caso de que exista un vínculo con el foro pero las normas de competencia del foro señalen a otro foro como competente, pero que tal tribunal no se declare competente existen diversos casos en lo que se baraja esta posibilidad. En el caso ante la Corte de Casación francesa del 7 de enero de 1982 se negó el recurso respecto a la declaración de incompetencia de un juez francés para conocer de la partición y adjudicación de bienes ubicados en el extranjero en una sucesión, concretamente bienes ubicados en Vietnam. Dicho recurso no prospero ya que en este caso no se obligaba al juez francés averiguar si existía la posibilidad de que un tribunal vietnamita se declararía competente para conocer de dichas acciones sobre los bienes inmuebles y por tanto evitar una denegación de justicia.

La jurisprudencia española muestra en la práctica un desarrollo judicial del foro de necesidad aun en la ausencia de una disposición legislativa, sobre todo en algunas materias como declaración de ausencia y fallecimiento si resulta imposible plantear la cuestión ante tribunales extranjeros o si esto supone una carga excesiva.<sup>43</sup> De hecho Calvo Caravaca y Carrascosa mencionan específicamente un caso de declaración de ausencia para probar el desarrollo de un foro de necesidad de origen jurisprudencial.<sup>44</sup> Tal caso trata sobre el fallecimiento de un cónyuge en Australia, lo que significaría que bajo la regla de competencia española (artículo 23.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), los tribunales españoles no son competentes, ya que requieren que el desaparecido tenga su último domicilio en España. Debido a que solicitar la declaración de ausencia en Australia sería tan gravoso y difícil se podría generar una denegación de justicia debido al escaso contacto con la situación jurídica (en gran parte debido a que el cónyuge era inmigrante en Australia). El juez, con base en el artículo 24 de la Constitución española, conoció del asunto, lo que puede ser criticado en virtud de la existencia de una norma de competencia contraria y por tanto podría vulnerar principios esenciales de seguridad jurídica, ya que difiere de la regla de competencia que establecía el juez predeterminado para el asunto. No obstante hay que tomar en consideración el caso en particular, una declaración de ausencia, por

42 Cfr. Boggiano, *Curso de derecho internacional privado*, cit., nota 41, p. 122.

43 Cfr. Calvo Caravaca y Carrascosa González, *op. cit.*, nota 38, p. 127.

44 Cfr. *ibidem*, p. 128.

lo que estaríamos ante un asunto de jurisdicción voluntaria y por tanto el correctivo de foro de necesidad sólo afectaría al promovente. Caso contrario sería en caso de una litis en la que el correctivo del foro de necesidad sobre normas de competencia existente, podrían tildar la balanza hacia una de las partes. Este es específicamente lo que sucede en el caso Vlasov, pero aún así el foro que resulta competente es un foro neutral por el hecho de ser el último domicilio conyugal por lo que los vínculos con ambos cónyuges son innegables.

### III. ASISTENCIA JUDICIAL GRATUITA

A diferencia del foro de necesidad que emerge ya sea de su incorporación legislativa, por su aplicación judicial con base en principios constitucionales y reducidamente en convenios internacionales, la asistencia judicial gratuita goza de un gran desarrollo convencional. No obstante el problema más grande del desarrollo convencional es que introduce el elemento de reciprocidad a dicho “beneficio” y posiblemente coexista con una discriminación general hacia extranjeros o residentes foráneos que no estén considerados en dichos acuerdos. Los convenios internacionales que inciden sobre el régimen de asistencia judicial gratuita tienen por tanto un significado limitado ya que no obligan al Estado a modificar su régimen material interno, sino que sólo eliminan la discriminación en razón a nacionalidad, residencia o domicilio para los sujetos contemplados en los tratados.<sup>45</sup> Por tal razón y no obstante que un Estado participe en tratados que contengan dicha prerrogativa, la asistencia judicial gratuita universal puede desarrollarse a través de la aplicación de preceptos constitucionales o instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos. En este último supuesto encontramos un desarrollo importante por parte del artículo 6.3.c del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos bajo el cual se tutelan ciertos mínimos con los que debe contar todo acusado, entre ellos la posibilidad de defenderse a sí mismo o ser asistido por un defensor de su elección. En caso de que no puede defenderse por sí mismo podrá ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan. Aunque dicho artículo parecería ser una referencia exclusiva al proceso penal, y por tanto operaría de manera análoga al artículo 20.IX de la

45 Cfr. Virgos Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. J., *op. cit.*, nota 39, p. 302.

CPEUM, el mismo ha sido interpretado de manera más amplia por parte de del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en especial en el caso *Airey contra Irlanda*.<sup>46</sup> Este caso es especialmente ilustrativo de la aplicación del artículo 6o. debido a que el objeto de la reclamación es la negativa por parte del Estado irlandés de prestar asistencia judicial gratuita a la señora Airey en un caso de separación de su marido (Irlanda no contemplaba el divorcio en su legislación). Debido a ciertas características del sistema judicial irlandés un decreto de separación judicial sólo podía ser obtenido en la *High Court*, lo cual supone un alto costo y, debido a la complejidad del proceso, esto supondría que sólo con una adecuada asesoría legal un recurso así podía prosperar. Sin embargo, no existían servicios de asesoría jurídica gratuita en casos de separación judicial y de hecho este vacío se extendía a todos los juicios del orden civil. La señora Airey alegaba que la imposibilidad de cubrir los altos costos de litigio le impedía acceder al *High Court*, y por tanto había una denegación de justicia. El gobierno de Irlanda alegaba que la supuesta denegación de justicia provenía no de un acto del Estado sino de las circunstancias particulares de la señora Airey y que la Convención no podía ser interpretada para efectos de crear un desarrollo económico y social en un Estado. La Corte falló a favor de la señora Airey y sostuvo que si bien el artículo 6.3.c sólo se refiere a asuntos penales, la ausencia de referencia a asuntos civiles en el 6.3 no impide que bajo el principio de acceso a la justicia en materia civil (artículo 6.1 del Convenio), el Estado debe en algunos casos proveer de un abogado cuando dicha asistencia sea esencial para un acceso a los tribunales debido a la complejidad del procedimiento.

La anterior sentencia muestra como la división entre el acceso a la justicia en materia penal y civil lentamente se va desvaneciendo. Una interpretación conjunta del los artículos 17 y 20.IX de la CPEUM podría dar resultados similares. No obstante, cabe una aclaración referente a que cada Estado deberá establecer su modelo de acceso a la justicia de manera independiente y que no se impone un modelo específico para cumplir con el estándar internacional de protección a los derechos humanos. En este aspecto R.O. Berizonce propone otro tipo de modelos como la asistencia de los colegios y organizaciones de abogados para que sean verda-

46 Sentencia del 9 de octubre de 1979. Número de petición 00006289/73.

deros operadores sociales.<sup>47</sup> También propone que se superen los tradicionales mecanismos de carta de pobreza o beneficio a litigar gastos, que suponen la determinación judicial en cada caso y con carácter restrictivo de las condiciones de carencia, a través de una ley que establezca quienes son los beneficiarios de manera general.<sup>48</sup>

Respecto a la asesoría judicial gratuita y al beneficio de pobreza en México hay que tener en cuenta un problema grave respecto a la costo de los litigios de DIPr, en gran parte derivado de los honorarios del abogado. Aún si existen una gran número de personas que se encuentran habilitadas para la representación, debido a que sólo es necesario un título de licenciado en derecho para ejercer como abogado, la diferencia entre la calidad de un servicio prestado por un abogado de reconocido prestigio y otra persona habitada puede ser diametralmente opuesta.<sup>49</sup> Al no existir la colegiación obligatoria y por el hecho de que los grandes despachos no cuenten con áreas de asesoría jurídica gratuita, la posibilidad de una representación adecuada es mínima. Los servicios de asesoría jurídica gratuita son todavía muy insuficientes como para garantizar una adecuada representación en caso de DIPr, además la asistencia judicial en materia civil se encuentra mucho más limitada que la figura análoga dentro del derecho penal que es la defensoría de oficio. Son muchas las medidas que debe tomar el Estado mexicano para llegar a cumplir con mínimos como el establecido en los principios básicos sobre la función de los abogados, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente<sup>50</sup> en lo referente a acceso a la asistencia letrada y a los servios jurídicos. En tal declaración se faculta al acusado para elegir al abogado de su elección, se insta a los Estados a establecer procedimientos eficientes y mecanismos adecuados para hacer posible el acceso efectivo y en consecuencias de igualdad y no discriminatorio a la asistencia letrada de todas las personas en su territorio o sometidas a su jurisdicción, y finalmente se insta a que los gobiernos faciliten los fondos y recursos suficientes para asistencia jurídica a las personas pobres y a otras personas desfavorecidas.

47 Cfr. Berizonce, R. O., *op. cit.*, nota 4, p. 45.

48 *Ibidem*, pp. 48 y 49.

49 Véase Rubio, L. *et al.* (coords.) y Fix-Fierro (ed.), *A la puerta de la ley: el Estado de derecho en México*, México, Editorial Cal y Arena-CIDAC, 1994, pp. 120-122.

50 Celebrado en La Habana Cuba del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

## ACCESO A LA JUSTICIA EN CASOS DE LITIGIO INTERNACIONAL 247

Las carencias en el sistema de asesoría jurídica gratuita mexicano se ven reflejadas a su vez en una política convencional que no ha querido garantizar dicho derecho a mexicanos sujetos a procedimientos ventilados ante jurisdicciones extranjeras. Quizá esta carencia es motivada por la imposibilidad del Estado mexicano de cumplir con las exigencias en este supuesto en caso de una solicitud tramitada de conformidad a un esquema de cooperación. No obstante, este no es el caso, ya que si bien México se encuentra vinculado por la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias esto no significa que México este obligado a proporcionar asistencia judicial gratuita, y mucho menos crear dichas instituciones en caso de carecer de las mismas, sino que dicha posibilidad tendrá que regularse de conformidad con el derecho interno y en concreto con desarrollo de la interpretación constitucional.<sup>51</sup> Por esto es que México ha optado por celebrar convenios en los que se si bien se prevé la posibilidad de prestar asistencia judicial gratuita, ésta no se basa en un esquema de cooperación bien planteado y que supondría la existencia de un sistema eficaz. Es decir, los compromisos convencionales mexicanos sólo eliminan la posibilidad de una discriminación con base en nacionalidad o residencia en el acceso a asistencia jurídica gratuita, en caso de que la misma existiera. Tal es el caso de otras convenciones de las que es parte México, como la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias hecha en Panamá el 30 de enero de 1975 que en su artículo 8.c señala el deber de facilitar a la persona notificada la existencia y domicilio de la defensoría de oficio o de sociedades de auxilio legal y en el artículo 12 señala la aplicación de las leyes del Estado requerido al régimen de justicia gratuita para el trámite y cumplimiento de exhortos y cartas rogatorias. Bajo tal modelo se avanza un poco más al crear una obligación de información sobre los sistemas de asesoría jurídica gratuita, lo cual se queda no obstante muy corto de un verdadero acceso a la justicia en caso de que los mismos no existan. Tanto la Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero del 30 de enero de 1975 (artículo 7o.), como la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias de la misma fecha (artículo 12),

51 Cfr. Silva Silva, J. A., *Derecho internacional sobre el proceso: procesos civil y comercial*, México, McGraw- Hill, 1997, p. 373, y Abarca Landero, R., “La convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, su protocolo adicional y la cooperación judicial internacional”, *Revista de investigaciones jurídicas. Escuela Libre de Derecho*, número 8, 1984, p. 656.

ambas emanadas de la CIDIP I, establecen que el beneficio de pobreza se regulará de conformidad a las leyes del Estado requerido sin crear un sistema de cooperación. Este es un método completamente inverso al establecido por el artículo 5o. de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros del 8 de mayo de 1979 (CIDIP II), que reconoce el beneficio de pobreza otorgado por el Estado de origen de la sentencia en el Estado de presentación (la cual no está en vigor). La diferencia esencial radica en que en el caso de reconocimiento y ejecución de sentencias, una negativa del reconocimiento de asistencia judicial gratuita puede suponer una denegación de justicia en el caso de que se niegue el reconocimiento y el actor no puede acudir a otra jurisdicción.<sup>52</sup>

Además de los convenios generales de cooperación procesal internacional, algunos acuerdos en materias específicas de los que México es parte contemplan cierto grado de cooperación para garantizar la asistencia judicial gratuita. Sobre obligaciones alimentarias encontramos una cláusula de no discriminación en el artículo 9.1 del Convenio de Nueva York sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero del 20 de junio de 1956, que otorga las mismas exenciones de gastos y costas otorgadas por la ley del Estado a sus nacionales o residentes. Ya en el ámbito de la CIDIP, el artículo 14 de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias del 15 de julio de 1989<sup>53</sup> establece que el beneficio de pobreza declarado a favor del acreedor en el Estado parte donde hubiera ejercido su reclamación, será reconocido en el Estado parte donde se hiciere efectivo el reconocimiento o la ejecución. Los Estados partes se comprometen a prestar asistencia judicial gratuita a las personas que gocen del beneficio de pobreza. En este sentido la Convención Interamericana es mucho más avanzada aunque, al igual que otras convenciones emanadas de la CIDIP, no obliga a la creación de instituciones de asistencia judicial gratuita para cumplir con los objetivos convencionales. Otra área del entramado convencional mexicano que incluye cuestiones sobre asistencia judicial gratuita es el de los menores. La Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de Menores del 25 de octubre de 1980,<sup>54</sup> en su artículo 7.g establece que las au-

52 *Cfr.* Calvo Caravaca y Carrascosa González, *op. cit.*, nota 38, p. 365.

53 *DOF* del 13 de julio de 1992.

54 *DOF* del 6 de marzo de 1992.

toridades centrales designadas en la convención deberán adoptar todas las medidas apropiadas que permitan: conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial u jurídica, incluyendo la participación de un abogado. También incluye el principio de igualdad en su artículo 25 al señalar: que los nacionales de Estados contratantes y las personas que residen habitualmente en esos Estados tendrán derecho a todo lo referente a la aplicación del presente Convenio, a la asistencia judicial y el asesoramiento jurídico en cualquier otro Estado contratante en las mismas condiciones que si fueran nacionales o residieran habitualmente en este último Estado. Una disposición similar también se encuentra en otro convenio emanado del mismo foro referente a menores, la Convención de La Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional del 29 de mayo de 1993,<sup>55</sup> que obliga a las autoridades centrales a tomar medidas tendientes a promover el desarrollo de servicios de asesoramiento en materia de adopción y para el seguimiento de las adopciones (artículo 9.c). Por lo que respecta al sistema interamericano, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores del 15 de julio de 1989 otorga la gratuidad y exención de cualquier impuesto, depósito o caución en la tramitación de los exhortos o solicitudes de restitución contempladas por la convención (artículo 23). Por lo que respecta a la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores se establece (artículo 22) que los Estados partes adoptarán las medidas que sean necesarias para lograr la gratuidad de los procedimientos de restitución del menor conforme a su derecho interno e informarán a las personas legítimamente interesadas en la restitución del menor de las defensorías de oficio, benéficos de pobreza e instancias de asistencia jurídica gratuita a que pudieran tener derecho, conforme a las leyes o reglamentos de los Estados partes respectivos.

La experiencia convencional comparada muestra un gran número de acuerdos que facilitan la asistencia judicial gratuita, algunos emanados de foros en los que participa México. El ejemplo más claro de lo anterior es el caso de la Conferencia de La Haya en la que encontramos referencias en tratados referentes a materias específicas, como el artículo 15 del Convenio de La Haya de 1973, sobre Reconocimiento y Ejecución de las Resoluciones relativas a las Obligaciones Alimenti-

55 *DOF* del 24 de octubre de 1994.

cias.<sup>56</sup> Aunque dicha Convención versa sobre una materia muy importante (las obligaciones alimentarias), más desconcertante es la ausencia de participación de México en acuerdos de cooperación general que contienen mecanismos importantes para garantizar la asistencia judicial gratuita como el Convenio de La Haya de 1954 sobre Procedimiento Civil y en especial el Convenio de La Haya de 1980 tendente a Facilitar el Acceso Internacional a la Justicia.

La Convención de La Haya sobre procedimiento civil ha tenido un impacto muy importante ya que contiene un título IV dedicado a la asistencia judicial gratuita. Incluye por tanto un principio de no discriminación con base en la nacionalidad (artículo 20), un procedimiento para acreditar el estado de necesidad (certificado de pobreza contemplado en los artículos 21, 22 y 23) y gratuidad en las notificaciones y comisiones rogatorias (artículo 24). Dicha Convención ha sido confirmada en su aplicación y además otorgada el carácter de aplicación de oficio en el caso *Friedericke Caroline Minna, Mararete Stoffregen de Schreyer contra Eduardo Jose Fonzalez Dazzori contra Otros* ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.<sup>57</sup> En la que le otorga valor probatorio al certificado de pobreza expedido de conformidad con Convención de La Haya en la materia por parte de un juez de Hamburgo, para efectos de definir los alcances del beneficio provisional de litigar sin gastos. En especial se exime del otorgamiento de caución para efectos de obtener medidas cautelares. Sin menospreciar la importancia de esta Convención, el hueco más grande en la red convencional mexicana es la falta de participación en el Convención de La Haya tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia. La misma contempla áreas similares a las contempladas por la Convención sobre procedimiento civil, por ejemplo las cláusulas de no discriminación (artículo 1o.) y la gratuidad de las notificaciones y comisiones rogatorias (artículos 11 y 13), pero además establece un procedimiento de cooperación vía autoridad central (artículos 3o. a 6o. y 9o.), la asistencia al solicitante para conseguir una traducción gratuita a sus documentos (artículo 6o. y 7o.), una exención de legalización

56 El mismo señala el acreedor de alimentos que, en el Estado de origen hubiere disfrutado en su totalidad o en parte de asistencia letrada gratuita o de un exención de gastos y costas, disfrutará de la asistencia más favorable o de la exención más amplia prevista por el derecho del Estado requerido en todo procedimiento de reconocimiento y ejecución.

57 Fallo de la Corte Suprema del 13 de noviembre de 1999.

o formalidades (artículo 10) y el establecimiento de un formulario uniforme anexo a la Convención. Si bien resultaría recomendable, sobre todo para la obtención de la asistencia judicial gratuita para los nacionales mexicanos que se vean envueltos en un procedimiento en el extranjero, el alcance de la Convención es también limitado, ya que como explica el Reporte explicativo de G. Möller<sup>58</sup> la Convención no trata de armonizar la ley interna o de alentar la creación de un sistema de asesoría en especial sino eliminar la discriminación en el acceso al mismo.

Por lo que se refiere a la política convencional bilateral, México en su único convenio bilateral en materia de DIPr, el Convenio con España sobre reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales, contempla el reconocimiento del beneficio a la asistencia judicial gratuita (artículo 15).<sup>59</sup> Parecería que esta disposición es fruto de una postura o modelo adoptada por España en su política convencional, ya que un gran número de sus convenios bilaterales incluyen disposiciones al respecto: el artículo 14 del Convenio con la República Federal de Alemania sobre reconocimiento y Ejecución de Resoluciones y Transacciones Judiciales y Documentos Públicos con Fuerza Ejecutiva en materia Civil y Mercantil hecho en Bonn el 14 de noviembre de 1983,<sup>60</sup> el artículo 15 del Convenio con Austria sobre la misma materia hecho en Viena el 17 de febrero de 1984,<sup>61</sup> artículo 36 del Convenio con Brasil sobre Cooperación Jurídica en materia Civil,<sup>62</sup> el artículo 4o. del Convenio con Bulgaria so-

<sup>58</sup> *Cfr., Actes et documents de la Quatrième session (1980)*, t. IV: *Coopération judiciaire*, La Haya, Bureau Permanent de la Conférence, 1980, pp. 233-265.

<sup>59</sup> El beneficio de pobreza o justicia gratuita reconocido en el Estado de origen será mantenido en el Estado requerido.

<sup>60</sup> Si la parte que solicitara la ejecución hubiese disfrutado del beneficio de justicia gratuita en el Estado de origen, gozará igualmente del mismo, de acuerdo con la normativa del Estado requerido, tanto en el procedimiento de exequatur de la resolución como en la propia ejecución forzosa.

<sup>61</sup> Ninguna caución o depósito, sea cual fuere su denominación, podrá ser exigido para garantizar el pago de las costas por razón de la nacionalidad o domicilio del solicitante, *es éste tuviese su residencia habitual o, tratándose de personas jurídicas o sociedades mercantiles su establecimiento principal en el Estado de origen.*

<sup>62</sup> 1) Los nacionales de un Estado contratante tendrán libre acceso a los Tribunales de otro Estado para la defensa de sus derechos o intereses, en las mismas condiciones que sus nacionales y se beneficiarán de la misma protección jurídica. 2) Los mismos beneficios se aplicarán a las personas jurídicas autorizadas o registradas según las leyes de cualquiera de los Estados. 3) Si la persona dispensada de caución o depósito fuera condenada al pago de las costas del proceso mediante sentencia firme dictada por la autoridad de una de las

bre Asistencia Judicial en materia Civil,<sup>63</sup> artículo 1o. del Tratado de la República Popular de China sobre Asistencia Judicial en materia Civil y Mercantil,<sup>64</sup> artículo 16 del Convenio con Francia sobre Reconocimiento de Decisiones Judiciales y Arbitrales y Actas Auténticas en materia Civil y Mercantil,<sup>65</sup> artículo 1o. del Convenio con Italia sobre Asistencia Judicial y Reconocimiento y Ejecución de Sentencias,<sup>66</sup> el artículo 5o. del Convenio con Marruecos sobre Cooperación Judicial en materia Civil, Mercantil y Administrativa,<sup>67</sup> el artículo 6.2 del Convenio con Marruecos sobre Asistencia Judicial, Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Judiciales en materia de Derecho de Custodia y Derecho de Visita y De-

partes, se ejecutará sin costas a petición del interesado en el territorio de la otra parte. La autoridad judicial competente para resolver la ejecución, se limitará a declarar que la sentencia sobre las costas es o no ejecutable.

63 Los nacionales de cada una de las Partes Contratantes gozarán en el territorio de la otra Parte de asistencia judicial gratuita como sus mismos nacionales conforme a la legislación en la materia, de la Parte Contratante en cuyo territorio se haya solicitado la asistencia judicial gratuita.

64 1) Los nacionales de una Parte contratante disfrutará en el territorio de la otra parte, de la misma protección judicial que tengan sus nacionales, teniendo acceso a los Tribunales, en litigios, relativos a materias civiles y mercantiles, en las mismas condiciones que sus nacionales. 2) No se exigirá caución alguna a los nacionales de la otra Parte, por gastos procesales, en razón a su cualidad de extranjero. 3) Los dos párrafos precedentes se aplicarán igualmente a las personas jurídicas constituidas o autorizadas de acuerdo con las leyes de cualquiera de las Partes.

65 La parte que en el Estado de origen goce del beneficio de asistencia judicial gratuita disfrutará del mismo en todos los actos del procedimiento de reconocimiento y ejecución de la decisión de que se trate en el Estado requerido.

66 Los nacionales de cada una de las partes contratantes gozarán en el territorio de la otra parte del mismo trato reservado a los nacionales de esta última en los procedimientos judiciales que se refieran a materias civiles y mercantiles. A tal fin, tendrán libre acceso a los Tribunales y podrán presentarse en juicio en las mismas condiciones y con las mismas formalidades que los nacionales de la otra parte.

67 Los nacionales de una de las Partes gozarán ante los Tribunales de la otra Parte de asistencia judicial, así como de la dispensa del pago adelantado de tasas y gastos judiciales concedida a los nacionales de esta última, teniendo en cuenta su situación personal, material y familiar y en iguales condiciones. Las certificaciones relativas a los ingresos y a la situación personal, familiar y patrimonial del requirente deberán ser expedidas por la autoridad competente de la parte en cuyo territorio aquél tuviera su domicilio o su residencia. Dicha certificación será expedida por la autoridad diplomática o consular territorialmente competente, si el interesado reside en un tercer Estado. La autoridad judicial que deba resolver sobre la solicitud de asistencia judicial podrá solicitar información complementaria a la autoridad que haya expedido la certificación.

volución de Menores,<sup>68</sup> el artículo 18 del Convenio con Rumania sobre Competencia Judicial, Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en materia Civil y Mercantil,<sup>69</sup> el artículo 2o. del Convenio con Tailandia sobre Asistencia Judicial en materia Civil y Mercantil,<sup>70</sup> artículos correspondientes del Convenio con Túnez sobre Asistencia Judicial y Reconocimiento de Resoluciones,<sup>71</sup> el artículo 12 del Convenio con la República

68 Para la aplicación del presente Convenio, se garantizará la gratuidad de los procedimientos y de la asistencia judicial, según la normativa vigente en cada uno de los dos Estados.

69 El solicitante de la ejecución, que en el Estado contratante de origen hubiese gozado del beneficio de asistencia jurídica gratuita, total o parcial gozará de un beneficio comparable al del tribunal competente para la ejecución.

70 1. Los nacionales de una Parte gozarán de la misma protección judicial que la otra Parte conceda a sus nacionales y tendrá libre acceso a los Tribunales en el territorio de la otra Parte, pudiendo comparecer ante ellos en las mismas condiciones que los nacionales de la otra Parte. 2. Ninguna de las partes exigirá una fianza o depósito para gastos procesales a los nacionales de la otra Parte únicamente por tratarse de extranjeros. 3. Las disposiciones del presente Convenio que hacen referencia a los nacionales de cualquiera de las Partes serán también de aplicación a las personas jurídicas constituidas con arreglo a la legislación de cualquiera de las Partes y con domicilio en su territorio.

71 Convenio entre el reino de España y la República de Túnez sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, hecho en Túnez el 24 septiembre 2001. Publicado en el BOE número 52 de 1 marzo 2003 y entró en vigor el 1 de marzo del 2003. El mismo contiene un capítulo II relativo a *cuatio iudicato solvi*.

Artículo 1o. Los nacionales de cada una de las Altas Partes Contratantes tendrán, en el territorio de la otra, libre y fácil acceso a los órganos jurisdiccionales para la promoción y defensa de sus derechos e intereses en las mismas condiciones de fondo y forma que sus propios nacionales.

Artículo 3o. No podrá imponerse a los nacionales de cada una de las Altas Partes Contratantes ningún tipo de fianza o depósito, sea cual fuere su denominación, por su condición de extranjeros o por su falta de domicilio o de residencia en el territorio del otro. Además de un Capítulo III relativo a asistencia jurídica gratuita.

Artículo 4. Los nacionales de cada una de las Altas Partes Contratantes gozarán, en el territorio de la otra, de asistencia jurídica gratuita en la misma medida que sus nacionales siempre que se ajusten a la ley del Estado en que se solicite la asistencia.

Artículo 5o.: 1. El certificado en que haga constar la insuficiencia de recursos será expedido al demandante por las autoridades de su residencia habitual si reside en el territorio de uno de los dos Estados. Este certificado será expedido por la autoridad diplomática o consular de su país territorialmente competente si el interesado reside en un tercer Estado. 2. Cuando el interesado resida en el Estado en que se presenta la solicitud, podrá pedirse información, con carácter complementario, a las autoridades del Estado del que sea nacional.

Oriental de Uruguay sobre Conflicto de Leyes en materia de Alimentos para Menores y sobre Reconocimiento y Ejecución de Decisiones y Transacciones Judiciales relativas a Alimentos,<sup>72</sup> los artículos 16 a 19 del Convenio con República Oriental del Uruguay sobre Cooperación Jurídica<sup>73</sup> y el artículo 3o. del Convenio con la URSS (la Federación Rusa es la continuadora del Tratado) sobre Asistencia Judicial en materia Civil. La práctica internacional francesa también da muestras de una política convencional favorable a sistemas de reconocimiento recíproco de asistencia judicial gratuita como en la Convención con la República de Túnez sobre asistencia judicial en materia civil y comercial y reconocimiento de decisiones judiciales hecha en París el 28 de junio de 1972,<sup>74</sup> que contiene un cláusula de no discriminación (artículo 4o.) y un sistema de reconocimiento de certificados de acreditación de insuficiencia de recursos económicos (artículo 5o.). Mucho más avanzado resulta la Convención con la República Socialista de Checoslovaquia (son Estados sucesores de la Convención la República Checa y la República Eslovaca) relativa a la Cooperación Judicial y el Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en materia Civil, Familiar y Comercial.<sup>75</sup> Su capítulo II contiene disposiciones complementarias a la Convención de La Haya de 1954 sobre Proce-

3o. Los órganos jurisdiccionales o autoridades encargadas de pronunciarse sobre la solicitud de asistencia jurídica gratuita no estarán vinculados por ese certificado y podrán solicitar en todo caso información complementaria.

72 Si el menor hubiera gozado del beneficio de justicia gratuita en el Estado donde hubiere ejercitado la acción, gozará también de este beneficio en el procedimiento de reconocimiento y ejecución.

73 Artículo 16. Las personas físicas de nacionalidad española gozarán ante los Tribunales de la República Oriental del Uruguay, del mismo trato procesal de que disfrutaban las personas domiciliadas en el territorio de esta última.

Artículo 17. Las personas físicas con residencia habitual en la República Oriental del Uruguay gozarán ante los tribunales del Reino de España del mismo trato procesal de que disfrutaban los nacionales españoles domiciliados en España.

Artículo 18. Las personas jurídicas constituidas en un Estado Parte gozarán ante los tribunales del otro del mismo trato procesal de que disfrutaban aquellas constituidas en él. Se consideran constituidas en un Estado Parte, aquellas personas jurídicas que hayan cumplido en él los requisitos de forma y fondo exigidos para su creación.

Artículo 19. La igualdad de trato procesal consagrada en los artículos precedentes exige a los litigantes de la prestación de la fianza de arraigo (*Cautio judicatum solvi*).

74 Decreto número 74-249 del 11 de marzo de 1974, *Journal officiel*, 17 de marzo de 1974, p. 3076.

75 Décret número 85-752 del 17 de julio de 1985, *Journal officiel*, 21 de julio de 1985, p. 8287.

dimiento Civil y a la Convención de La Haya de 1970 sobre Obtención de Pruebas en materia Civil y Comercial, que contienen una cláusula de no discriminación (artículo 5o.) y cooperación procesal a través de los ministerios de Justicia para dar trámite a las solicitudes de asistencia judicial gratuita (artículo 6o.).

Dentro del sistema de integración de la UE existe un avance mucho más considerable del asunto. El Reglamento 44/2001 en su artículo 50 señala: el solicitante que en el Estado miembro de origen hubiere obtenido total o parcialmente el beneficio de justicia gratuita o una exención de costas y gastos gozará, en el procedimiento previsto en la ejecución, del beneficio de justicia gratuita más favorable o de la exención más amplia prevista por el derecho del Estado miembro requerido. Esta disposición tiene su origen en el método previsto dentro del Convenio de Bruselas y Convenio de Lugano (artículo 44 común) que es literalmente igual. Una cuestión de especial interés es que Dinamarca tiene un régimen especial en dicho artículo, mediante el cual sí un solicitante pidiese la ejecución de una resolución dictada por una autoridad administrativa en materia de alimentos podrá beneficiarse de la asistencia judicial gratuita, sólo si presentare un documento expedido por el Ministerio de Justicia danés que acredite que cumple con los requisitos económicos para poder beneficiarse gratuita o de una exención de costas y gastos. Dado el especial estatuto de adhesión de Dinamarca a la UE, esta especialidad sigue aplicándose ya que el Convenio de Bruselas sólo se aplica ahora (ha sido sustituido pro el Reglamento 44/2001) en las relaciones entre Dinamarca y el resto de los Estados parte de la UE. Por otro lado tanto el Convenio de Bruselas como el de Lugano exigen la presentación de un documento justificativo de que el solicitante goza del beneficio de justicia gratuita en su Estado de origen para acceder a dicho beneficio en otro Estado parte (artículo 47.2). Tales avances son considerables, pero se han complementado por la Directiva 2002/8/CE del Consejo, del 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>76</sup> El cambio fundamental entre los sistemas de cooperación de origen convencional y este sistema comunitario es que al tratarse de un directiva comunitaria, los Estados miembros de la UE (con excepción de Dinamarca) se ven forzados a transpo-

76 *Diario Oficial* número L 026 del 31 de enero del 2003, pp. 41-47.

lar los lineamientos de la directiva a su legislación interna, es decir, se ven obligados a legislar. Por ende, los contenidos mínimos de la directiva deben ser incluidos en la legislación nacional, bajo el riesgo de que en caso contrario el Estado pueda ser demandado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La Directiva incluye una cláusula de no discriminación (artículo 4o.), extensión del derecho a la justicia gratuita previamente a la demanda y representación ante los tribunales, además de exención de costas (artículo 3.2), criterios generales para calificar para la ayuda (artículo 5o.), exención de ciertos gastos derivados del carácter transfronterizo del litigio (artículo 7o.), procedimiento de presentación y transmisión de solicitudes de justicia (artículos 12-15) y un formulario unificado. También en el ámbito europeo, pero no dentro de la UE sino bajo el Consejo de Europa, el artículo 5.3 del Convenio del Convenio Europeo de 1980 relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia exime de gastos al solicitante.<sup>77</sup> Pero sin lugar a dudas es el Acuerdo Europeo de 1977, relativo a la transmisión de solicitudes de asistencia jurídica gratuita, el que más se asemeja al sistema comunitario.<sup>78</sup>

Aún participando en una amplia eliminación de los criterios de discriminación al acceso a la justicia por vía convencional, la eliminación de la misma no es total. Las leyes internas sobre asistencia judicial gratuita pueden requerir de residencia, domicilio o cierta calidad migratoria para acceder a la misma. Un debate interesante se ha dado en referencia a la Ley 1/1996 del 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita en España<sup>79</sup>

77 Con la excepción hecha de los gastos de repatriación cada uno de los Estados contratantes se compromete a no exigir del demandante pago alguno por las medias adoptadas por cuenta de este último, por la autoridad central de dicho Estado, incluidos los gastos y costas procesales, dado el caso, los gastos originados por la intervención de un abogado.

78 Artículos 1o. a 16.

79 *BOE* número 11 de 12 de enero de 1996. Concretamente en su artículo 2o., párrafo 1, referente al ámbito personal de aplicación, señala que tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita A) los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la UE y los extranjeros que residan legalmente en España cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar. El requisito de residencia legal no es necesario para casos del orden jurisdiccional penal (artículo 2.e) y en el orden contencioso-administrativo tampoco es necesaria su residencia legal en todos aquellos procesos relativos a solicitudes de asilo.

desarrollada reglamentariamente por el Real Decreto 2103/1996 del 20 de septiembre. Con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley, no existía ninguna limitación al acceso por parte de extranjeros a la asistencia judicial gratuita. Lo anterior llevaba a dos supuestos contradictorios, haya sea admitir que dicha asistencia debería estar generalizada, o sólo otorgarla en virtud de la reciprocidad por la existencia de un tratado. Por ende, en distintas ocasiones la jurisprudencia española interpretó de manera extensiva esta posibilidad.<sup>80</sup> Contrario a este criterio otras decisiones establecieron que sólo se extendía dicho beneficio cuando así se establecía en un tratado internacional.<sup>81</sup> Al entrar en vigor esta Ley, si bien se incrementa la seguridad jurídica al establecer lineamientos claros para la prestación de la asistencia judicial gratuita, desafortunadamente su artículo 2.a. sólo extiende tal beneficio 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, lo cual fue ampliamente criticado por la doctrina. Entre los argumentos más fuertes para atacar dicho ordenamiento de inconstitucional es la seria desventaja en la que deja a extranjeros no legales e inclusive la posibilidad de una denegación de justicia por la dificultad o imposibilidad de obtener dicho beneficio.<sup>82</sup>

Finalmente la controversia llegó a una solución a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2003 del 22 de mayo de 2003, la cual declaró inconstitucional el inciso que establecía la limitación a residentes

80 Según J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, el argumento de los tribunales era puramente constitucional, ya que se vulneraba el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a disfrutar de un proceso con todas las garantías de defensa (artículos 24 y 119 de la CE). Derechos sobre los cuales no podía existir una discriminación por la calidad de extranjero del sujeto. Esta fue la postura de la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 13 de julio de 1984 revisada en casación por la sentencia TS del 30 de abril de 1987 y dice: “la razón de ser de la defensa gratuita descansa en la justa y legal necesidad de dispensar de los gastos judiciales a aquellas personas que se encuentran en la imposibilidad de sufragarlos, pues de no ser así se produciría una verdadera denegación de justicia proscrita desde siempre y que hoy, o más, reconoce el texto constitucional”. También lo confirma la sentencia TSJ de Aragón de 8 de noviembre de 1995, *cfr. Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 329 y 330.

81 Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1987 que negó la asistencia judicial gratuita a un nacional de un Estado con el que España no tenía un Tratado.

82 *Cfr.* Calvo Caravaca y Carrascosa González, *op. cit.*, nota 38, p. 365; Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado. op. cit.*, nota 8, p. 328; y Virgos Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. J., *op. cit.*, nota 39, pp. 300 y 301.

legales. El tribunal argumento que: "...la privación por el legislador del derecho a la gratuidad de la justicia a un grupo de personas físicas que reúnan las condiciones económicas prevista con carácter de generalidad para acceder a tal derecho implica una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva...".

#### IV. *CAUTIO IUDICATUM SOLVI*

Otra práctica que entorpece considerablemente el acceso a la justicia en el DIPr es el establecimiento de una garantía para acceder a una jurisdicción extranjera ya sea por no ser nacional de dicho Estado o por no estar domiciliado en el mismo. La *cautio iudicatum solvi*, se basa en una clara desconfianza del legislador sobre el extranjero, sobre todo por la idea falsa que el extranjero tienen mayores probabilidades de salir al extranjero durante el juicio.<sup>83</sup> En nuestro ordenamiento jurídico no existe una disposición discriminatoria *per se*; sin embargo, su redacción podría dar cabida a la aplicación de una caución de arraigo en juicio con base en los criterios mencionados. El artículo 9o. del CFPC permite establecer una garantía o embargar bienes suficientes en el caso en que exista temor fundado de que una de las partes no podrá responder al pago de costas. Dicho artículo merece dos observaciones necesarias. En primer lugar no queda claro si la extranjería del sujeto o su domicilio en el extranjero constituya en sí mismo un temor fundado que pueda justificar una caución. Por otro lado quizá la interpretación adecuada sería la ausencia de bienes en México, pero aún así no parecería proporcional establecer una caución que puede ir en serio detrimento del acceso a la justicia (artículo 17 de la CPEUM) y a la igualdad procesal de las partes.

Dada la posibilidad que el juez mexicano aplique una caución de arraigo en juicio en casos de DIPr de conformidad al derecho interno, se deben analizar las convenciones que específicamente prohíben el establecimiento de la misma. En materias especiales encontramos la eliminación de la caución en convenciones sobre menores y obligaciones alimenticias. En el primer grupo encontramos el artículo 22 de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción de Me-

83 *Cfr.* Silva Silva, J. A., *op. cit.*, nota 51, p. 490.

nores.<sup>84</sup> Por lo que se refiere a obligaciones alimentarias prohibiciones similares se encuentran en el artículo 9.2 del Convenio de Nueva York sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero del 20 de junio de 1956<sup>85</sup> y el artículo 14 de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias del 15 de julio de 1989.<sup>86</sup> Por tanto la cobertura convencional es muy limitada en especial por el reducido ámbito material de su aplicación, lo que hace la omisión en la participación de México en la Convención de La Haya para Facilitar el Acceso Internacional a la Justicia y en la Convención de La Haya sobre Procedimiento Civil, especialmente grave.

La Convención de La Haya sobre procedimiento civil tiene todo un capítulo sobre *cautio judicatum solvi* que en gran medida ha sido substituido por la Convención de La Haya para Facilitar Acceso Internacional a la Justicia para los Estados parte en ambas Convenciones. No obstante ya que México no es parte de ninguna de las dos, analizaremos el sistema de la primera en vista a una participación de México en la misma. Dicho Convenio funciona bajo la combinación de una prohibición al establecimiento de caución o depósito en razón a la nacionalidad, domicilio o residencia.<sup>87</sup> Hasta aquí el sistema es muy parecido a los establecidos en las convenciones en las que participa México, excepto por dos cuestiones: la primera es que no se limita a una materia en especial y la segunda es que también incluye un procedimiento de cooperación para garantizar el cumplimiento de costas.<sup>88</sup> Lo anterior es especialmente relevante, ya que priva de toda razón práctica a la aplicación del artículo 9o. del CFPC en los casos de DIPr. Claramente no podría existir temor fundado si existe un sistema de cooperación efectivo para ejecutar las costas judiciales en el domicilio de la parte residente, domiciliada o nacional de otro Estado. La eficacia en la ejecución de costas se garantiza

84 Que señala que no podrá exigirse ninguna fianza ni depósito, cualquiera que sea la designación que se le dé, para garantizar el pago de las costas y gastos de los procedimientos judiciales o administrativos previstos en la Convención.

85 Que prohíbe la imposición a los demandantes, por su condición de extranjeros o por carecer de residencia, caución, pago o depósito alguno para garantizar el pago de costas o cualquier otro cargo.

86 Prohíbe cualquier tipo de caución será exigible al acreedor de alimentos por la circunstancia de poseer nacionalidad extranjera, o tener su domicilio o residencia habitual en otro Estado.

87 Artículo 17.

88 Artículos 18 y 19.

en el Convenio a través de un reconocimiento inmediato de su fuerza ejecutiva, sin necesidad de audiencia entre las partes y sin más requisito que un examen formal de la autenticidad, firmeza y traducción de la decisión. Los tribunales argentinos y españoles han aplicado en numerosas ocasiones esta Convención para eximir de caución a nacionales de los Estados parte, aun a pesar de disposiciones legislativas internas que establecían dicha caución. Por ejemplo, la Corte Suprema de la República Argentina ha aplicado el artículo 17 de la Convención de La Haya sobre Procedimiento en los casos: Ruiz Frías de Mozarouski, Maria Rosario y otros c. Asociación Civil Mater Dei (fallo del 7 de marzo de 1989), Agroiber S.L. contra Luis Jorge Fortunato (fallo del 30 de junio de 1998) y Jean Francoise Raymond contra Susana Mase (fallo del 15 de mayo de 2001). Un fallo interesante es el emitido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A en el caso “Miserochi contra Iser S.A.” en el que se aplicó el artículo 17 de la Convención de La Haya sobre Procedimiento Civil a Personas Jurídicas con base en que la Convención no hace esa distinción.<sup>89</sup> Los tribunales españoles a su vez han aplicado dicha Convención en sentencias como la de la Audiencia Provincial de Valencia del 24 de febrero de 1987, por lo que respecta al exención de la caución y la sentencia del Tribunal Supremo del 30 de enero de 1981, en lo referente a la aplicación del mecanismo de ejecución de costas.

La Convención de La Haya para facilitar el Acceso Internacional a la Justicia establece un sistema bastante similar al de la Convención sobre Procedimiento Civil, que reposa sobre dos pilares: la exención de caución y el sistema de ejecución de costas. No obstante la instauración de la cooperación a través de autoridades centrales es un avance considerable de esta Convención sobre su antecesora ya que se evitan formalidades relativas a la legalización y certificación, además que se hace más expedita.<sup>90</sup> También elimina los recursos sobre la decisión de ejecutar las costas. Este Convenio ha sido aplicado para eliminar la caución de arraigo a extranjeros en España en el Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 15 de marzo de 1993.

Por lo que se refiere a la práctica convencional comparada el Convenio de La Haya del 2 de octubre de 1973, referente a reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias,

89 Cfr. Boggiano, *Curso de derecho internacional privado*, cit., nota 41, p. 190.

90 Cfr., *Rapport Mölle, Cf., Actes et documents...*, op. cit., nota 58, p. 284.

establece en su artículo 15 que el acreedor de alimentos que, en el Estado de origen, hubiere disfrutado de una exención de gastos y costas, disfrutara de la exención más amplia prevista por el derecho del Estado requerido, en todo procedimiento de reconocimiento o ejecución. Además que prohíbe el establecimiento de caución o depósito para garantizar el pago de los gastos y costas (artículo 16). La ausencia de México en este Convenio no es tan grave como en otras convenciones de La Haya debido a nuestra participación en la Convención Interamericana en la misma materia, no obstante ampliaría considerablemente el ámbito de aplicación a Estados fuera del ámbito interamericano. También en la práctica convencional francesa hay una progresiva eliminación de la caución, por ejemplo: en la Convención con la República de Túnez sobre Asistencia Judicial en materia Civil y Comercial y Reconocimiento de Decisiones Judiciales hecha en París el 28 de junio de 1972<sup>91</sup> (artículo 3o.), y la Convención con el Gobierno de la República Popular de Mongolia relativa a la Asistencia Judicial, Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en materia Civil hecha en París el 27 de febrero de 1992<sup>92</sup> (artículo 5o.). Otra referencia de *lex mercatoria* es el punto 3 de los principios de Unidroit y el American Law Institute a una parte no se le deberá requerir que provea por gastos, o asegurar fianza por medidas cautelares, solamente porque dicha persona no es nacional o residente del foro (3.3). También el Código Bustamante en su (artículo 387) a diferencia de los Tratados de Montevideo que no se ocupan específicamente del punto, dispone que no se hará distinción entre nacionales y extranjeros en cuanto a la prestación de fianza para comparecer en juicio.<sup>93</sup>

Por lo que se refiere a las fuentes derivadas de sistemas regionales de integración, el Reglamento 44/2001 respecto a la Ejecución de Sentencias prohíbe a los Estados miembros exigir caución o depósito alguno (artículo 51). Lo mismo establece el artículo 45 del Convenio de Bruselas y el Convenio de Lugano que eliminan la caución de arraigo prácticamente en el área europea. En este sentido el TJCE se ha pronunciado en distintas ocasiones sobre la incompatibilidad de la caución con el dere-

91 Décret número 74-249 del 11 de marzo de 1974, *Journal officiel*, 17 de marzo de 1974, p. 3076.

92 Decreto número 94-233 del 17 de marzo de 1994, *Journal officiel* del 24 de marzo de 1994, p. 4471.

93 Cfr. Vescovi, E., "Aspectos generales del sector del derecho procesal civil internacional", Fernández Arroyo (coord.), *Derecho internacional privado*, cit., nota 1, p. 362.

cho comunitario concretamente con el artículo 6o. del Tratado constitutivo de la Unión Europea por dificultar y hacer más gravoso el acceso a tribunales por nacionales comunitarios y por ende ser una medida discriminatoria. Así lo establecen las sentencias del 1o. julio de 1993 Hubbard c. Hamburger, 26 de septiembre de 1996 Data Delecta Akietbolag y R. Forsberg c. MSL Dynamic Ltd, 20 de marzo 1997 D.CH. Hayes y J.K. Hayes contra Kronenberger. GMBH y del 2 de septiembre de 1997 Sandanhna contra Hiross.<sup>94</sup> Dentro del Mercosur el artículo 4o. del Protocolo de las Leñas prohíbe exigir caución o deposito en razón de su calidad de ciudadano o residente permanente en otro Estado parte.

## V. CONCLUSIONES

Las experiencias comparadas proveen de diversas sugerencias concretas en cuanto a los puntos tratados, que significativamente mejorarían el acceso a la justicia en el DIPr mexicano. Respecto al foro de necesidad, la existencia de una regulación legislativa sobre el mismo debe ser valorada de manera positiva. Sin embargo, debe ser complementada por criterios claros, desarrollados de manera interpretativa por vía de tesis y jurisprudencias, para evitar abusos y otorgar seguridad jurídica respecto a la definición de los casos en los que exista imposibilidad de acudir a otros foros. En caso contrario los tribunales ejercerían un imperialismo jurisdiccional completamente ajeno al carácter extraordinario del foro de protección. El beneficio de litigar sin gastos en el DIPr es todavía muy limitado en nuestro Estado, no se puede confiar este derecho solamente a las autoridades diplomáticas y consulares. Su efectivo establecimiento, así como una política convencional favorable a la cooperación en la materia tendrían el efecto nada desdeñable de abrir la posibilidad de elección entre la asistencia diplomática y consular por un lado y los servicios de asistencia judicial gratuita (con base en la reciprocidad) nacionales de los Estados en los que un mexicano litigue y sean parte de la convención. Por último, excluir criterios de nacionalidad, extranjería, residencia o domicilio de la aplicación de la caución de arraigo en juicio, eliminaría un criterio incorrecto y discriminatorio de nuestro sistema jurídico. Este último desarrollo podría realizarse por vía interpretativa, o a través de una reforma legislativa.

94 Cfr. Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, nota 8, p. 332.