

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA



**ELEMENTOS ECONÓMICOS Y
CONSTITUCIONALES EN EL ANÁLISIS DE LA
ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA**

Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho en el marco del Programa
“Estado de Derecho y Buen Gobierno”

María Solange MAQUEO RAMÍREZ

CODIRECTORES

Dr. Rafael Bustos Gisbert

Dr. Fernando Rodríguez López

Salamanca, abril de 2011

A mi abuelo Alfonso

A mis padres

A mis hijos

A mi amado esposo

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I. EL PROCESO EVOLUTIVO DE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA	17
1. Primera etapa: una nueva política social	17
2. Segunda etapa: el cuestionamiento sobre el alcance de la intervención estatal	28
3. Evolución en el Derecho internacional europeo	34
4. El caso de España	51
CAPÍTULO II. ELEMENTOS EN EL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA JUSTICIA GRATUITA	86
1. Justificación del enfoque económico	86
2. El concepto de eficiencia	96
2.1 La eficiencia en el análisis económico del derecho	120
2.2 La eficiencia en el nuevo análisis económico institucional	127
3. Diversos criterios de equidad	130
3.1 El pensamiento liberal de Nozick	133
3.2 Las ideas igualitarias de Rawls	135
3.3 Tesis de Kaplow y Shavell	140
4. La relación entre la eficiencia y la justicia	147

CAPÍTULO III. JUSTIFICACIÓN DE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA ANTE LAS IMPERFECCIONES DEL MERCADO 155

1. Los mercados universales y el acceso a la justicia	171
1.1 Mercados contingentes	177
1.1.1 La ausencia de mercados contingentes	181
1.1.2 La insuficiencia de los mercados contingentes	184
1.2 Mercados crediticios	191
1.3 Problemas de incertidumbre e información en el mercado de servicios jurídicos	197
2. Los beneficios sociales del acceso a la justicia	213
3. Efectos socialmente indeseables de la asistencia jurídica gratuita	225
3.1 El riesgo moral	226
3.2 El incremento de la demanda de tutela judicial	231
3.3 Litigiosidad artificial o temeraria	240
4. Algunas consideraciones respecto de los beneficios y costes sociales	242
5. Aplicación de la teoría de los bienes públicos en el caso de la provisión de la justicia	244
6. Argumentos de equidad	260

CAPÍTULO IV. DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA A LA LUZ DE LA EFICIENCIA Y LA EQUIDAD 277

1. Características constitucionales de la asistencia jurídica gratuita (artículo 119 constitucional)	277
--	-----

1.1 Su carácter prestacional	279
1.2 Su carácter instrumental	289
1.3 Su carácter de derecho de configuración legal	298
2. Análisis del artículo 31.2 constitucional por lo que se refiere a la eficiencia y la equidad en la asistencia jurídica	308
2.1 Su conceptualización como principios constitucionales	314
2.2 Su significado en la dogmática jurídica	317
2.3 Aplicabilidad del artículo 31.2 a la asistencia jurídica gratuita	325
2.3.1 Implicaciones derivadas de la aceptación de la eficiencia y la equidad como principios que informan a la asistencia jurídica gratuita	330
2.3.2 Algunas características relevantes de la asistencia jurídica gratuita que nos permiten identificar el cumplimiento de los mandatos de eficiencia y equidad	336
2.3.3 El reconocimiento expreso de la eficiencia por parte del legislador	350
CONCLUSIONES	352
BIBLIOGRAFÍA	366

INTRODUCCIÓN

Francisco de Vitoria, uno de los más grandes teólogos juristas de la historia de la humanidad e inspirador de la Escuela de Salamanca, dijo hace más de cinco siglos, en referencia a sus “Relecciones de Indias”, que es válido tratar asuntos previamente tratados cuando se trata de situaciones tan trascendentales en las que caben algunas dudas que pueden razonablemente discutirse. De ahí que concluya que no se juzgaría ocioso e inútil, sino grandemente valioso, si consiguiera tratar ese asunto como su gran dignidad merece¹.

Precisamente, este es el caso de la asistencia jurídica gratuita que no sólo ha sido ampliamente estudiada por la doctrina especializada, especialmente desde la perspectiva del derecho adjetivo, sino que también funciona en la práctica y ha logrado consolidarse como una institución *ad hoc* para garantizar la efectividad del derecho fundamental de tutela judicial y, con ello, el acceso universal a la justicia. De esta forma, adoptando los argumentos de Vitoria considero que es válido retomar un tema que como la asistencia jurídica gratuita cuenta con amplios estudios previos, mismos que en su gran mayoría han sido retomados en el desarrollo de la presente tesis, no con el objeto de criticar o destruir lo que hasta el momento se ha dicho o hecho sobre el tema, sino con la clara misión de desentrañar sus fundamentos y encontrar una lógica extralegal en su propia construcción.

¹ Francisco DE VITORIA, O.P., *Doctrina sobre los Indios*, Edición facsimilar. Transcripción y traducción de Ramón HERNÁNDEZ MARTÍN, O.P., 2ª. Edición, (Salamanca: Editorial San Esteban, 1992), pp. 103 a 107.

Si bien la asistencia jurídica gratuita y su antecesor, el llamado beneficio de pobreza, nacen desde una conceptualización estrictamente procesal que se inspira en consideraciones propias de la igualdad material de las personas para defender sus intereses jurídicamente tutelados, esta tesis pretende introducir una visión renovada de la asistencia jurídica gratuita que logre explicar no sólo su necesidad y justificación desde una nueva perspectiva, sino también desentrañar el porqué se configura jurídicamente de determinada manera.

De ahí que sea necesario advertir al lector que esta tesis no pretende constituirse en un estudio pormenorizado del tratamiento normativo de la Asistencia Jurídica Gratuita y los efectos que provoca dicho tratamiento. Nuestro alcance es mucho más modesto y se limita a crear una reinterpretación de la asistencia jurídica gratuita, hasta ahora inédita, desde la perspectiva económica y constitucional. No está por demás decir que la labor de investigación con tales pretensiones ha sido especialmente ardua, pues ha implicado el estudio y transposición de diversas teorías, tanto jurídicas como económicas, a una institución ajena a las ideas originales de los autores, además, por supuesto, de extraer los elementos fundamentales que conforman actualmente a la asistencia jurídica gratuita en el sistema español.

En concreto, la base intelectual de esta tesis consiste en resolver dos cuestiones primordialmente: ¿cómo se justifica económicamente una

institución fundamentalmente avocada a resolver problemas de inequidad en el reparto de recursos económicos entre las personas? Y, segundo, ¿de qué manera podemos explicar la razón de ser de una determinada configuración legal de la asistencia jurídica gratuita? Incidentalmente también se aborda el impacto de la asistencia jurídica gratuita en la sociedad desde una perspectiva genérica, a través del análisis de los beneficios sociales y los costes sociales que trae su implementación.

Así pues, esta tesis se distancia del ámbito estrictamente funcional de la asistencia jurídica gratuita y de su análisis preeminente, a efecto de introducir ciertos elementos explicativos que determinen la clase de razonamiento que debe contener la evaluación de la asistencia jurídica gratuita. Para ello se utilizan dos criterios que orientan (o deben orientar) la configuración de la asistencia jurídica gratuita: el de eficiencia económica y el de equidad. Ambos criterios adquieren, de esta forma, una doble vertiente: por un lado se constituyen en fundamentos para legitimar la actuación del Estado en su función redistributiva y, por la otra, adquieren el carácter de principios rectores que deben guiar el diseño normativo de la asistencia jurídica gratuita y que, por ende, sirven para delimitar su alcance y configuración.

El método científico adoptado para la elaboración de esta tesis ha sido fundamentalmente, sin que dejemos de aceptar cierta intromisión del método sintético (especialmente por lo que se refiere a la interconexión de diversas políticas públicas favorables al acceso

a la justicia), el lógico deductivo, mismo que se ha desarrollado a través de la recolección de datos de libros, revistas y documentos referidos a los temas directamente relacionados con la investigación, así como de la obligada consulta de las fuentes legislativa, reglamentaria y jurisprudencial que sobre asistencia jurídica gratuita hay en España. Para ello, evidentemente, fue necesario clasificar y analizar la información recabada de acuerdo con la temática tratada en cada uno de los capítulos y sus correspondientes subdivisiones. De esta forma, la presente tesis constituye una investigación teórica, descriptiva y argumentativa, fundada en un amplio acervo bibliográfico y hemerográfico, seleccionado tanto por la trascendencia de los autores como por su aplicabilidad al objeto de estudio.

En cuanto a la estructura, esta tesis se compone de cuatro capítulos, cada uno de los cuales si bien aborda diferente temática, incluso, desde perspectivas diversas, se encuentra relacionado con los demás a través de un hilo conductor. El lector podrá observar una estructura circular en la cual el punto de partida y la conclusión se hallan constituidas por el vínculo indisoluble entre la asistencia jurídica gratuita y el Estado de bienestar desde la perspectiva económica y constitucional, mediante la adopción de los criterios de eficiencia y equidad. Así pues, procedamos a continuación a señalar el contenido de esta tesis.

En el primer capítulo se desarrolla el estado de la cuestión. En primer lugar, se identifica el proceso evolutivo de la asistencia

jurídica gratuita que va desde su conceptualización como un derecho a cargo del Estado y, en concreto, desde una perspectiva favorable a su prestación, hasta el cuestionamiento del papel del Estado como mecanismo corrector del mercado a través de su función redistributiva. Se percibe claramente el paso de una visión excesivamente optimista del Estado social y, con ello, de la asistencia jurídica gratuita (en la que incluso se llega a sostener la idea de una prestación universal), a una posición crítica que exige su revisión continúa, especialmente por motivos de disponibilidad presupuestaria. En este capítulo también se aborda el tratamiento internacional que ha venido recibiendo la asistencia jurídica gratuita y las principales aportaciones realizadas en esta materia por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, con la intención de destacar el proceso evolutivo en el plano jurídico internacional antes indicado y que va de la mano con el optimismo propio de las décadas de los setentas y ochentas.

Para concluir este primer capítulo se aborda el caso concreto de la asistencia jurídica gratuita en España. Se destaca su contexto histórico para concluir con las principales innovaciones de los últimos años que si bien se introducen a raíz de la publicación y entrada en vigor de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, amplía su contenido por sus sucesivas reformas. Subrayamos en particular que la evolución de la asistencia jurídica gratuita en el modelo español opera en un sentido mucho más amplio que en el contexto internacional de su entorno y que,

ciertamente va mucho más allá de la exigencia del artículo 119 de la Constitución española.

En el segundo capítulo se establecen los conceptos básicos que sirven de guía para el análisis de la asistencia jurídica gratuita. Este capítulo se inicia con la justificación del enfoque económico en el tratamiento de una institución tradicionalmente confiada al análisis jurídico. De esta forma, se destaca la importancia de introducir ciertos criterios valorativos que justifiquen la conveniencia de la asistencia jurídica gratuita en términos de bienestar social y que determinen su alcance y configuración. Estos criterios valorativos son precisamente la eficiencia y la equidad. De ahí que sea necesario proceder al análisis de cada uno de estos conceptos, haciendo alusión a sus diferentes significados y formas básicas, así como a los problemas metodológicos que cada uno de ellos enfrenta.

Este segundo capítulo concluye con la relación entre la eficiencia y la equidad, tratados como criterios valorativos independientes, y su correspondiente aplicación en la asistencia jurídica gratuita. La idea es poder demostrar que la asistencia jurídica gratuita presenta claros beneficios para la sociedad que atañen tanto a la eficiencia como a la equidad y que, por ende, ninguno de estos criterios es en sí mismo sacrificable. Sólo que mientras la presencia de la equidad en la asistencia jurídica gratuita es nítidamente perceptible (aún en las posiciones más rigoristas que de equidad se formulan por la doctrina), la eficiencia económica requiere un mayor grado de análisis.

El tercer capítulo aborda de manera principalísima el contenido económico de esta tesis. En este apartado se establecen las principales deficiencias del mercado que obstaculizan el acceso a la justicia y que, por ende, permiten concebir a la asistencia jurídica gratuita como un mecanismo corrector de las mismas. Ciertamente los fallos del mercado que inciden en los servicios de justicia y en sus *inputs* asociados son prácticamente innumerables, de ahí que se destaquen principalmente dos cuestiones: la incertidumbre y la información imperfecta. La selección de estos dos problemas no es arbitraria pues atiende fundamentalmente a la naturaleza de seguro público de la asistencia jurídica gratuita. Esta idea, como podrá observarse, está inspirada principalmente en Arrow y Mueller, para quienes gran parte de la función redistributiva del Estado a través del gasto social se explica por el deseo de crear un sistema de seguros ante la presencia de mercados incompletos. En particular nos ocupamos de tres tipos de mercados directamente relacionados con nuestro objeto de estudio: los mercados contingentes, los mercados crediticios y el mercado de servicios jurídicos. Los problemas presentes en cada uno de ellos da lugar a fundar de manera objetiva la necesidad de contar con mecanismos de asistencia jurídica gratuita.

De igual forma en este capítulo se incluye un análisis de los beneficios y costes sociales de brindar asistencia jurídica gratuita. Nuestra intención consiste en demostrar teóricamente que la acción reasignativa del Estado producen mayores beneficios sociales que

pérdidas y que los efectos de tal actividad pública no son tan negativos como para viciar los beneficios sociales netos obtenidos con la misma. Por una parte, se analizan los beneficios sociales de esta institución, mismos que atienden tanto al cumplimiento de su objetivo específico, esto es, la promoción del acceso a la justicia mediante la remoción del obstáculo económico, como a los beneficios indirectos producidos por la consecución de su objetivo (que se identifican con los beneficios que se derivan de la impartición de justicia). Por otra parte, se analizan los costes socialmente indeseables de la asistencia jurídica gratuita que radican tanto en los costes propios de su provisión y financiación, como en las pérdidas que se derivan por la creación de incentivos perversos a través de la reducción del coste del servicio asegurado. Así, una idea fundamental en el desarrollo de los costes sociales de la asistencia jurídica gratuita es sin duda el análisis del riesgo moral y con él, el posible incremento de la demanda de tutela judicial.

El último capítulo de la tesis hace referencia a la dimensión constitucional de la asistencia jurídica gratuita. Por una parte, se analizan sus características constitucionales. En concreto decimos que la asistencia jurídica, en los términos de la propia Norma Fundamental, es un derecho social de contenido prestacional, tiene un carácter esencialmente instrumental en razón del cumplimiento del derecho fundamental de tutela judicial efectiva y en atención al principio de igualdad sustancial plasmado en el artículo 9.2 de la Constitución y de la prohibición del trato discriminatorio que

consagra el artículo 14 de la misma y, en tercer lugar, se trata de un derecho de configuración legal.

Cada una de las características arriba indicadas adquiere relevancia para la consecución de los objetivos propuestos en esta tesis. Su carácter de derecho social de contenido prestacional nos lleva de nueva cuenta al vínculo entre la asistencia jurídica gratuita y el Estado de bienestar. Su carácter instrumental nos permite afirmar que en sí misma la asistencia jurídica gratuita no es un derecho fundamental en el sentido tradicional de la palabra, pues carece de la característica de la universalidad (resultado importante para su congruencia con la aplicación de los criterios de eficiencia en su propia configuración). Y, finalmente, su carácter de derecho de configuración social que si bien nos permite advertir que el legislador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad para delimitar y fijar el alcance de su prestación, también nos obliga a establecer los límites de dicha facultad. Desde nuestro particular punto de vista, dichos límites vienen dados tanto por el contenido mínimo indisponible de la asistencia jurídica gratuita de acuerdo con el texto del artículo 119 de la Constitución española, como por el mandato constitucional de introducir criterios de eficiencia y equidad en su diseño normativo.

A efecto de argumentar debidamente la inclusión de la eficiencia y la equidad en la asistencia jurídica gratuita como principios rectores que informan su propia configuración y alcance, se analiza el artículo 31.2 constitucional. Ello nos lleva a esclarecer la naturaleza,

significación y alcances de este mandato constitucional, pues como pretendemos demostrar, tanto la eficiencia como la equidad pueden válidamente considerarse como verdaderos principios constitucionales que si bien tienen una estructura diferente a las normas de eficacia directa, configuran parte del marco constitucional que el legislador ordinario debe respetar al regular en detalle cualquier institución que tenga por objeto el cumplimiento de un derecho que implique la utilización de recursos públicos.

Así, como puede observarse, esta tesis contempla dos niveles de análisis respecto de la utilización de los criterios de eficiencia y equidad en la asistencia jurídica gratuita. Mientras que el primero de ellos hace referencia al plano de la argumentación trascendental a efecto de fundamentar la propia existencia de esta institución pública y legitimar la actuación del Estado en esta materia, el segundo descende a su aplicabilidad en la propia conformación normativa de la asistencia jurídica gratuita mediante la generación de parámetros e indicadores generales.

Para concluir con esta introducción quisiera expresar brevemente que el tema seleccionado, así como parte del desarrollo de esta tesis han sido producto de mi estancia por más de cuatro años en la hermosa ciudad de Salamanca, fuente inspiradora para la creatividad y el estudio. Lugar en el cual tuve la oportunidad de conocer a los profesores que me introdujeron y marcaron mi interés y gusto por la Economía, siendo mi formación originaria la de abogada. En concreto, quisiera mencionar al Dr. Fernando Rodríguez

López que con sus clases magistrales me demostró la importancia de la multidisciplinariedad. Debo decir que con él di mis primeros pasos como investigadora, pues tuve la oportunidad de que dirigiera la tesina que me llevó a la obtención del Grado de Salamanca. De igual forma tengo que mencionar al Dr. Rafael Bustos Gisbert cuya formación jurídica y especialmente dentro del ámbito del Derecho Constitucional es francamente sólida. A él le debo no sólo los comentarios y sugerencias propios de un director de tesis, sino además su apoyo incondicional para la conclusión de este proyecto. De igual forma debo decir que también tuve la gran oportunidad de tomar clases con la Dra. Gloria Begué a quien le profesó un profundo respeto y admiración y cuya valía en la formación de cualquier persona, tanto en lo jurídico como en lo económico, es fuente inagotable de sabiduría. Además del apoyo de mis queridos compañeros españoles y latinoamericanos, en Salamanca, cuna de mis hijos, conté siempre con el afecto y la ayuda de los Profesores Ángela Figueruelo y Benjamín González Alonso, así como con el criño de la familia Sánchez Luengo. No sería de recibo dejar de mencionar al Dr. Rafael Estrada Michel y al Lic. Esteban Maqueo Coral, que más allá de los fuertes vínculos afectivos que nos unen han sido parte del desarrollo de esta tesis con sus comentarios y pláticas interminables sobre el contenido de la misma, de la cual, evidentemente, soy la única responsable.

CAPÍTULO I

EL PROCESO EVOLUTIVO DE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

1. Primera etapa: una nueva política social

El mundo moderno ha sufrido transformaciones desde que el modelo de Estado social de derecho, o en términos económicos Estado de bienestar (*Welfare State*)², se introdujo en gran parte de Europa Occidental durante la época de la segunda posguerra. Su adopción representó la transformación de las tendencias liberales decimonónicas (propias del Estado liberal burgués) a efecto de introducir los llamados “derechos sociales” en coexistencia con las ya

² GARCÍA-PELAYO (1991, p. 14) establece una diferenciación de conceptos entre el llamado *Welfare State* y el Estado social de Derecho. Textualmente señala que: “El concepto de *Welfare State* se refiere a una dimensión de la política estatal, es decir, a las finalidades de bienestar social; es un concepto mensurable en función de la distribución de las cifras del presupuesto destinadas a los servicios sociales y de otros índices, y los problemas que plantea, tales como costos, sus posibles contradicciones y su capacidad de reproducción, pueden también ser medidos cuantitativamente. En cambio, la denominación y el concepto de Estado social incluyen no sólo los aspectos de bienestar, aunque éstos sean uno de sus componentes capitales, sino también los problemas generales del sistema estatal de nuestro tiempo, que en parte pueden ser medidos y en parte simplemente entendidos. En una palabra, el *Welfare State* se refiere a un aspecto de la acción del Estado, no exclusiva de nuestro tiempo [...], mientras que el Estado social se refiere a los aspectos totales de una configuración estatal típica de nuestra época.” Esta idea se puede sintetizar con las palabras de Parejo Alfonso (2002, p. 794) en el sentido de que: “Aunque pueda y deba ser cierta la afirmación «todo Estado social es un Estado de Bienestar», no lo es en modo alguno, la inversa, como es bien evidente.”

Sin embargo, como puede observarse de la diferenciación a la que aluden tanto GARCÍA-PELAYO como PAREJO ALFONSO, ambos conceptos no son excluyentes entre sí aunque la idea del Estado social adquiere una dimensión mayor que el sentido que se le otorga al cuantificable Estado de bienestar, por tal motivo no encontramos inconveniente alguno para utilizarlos de manera indistinta en el desarrollo del presente trabajo, en el entendido de que la asistencia jurídica gratuita, como se desarrolla más adelante, se constituye en una clara manifestación de ambos.

tradicionales libertades individuales y en donde el Estado, de acuerdo con Mishra (1993, pp. 41 y 42), debía asumir la responsabilidad de garantizar un nivel de vida mínimamente aceptable para todos los ciudadanos, a través de la implementación de servicios sociales de carácter universal para la atención de las necesidades básicas y de servicios asistenciales para aliviar la pobreza.

En términos de García Herrera (1994, p. 137), esta nueva política social se inspiraba “en la universalización y nacionalización de las prestaciones que impedían la consolidación de dualizaciones, buscaban evitar conflictos entre los trabajadores, perseguía integrar grandes alianzas de intereses que posibilitaran la movilización política, y aspiraba a la socialización de las obligaciones de forma que el acceso a los beneficios no dependiera de la posición en el mercado y de las condiciones desiguales de partida.” Lo cual logra explicar que esta transformación supusiera, como señala García Pelayo (1991, pp. 18 y 19), el paso de una política social sectorial, propia del último tercio del siglo XIX, destinada exclusivamente a remediar las pésimas condiciones vitales de los estratos más desamparados y menesterosos de la población, hacia la adopción de políticas sociales que extendían sus efectos más allá de la protección de las personas económicamente débiles, incluyendo, de esta forma, también a la clase media y de manera indirecta a la totalidad de la población. Tales medidas, además, de acuerdo con el citado autor, dejaron de limitarse a la menesterosidad económica para extenderse

a otros aspectos como la promoción del bienestar general, cultura, esparcimiento, educación, promoción regional, entre otros.

De esta forma, también en términos de García-Pelayo (pp. 22 y 23), la adopción del Estado social implicó una profunda modificación en la relación del Estado y la sociedad concediéndole a aquél una participación activa para neutralizar y corregir los efectos disfuncionales de un desarrollo económico y social no controlado, a través de la acción estructuradora de la sociedad, misma que se manifiesta en múltiples aspectos como, por ejemplo, la promoción de la movilidad social mediante la prestación de ciertos servicios sociales o la creación de nuevas fuentes de trabajo, etc., de tal forma que el Estado no podía permanecer indiferente a los supuestos mecanismos autorreguladores de la sociedad. Así, mientras que en otros tiempos, de acuerdo con Benda (2001, p. 528), se confiaba en que los problemas sociales se resolvieran por sí mismos a partir del libre juego de fuerzas, el Estado social introdujo, por el contrario, una corresponsabilidad de las condiciones sociales tanto de la sociedad como del Estado³. La novedad en el diseño político consistía, al decir de García Herrera (1994, p. 136), en “la pretensión de redefinir las relaciones entre economía y política, entre poder y

³ Cabe advertir, de acuerdo con lo dispuesto por PAREJO ALFONSO (2002, p. 838), que la responsabilidad del Estado en virtud de su caracterización como social, no implica necesariamente la “administrativización” de la formalización legal de la correspondiente y obligada política pública y del subsecuente ciclo ejecutivo de gestión de ésta. Aunque esta responsabilización sí impide constitucionalmente la radical “privatización” del bienestar en el sentido del desentendimiento del Estado respecto de éste.

Esta aclaración cobra especial relevancia para el tema que nos ocupa cuando se toma en consideración el proceso de desjudicialización a que se sujeta la asistencia jurídica en España.

mercado y, como consecuencia de ellas, introducir mecanismos correctores a nivel jurídico-constitucional acordes con la nueva orientación”.

En el plano jurídico este replanteamiento de la posición del Estado frente a la sociedad suponía una profunda modificación en la estructura fundamental en la que los derechos clásicos del periodo liberal, esto es, los denominados derechos negativos de libertades, cuya garantía consiste en la simple abstención del Estado y en la delimitación jurídica de su poder mediante la ley, eran manifiestamente insuficientes, de tal forma que era necesaria, en palabras de Zagrebelsky (2000, pp. 87 y 88), la intervención directa y positiva del Estado en la esfera social mediante el trazo de programas de renovación social en nombre de la igualdad sustancial y con vistas al desarrollo de la persona humana y de la participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social⁴. Así pues, como advierte Pérez Ayala (1997, p. 352), esta

⁴ Sobre el tránsito del Estado de Derecho al Estado social de derecho (que importa la inclusión de los derechos sociales conjuntamente con los derechos de libertad tradicionales), la doctrina constitucional ha sido muy prolífica, desatando una gran polémica en cuanto a la posibilidad de conjugar el Estado de Derecho, por una parte, y el Estado social, por la otra, a efecto de crear la fórmula del Estado social de Derecho. Para quien desee profundizar sobre el tema, resulta de obligada consulta la obra de FORSTHOFF (1986, p. 51 y ss.), toda vez que incluye un análisis muy interesante sobre la posibilidad de conversión recíproca del poder de dominación en función social, concluyendo que la función social y la dominación son excluyentes, en principio, toda vez que las funciones del Estado social son funciones de servicio; la sola atribución o configuración del Estado social (del que forma parte importante la función social como elemento constitutivo del derecho de propiedad) hace que la separación de lo social de la esfera de poder y de la lucha por el poder sea de muy difícil realización en la práctica, por el estado de sujeción o dependencia en el que se colocan los ciudadanos.

nueva forma de concebir al individuo y, por tanto, a los derechos individuales, vino a implicar el reconocimiento de que la pertenencia a una clase social puede dar lugar a una *restricción* de sus derechos, misma que deberá ser *abolida* por los poderes públicos.

Como no podía ser de otra forma, la adopción de estas nuevas estructuras de bienestar en gran parte del llamado mundo occidental, implicó una profunda modificación en la propia concepción y configuración de la asistencia jurídica gratuita, no sólo por considerarse a ésta como un servicio asistencial íntimamente vinculado con el combate a la pobreza, sino además por el pleno reconocimiento de su función instrumental para garantizar tanto el acceso a la justicia como el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, por ende, el cumplimiento de los demás derechos consagrados en los diversos ordenamientos jurídicos.

No está por demás decir que la asistencia jurídica gratuita, concebida como parte fundamental mas no exclusiva del acceso a la justicia, logra constituirse así en el mecanismo *ad hoc* para superar el obstáculo económico que supone la elevada onerosidad de todo litigio (cuyo coste suele atribuirse a las partes contendientes y, en su caso, a la parte perdedora en el juicio mediante la condena en costas) a través de la subrogación total o parcial de los gastos procesales por parte del Estado y, en su caso, de la prestación de servicios de asesoría y defensoría jurídica.

En palabras de Goriely (1999, pp. 88 y ss.), la estrecha relación entre la asistencia jurídica gratuita y el Estado de bienestar asume, de esta forma, una manifestación dual: por una parte, la asistencia jurídica se considera en sí misma una forma de provisión del bienestar (lo que llevó a gran parte de Europa, principalmente a aquellos países que como España adoptan un modelo de Estado social de derecho, a elevar a esta institución a rango constitucional) y, por la otra, la asistencia jurídica se constituye en un elemento fundamental para garantizar el funcionamiento de las propias estructuras del Estado de bienestar, esto es, para evitar la inoperancia de los derechos y beneficios que emanan de las mismas.

En este sentido, existe un amplio consenso en considerar que la asistencia jurídica gratuita constituye uno de los aspectos más importantes del acceso a la justicia, toda vez que permite a los justiciables defender sus intereses legítimos a través de la asesoría jurídica y el apoyo económico necesario que les permita dirimir sus controversias ante los organismos de solución de controversias jurídicas, particularmente ante los tribunales.

Ahora bien, el reconocimiento de la estrecha relación entre el Estado de bienestar y la asistencia jurídica gratuita, entendida como parte integral y funcional de aquél, tuvo consecuencias palpables en un gran número de países que, aun adoptando cada uno de ellos esquemas diferentes (tanto en el alcance de los servicios prestados como en la forma de proveerlos), coincidieron en el abandono de la vieja idea, congruente con la filosofía política del *laissez faire*, de que

la asistencia jurídica de las personas carentes de recursos debe descansar prioritaria y exclusivamente en el *munus honorificum* de los profesionales del derecho, guiados por un espíritu de caridad cristiana⁵, para dar paso a la necesaria participación del Estado como garante de la efectividad de esta institución.

Como señalan Cappelletti y Garth (1984, p. 33), en una postura claramente ejemplificativa del pensamiento social de la época post-bélica, no es suficiente decir que cada uno puede hacer valer sus derechos, en una fórmula puramente teórica; es necesario implementar medidas que permitan a las personas desaventajadas exigir la aplicación de los derechos consagrados en su favor. Para que la justicia sea verdaderamente accesible a todos, un esfuerzo social serio se requiere, una acción positiva y permanente del Estado se impone.

Bajo estas ideas del Estado social, un gran número de países se dio a la tarea de profundizar en los esquemas públicos de prestación de asistencia jurídica. De conformidad con Fix Zamudio (2002, p. 16 y ss.), la modificación de este régimen tradicional se inició, fundamentalmente, en Inglaterra en el año de 1949, por conducto de un Programa de Ayuda y Asesoramiento Jurídico, cuya

⁵ “La solución típica del Estado pre-social había sido la de sostener el ‘deber honorífico’ de la abogacía de prestar *gratuitamente* sus servicios a los no pudientes. Se trataba de una solución con la cual el Estado, al tiempo que aparentaba ocuparse del problema, se desinteresaba de hecho de él, porque establecía una obligación genérica de la profesión forense, dejando a ésta, sin embargo, la tarea de cumplirla, típica respuesta basada en la filosofía política del *laissez faire*.” CAPPELLETTI (1993, p. 93).

administración se otorgó a la *Legal Association*, integrada por los *Solicitors* (procuradores), que reciben los fondos públicos necesarios para establecer oficinas conformadas por abogados tanto públicos como privados, que no sólo proporcionan asistencia jurídica sino que, a su vez, proveen de los medios necesarios para sufragar los gastos del procedimiento respectivo. De igual forma, y de acuerdo con el referido autor, en Estados Unidos se establece un sistema similar que inicia en el año de 1964, por conducto de la *Economic Opportunity Act* del mismo año, con apoyo en la cual se estableció el *Legal Services Program* iniciado en 1965, que culminó en 1974 con el establecimiento de un organismo público federal, intitulado *Legal Services Corporation*, encargado de coordinar los programas tanto del gobierno federal como de las entidades federativas para prestar servicios públicos de asesoramiento jurídico a las personas de escasos recursos.

Cabe decir que la atención favorable a este esquema de financiamiento público para brindar asistencia jurídica gratuita también tuvo una amplia aceptación en la Europa continental, que si bien tuvo sus primeras manifestaciones en la Alemania de Weimar, entre 1919 y 1923, llegó a su avance más importante en la segunda posguerra tanto en Inglaterra, con las citadas *Legal Aid Acts* de 1949 y de los años sucesivos, como en Holanda desde 1956 y en Francia desde 1972 con la ley sobre *aide judiciaire*, entre otros)⁶.

⁶ Cfr. CAPPELLETTI (1993, p. 94).

Durante este periodo, en términos generales, podemos decir, siguiendo para ello a Francis Regan (1999, p. 179 y ss.), que se incrementaron considerablemente tanto el número de los beneficiarios del servicio jurídico gratuito (flexibilizando los criterios de elegibilidad para los usuarios), como la naturaleza de los litigios susceptibles de ser llevados a través de este mecanismo. Mientras que inicialmente sólo se otorgaba el servicio de asistencia jurídica a las personas en extrema pobreza, algunos países como Inglaterra y Gales, Suiza y los Países Bajos, entre otros estados que desarrollan esquemas elevados (o *'first-tier'*) de asistencia jurídica, incrementan considerablemente esta prestación a un mayor número de la población. Además, por lo que se refiere a las materias susceptibles de ser llevadas a través de este mecanismo, especialmente en asuntos del orden criminal y, en algunas latitudes, en asuntos del orden civil (concretamente familiar) y laboral, se logra extender a los diversos órdenes jurisdiccionales.

Un aspecto más a considerar, íntimamente relacionado con los avances indicados, fue la previsión de la necesaria remuneración por los servicios jurídicos prestados a cargo del Erario Público, a efecto de mejorar la calidad del servicio jurídico mediante la creación de incentivos económicos. Al respecto, Francis Regan (1999, pp. 184 y 185) señala que precisamente el advenimiento del Estado de bienestar fue, de hecho, una de las precondiciones esenciales para la adopción de esquemas de financiamiento público en la asistencia jurídica. Sin el primero, los gobiernos hubieran continuado

descansando en los esfuerzos voluntarios de los profesionales del derecho⁷.

Pero mientras que la financiación con fondos públicos de la asistencia jurídica gratuita (en gran medida destinada a cubrir la remuneración de los abogados) fue una cuestión generalizada e indiscutida, la forma de proveer este servicio tuvo claras diferencias.

Se crearon dos modelos principales: (1) el llamado *Salaried staff attorneys*, adoptado por Estados Unidos y otros países del Continente Americano, cuya prestación se encomienda a abogados pertenecientes al sector público, esto es, contratados por el Estado especialmente para tales efectos, y (2) el modelo *Judicare*, adoptado por países como Francia, Alemania, Italia y España, que encomienda la prestación del servicio jurídico gratuito a los abogados que ejercen su profesión en el sector privado pero financiados con fondos públicos. Cabe decir que un modelo más, acogido inicialmente por Inglaterra, conjuga ambos sistemas a efecto de hacerlos “complementarios” más que simplemente “concurrentes”, esto es, con la participación activa tanto del sector público como del sector privado.

Así pues, cada uno de los modelos antes indicados, con sus defectos y ventajas inherentes, así como el pleno reconocimiento de la

⁷ Aunque debe observarse que en la práctica los honorarios destinados a los abogados con motivo de la asistencia jurídica gratuita no llegan a igualar el valor de mercado de aquellos que ejercen la profesión de manera privada. De esta forma se rompe con un principio fundamental del garantismo moderno consistente en que a trabajo igual debe corresponder un salario igual.

necesaria participación activa del Estado en la prestación del servicio de asistencia jurídica para las personas carentes de recursos suficientes para litigar y, en algunos casos, con una cobertura de carácter universal, representaron el proceso evolutivo favorable de esta institución durante la segunda mitad del siglo pasado.

En la década de los setenta, la literatura versada en esta materia era optimista respecto del impacto y la longevidad de los cambios operados para favorecer el acceso a la justicia de determinados sectores de la población. Esta situación de optimismo llevó incluso a incrementar las expectativas de la doctrina jurídica respecto del alcance de las medidas necesarias para favorecer el acceso a la justicia.

Así, por ejemplo, el “Movimiento de Florencia para el Acceso a la Justicia”, capitaneado por Cappelletti, en el cual se postula la idea del “acceso” como un criterio esencial de una concepción social-liberal moderna del Estado (esto es, el *Welfare State*), si bien tuvo en inicio como objetivo fundamental la remoción del obstáculo económico, cuyo aspecto más visible, al decir del autor (1993, pp. 92 y 93), “concierno al acceso de los menos pudientes a la asistencia del defensor técnico, esto es, el abogado, ya sea en calidad de asesor (*legal advice*) o de defensor en juicio (*legal aid*)”, sus pretensiones se extendieron a la atención de los obstáculos procesales en general (la “segunda ola del movimiento”) y a la defensa de los intereses difusos o colectivos (la “tercera ola del movimiento”), esto es, a combatir la

dificultad para los titulares de los intereses difusos de organizarse en un frente unitario contra un *masswrongdoer*.

2. Segunda etapa: el cuestionamiento sobre el alcance de la intervención estatal

Si bien los avances operados respecto de la asistencia jurídica gratuita durante este periodo favorable a la promoción del acceso a la justicia en todas sus vertientes y a la ola de optimismo respecto de la misma, dieron paso a la instauración constitucionalizada de esta política social financiada con fondos públicos, lo cierto es que también se abrió a debate el alcance y la cobertura de su prestación. Hubo pleno reconocimiento de la escasez de los recursos y de la necesidad de establecer criterios de asignación que permitieran su sostenibilidad. En otras palabras, mientras que en una primera etapa se logra posicionar a la asistencia jurídica gratuita entre las “necesidades sociales” prioritarias cuya atención por parte del Estado es requerida, esta segunda etapa cuestiona su alcance y cobertura a efecto de establecer esquemas de asistencia jurídica gratuita que se ajusten a las posibilidades reales de cada Estado.

Ciertamente no existen posturas uniformes respecto del alcance que debe otorgársele a la asistencia jurídica gratuita pues, como advierte García Herrera (1994, p. 135) respecto de las estructuras del Estado de bienestar en general, no está exenta de cargas ideológicas y de posicionamientos apriorísticos.

Sin embargo, es prácticamente un punto de común acuerdo que las posiciones alentadoras de un Estado benefactor sumamente generoso pudieran llegar a ser insostenibles pues, como afirma Benda (2001, p. 523), el Estado social pudiera convertirse en un proyecto imposible tan pronto se estanque el producto social bruto, de tal forma que el Estado distribuidor se vea constreñido por las circunstancias a no tener nada que distribuir. Así, de acuerdo con el propio autor, “no es por accidente por lo que recientes publicaciones sobre el tema se titulan Límites del Estado Social, Crisis del Estado Social, El Estado social en la frontera del crecimiento.”

De hecho, como admite Parejo Alfonso (2002, p. 795), resulta innegable que en la actualidad se ha venido produciendo una reestructuración de los regímenes de bienestar establecidos o un cambio en el modo de dación de los bienes o prestación de servicios sociales, situación que va de la mano, por supuesto, con el “paulatino e incesante cuestionamiento del papel de lo público en el actual contexto socioeconómico” (García Herrera, 1994, p. 133).

Así pues, el modelo de Estado que tanto apoyo había inicialmente concitado, está sujeto, sin duda alguna, a un proceso de transformación en el que existe, de acuerdo con García Herrera (1994, p. 138 y ss.), una quiebra de la dinámica que ha inspirado y alimentado el funcionamiento y desarrollo del propio modelo. Este cambio, según el propio autor, ha sido propiciado por diversas causas, entre las que cabe mencionar los problemas económicos, las dificultades de financiación de los gastos sociales, la quiebra

ideológica, el despilfarro, atrofia y crecimiento administrativo, la ineficiencia del sector público, entre otras⁸.

Además, como advierte Cantaro (1997, p. 177), “los operadores económicos, las empresas y los mercados miran con sospecha al *regulatory welfare state* y a los costes financieros de los derechos sociales y de los programas asistenciales”, como consecuencia, seguramente, del criterio de racionalidad económica y la creciente desconfianza del actuar del Estado.

Este contexto en el que se discute sobre la configuración y el alcance del Estado social, mismo que pretende conjugar, de acuerdo con García Herrera (1994, p. 141), el desarrollo económico capitalista mediado por la intervención de los poderes públicos en el mercado y una distribución de la riqueza que permite satisfacer demandas sociales, no puede menos que repercutir en los esquemas institucionales del modelo de asistencia jurídica gratuita⁹.

⁸ De acuerdo con DOGLIANI (1997, p. 688), la expresión “crisis del estado social” obedece a la acumulación de tres grandes procesos: (a) La transformación (globalización) de los sistemas financieros y productivos y la revolución pasiva que se deriva de ellos; (b) El mismo éxito del *welfare* que, al generar seguridad, produce la desmovilización de las actitudes militantes que habían sido esenciales para construirlo, y; (c) La disolución y derrumbamiento de los regímenes del Este europeo.

⁹ De hecho, algunos autores llegan a sostener un verdadero proceso regresivo de la asistencia jurídica gratuita a partir de la década de los ochenta, acentuado en los noventa, conclusión a la que llegan después del análisis histórico y comparativo de esta institución en algunos países industrializados. Sobre el particular, resulta ilustrativo el artículo de HANSEN (1992), en el cual pone de manifiesto como el proceso evolutivo de la asistencia jurídica gratuita en los últimos años se ha ido separando del objetivo específico inicialmente que incorpora tanto a las personas de escasos recursos como aquellas de ingresos

Los factores que permiten identificar los cambios estructurales de la asistencia jurídica gratuita, en términos generales, se restringen básicamente a los siguientes: (1) El presupuesto público destinado al beneficio de justicia gratuita¹⁰; (2) el número y cobertura geográfica de los centros públicos o clínicas encargados de prestar este servicio, aplicable a los países que adoptan el *Salaried staff attorney's model*; (3) los criterios de elegibilidad para gozar de este servicio; (4) las materias, órdenes jurisdiccionales e instancias susceptibles de ser llevados a través de este servicio de asistencia jurídica gratuita; y (5) la participación activa del sector público en diversos aspectos organizativos o procedimentales para la prestación de este servicio, cuyo efecto inmediato se refleja en la creciente o decreciente carga del servicio para el sector privado.

El análisis del proceso evolutivo de cada uno de estos factores, así como el alcance de su cobertura, permite identificar las mutaciones que ha venido observando la asistencia jurídica gratuita y, con ello, determinar el sentido en el que la asistencia jurídica gratuita ha ido evolucionando.

moderados. De acuerdo con el citado autor (p. 85), el principio que subyace en los últimos años consiste en “*the conditional welfare of the few*”.

¹⁰ Íntimamente vinculado a este factor se encuentra la relación de los honorarios correspondientes al servicio de asistencia jurídica gratuita con los precios de mercado. Cabe decir que los métodos para fijar los honorarios en el sector privado suelen ser diversos (entre los que destaca el contingente de acuerdo al número de horas invertidas en el caso particular), mientras que los honorarios correspondientes al servicio legal asistencial son estandarizados.

Como veremos en su oportunidad, el proceso evolutivo de la asistencia jurídica gratuita en España se ha venido desarrollando en el sentido de ampliar su cobertura tanto en cuanto a los sujetos elegibles como en las materias susceptibles de litigarse con esta prestación. Por el contrario, algunos países de corte liberal, como Estados Unidos, Canadá, Australia o Inglaterra, por citar solo a algunos ¹¹, han adoptado políticas de asistencia jurídica orientadas a la reducción o, incluso, a la abolición de su prestación en ciertas materias.

¹¹ El descenso de la cobertura de asistencia jurídica gratuita ha sido especialmente visible en el caso de Estados Unidos de América. De acuerdo con KILWEIN (1999, pp. 41 a 63), en la década de los noventa, el Congreso norteamericano ha introducido importantes restricciones presupuestarias a la *Legal Services Corporation* y ha establecido rigurosos criterios de elegibilidad para los usuarios, lo que, evidentemente, ha tenido consecuencias reductivas respecto de la asistencia jurídica en el orden civil y familiar, preferentemente.

Asimismo, como destaca Francis REGAN (1999, p. 188), el Reino Unido y Australia también han sufrido importantes reducciones tanto presupuestarias como en los criterios de elegibilidad. De acuerdo con este autor, mientras que en 1950, en Inglaterra, aproximadamente el 70 % de la población era elegible para el servicio público de asistencia jurídica, en 1990 este porcentaje ha descendido a menos del 50 % de la población.

Asimismo, en el caso de este último, de acuerdo con ZANDER (1998, p. 538 y ss.), cabe mencionar el discurso en Cardiff de Lord Irvine, del 18 de octubre de 1997, concretamente en su primer pronunciamiento como Lord Cancellor, ante la Conferencia anual de la *Law Society*, toda vez que supone uno de los primeros pasos, públicamente expuestos y con una gran recepción a nivel gubernamental y de análisis académico para la retransformación de la propia concepción y configuración de la asistencia jurídica gratuita. De acuerdo con este discurso, la política pública a seguir respecto de la asistencia jurídica debe consistir en limitar considerablemente esta prestación a aquellos asuntos que sean de imperiosa necesidad, especialmente tratándose del orden penal. Para ello, Lord Irvine propone extender la práctica de los acuerdos de honorarios condicionados (*conditional fee agreements*) para las acciones de responsabilidad civil, de tal forma que la asistencia jurídica gratuita se suprima para los casos de esta naturaleza. Un argumento de peso para sus propuestas fue, entre otros, que los recursos disponibles son finitos. Para una referencia más extensa sobre el Discurso en Cardiff consúltese el trabajo de investigación de la *House of Commons*, elaborado por THORP Y RICHARDS (1999, p. 29 y s.)

Así pues, como puede desprenderse de lo antes dicho, la posición privilegiada de la asistencia jurídica gratuita que llegó a adquirir durante la segunda mitad del siglo pasado no está exenta de cuestionamientos respecto del papel del Estado tanto en su provisión como en su financiación, pues el reconocimiento del carácter finito de los recursos públicos hacen imperante la necesidad de establecer límites y explorar nuevas alternativas que aminoren la carga presupuestaria que la misma representa. De ahí que mientras que en una primera etapa el común denominar consistía en destacar las bondades de la asistencia jurídica gratuita como mecanismo *ad hoc* para promover el acceso a la justicia, especialmente ante el obstáculo que supone la elevada onerosidad litigiosa, en la actualidad se discute su alcance y configuración a efecto de asignar de la mejor manera los recursos disponibles.

Esta modificación de enfoques y perspectivas respecto de la asistencia jurídica gratuita va de la mano, por supuesto, con las transformaciones del Estado de bienestar y la creencia en los servicios públicos a que alude Goriely (1994, p. 546 y ss.). De ahí que tanto la asistencia jurídica como el propio Estado de bienestar hayan sufrido un cambio fundamental en su propia concepción. Mientras que durante la posguerra el Estado de bienestar se asentaba sobre la base no de beneficios mínimos para algunos sino de beneficios iguales para todos, en un claro sentido de solidaridad social, en los últimos años la tendencia se dirige a proveer ciertas prestaciones, como la asistencia jurídica, únicamente a un nivel

mínimo para las personas de más bajos recursos, esto es, en palabras de Ferrajoli (2001, p. 16), con un claro carácter selectivo y desigual.

Ahora bien, veamos a continuación, de manera sucinta, cuál ha sido el proceso evolutivo de la asistencia jurídica gratuita en el sistema jurídico de España, para lo cual se hace necesario analizar previamente el desarrollo de esta institución en el plano internacional, sin que ello sea óbice para retomar con posterioridad dicho proceso ya en una referencia específica al régimen constitucional de la misma.

3. Evolución en el Derecho internacional europeo

De acuerdo con la ola de optimismo propio de las décadas de los setentas y ochentas, en el plano internacional también hubo varios avances favorables hacia la asistencia jurídica gratuita. De hecho, su inclusión en los principales tratados internacionales para la protección de los Derechos Humanos implicó un paso muy importante para centrar la atención en esta materia y, con ello, adoptar medidas favorables para su internalización en los sistemas jurídicos de los Estados firmantes. Ciertamente, atendiendo a las sugerencias de Neumayer (2005, p. 925), el hecho de que se incorporaran ciertos artículos relativos a la asistencia jurídica gratuita a nivel internacional no fue definitorio para su regulación en el Derecho interno. Sin embargo, es importante destacar, de acuerdo con este autor, el efecto positivo que su inclusión (como en el caso de

cualquier otro derecho fundamental) ha provocado en los Estados de corte democrático y, de manera especial, en aquéllos que simultáneamente tienen un número considerable de ciudadanos que participan en organizaciones internacionales no gubernamentales.

Dentro de las disposiciones que mayor relevancia presentan para la materia que nos ocupa podemos señalar el artículo 14, fracción 3, inciso d), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (en vigor el 23 de marzo de 1976). Este artículo establece que durante el proceso toda persona acusada de un delito tendrá como garantía mínima el derecho a un defensor, mismo que será gratuito si careciere de medios suficientes para pagarlo.

De igual forma, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (ratificado por España el 26 de septiembre de 1979, y publicado en el BOE de 10 de octubre del mismo año), en su artículo 6, intitulado “Derecho a un proceso equitativo”, contempla en su párrafo 3., inciso c), el derecho de todo acusado a defenderse por sí mismo o a ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, “cuando los intereses de la justicia lo exijan”¹². Esta misma disposición establece, además, en su inciso e), el derecho a la asistencia gratuita de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia. Lo anterior, sin embargo, debe ser

¹² Una disposición homóloga se encuentra en el artículo 8º., fracción 2, inciso e) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de 1969), aunque con el grave inconveniente de especificar que el defensor proporcionado por el Estado será “remunerado o no según la legislación interna”.

interpretado de manera conjunta con lo dispuesto por el texto íntegro del artículo 6 (Tata, 1999, p. 135), siendo de especial relevancia para este tema el párrafo 1., mismo que establece que:

“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.”

En una interpretación literal del Convenio Europeo de Derechos Humanos parecería desprenderse, como advierte Irurzun (2007, p. 40), que la asistencia jurídica gratuita se circunscribe a la defensoría por un abogado de oficio cuando existe un acto de acusación formal en el ámbito penal y, en su caso, a la gratuidad de un intérprete. No obstante lo anterior, precisamente en ese periodo comprendido dentro de la etapa que podríamos caracterizar de optimismo social, se dieron importantes fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos, con motivo del artículo 6 de la Convención, que contribuyeron no sólo a extender su aplicabilidad dentro del ámbito penal (incluyendo la etapa previa a la detención o por la sola privación de la libertad)¹³, sino también a vincular a la asistencia jurídica gratuita con la tutela judicial efectiva y, en consecuencia, con el acceso a la justicia.

¹³ Cfr. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 8 de febrero de 1996, en el asunto JBON MURRAY contra el Reino Unido.

Si bien es cierto que esta jurisprudencia ha desarrollado el derecho a la asistencia legal gratuita especialmente dentro del campo del derecho penal, es de hacerse notar que también ha sentado algunos precedentes en otros ámbitos jurídicos, lo que ha supuesto una extensión de la asistencia jurídica de los procedimientos penales a otros tipos de enjuiciamiento (Fix-Zamudio, 2002, p. 19 y ss.).

Sobre el particular destaca, sin lugar a dudas, el Caso Airey vs. Irlanda, resuelto en sentencia de 9 de octubre de 1979, en el cual la Corte Europea, con fundamento en el artículo 6, párrafo 1., resuelve un asunto en el que se alega la violación del Estado irlandés a la Convención, bajo el argumento de que dicho Estado no tiene un procedimiento legal accesible para garantizar los derechos y obligaciones que la legislación interna prevé en asuntos del orden civil (familiar). La parte afectada (la Sra. Airey) alega que se le ha negado la obtención de asistencia de letrado de forma gratuita para la obtención de la separación judicial ante la *High Court* de Irlanda, a pesar de su mala situación económica. En consecuencia, la quejosa argumenta que el Estado ha fallado en asegurar el efectivo acceso a la jurisdicción que garantiza el artículo 6 de la Convención (opinión que comparte unánimemente la Comisión). Por su parte, Irlanda presenta tres consideraciones en su defensa: la primera, consistente en el hecho de que la legislación interna, esto es, en el procedimiento para la obtención de la separación judicial ante la *High Court*, no se requiere la defensa de abogado designado pues puede llevarse personalmente por el interesado; la segunda, que la Convención sólo hace referencia a la asistencia de abogado de oficio en los

procedimientos del orden criminal, por tanto no resulta aplicable a una petición del orden civil como es el caso planteado; y, la tercera, que el asunto en cuestión se encuentra en la esfera de lo económico y social y, por ello, depende de las condiciones actuales del país.

En el fallo correspondiente, la Corte ha dispuesto que el artículo 6, párrafo 1., de la Convención (por lo que ya no interesaría el análisis de la aplicabilidad del párrafo 3. del citado precepto, mismo que expresamente se restringe al ámbito penal) resulta perfectamente aplicable al caso de la Sra. Airey, toda vez que esta disposición comprende el derecho de acceder a un tribunal o corte para garantizar los derechos civiles y obligaciones. En ese sentido, la Corte considera que Irlanda ha quebrantado el artículo 6, párrafo 1., de la Convención pues, dado el alto costo del procedimiento y la complejidad del mismo, es improbable que una persona en la posición en que se encuentra la Sra. Airey pueda efectivamente presentar con éxito su propio caso. Así, la Corte concluye que *“the possibility to appear in person before the High Court does not provide the applicant with an effective right to access and, hence, that it also does not constitute a domestic remedy [...]”*. Ahora bien, por lo que hace al alegato de Irlanda en el sentido de considerar que la asistencia jurídica cae en el orden de lo social y económico y, por ello, depende de las circunstancias particulares de cada país para su prestación, la Corte concluye que *“[...] the mere fact that an interpretation of the Convention may extend into the sphere of social and economic rights should not be a decisive factor against such an interpretation.”*

A pesar de la magnitud del impacto de esta sentencia en cuanto al alcance de la asistencia jurídica y su interés en el plano internacional pues, como ha puesto de manifiesto Whyte (2002, p. 249), constituye un factor fundamental para la introducción, en 1980, de un esquema de asistencia legal financiada públicamente, la Corte matizó sus anteriores consideraciones para terminar afirmando que la posibilidad de defenderse en juicio personalmente, aún sin la asistencia de un abogado, no necesariamente implica una negación al efectivo acceso a la justicia. Todo depende, a juicio de la Corte, de las circunstancias¹⁴. Asimismo, por lo que hace específicamente a la asistencia jurídica gratuita y después de aceptar que la Convención no contiene provisión alguna sobre ella en asuntos de naturaleza civil, la Corte concluye que si bien representa un esquema para garantizar el acceso a la justicia, no es el único y, por ende, no es función de la Corte determinar cuál debe ser el esquema finalmente adoptado. Con ello, finaliza diciendo que *“The conclusion [...] does not therefore imply that the State must provide free legal aid for every dispute relating to a civil right.”*

Sin embargo, el criterio adoptado por la Corte Europea de Derechos Humanos en el Caso Airey ha seguido prevaleciendo aún en la

¹⁴ En un asunto de naturaleza penal, el Caso PAKELLI vs. Alemania, resuelto en sentencia de 25 de abril de 1983, la Corte Europea hace prevalecer la idea de que para satisfacer el contenido mínimo del derecho de asistencia jurídica, previsto por el artículo 6, párrafo 3, inciso c) de la Convención, la autodefensa (permitida en este caso por la legislación alemana) no puede concebirse como una alternativa válida e incondicionada al derecho de asistencia jurídica gratuita. Reitera que serán las circunstancias del caso concreto las que resultarán determinantes.

actualidad, como puede observarse en el Caso P., C. y S. contra el Reino Unido, en la sentencia emitida el 16 de julio de 2002. Este caso, al igual que el anterior, entra en el ámbito del derecho familiar, puesto que unos padres se ven privados de la custodia de su hija a efecto de ponerla a disposición del procedimiento de adopción, en razón de que las autoridades inglesas tienen elementos suficientes para considerar que la menor podría estar en grave riesgo físico y moral.

Aquí, el Tribunal, después de puntualizar que no existe un derecho automático de asistencia jurídica gratuita, en los términos de la Convención, para la determinación de los derechos civiles, observa que este derecho es necesario, en ciertas circunstancias, para cumplir con lo dispuesto por el artículo 6, párrafo 1. del mismo ordenamiento. En ese sentido, considera en su resolución final que el Reino Unido efectivamente ha vulnerado el artículo 6 de la Convención, toda vez que no proporcionó asistencia jurídica gratuita a los padres de la menor en un caso que comprende intereses tan importantes en juego y es de naturaleza tan emotiva que los mecanismos sustitutivos ofrecidos por la legislación británica, de cara a presentar asesoramiento jurídico a los cónyuges, no podían considerarse bastantes para satisfacer el derecho a una genuina asistencia letrada¹⁵.

¹⁵ La misma línea argumentativa se presenta en el Caso STEEL y MORRIS contra el Reino Unido, resuelto en sentencia de 15 de mayo de 2005, donde el Tribunal Europeo destaca el principio de igualdad de armas y, dadas las particularidades del caso (pues la contraparte en el litigio de derecho interno es nada menos que la empresa Mc Donalds), considera insuficiente la asistencia jurídica ocasional prestada *pro bono* a los demandantes.

Otro aspecto destacable en cuanto al avance de la jurisprudencia de la Corte Europea en materia de asistencia jurídica gratuita, es la referencia a la calidad del servicio prestado en la asesoría o defensa jurídica en atención a “los intereses de la justicia”. Aquí el Tribunal ha otorgado una interpretación muy amplia, en el sentido de que no basta designar a un abogado de oficio para cumplir con los términos del artículo 6 de la Convención, sino que, en cualquier caso, es necesario que éste actúe en un claro interés de su defendido.

Sobre el particular destaca el Caso Artico contra Italia, resuelto en sentencia de 13 de mayo de 1980, mismo que trata sobre la situación de un ciudadano italiano, el Sr. Artico, procesado y condenado por diversos delitos, entre ellos el fraude. Si bien en primera instancia contó con la asesoría de un abogado privado de su elección, solicitó el beneficio de asistencia jurídica gratuita para seguir el procedimiento de apelación ante la Corte de Casación italiana. El beneficio le fue concedido, motivo por el cual se le designó un abogado de oficio, el Sr. Della Rocca. Sin embargo, este último se rehusó a defender al justiciable bajo diversos argumentos de índole personal (por falta de tiempo, por la complejidad del caso y, finalmente, por motivos de salud), sin que las autoridades italianas, habiendo sido prontamente notificadas de esta situación, nombraran a un abogado sustituto. A pesar de la situación, la Corte de Casación emitió una resolución en la que consideraba inadmisibile la apelación promovida por el Sr. Artico. El principal argumento emitido por el gobierno italiano en su defensa consistió en que el artículo 6, párrafo

3., inciso c), de la Convención prevé dos condiciones para la aplicación de la asistencia jurídica gratuita: la primera, que el justiciable no tenga suficientes recursos económicos y, segunda, que la misma se provea en el interés de la justicia; y según su argumento, el presente caso no sólo no satisface esta segunda condición sino que nada dice que el incumplimiento de este precepto normativo habría cambiado la resolución de inadmisibilidad del recurso de casación.

Al respecto, la Corte ha señalado que esta opinión contrasta con la opinión emitida por las propias autoridades italianas que, en su momento, decidieron conceder la asistencia jurídica gratuita. Además, puntualiza la Corte, el argumento de las autoridades italianas se basa en un imposible pues no puede probarse más allá de toda duda, que el nombramiento de un abogado sustituto para Della Rocca habría cambiado el parecer de la Corte de Casación. En este sentido, el Tribunal concluye que “[...] *there is nothing in Article 6, par. 3 (c) indicating that such proof is necessary; an interpretation that introduced this requirement into the sub-paragraph would deprive it in large measure of its substance.*” De acuerdo con lo anterior, la Corte considera que el Estado italiano no puede ser responsable por los resultados obtenidos por el abogado de oficio pero, en las circunstancias particulares, sí estaba obligado a tomar las medidas necesarias para asegurar que el justiciable disfrutara efectivamente del derecho que previamente le había sido reconocido. En su opinión, el Estado italiano tenía dos opciones: la primera era buscar un reemplazo para el Sr. Della Rocca y la segunda era obligarlo, de ser

apropiado, a cumplir con su deber. Sin embargo, el gobierno optó por una tercera opción consistente en hacer caso omiso de la situación. De ahí que la Corte concluyera que efectivamente hubo un claro incumplimiento al artículo 6 de la Convención.

Este mismo sentido ha sido sostenido en reiteradas ocasiones por el Tribunal, como puede observarse tanto en el Caso Pakelli contra Alemania, resuelto en sentencia de 25 de abril de 1983, como en el Caso Daud contra Portugal, de 21 de abril de 1998. En este último, ante la imposibilidad del Sr. Daud de obtener una efectiva y práctica defensa jurídica, pues su primer abogado se declaró enfermo y el segundo fue designado con muy poco tiempo de antelación para preparar el recurso procedente, la Corte reitera que el Estado no puede ser responsable de los resultados obtenidos por parte del abogado de oficio y confirma la independencia de la profesión jurídica ante el Estado, por la cual la defensa es esencialmente un asunto que compete al abogado y su defendido, sea mediante el esquema de asistencia jurídica gratuita o sea a través de la práctica privada de la profesión. Sin embargo, la Corte considera que las autoridades competentes de cada Estado están obligadas por el artículo 6, párrafo 3, inciso c) a intervenir “[...] *only if a failure by legal aid counsel to provide effective representation is manifest or sufficiently brought to their attention in some other way [...].*”

Un caso más que conviene destacar por haber sentado un importante precedente en el desarrollo jurisprudencial de la asistencia jurídica gratuita es el Caso Van der Musselle contra

Bélgica, resuelto en sentencia de 23 de noviembre de 1983. A diferencia de los casos anteriores aquí el solicitante es el abogado de oficio designado por el Reino de Bélgica, el Sr. Van der Mussele, para la defensa de un nacional de Gambia. Su principal queja gira en torno al hecho de haber sido requerido para defender a un justiciable sin recibir a cambio remuneración alguna o reembolso de los gastos efectuados en la defensa de su cliente. Por su parte, la defensa del gobierno de Bélgica utiliza como argumento que la legislación interna no obliga a los abogados a aceptar la prestación de los servicios de asistencia jurídica gratuita y que, en todo caso, si lo hacen es a través de la sujeción voluntaria a las reglas emitidas por los gremios de abogados. De hecho, el gobierno de Bélgica en ningún momento prescribe la forma de designación de los abogados ni los efectos de dicha designación.

Al respecto la Corte consideró que de acuerdo con la Convención, la obligación de prestar asistencia jurídica gratuita deviene, en materia criminal, del artículo 6, párrafo 3., inciso c) y, en materia civil, de la interpretación del artículo 6, párrafo 1., en aquellos casos en los que es necesaria para asegurar un proceso justo. Por ende, la provisión de esta prestación es obligatoria para los Estados firmantes de la Convención y, en consecuencia, el hecho de que la legislación interna disponga que corresponde su provisión a los Colegios de Abogados no libera al gobierno de su responsabilidad.

Aquí, la Corte establece una clara corresponsabilidad entre el Estado y aquéllos que efectivamente prestan el servicio jurídico requerido,

generándose de esta forma un claro impedimento para la absoluta privatización de la asistencia jurídica gratuita, pues, en cualquier caso, es al Estado a quien le incumbe asegurar la existencia efectiva de esta prestación. Sin embargo, no hay especificación alguna sobre cuáles deberían de ser las medidas, prestaciones o servicios adoptados pues, como afirma Parejo Alfonso (2002, p. 849), “la responsabilidad estatal se refiere a su organización y tutela, pero no comprende una forma concreta de organización y menos aún impone como única posible la que traduzca su completa administrativización en forma de servicio público en sentido estricto.” Éste debe ser, en nuestra opinión, el sentido que debe otorgársele al fallo emitido por la Corte.

Sin embargo, a pesar de la importancia de esta sentencia, misma que supone un paso fundamental para la nueva concepción de la asistencia jurídica gratuita, en el sentido de que traslada su provisión de la obligación moral de los abogados a la obligación jurídica del Estado de acuerdo “con el interés de la justicia”, no alcanzó a dar el gran paso que hubiera supuesto la necesidad de remuneración por parte de los servicios prestados. Paso que, por cierto, se logró dar al interior de cada Estado parte de la Convención.

Finalmente, por lo que hace al avance de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de asistencia jurídica gratuita conviene señalar el Caso Quaranta contra Suiza, resuelto en sentencia de 24 de mayo de 1991, toda vez que se adentra en la concepción del “interés de la justicia”. Esta sentencia

desglosa en tres los factores que deben considerarse para determinar el interés de la justicia como causa de justificación para la concesión de la asistencia jurídica gratuita: Primero, la mayor o menor gravedad de los hechos enjuiciados y el carácter más o menos severo de la pena que pueda imponerse¹⁶; segundo, la mayor o menor complejidad del caso; y, tercero, la situación personal del justiciable a efecto de determinar si tiene la posibilidad real de llevar a cabo una defensa eficaz de sus posiciones¹⁷.

De acuerdo con todo lo anterior podemos afirmar que la jurisprudencia de la Corte Europea no sólo ha extendido la obligación de los Estados parte de la misma para prestar asistencia jurídica gratuita en otros ámbitos distintos al orden penal, sino que

¹⁶ En el Caso BENHAM contra el Reino Unido, resuelto en sentencia de 10 de junio de 1996, el Tribunal afirma de manera categórica que en todos aquellos casos en los que se encuentra comprometida la libertad del acusado, el interés de la justicia exige en principio una adecuada defensa legal.

¹⁷ El derecho de asistencia legal también se ha extendido a los procedimientos ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Dicho sistema depende del Consejo de Europa y puede ser solicitado por los interesados que acuden ante dicha Corte, en los términos de los artículos 91 a 96 de su Reglamento de 4 de noviembre de 1998. Puede otorgarse por el Presidente de la Sala que conoce del asunto, a petición del interesado o de oficio, cuando no tenga los medios necesarios para cubrir los honorarios de un abogado. Entre otras cosas, esta prestación cubre los honorarios del abogado o, en su caso, de su representante, gastos de viaje y todo aquello que se considere necesario. No obstante, el coste del ofrecimiento y desahogo de las pruebas no se encuentra comprendido, toda vez que en el supuesto de que no pueda ser sufragado por el justiciable, será pagado con fondos del Consejo de Europa de acuerdo con la estimación hecha por el Presidente de la Sala respectiva, de conformidad con el artículo 65, fracción 3 del citado Reglamento.

De igual forma cabe destacar la inclusión de la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos llevados a cabo ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, regidos por los Reglamentos de procedimiento de 19 de junio de 1991 y de 2 de mayo de 1991, respectivamente.

además ha hecho prevalecer su criterio en el sentido de que, en ocasiones, no es suficiente que la presencia de un abogado no sea preceptiva como tampoco lo es la sola designación del abogado de oficio, pues, en cualquier caso, debe prevalecer el principio de igualdad de armas así como la defensa o asesoría efectiva (como sería el tiempo adecuado para preparar la defensa) en atención a los intereses de la justicia.

Todo lo anterior puede resumirse en palabras de Arangüena Fanego (2005, p. 398 y ss.), de acuerdo con la cual la asistencia jurídica gratuita, en los términos del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de su interpretación por el Tribunal de Estrasburgo, incorpora la obligación de los Estados de proveer al justiciable de una defensa de oficio, misma que no se agota en la mera designación de un abogado, sino que comporta obligaciones positivas que se extienden a asegurarse de su efectividad, como por ejemplo en el supuesto de que caiga enfermo o eluda sus responsabilidades. Así pues, la asistencia jurídica no puede ser meramente nominal, aun cuando su existencia suponga las dos condiciones previamente señaladas: la de carecer de medios suficientes y que los intereses de la justicia la demanden.

Sin embargo, los medios necesarios para cumplir con los términos del artículo 6 de la Convención no son responsabilidad de la Corte. De ahí que ésta se cuide de no restringir la capacidad del Estado para configurar sus propios esquemas de asistencia jurídica gratuita, los mecanismos sustitutivos que considere adecuados, así como los

recursos presupuestarios destinados a su cobertura¹⁸, como lo demuestra en reiteradas ocasiones en las que hace referencia a la necesaria atención de las circunstancias particulares de cada caso en concreto a efecto de determinar cuándo se presenta efectivamente una violación al artículo 6 de la Convención.

Ahora bien, a pesar de la necesaria particularización de los casos en los que procede la asistencia jurídica gratuita, misma que adquiere una mayor acentuación en el orden civil, pues no olvidemos que en materia penal es una obligación expresa para los Estados parte de la Convención (aunque sujeta al requisito de procedencia de la falta de recursos disponibles para litigar), no podemos dejar de reconocer el gran avance que ha supuesto el desarrollo jurisprudencial de la Corte Europea, tanto por lo que hace a su influencia en el Derecho interno de cada Estado parte¹⁹, como por lo que hace al desarrollo de los Derechos Fundamentales (y, en concreto, de los instrumentos para garantizar un efectivo acceso a la justicia) en el ámbito de la Unión Europea.

Sobre este último aspecto cabe mencionar la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de diciembre de 2000, celebrada con motivo del Consejo Europeo de Niza, misma que

¹⁸ De acuerdo con TATA (1999, p. 134) no es posible decir qué nivel de gasto sería necesario para cumplir con la Convención. De hecho, en la actualidad, dichos niveles varían considerablemente de un Estado parte de la Convención a otro.

¹⁹ Como apunta BUSTOS GISBERT (2005, pp. 160 y 161), la constitución contemporánea es una norma abierta al exterior. De hecho, gran parte de las normas constitucionales no pueden entenderse si no es con referencia a los ordenamientos situados extramuros de la propia constitución.

dispone en su artículo 47, intitulado “Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial”, en su tercer párrafo, que “se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia”.

Como se desprende del texto de este artículo, la Carta de Derechos Fundamentales fue todavía más allá de lo dispuesto por el Convenio de Roma de 1950 al establecer de manera general, sin restricción alguna respecto del ámbito material de aplicación, la obligación de los Estados miembros de la Unión de prestar asistencia jurídica gratuita bajo dos condiciones: la primera, que el justiciable carezca de recursos suficientes; y, la segunda, que sea necesaria para garantizar el efectivo acceso a la justicia. De esta forma, el derecho recogido por la Carta de Derechos Fundamentales extiende el derecho a la gratuidad de la justicia a cualquier materia jurídica y a cualquier instancia jurisdiccional, sin coartar la capacidad de los Estados miembros para adoptar los mecanismos que sus propias posibilidades económicas y sociales les permitan.

Evidentemente, esta disposición se adopta en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva, mismo que como el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha manifestado en reiteradas ocasiones²⁰, constituye un principio general del Derecho

²⁰ Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de marzo de 2007 (Caso UNIBET); de 3 de septiembre de 2008 (Caso KADI y AL BARAKAAT INTERNATIONAL FOUNDATION/Consejo y Comisión); y, de 16 de julio de 2009 (Caso Mono Car Styling S.A.).

Comunitario, que resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y que ha sido consagrado en el Convenio Europeo y ratificado por la Carta de Derechos Fundamentales.

Ahora bien, a pesar de que el Tribunal de Justicia se ha ocupado en ocasiones del derecho de tutela judicial efectiva, siempre con el ánimo de garantizar que los Estados miembros cumplan con el deber de brindar una protección efectiva de los derechos reconocidos a nivel comunitario y, por supuesto, bajo la premisa de que corresponde a los ordenamientos jurídicos internos designar a los órganos jurisdiccionales competentes, la regulación procesal de los recursos y los instrumentos *ad hoc* para dicha protección, hasta el momento no ha emitido ninguna resolución o sentencia en la que se refiera de manera particular a la asistencia jurídica gratuita. De ahí que su desarrollo en el plano internacional se avoque fundamentalmente al análisis de la jurisprudencia emitida por la Corte Europea de Derechos Humanos²¹.

²¹ De manera adicional a lo antes dicho, cabe decir que existen Convenios internacionales que protegen el derecho de asistencia jurídica gratuita en un sentido transnacional. Así, en el Consejo de Europa, gran parte de los Estados miembros de la Unión son parte de un Acuerdo europeo sobre la transmisión de solicitudes de asistencia judicial, firmado en el año 1977 en Estrasburgo. En términos generales, este acuerdo establece un mecanismo que permite que toda persona que reside habitualmente en el territorio de uno de los Estados parte del Acuerdo y que desea solicitar el beneficio de la justicia gratuita en el territorio de otro pueda presentar su solicitud en el Estado de residencia habitual. Este último debe remitir de manera gratuita la solicitud del primero respetando los criterios establecidos en el propio Acuerdo.

Existe también un Convenio de la Haya destinado a facilitar el acceso internacional a la justicia, firmado en el año de 1980, que prevé un sistema de transmisión de solicitudes de asistencia judicial entre las partes contratantes. Este Convenio exige que los nacionales y residentes de dichos Estados reciban

Ello no obsta para dejar de reconocer que el nuevo alcance que le otorga la Carta de Derechos Fundamentales a la asistencia jurídica gratuita, con independencia de su validez normativa, tenga un impacto positivo en su profundización y generalización, como se ha podido demostrar en la reiteración que introduce el texto del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa que, si bien no ha podido entrar en vigor por la falta de ratificación de algunos Estados miembros de la Unión, sienta un precedente significativo que nos lleva a pensar en su futuro reconocimiento en los mismos términos que establece la citada Carta²². Aunque siempre, y conviene destacarlo, bajo la premisa de la escasez de recursos del justiciable.

4. El caso de España

El proceso evolutivo de la asistencia jurídica gratuita en España coincide, en términos generales, con lo que hemos venido mencionando hasta ahora, esto es, el paso de una concepción decimonónica que vincula la gratuidad de los servicios legales a

asistencia jurídica gratuita en el territorio de los otros Estados parte del Convenio, en las mismas condiciones que si residieran en él.

²² De acuerdo con ARANGÜENA FANEGO *et. al.* (2007), otro aspecto relevante en el avance propiciado en esta materia lo representa la Propuesta de Decisión Marco relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea, presentada por la Comisión el 28 de abril de 2004, misma que si bien se ha topado con algunos inconvenientes para su adopción, presenta un importante precedente en ese intento por avanzar hacia una aplicación homogénea del derecho de asistencia jurídica gratuita entre los Estados miembros de la Unión. Esta última, a pesar de invocar este derecho de manera exclusiva para el ámbito penal, va más allá del propio texto del Convenio de Roma, pues prevé la prestación de asistencia letrada “cuanto antes y en todo caso antes de contestar a las preguntas relativas a los cargos” (artículo 2º de la Propuesta).

consideraciones de carácter ético o moral o, conforme a la tradición española, de caridad cristiana, al reconocimiento expreso, precisamente a partir de la proclamación de la Constitución española de 1978, de una actividad prestacional por parte del Estado. Evidentemente esta transición se efectúa en plena congruencia con la adopción del modelo de Estado democrático y social de derecho por la misma Norma Fundamental²³.

Precisamente a partir de ese momento, con la inclusión del artículo 119 de la citada Constitución, mismo que dispone que “la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de bienes para litigar”, es el Estado “quien debe asumir la responsabilidad de garantizar las condiciones objetivas para que sea efectivo el derecho reconocido en la Constitución, sin que sea suficiente confiar en la solidaridad o caridad de los miembros de la abogacía y de la procuraduría para

²³ No sin antes advertir que la figura del defensor del pobre es casi tan antigua como la propia función de la defensa, CARNICER DÍEZ (1995) establece una breve reseña histórica de lo que ha sido la evolución de la gratuidad de la justicia en España. Así, el citado autor (p. 48) indica que: “En España, las Leyes de Estilo de Alfonso X el Sabio, interpretación legal de su Fuero Real de 1255, contienen la primera referencia histórica a la figura de la defensa gratuita y se habla por primera vez de defensa necesaria en las Siete Partidas (1263) disponiendo la partida sexta, título sexto, regla tercera, que los juzgadores dieran abogado a la viuda, huérfano y otras personas citadas que se lo pidieran, disponiendo que el ministerio se prestase por mesurado salario; y si, por ventura, fuese tan cuitada persona que no pudiese hacer frente al pago, debe demandar al juez que lo haga por amor de Dios (...).”

Pero lo más interesante de esta cuestión radica en el hecho de que, como destaca el propio autor, el sentido de tales disposiciones se reproduce en las normativas de los siglos siguientes, en los cuales se puede observar como la “caridad cristiana” se constituye en el principal motor para la concesión de este beneficio.

que asuman de forma gratuita la defensa de los llamados pobres”, según lo advierte Bachmaier (1997, p. 1)²⁴.

Este cambio, en expresión de Martín Contreras (2009, p. 31), eleva a derecho social lo que hasta entonces había sido un mero beneficio que el Estado facilitaba de manera graciosa.

El precepto constitucional es claro en precisar el deber del Estado de asegurar que la escasez de recursos económicos no sea un obstáculo para el acceso a la justicia, pero nos remite a la ley, que por su propia naturaleza es de fácil mutabilidad, para la determinación del alcance de la prestación de justicia gratuita. Así, el derecho consagrado en la Norma Fundamental se enfoca, en principio, como una prestación para asegurar la efectividad del principio de igualdad en el acceso a la justicia, y no como un servicio público cuyos gastos deban ser asumidos en todo caso y respecto de cualquier ciudadano por el Estado. Ésta ha sido, tanto en la práctica como en la legislación, la interpretación que se ha dado a la prestación del servicio de asistencia jurídica gratuita, lo cual no obsta para reconocer el carácter permisivo de la Constitución para aumentar el

²⁴ Como señala GÓMEZ COLOMER (1982, pp. 413 y 414), no es nuevo en España “el hecho de elevar a rango constitucional el beneficio de pobreza, y cuando se introdujo por primera vez en la Constitución republicana de 1931 fue precisamente para que el principio general de igualdad ante la ley proclamado en el art. 2 de esa Constitución, tuviera una concreción especial ante la fuerza jurídica de un precepto constitucional. Con posterioridad pasó al Principio IX de la Ley de Principios del Movimiento Nacional, de 17 de mayo de 1958, y el art. 30 de la Ley Orgánica del Estado, de 10 de enero de 1967, siendo el precepto constitucional vigente el art. 119 de la Constitución de 1978, (...)”

número de beneficiarios de este servicio a otras personas que carezcan de la calificación legal de pobres.

Para destacar la importancia del avance propiciado por la vigente Norma Fundamental en la prestación de la justicia gratuita por parte del Estado es necesario hacer mención, aunque sea con un carácter meramente introductorio, de la situación que guardaba esta institución con anterioridad a la vigente Norma Fundamental.

Así, de acuerdo con Carnicer Díez (1995, p. 48 y ss.), nos remontamos a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, Título V (“De la defensa por pobre”, arts. 179 a 200), misma que permaneció sustancialmente inalterada hasta la entrada en vigor de la Constitución y de las reformas motivadas por ésta, en la que la administración de justicia en régimen de gratuidad tenía una connotación claramente altruista y de solidaridad. Los abogados y procuradores que actuaban en turno de oficio no recibían remuneración alguna por la prestación de sus servicios, aunque, de acuerdo con el citado autor, era una obligación impuesta, con carácter general, a los colegios de abogados desde Carlos III, en el siglo XVIII.

De esta forma, la actividad del Estado, a través del propio aparato judicial, se limitaba a determinar quiénes cumplían con los presupuestos necesarios para ser beneficiarios de la justicia gratuita. Sin embargo, como señala Rodríguez García (2000, p. 10 y ss.), aún para la determinación de quiénes *merecían* tener acceso a este

beneficio, el sistema era ineficaz. El fraude en las solicitudes y concesiones del beneficio se constituía en una práctica común. De ahí que, según este autor, las reformas legislativas en materia de administración de justicia gratuita, especialmente con la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, se dirigieran fundamentalmente a establecer medidas más rígidas para determinar el estado de pobreza de los litigantes y ajustar las bases económicas que fungirían como presupuesto necesario para la concesión del beneficio²⁵.

No es sino hasta la Ley 34/1984, de 6 de agosto, ya bajo la égida de la vigente Constitución, que se introduce una exigua remuneración para los abogados y procuradores en turno de oficio, a cargo del Erario Público, que si bien es uno de los aspectos más importantes

²⁵ De conformidad con RODRÍGUEZ GARCÍA (2000, pp. 10 y 11), la LEC de 1855 se vio completada “por la Ley de 21 de junio de 1880, de Bases para la reforma del Enjuiciamiento Civil de 1855, en cuya base cuarta se instaba al legislador para que adoptara las medidas conducentes para depurar el estado de fortuna de los litigantes que pretendan disfrutar del beneficio de la asistencia jurídica gratuita, y evitar que los declarados legalmente pobres abusen de esta cualidad para promover y sostener pleitos conocidamente temerarios. En su cumplimiento, se emprendieron algunas reformas del sistema legal, que culminaron con el refuerzo del presupuesto económico –en el que se comenzó a tener en cuenta los ingresos del consorte del litigante–, con el reconocimiento legal del beneficio a determinadas entidades jurídicas, y con la exigencia de tener que litigar por derechos propios.

Desde ese momento, el «beneficio de pobreza» pasó a estar regulado en los arts. 13 a 50 LEC de 1881 (Sección 2ª. Del Título Primero del Libro Primero), y salvo puntuales reformas parciales –fundamentalmente para adecuar las bases económicas para acceder al beneficio–, el mismo permaneció inalterado hasta la reforma de la LEC de 1984, no sin ausencia de su constante reclamo desde amplios sectores doctrinales, políticos y sociales, que criticaban la consideración de su existencia más que como un derecho, como un acto de caridad.”

de la reforma²⁶, motivada, evidentemente por el reconocimiento del derecho a la gratuidad de la justicia en el artículo 119 de la Constitución española, tuvo un alcance seriamente limitado por la cuantía de la misma. Así, de acuerdo con Rodríguez García, aun cuando la Norma Fundamental ya reconocía una verdadera actividad prestacional por parte del Estado, ésta se fundaba en gran medida en la escasa financiación de la gratuidad de los servicios jurídicos profesionales. De esta forma, la mayor carga que implicaba la prestación de la justicia gratuita seguía descansando sobre los profesionales que participaban en el proceso jurisdiccional²⁷.

Como lo pone de manifiesto Carnicer Díez (1995, p. 50 y ss.), el sistema jurídico creado por las reformas a la Ley de Enjuiciamiento Civil fue severamente criticado por la doctrina y ciertos grupos de opinión, en especial el de los gremios de abogados. La regulación de

²⁶ Asimismo, la Ley 34/1984 modifica la LEC en dos aspectos: remitiendo la tramitación de los incidentes de justicia gratuita al cauce del juicio verbal, y disponiendo además que la tramitación de dichos expedientes, como regla general, no suspendiera la continuación del proceso principal. Estas modificaciones, de acuerdo con BACHMAIER (1997, p. 6), si bien tenían el propósito de evitar dilaciones en el proceso, propiciaron indirectamente que surgieran numerosos abusos y fraudes en la concesión del beneficio de justicia gratuita. Una vez nombrado el abogado de oficio muy pocos se interesaban en la debida tramitación de la solicitud de esta prestación.

²⁷ Siguiendo en este punto a RODRÍGUEZ GARCÍA (2000, p. 12 y ss.), dentro de las principales innovaciones que introduce la citada Ley 34/1984 destacan, para los efectos de la presente tesis, las siguientes: (1) La sustitución del llamado «beneficio de pobreza» por el de «justicia gratuita», aun cuando no hay una denominación uniforme a lo largo de todo su articulado; (2) la introducción del salario mínimo interprofesional como presupuesto económico indispensable para gozar de la gratuidad de la justicia, y; (3) el reconocimiento de una exigua retribución a los abogados incorporados al turno de oficio, para lo cual anualmente el Ministerio de Hacienda reservaba con cargo a los Presupuestos Generales del Estado una cantidad que debía ser distribuida entre todos los Colegios de Abogados y Procuradores, según el número de asuntos llevados por cada uno de ellos.

la época no cumplía con las expectativas plasmadas en el propio texto constitucional. El sistema resultaba arcaico e ineficaz. Era patente que la preocupación por la presencia del defensor del pobre era más formal que real, importando poco la cualificación del abogado o los medios y la forma de llevarse a cabo la defensa. Evidentemente, gran parte del problema, siguiendo al propio autor, devenía de los escasos incentivos económicos que recibían los profesionales que participaban en el proceso judicial. Como señala Bachmaier (1997, p. 5), en los años 1987 y 1988, un considerable número de Colegios de Abogados en España manifestó una clara protesta, a través de la suspensión de los servicios del turno de oficio y asistencia al detenido, por la deficiente remuneración que recibían por la prestación de dichos servicios.

A la situación anterior se añadía una muy importante, la falta de control respecto de quienes tenían derecho efectivamente al beneficio de justicia gratuita. Era una práctica constante, como pone de manifiesto Bachmaier (p. 6 y ss.), que incluso aquellos que disponían de medios económicos suficientes para litigar solicitaran el beneficio de justicia gratuita, dado que dicha solicitud no suspendía el procedimiento y se nombraba *ipso facto* al abogado de oficio. Esta situación, al decir de la autora, afectaba a todo el sistema no sólo por la injustificable desviación de recursos públicos sino, además, por el claro perjuicio ocasionado a quienes prestaban el servicio de turno de oficio y, de manera indirecta, a los propios justiciables que, conforme a la ley, tenían derecho al beneficio de justicia gratuita, pues la atención de varios casos a la vez diluía el tiempo y la

dedicación a cada uno de ellos. Por otra parte, la designación de abogados de oficio a aquellas personas con capacidad económica para afrontar un litigio suponía una clara disminución de la demanda de servicios jurídicos para los despachos.

Pero esta situación de descontrol, como sostiene Bachmaier, no sólo afectaba a los presupuestos del Estado y al gremio de los abogados sino también a los propios justiciables que, dada su condición económica desfavorable, requerían efectivamente de la prestación de la justicia gratuita. Por una parte, porque los recursos públicos asignados para la prestación de este servicio no se destinaban adecuadamente y, por la otra, porque los profesionales que participaban en el proceso carecían de incentivos económicos suficientes para prestar un servicio de calidad. En este sentido Bachmaier (p. 8) señala que “a pesar del continuo aumento de las partidas presupuestarias para subvencionar la asistencia jurídica gratuita, no se producía una mejora significativa del servicio para los verdaderamente necesitados, ni tenía lugar tampoco una dignificación de las remuneraciones de abogados y procuradores.”

Ante este panorama las protestas y la necesidad de modificar el sistema no se hicieron esperar. Así, en el año de 1994 las partidas presupuestarias asignadas al turno de oficio²⁸ para el conjunto del

²⁸ De conformidad con BACHMAIER y en alusión al Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 67, 1994, p. 3369 y ss., en este año, las partidas presupuestarias asignadas para el turno de oficio ascendían a 8.000 millones de pesetas (48,08 millones de euros), mismas que se distribuirían, según lo acordado por el Ministerio de Justicia y los representantes de los Colegios de

Estado sufrieron un incremento muy significativo. Sin embargo, el problema de fondo no había sido resuelto, como pone de manifiesto Bachmaier (p. 8 y ss.). Aún la remuneración para los abogados y procuradores de turno de oficio era escasa, ello sin tomar en consideración la participación de otros profesionales que actuaban en el proceso (como los peritos), y el fraude a la ley continuaba siendo una práctica generalizada. A lo cual se suma, evidentemente, el hecho de que la justicia gratuita se limitaba al proceso judicial, sin contemplar otros aspectos necesarios para una asistencia jurídica integral, como la asesoría jurídica ante un conflicto o situación jurídica particular previa al proceso.

Todo lo anterior, junto con la inicial supresión de tasas judiciales mediante la Ley 25/1986 en la que el Estado renunciaba a la percepción de cualquier cantidad por el acceso al aparato judicial (ahora reimplantada de manera muy limitada por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), el Anteproyecto de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita de 1991²⁹ y el Anteproyecto de enero de 1995 (remitido por el Gobierno

Abogados y de Procuradores, por módulos y no ya por el número de casos asignados.

²⁹ BACHMAIER (1997, p. 9) señala que el contenido del Anteproyecto de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita de 1991 "suscitó gran polémica al prever que la potestad disciplinaria sobre los abogados y procuradores podría ser ejercida por el Ministerio de Justicia. A partir de entonces se firman diversos acuerdos entre el Ministerio de Justicia y representantes de los Colegios de Abogados y de Procuradores, para sentar las bases de la futura ley. En síntesis, esos acuerdos adoptan las pautas para promover la desjudicialización de la tramitación del reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, y la fijación de unos módulos adecuados en función de los servicios prestados por el abogado y el procurador. A su vez se acepta que la Administración ocupe una posición de control en la gestión de esa prestación, al tratarse de una prestación pública

a las Cámaras, en cumplimiento de la moción aprobada por todos los partidos políticos del acto parlamentario el 10 de mayo de 1994, consecuencia de la interpelación presentada por el Grupo Parlamentario Federal Izquierda Unida –Iniciativa per Catalunya)³⁰, así como el Real Decreto 108/1995, de 27 de enero, sobre Medidas para instrumentar la Subvención Estatal a la Asistencia Jurídica Gratuita, mismo que, según López Aguilar (1996, p. 147), abrió paso a una revisión normativa del procedimiento para hacer efectiva la aportación económica del Estado destinada a indemnizar la prestación de los servicios de asistencia letrada al detenido y la actuación profesional de los abogados en los supuestos de justicia gratuita³¹, conformaron el proceso de gestación de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, reformada por la Ley 16/2005, de 18 de julio³², así como de su Reglamento, aprobado por

financiada con dinero público. No obstante, el efectivo cumplimiento de la prestación por parte de los abogados se reserva a los correspondientes Colegios, con el fin de garantizar la independencia de los abogados.

³⁰ Cfr. la Exposición de Motivos de la Ley 1/1996, de 10 de enero.

Para un análisis detallado del citado Anteproyecto de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita de 1995 consúltese a CARNICER DÍEZ (1995, p. 75 y ss.).

³¹ De acuerdo con CARNICER DÍEZ (1995, p. 68) “Hasta el Real Decreto 108/1995, la única normativa estatal referida a la organización del turno de oficio, la constituye el Real Decreto 118/1986, de 24 de enero, que como aquél tiene vocación económica pero que no hace, en materia organizativa, sino ratificar las facultades que a los colegios de abogados confiere el EGAE.”

³² La Ley 16/2005, de 18 de julio, por la que se modifica la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, para regular las especialidades de los litigios transfronterizos civiles y mercantiles en la Unión Europea, va más allá del objeto que en origen la motivó (como la incorporación al derecho interno de la Directiva 2003/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita) a efecto de incluir, como la propia Exposición de Motivos señala, algunas adiciones que pretenden subsanar algunas lagunas y deficiencias observadas desde la aprobación de la Ley 1/1996. Entre las modificaciones que se introducen destaca la ampliación del ámbito personal de aplicación de la Ley, como veremos en su oportunidad.

Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, que darían lugar a la situación actual de esta institución en España³³.

A grandes rasgos, las principales innovaciones que introduce la citada Ley de Asistencia Jurídica Gratuita consisten en lo siguiente:

(1) Tiene una vocación unificadora. Mientras que en el régimen jurídico anterior las normas jurídicas relativas a la justicia gratuita se encontraban dispersas en la diversa legislación procesal³⁴, la nueva Ley crea un sistema legal de justicia gratuita unificado. En otras palabras, la justicia gratuita se centraliza en un sólo cuerpo normativo, aplicable a todos los procesos regulados en los distintos órdenes jurisdiccionales (civil, penal, contencioso-administrativo y

³³ El Reglamento que desarrolló originalmente la citada Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita, fue aprobado por el Real Decreto 2103/1996, de 20 de septiembre, modificado por el Real Decreto 1949/2000, de 1 de diciembre, y por el Real Decreto 1162/2001, de 26 de octubre. Tras la introducción de un proceso especial de enjuiciamiento rápido de determinados delitos por la Ley 38/2002 de 24 de octubre se hizo necesario un nuevo Reglamento, mismo que corresponde al actual Real Decreto 996/2003, de 25 de julio. Sin embargo, con motivo de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que modificó el apartado 5 del artículo 3 de la Ley 1/1996 (a efecto de que las víctimas de violencia de género no tuvieran que acreditar de manera previa la carencia de recursos económicos para solicitar el beneficio) propició una adaptación del Reglamento, misma que se realizó mediante el Real Decreto 1455/2005, de 2 de diciembre.

³⁴ La justicia gratuita se regulaba principalmente en los artículos 13 a 50 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, además de las normas específicas para la designación de abogado de oficio en la segunda instancia y para la sustanciación del recurso de casación. En materia penal, se encontraba regulado en los artículos 118 a 140, 788, 874 y 876 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En el ámbito laboral, en los artículos 25 y 26 de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril. Finalmente, en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, en el artículo 132 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956. Al respecto, *vid.* BACHMAIER (1997, p. 9) y MARTÍN CONTRERAS (2009, pp. 34 y 35).

social), e incluso, como enfatiza Rodríguez García (2000, p. 26), para el recurso de amparo constitucional, sin perjuicio de atender las propias particularidades de cada orden jurisdiccional³⁵.

Al respecto, la Exposición de Motivos de la Ley 1/1996 señala que:

A esta finalidad [la vocación unificadora] responde la presente Ley, cuyo objeto es regular un sistema de justicia gratuita que permita a los ciudadanos que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, proveerse de los profesionales necesarios para acceder a la tutela judicial efectiva y ver adecuadamente defendidos sus derechos e intereses legítimos. Se trata, pues, de una Ley cuyos beneficiarios y destinatarios directos son todos los ciudadanos que pretendan acceder a la tutela judicial efectiva y vean obstaculizado dicho acceso en razón de su situación económica. La finalidad es, por tanto, garantizar el acceso a la Justicia en condiciones de igualdad a todos los ciudadanos.

Evidentemente, la dispersión legislativa de la justicia gratuita, antes denominada beneficio de pobreza, no sólo atentaba contra la estricta técnica legislativa y el elemental principio de economía legislativa sino que, además, no había motivo para establecer distinción alguna, dado que, como señala Bachmaier (1997, p. 12), “no aparecen claras las razones por las cuales la necesidad económica de una persona

³⁵ Como señala este autor (p. 25), la vocación unificadora de la Ley 1/1996 no fue una decisión original del legislador español, ya que en este punto se han seguido las pautas marcadas en otros ordenamientos jurídicos cercanos a éste. Por ejemplo, en Francia en la *Loi n. 91-647, du 10 de juillet 1991, relative à l'aide juridique*; en Gran Bretaña, la *Legal Aid Act* de 1974; Italia con la *L. De luglio 1990, n. 217, de Instituzione del patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti.*”

haya de ser valorada de forma diferente en función del tipo de proceso de que se trata.”. De ahí que esta innovación pretenda fomentar una más igualitaria concesión de la justicia gratuita.

(2) La desjudicialización del procedimiento para la concesión de la justicia gratuita. Ésta es quizá la reforma estructural más importante del beneficio de justicia gratuita. Con la Ley 1/1996 se introduce un nuevo esquema para su otorgamiento. Ahora la competencia para determinar quiénes son beneficiarios de la gratuidad de la justicia corresponde a unos órganos administrativos colegiados de composición mixta (las llamadas Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita), creados *ad hoc* para el desempeño de esta función. De esta forma, las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita tienen competencia para revisar las designaciones realizadas por los colegios profesionales y, en su caso, dejarlas sin efecto al desestimar las solicitudes presentadas³⁶.

Como destaca Rubio de Medina (2001, p. 7), la asistencia jurídica gratuita se caracteriza, de esta forma, por constituirse en un procedimiento de naturaleza claramente administrativa con miras a reconocer o denegar este derecho a los solicitantes de la misma, pero con la salvaguarda de poder recurrir sus decisiones, en su caso, ante los órganos judiciales que hayan de conocer del procedimiento principal para el que se solicita el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

³⁶ Cfr. CID CEBRIÁN (1995, p. 325).

Así, el reconocimiento del derecho a la justicia gratuita y su concesión descansa sobre el trabajo previo de los Colegios profesionales, quienes inician la tramitación ordinaria de las solicitudes, analizan el cumplimiento de los presupuestos señalados por la Ley y acuerdan designaciones o denegaciones provisionales (ya que las solicitudes no suspenden el proceso), siendo las citadas Comisiones las responsables de la decisión final, misma que admite recurso definitivo ante los órganos judiciales competentes en el plazo fijado por la Ley.

Con ello se abandona la vieja práctica de que sean los propios órganos judiciales quienes lleven a cabo la tramitación del expediente y evalúen el cumplimiento de los presupuestos necesarios para la concesión del beneficio. Aunque, como advierte Rodríguez García (2000, p. 30), la participación judicial en este sistema no ha desaparecido por completo, puesto que partiendo del categórico mandato constitucional contenido en el artículo 106.1 constitucional siempre queda abierta la vía de controlar judicialmente la legalidad de las decisiones administrativas motivadas que dicten las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita denegando o reconociendo el derecho a la justicia gratuita. A esto último se añade la posibilidad de que los jueces intervengan directamente para requerir, con carácter urgente, la designación del abogado de oficio, a efecto de evitar que se produzcan situaciones de indefensión.

Cabe decir que de acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, “la traslación del reconocimiento del

derecho a sede administrativa responde a dos motivos: en primer término, se descarga a los Juzgados y Tribunales de una tarea que queda fuera de los márgenes constitucionales del ejercicio de la potestad jurisdiccional y, en segundo lugar, se agiliza la resolución de las solicitudes de los ciudadanos mediante una tramitación sumaria y normalizada.” Evidentemente, con ello, se pretende dar solución al ya mencionado problema de fraude en la formulación de solicitudes por aquellos que carecen del presupuesto económico necesario para acceder al beneficio de justicia gratuita³⁷. En otras palabras, se pretende rigorizar el sistema para seleccionar a los beneficiarios del mismo o, como señala Rodríguez García (2000, p. 210), se establecen excesivos filtros para la concesión del derecho (Servicio de Orientación Jurídica, Colegio de Abogados, Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, Ministerio Fiscal, Juez), “que para nada garantizan la efectividad del derecho que se tutela con esta institución sino más bien limitan aún más su concesión.”

(3) La ampliación del contenido material de la justicia gratuita. La Ley 1/1996 amplía considerablemente los beneficios propios de la justicia gratuita. Una de las innovaciones más trascendentes que recoge la Ley 1/1996 respecto del ámbito material de la justicia gratuita consiste en llevar este servicio a la asesoría y orientación jurídica de manera previa a la iniciación del proceso. Como señala Bachmaier (1997, p. 14) este era un derecho completamente

³⁷ De acuerdo con BACHMAIER (1997, p. 13) “(...) las corruptelas que se estaban produciendo en la práctica del foro, consistentes fundamentalmente en la no tramitación de los incidentes de justicia gratuita, (...) han influido a la hora de elegir un sistema de tramitación administrativa que permita efectuar un mejor control del gasto público en estas prestaciones.”

ignorado por el régimen jurídico español hasta el R.D. 108/1995, de 27 de enero, que lo introduce por primera vez, tras continuas reclamaciones desde diversos ámbitos. Evidentemente, el objeto de esta importante reforma radica en evitar que se inicien algunos procesos ociosos y en dar mayor efectividad a la igualdad entre las partes litigantes. La referida Exposición de Motivos de la Ley deja en claro la intención del legislador al señalar que el asesoramiento y la orientación prejudicial “ha de evitar en numerosas ocasiones litigios artificiales tan costosos en todos los sentidos para la Justicia”.

De igual forma, la citada Ley contempla la asistencia letrada al detenido o preso para cualquier diligencia policial que no sea consecuencia del procedimiento penal, en su primera comparecencia jurisdiccional o, incluso, como consecuencia del auxilio judicial, siempre y cuando no se hubiese designado abogado.

A efecto de que la gratuidad del proceso para las personas de escasos recursos sea una realidad, se hace extensiva a la asistencia pericial durante el proceso (principalmente por personal técnico adscrito al órgano judicial, pero sin excluir, cuando sea necesario, a los peritos privados) y se establecen importantes reducciones (del ochenta por ciento) de los derechos arancelarios para la obtención de instrumentos notariales y testimonios registrales. Si bien es cierto que el coste del proceso radica esencialmente en el pago de honorarios de los abogados y procuradores, no puede desconocerse que, en muchas ocasiones, los gastos periciales y la obtención de

documentos oficiales representan una carga onerosa, especialmente para los litigantes de escasos recursos.

Así pues, la ampliación del contenido material de la asistencia jurídica gratuita supone la inclusión de diversas cuestiones que, si bien tiene como punto de referencia una reclamación judicial, pudieran comprender tanto situaciones jurídicas en las que no se produzca reclamación judicial alguna, como situaciones no jurídicas (como es el caso de la asistencia pericial gratuita), todo lo cual incrementa, en términos de Martín Contreras (2009, p. 139), “ese carácter social del reconocimiento de este derecho [...]”

Con ello, además, la nueva Ley recoge una de las principales críticas de la doctrina, expuesta por Gómez Colomer (1982), respecto del alcance efectivo de la gratuidad de la justicia.

Sin embargo, como pone de manifiesto Cid Cebrián (1995, p. 324) al referirse al Anteproyecto de Ley de 1995 y al Real Decreto 108/1995, pero extensivo a la vigente Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, aún se pueden apreciar insuficiencias en la extensión de la gratuidad, tales como la exención a las indemnizaciones de testigos³⁸ o, en su

³⁸ De acuerdo con MARTÍN CONTRERAS (2009, p. 169), “[...] en el art. 375 de la LEC se regula un sistema de indemnización para aquellos testigos que hubieran comparecido a instancia de parte y que hubieran sufrido un perjuicio económico del que pidan reintegro; para estos casos se arbitra un sistema de abono de los perjuicios sufridos por esos testigos, pues bien estas indemnizaciones no tienen reflejo en la regulación prevista en el art. 6 de la LAJG, lo cual resulta llamativo pues parece razonable pensar que el derecho a la asistencia jurídica gratuita debería comprender todos los desembolsos que se pudieran producir como consecuencia del proceso, [...]”. Esta situación, a juicio del autor, obedece más a

caso, gastos de exhortos, traslados del interesado, entre otros. De ahí que el beneficio de justicia gratuita sólo pueda entenderse de manera relativa, ya que si bien reduce de manera importante el coste de litigar no implica una gratuidad absoluta³⁹.

(4) El criterio para determinar quiénes son beneficiarios de la justicia gratuita permanece sustancialmente inmodificado respecto de las personas físicas, esto es, que serán beneficiarios quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar, a través de la presunción legal de “pobreza”, misma que se determina en función de los ingresos de los solicitantes (que no supere el límite del doble del IPREM)⁴⁰. Sin

una laguna legal por olvido del legislador que a una exclusión intencionada, “sobre todo si tenemos en cuenta que en el artículo ahora analizado se integra dentro de los beneficios que se reconocen la exención de todos los gastos derivados de la obtención de pruebas, [...]”

³⁹ De conformidad con MÉNDEZ (2000, p. 18) “(...) La gratuidad de los servicios públicos debe entenderse de manera relativa, en el sentido de que los usuarios generalmente tendrán que afrontar un pago directo o indirecto por el mismo, dada la creciente onerosidad de su prestación, que imposibilita su total responsabilidad financiera a cargo del aparato estatal. Sin embargo, en materia de administración y acceso a la justicia, la gratuidad del servicio debe ser entendida en el sentido de su disponibilidad orgánica y funcional, es decir, en la posibilidad real de todo operador del sistema de acudir físicamente al mismo y defender sus derechos mediante una adecuada representación que no implique para él un costo tal, que convierta en nugatorio el derecho de acceso y atención.” Como puede observarse el citado autor sólo hace referencia a la gratuidad relativa del “servicio de administración de justicia” en un sentido restringido, esto es, a la actuación de los órganos judiciales. Sin embargo, la gratuidad de la justicia tal y como se ha venido considerando en el presente trabajo atiende a un concepto mucho más amplio que incluye otras prestaciones directamente vinculadas con el acceso a la justicia, tales como la asesoría y la orientación jurídica extrajudicial.

⁴⁰ Inicialmente la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, introdujo como criterio objetivo para determinar la insuficiencia de recursos para litigar el límite del doble del “salario mínimo interprofesional”. Sin embargo, de conformidad con el Real Decreto Ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, publicado en el BOE de 26 de junio de 2004 y en vigor a partir del 1º de junio, la utilización del salario mínimo interprofesional como referencia se ciñe al ámbito

embargo, la Ley 1/1996 permite que, a pesar de que el solicitante supere el duplo del IPREM, pueda gozar de la gratuidad de la justicia, en atención a sus circunstancias económicas específicas y a los costes estimados del proceso, y siempre que sus ingresos totales no rebasen el tope del cuádruplo del salario mínimo.

De esta forma, la citada Ley si bien es cierto que introduce cierta apreciación subjetiva que permiten flexibilizar el baremo objetivo de elegibilidad de los beneficiarios, también lo es que establece un tope máximo insuperable (el cuádruplo del IPREM). Así, el juicio anticipado de Trocker (1974, p. 309) consistente en que “la justicia está abierta a los más adinerado y a los menos, pero no a esa gran parte de la población que no es suficientemente rica para cubrir las costas de un litigio pero tampoco es lo suficientemente pobre para poder disfrutar del patrocinio gratuito”, permanece totalmente inalterado.

Ahora bien, por lo que se refiere a las personas jurídicas, dicha Ley introduce importantes restricciones que atentan ostensiblemente con el objeto de la asistencia jurídica gratuita manifestado por la propia Exposición de Motivos, el cual consiste en asegurar a “todas las personas” el acceso a la tutela judicial efectiva, a través de la

estrictamente laboral (para determinar la retribución salarial mínima, las garantías salariales, el Fondo de Garantía Salarial, etc.). De tal forma que se introduce un nuevo indicador, conocido por sus siglas como IPREM (Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples), mismo que será utilizado como límite para determinar la elegibilidad para el acceso a la justicia. Según el artículo 2 del citado Real Decreto Ley, la cuantía del IPREM se determinará anualmente a través de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, teniendo en cuenta, al menos, la previsión u objetivo de inflación previstos en ella.

implementación de mecanismos que hagan de éste un derecho real y efectivo. Esta restricción no es otra más que limitar la justicia gratuita a aquellas personas jurídicas que expresamente se contemplan en la Ley, sea por su presunta capacidad económica (asociaciones o fundaciones que acreditan insuficiencia económica en la forma tasada por la Ley) o porque así lo dispone la ley, con independencia de su situación económica (Entidades Gestoras de la Seguridad Social, la Cruz Roja Española, las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, entre otras). De esta forma, en palabras de Rodríguez García (p. 71) “no se deja libertad a que cualquier persona jurídica, (...), pueda obtener este derecho para acceder libremente a los Tribunales en la defensa de sus derechos e intereses legítimos.”

Por otra parte, cabe decir que el texto original de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, excluía de su ámbito personal de aplicación a los extranjeros que se encontraran de manera ilegal en territorio español, con excepción de aquellos procesos relativos a la solicitud de asilo en el orden contencioso-administrativo o en la vía administrativa previa. Esta exclusión atentaba no sólo contra el objeto de la propia Ley sino también contra los principios de acceso a la justicia y el derecho fundamental de tutela judicial efectiva, mismos que, como veremos en su momento, finalmente se constituyen en el sustrato explicativo de esta institución⁴¹.

⁴¹ El Tribunal Constitucional, mediante la sentencia 95/2003, de 22 de mayo, declaró inconstitucional la referencia que hacía el texto original del artículo 2 de

Afortunadamente, mediante la Ley 16/2005, de 18 de julio, por la que se modifica la citada Ley 1/1996, para regular las especialidades de los litigios transfronterizos civiles y mercantiles en la Unión Europea, se subsana dicha exclusión a efecto de incorporar de manera generalizada a todos los extranjeros que se encuentren en España, sin distinción alguna sobre su situación migratoria. Sin embargo, por lo que hace al orden contencioso-administrativo así como en la vía administrativa previa, los extranjeros sólo tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita “en los procedimientos que puedan llevar a la denegación de su entrada en España, a su devolución o expulsión del territorio español, y en todos los procedimientos en materia de asilo” (artículo 2, inciso e), de la citada Ley).

Sobre el particular, Martín Contreras (2009, pp. 46 y 47) pone de manifiesto que la duda se suscita cuando se trate de aquellas personas que sin gozar de la nacionalidad española, ni la de ninguno de los países que forman la Unión Europea, no residan en España. De acuerdo con este autor, si nos atenemos a la regulación normativa, tanto en el Derecho Internacional como en el Derecho interno, “podríamos afirmar que en la jurisdicción penal todos los extranjeros no residentes en España también tendrán derecho a este beneficio siempre y cuando no gocen de recursos suficientes”, todo ello en aras de evitar una indefensión proscrita en los principales

la LAJG, mismo que contempla el ámbito personal de aplicación del derecho, respecto de los extranjeros que residan “legalmente” en España.

tratados internacionales sobre la protección de los Derechos Fundamentales. Sin embargo, por lo que hace a la jurisdicción civil y social la situación no está del todo resuelta. Ante esta duda la teoría que ha logrado imponerse, a juicio de este autor, es que tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en España aquellos extranjeros que sean nacionales de algún país que hubiera suscrito algún tratado de reciprocidad con España, el Convenio Europeo de Transmisión de Solicitudes de Asistencia Jurídica Gratuita, de 27 de enero de 1977 (ratificado por España en instrumento de 14 de noviembre de 1987) o, en su caso, el Convenio de la Haya de Acceso Internacional a la Justicia, de 25 de octubre de 1980. Ahora bien, por lo que se refiere a la jurisdicción contencioso-administrativa, así como en la vía administrativa, el problema se resuelve por la propia regulación específica del artículo 2, inciso f), de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, a pesar de que en la práctica, como señala Martín Contreras (p. 47), “la regla general es que se concede el beneficio de asistencia jurídica gratuita a todos los extranjeros que lo soliciten y acrediten la carencia de recursos para poder contratar los servicios de un abogado y un procurador.”

Otro aspecto relevante respecto del ámbito personal de aplicación de la asistencia jurídica gratuita que merece especial atención es sin duda el caso de las víctimas de violencia de género. La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ha venido a modificar el apartado 5 del artículo 3 de la Ley 1/1996, excluyendo la necesidad de acreditar previamente la carencia de recursos económicos por parte de las

víctimas de violencia de género. Con ello, esa Ley viene a establecer la inmediatez del asesoramiento y asistencia jurídica de las mujeres víctimas de la violencia de género⁴². De tal forma que con esta medida se crea una excepción al vínculo de la incapacidad económica de las personas y el derecho a constituirse en beneficiarios de la asistencia jurídica gratuita.

(5) La prestación y financiación del servicio. Dado que el contenido material de la asistencia jurídica gratuita es muy amplio, las prestaciones que derivan del mismo son de muy diversa índole. En su efectiva prestación participan desde los abogados y procuradores para brindar los servicios de orientación, asesoría y defensoría jurídica; otros profesionales cuyos servicios se requieren durante el desarrollo del proceso judicial (como los peritos, notarios, entre otros); hasta la participación del propio órgano judicial. Sin embargo, tradicionalmente los servicios que mayormente destacan en la asistencia jurídica gratuita, sea por su relevancia en los resultados del litigio como por su cuantía en el coste total de litigar, son los servicios prestados por los abogados y procuradores. Éstos representan la mayor parte del coste total de litigar, más aún si tomamos en consideración que aunque las tasas judiciales se hayan

⁴² El nuevo régimen establecido por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, generó la necesidad de realizar adaptaciones al Reglamento de desarrollo de la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, mismas que se efectuaron mediante el Real Decreto 1455/2005, de 2 de diciembre. Estas modificaciones introducen un “Procedimiento especial en los procesos que tengan causa directa o indirecta en la violencia de género”, a través del cual se establece un nuevo modelo de solicitud y se amplían los módulos y bases de compensación económica con cargo a fondos públicos para el asesoramiento y asistencia inmediata a la mujer víctima de violencia de género.

reimplantado en el 2003 en el sistema jurisdiccional español, su exigencia tiene un alcance muy limitado, tanto por los sujetos a quienes se dirige como por los órdenes jurisdiccionales y los procedimientos⁴³. De ahí que sea la prestación de los servicios jurídicos en juicio o de manera previa al mismo en la que se centre nuestra atención.

En este sentido cabe decir que la nueva Ley deja insustancialmente inalterado el sistema de prestación que venía funcionando desde el siglo pasado. Los abogados y procuradores, organizados a través de su propia colegiación, son los que efectivamente prestan los servicios de asistencia jurídica gratuita. En otras palabras, el modelo adoptado coincide con el antes referido modelo *Judicare*, en oposición al modelo del *Salaried staff attorney's*, de acuerdo con el cual la prestación del servicio de asistencia jurídica descansa

⁴³ Siguiendo en este punto a GÓMEZ COLOMER (1982, p. 229 y ss.) cabe decir que la tasa judicial, innovación del Decreto de 18 de junio de 1959, venía a sustituir los aranceles judiciales que determinados funcionarios de la administración de justicia percibían por la realización de actos propios de su cometido. Dicha tasa formaba parte de las costas judiciales, por lo que su satisfacción correspondía a la parte perdedora en juicio. Evidentemente, las personas que se acogían al entonces llamado beneficio de pobreza quedaban exentos de pagar la misma, lo que implicaba, a su vez, la obligación del órgano jurisdiccional de cumplimentar de oficio los despachos de instancia del pobre, aunque no comprendía las certificaciones que solicitara para su uso o conveniencia personal. La exención de la tasa judicial también comprendía la no obligación de satisfacer la póliza para la Asociación Mutuo Benéfica de Funcionarios de la Administración de Justicia. Sin embargo, la llamada ley de acompañamiento del año 2002 (Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), vuelve a introducir las tasas judiciales aunque sólo se aplica para las personas jurídicas (exceptuando a las personas físicas) y, dentro de este grupo, solamente a las personas jurídicas que facturen más de seis millones de euros al año. Asimismo, la tasa judicial se reduce al orden civil (por lo que hace a los procedimientos verbales, ordinarios, cambiarios y ejecuciones extrajudiciales) y al contencioso-administrativo (GONZÁLEZ PILLADO y ESPINO HERNÁNDEZ, 2004, p. 35 y ss.).

fundamentalmente en la labor de los profesionales del derecho quienes ejercen su profesión de manera primordial en el mercado de servicios jurídicos y, sólo como una actividad adicional con un carácter, al menos en principio, voluntario, actúan en el llamado turno de oficio⁴⁴. Esto, evidentemente, significa que los abogados y, en su caso, los procuradores son libres de elegir si participan en la prestación de la justicia gratuita, lo cual no obsta para considerar que una vez aceptada la colaboración en esta materia se encuentren sometidos a una serie de precisiones respecto de los derechos y las obligaciones a su cargo, mismas a las que hace referencia la Ley 1/1996, de 10 de enero (Capítulo IV) y el Real Decreto 2103/1996, de 20 de septiembre (Capítulo III)⁴⁵.

⁴⁴ Actualmente la adscripción al turno de oficio de los abogados es voluntaria, salvo que no se alcanzara el número mínimo de letrados que se considere conforme al reglamento colegial del servicio en un determinado Partido Judicial. En este supuesto, la prestación del servicio de turno de oficio será obligatoria para todos aquellos letrados ejercientes residentes en dicho Partido, siempre y cuando cumplan con los requisitos para formar parte de las listas correspondientes. Por el contrario, en el caso de los procuradores se parte de la base inicial de que la adscripción al turno de oficio, sea o no preceptiva su participación, es obligatoria, salvo que los Estatutos particulares de los Colegios establezcan otra cosa (artículo 45 del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España, aprobado por el Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre).

⁴⁵ De conformidad con RUBIO DE MEDINA (2001, pp. 45 a 49) “el abogado nombrado de oficio (como el procurador) está obligado a prestar la asistencia jurídica en los términos indicados en el art. 31 LAJG; es decir, desde la instancia judicial y hasta la ejecución de la sentencia, siempre que las actuaciones procesales se produjeran en los dos años siguientes a la resolución dictada en la instancia judicial. Aunque la actuación de estos profesionales se realiza, conforme al art. 26 RAJG, con libertad e independencia de criterio, están sometidos a las normas deontológicas y a las reglas y directrices que disciplinan el funcionamiento de los servicios de los respectivos Colegios.” Asimismo, “Una vez que se hubiere dictado la sentencia, si el abogado de oficio obtuviere el pago de los honorarios por aplicación del art. 36 LAJG, estará obligado a devolver las cantidades que, eventualmente, hubiere percibido por su intervención en el proceso.”

De esta forma, el Estado no absorbe en su totalidad la prestación de la justicia gratuita, toda vez que dicha prestación se hace con la colaboración activa de los particulares, en este caso, de los abogados y procuradores (coordinados a través de sus propios cuerpos colegiados), así como de otros profesionales que participan en el proceso. Así, en términos estrictos por lo que se refiere a la prestación del servicio de asistencia jurídica, el Estado se limita a ejercer funciones de reglamentación del servicio, de fomento, vigilancia⁴⁶ y revisión, aunado, evidentemente al ejercicio de su función jurisdiccional para aquellos casos que se sometan a los tribunales.

Cuestión diferente es la que se refiere a la financiación. Mientras que por un largo tiempo la justicia gratuita se financiaba por los propios profesionistas quienes actuaban con conciencia moral y altruista, ahora se prevé, como ya hemos dicho, la percepción de honorarios a

Otro aspecto significativo respecto de la regulación de la actuación de los abogados y, en su caso, de los procuradores designados de oficio se encuentra en la posibilidad que tienen éstos de negarse a hacerse cargo de la defensa o excusarse de la misma cuando consideren que la pretensión del solicitante de la justicia gratuita es insostenible; es decir, cuando estimen que no tendrá posibilidad de prosperar ante los órganos judiciales. La no asunción de la defensa por la insostenibilidad de la pretensión sólo podrá plantearse en los términos que marca la Ley y de manera reservada a los procesos penales.

⁴⁶ Además de las reglas contenidas en la Ley 1/1996 y en el RD 996/2003, un claro ejemplo de ello lo representa la Orden Ministerial de 3 de junio de 1997 por la que se establecen los requisitos generales mínimos de formación y especialización necesarios para prestar, por parte de los abogados y los procuradores, los servicios de asistencia jurídica gratuita, publicado en el B.O.E., el 17 de junio de 1997; o la Orden de 23 de septiembre de 1997, sobre tramitación de las solicitudes de asistencia jurídica gratuita en el ámbito de la jurisdicción penal, publicado en el B.O.E., el 3 de octubre del mismo año.

cargo del Erario Público por la prestación de sus servicios. A esto se añade la exención de otros gastos directamente relacionados con el proceso. Preferentemente se trata, salvo el pago de honorarios de los abogados y procuradores, de que el Estado asuma las obligaciones pecuniarias de las que es titular o acreedor y que se produzcan en el proceso. Así, por ejemplo, de conformidad con el artículo 6 de la Ley, el beneficiario de la justicia gratuita está exento de pagar la publicación de anuncios o edictos que preceptivamente deban publicarse en los periódicos oficiales; también se incluyen los servicios técnicos o periciales que serán prestados, salvo que no se disponga de ellos, por personal adscrito a los órganos jurisdiccionales o, en su defecto, a cargo de funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones públicas. También se exceptúa a dichos beneficiarios de efectuar depósitos necesarios para la interposición de recursos; del pago de copias, testimonios, instrumentos y actas notariales a que se refiere el artículo 130 del Reglamento Notarial⁴⁷; y se reduce considerablemente, en un ochenta por ciento, el pago de derechos

⁴⁷ El artículo 130 del Reglamento Notarial, aprobado por Decreto del 2 de junio de 1944, establece de manera limitativa las actas, poderes, instrumentos, copias y testimonios que serán objeto de turno especial de oficio, esto es, de carácter gratuito para el interesado. De esta forma establece que estarán exentos de coste alguno los poderes para pleitos, copias y testimonios otorgados o instados por personas físicas que hayan obtenido el beneficio de pobreza o, al menos, solicitado su concesión, conforme a la legislación pertinente; los poderes para pleitos cuyo exclusivo objeto sea solicitar el referido beneficio de pobreza; los instrumentos, copias y testimonios relativos al estado civil de las personas cuando los interesados aleguen, bajo sanción de falsedad, carecer de medios económicos, y; las actas y sus copias, autorizadas a requerimiento de Asociaciones de Beneficencia Pública o de la Cruz Roja. Asimismo, en términos generales, se exime a los beneficiarios de la obligación de satisfacer los honorarios respectivos al Notario, así como cualquier aportación colegial o mutualista.

arancelarios por su expedición, así como de otros documentos emitidos por los Registros de la Propiedad y Mercantil.

Como puede observarse, en estos casos, el Estado (y por una extensión legal también los notarios) más que efectuar una erogación propiamente dicha, se priva de la obtención de ciertos ingresos, salvo que por excepción tengan que contratarse los servicios periciales de personas ajenas al órgano jurisdiccional o a la administración pública. En otras palabras, el gasto efectivo que efectúa el Estado para subsidiar la justicia gratuita se dirige primordialmente a sufragar el pago de los honorarios respectivos del abogado y, en su caso, del procurador. De esta forma, el coste económico de mayor envergadura que asume el Estado en la justicia gratuita corresponde a la asesoría, defensa y representación por parte de los abogados y procuradores.

A estas consideraciones deben añadirse otras que finalmente redundan en la posibilidad de que el Estado recupere parcialmente los gastos efectuados para subsidiar la justicia gratuita. En este sentido deben considerarse tres eventualidades: la primera hace referencia al caso en el que el beneficiario de la justicia gratuita se aviene a mejor fortuna, la segunda supone la revocación del derecho concedido ante el supuesto de comprobar la declaración errónea, el falseamiento o la ocultación de datos del beneficiario que hayan sido determinantes para la concesión del beneficio y, la tercera, cuando

en la sentencia se prevé la condena en costas⁴⁸. Cabe decir que la posible recuperación del Estado ante estos supuestos sólo es parcial, dado que como puede observarse se plantea exclusivamente para quienes utilicen el servicio de justicia gratuita ante un proceso judicial, excluyéndose de esta forma cuando el servicio se limita a la asesoría u orientación jurídica.

Ahora bien, en el primer caso, esto es, cuando el beneficiario de la justicia gratuita viniese a mejor fortuna, la propia Ley de Asistencia Jurídica Gratuita prevé qué debe entenderse por “mejor fortuna”. Así, en el artículo 36 de la misma Ley se establece la presunción de que la parte ha venido a mejor fortuna cuando supere el nivel de ingresos que da derecho a litigar gratuitamente o, si las circunstancias económicas tenidas en cuenta para otorgar el reconocimiento excepcional hubiesen variado considerablemente. Para ello se establece un plazo de tres años a partir de que hubiese concluido el proceso judicial, pasados los cuales la situación económica de la persona que gozó de este beneficio deja de tener relevancia alguna para el pasado.

⁴⁸ Las costas procesales comprenden fundamentalmente los honorarios de los abogados y procuradores, así como de otros profesionales que participan en el proceso, y en caso de haberlas, las tasas judiciales.

Siguiendo en este punto a CALVO SÁNCHEZ (2002, p. 101) quedan excluidas de la tasación de costas los siguientes gastos: “asesoramiento y consultas previas al juicio; salidas de despacho; estancias; viajes y alojamientos; gastos de correo, teléfono, telégrafo, fax, e-mail; el bastanteo hasta que desapareció con la nueva Ley; material de despacho; gastos de exhortos que hubieran podido diligenciarse de oficio; indemnizaciones a partir del tercer testigo; etc. Estos gastos no reembolsables y por ello no incluibles en las costas se cargarán al respectivo cliente.”

Así, en el caso de que el beneficiario de la justicia gratuita viniese a mejor fortuna, dentro del propio proceso, al finalizar éste (como consecuencia de la propia sentencia a su favor) o dentro de los tres años siguientes a su conclusión, el Estado estaría en posibilidad de recuperar los gastos que hubiese efectuado para la defensa del beneficiario. El problema es más de orden práctico, toda vez que la ley es omisa respecto de cómo se puede hacer valer este precepto. La situación se torna más compleja cuando el proceso ha finalizado y todos y cada uno de los gastos correspondientes al beneficio han sido efectivamente erogados.

El segundo supuesto, esto es, la revocación del derecho concedido por la falsedad de los datos del beneficiario también supone, como en el caso anterior, el reembolso de las cantidades erogadas desde que se reconoció el beneficio a la asistencia jurídica gratuita, lo que incluye, evidentemente, los honorarios de abogado y procurador, así como la cantidad equivalente al coste de las demás prestaciones obtenidas. Cabe decir que aunque el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita, en su artículo 20, hace alusión a la posibilidad de recuperar dichos gastos a través del procedimiento de apremio previsto por el Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, el reembolso de dichos gastos no deja de representar un problema fáctico de difícil y costosa solución.

En el tercer caso, esto es, ante la condena en costas, deben distinguirse dos supuestos. El primero de ellos se presenta cuando

se condena a costas a favor de quien litiga con el beneficio de justicia gratuita. Aquí es la parte contraria la que resulta condenada al pago de las costas, que en la materia que tratamos debe incluir los honorarios de los abogados y procuradores que actuaron de oficio, así como de otros profesionales que hubieren participado en el proceso. Evidentemente, también supone abonar la cantidad íntegra de los derechos arancelarios por la actividad notarial o registral, cantidad que corresponde tanto a los notarios y registradores, por la parte que hubiesen dejado de percibir en caso de la reducción del 80 por ciento, como al propio beneficiario que erogó la cantidad restante.

Como destaca Bachmaier (p. 153), se ha llegado a señalar que la condena en costas de la parte contraria al que tenga reconocido el derecho a litigar gratuitamente, es un supuesto de extinción del beneficio de justicia gratuita, “que hace que la parte favorecida en costas pueda presentar, para su inclusión en la correspondiente tasación, la relación de honorarios del Letrado y los derechos del Procurador”. Al respecto, la propia autora señala que la condena en costas por sí sola no extingue automáticamente el beneficio, pues la obligación de pago a cargo del beneficiario sólo surgiría con la efectiva consignación del importe de la condena. Esto, naturalmente, resulta lógico en el sentido de que el beneficiario de la justicia gratuita es presuntamente una persona de escasos recursos y verse obligado a reintegrar las cantidades erogadas con motivo del beneficio ante la condena en costas, constituyéndose en acreedor de la parte contraria, podría llegar a hacer nugatoria esta prestación.

En cualquier caso, la condena en costas a favor del beneficiario de la justicia gratuita supone que los abogados y procuradores, así como otros profesionales que participan en el proceso, incluyan sus honorarios en la tasación de costas. En caso de que el importe de la condena en costas sea realmente abonado, estos profesionales deberán reintegrar las cantidades que hubieran recibido a cargo de las subvenciones estatales al ser designados de oficio. Así, la condena en costas a favor del beneficiario de la justicia gratuita es una forma más de minimizar el coste asumido por el Estado para financiar la justicia gratuita. El Estado, salvo lo relativo al pago del 80 por ciento de los derechos arancelarios a los notarios o registradores, se constituye en el principal acreedor de la parte vencida en juicio y condenada al pago de las costas procesales.

El segundo supuesto dentro de la posible condena en costas se daría en el caso de que el condenado sea el propio beneficiario de la justicia gratuita. Aquí la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, en su artículo 36.2, establece que sólo en el caso de que el beneficiario hubiese venido a mejor fortuna “dentro de los tres años siguientes a la terminación del proceso”, estará obligado a abonar las costas causadas en su defensa o en las de la parte contraria. Como observa Gómez Colomer (1982, p. 286), esta posibilidad prevista por Ley tiene una escasa aplicación práctica dadas las graves dificultades para controlar si el litigante condenado en costas mejoró de fortuna o no en ese plazo de tres años. Además, la situación se complica dado que la Ley no es clara respecto de quién hará el reconocimiento del

cambio de fortuna. Anteriormente se requería un reconocimiento judicial, pero en la actualidad parecería razonable, de acuerdo con Bachmaier (p. 156), que tal circunstancia sea acreditada ante el mismo órgano que reconoció el derecho a la justicia gratuita, por que será la propia Comisión la que decidirá si, atendiendo a los datos económicos, procede el reintegro de las costas por parte del litigante que disfrutó del derecho a la justicia gratuita.

Pero independientemente de su aplicación práctica es necesario observar que existe una clara inequidad entre los litigantes respecto de la condena en costas. Mientras que en el supuesto de que la condena en costas a favor del beneficiario de la justicia gratuita el Estado está en posibilidad de recuperar parte del subsidio y al condenado le corresponde efectuar el pago de la defensa de dicho beneficiario; en el supuesto contrario, en el que el beneficiario de la justicia gratuita resulta condenado al pago de las costas procesales, el Estado en ningún momento asume la obligación de pagar las cantidades erogadas por la parte vencedora en juicio. Así, se produce una clara desigualdad procesal entre las partes litigantes cuando alguna de ellas goza del beneficio de justicia gratuita y, en cualquier caso, el Estado nunca pierde.

De acuerdo con todo lo que hemos visto en relación al proceso evolutivo del régimen de asistencia jurídica en España y a su situación jurídica actual, estamos en posibilidad de establecer algunas consideraciones previas que posteriormente serán contrastadas a la luz del análisis económico y constitucional. En

términos generales su valoración es positiva, no sólo porque amplía considerablemente el contenido material de la misma, sino porque establece una mayor claridad en cuanto a su conformación y alcances. En estricta técnica legislativa es un paso conveniente la unificación del sistema que lo rige. Asimismo, este nuevo régimen ha suscitado la atención tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia, lo cual contribuye a enriquecer su entendimiento, destacar sus logros y señalar sus límites.

Sin embargo, es innegable que tal como se encuentra actualmente la justicia gratuita en España no se cumplen en su totalidad las aspiraciones de quienes defienden un acceso a la justicia pleno y absoluto para todas aquellas personas que desean ejercer este derecho. En primer lugar porque bajo el nuevo régimen no sólo se restringe el ámbito subjetivo de aplicación del derecho, especialmente cuando nos referimos al acceso a la justicia de los extranjeros y de las personas jurídicas, sino que además se rigorigiza considerablemente la concesión del derecho. En segundo lugar porque permanece inalterado el problema económico relacionado con este servicio. La remuneración de los profesionales que participan en la prestación del servicio está muy por debajo de los precios fijados por el mercado, lo cual tiene implicaciones en el esquema de incentivos y, por ende, en la calidad del servicio, como veremos detenidamente en su oportunidad. En tercer lugar, porque la justicia gratuita sigue vinculada estrechamente con el concepto de pobreza legal o de escasez de recursos para litigar. En principio, sólo son beneficiarios de la justicia gratuita aquéllos que se coloquen en ese

supuesto normativo. Finalmente, porque la deseada igualdad procesal que por imperativo constitucional se exige en todo proceso se ve seriamente mermada a través del régimen de condena en costas cuando una de las partes es beneficiaria de la justicia gratuita. La contraparte está imposibilitada para recuperar dichas costas cuando hubiese vencido en juicio, pero sí está obligada a su pago cuando la condena se efectúa a favor del beneficiario de la justicia gratuita.

Así, si bien es cierto que el nuevo régimen legal de la asistencia jurídica gratuita introduce importantes novedades, lo cierto es que, como señala Carnicer Díez (1995, p. 75), “opta definitivamente por el sistema tradicional de defensa por turno de oficio”. Se parte de la idea inicial de que las partes litigantes son las que deben asumir el coste del proceso o, en su caso, de la asesoría u orientación jurídica, y sólo como excepción, para aquellas personas de escasos recursos o que se coloquen en el supuesto de la Ley, se prevé la intervención del Estado para garantizar el acceso a la justicia o el derecho de tutela judicial efectiva. En otras palabras, la prestación de los servicios jurídicos se rige por las fuerzas del mercado, y sólo por excepción, se presta de manera gratuita para aquellos usuarios que carecen de recursos o que tienen garantizado dicho derecho por ley.

CAPÍTULO II

ELEMENTOS EN EL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA JUSTICIA GRATUITA

1. Justificación del enfoque económico

Como hemos visto anteriormente, la experiencia vivida a partir de la consagración del Estado como garante de los derechos individuales y sociales hasta nuestros días, donde cada vez se ponderan más las ventajas que proporciona un sistema de economía de mercado basada en el reconocimiento de las incapacidades estatales, ha modificado los fundamentos o principios en los que el aparato público basa su actuación. Se reconocen los límites materiales del Estado que lo llevan a ocupar, por una parte, no ya un lugar privilegiado sino, incluso, “subsidiario” a las capacidades de los individuos para interrelacionarse voluntariamente en los diferentes órdenes de la vida social⁴⁹, y por la otra, a estar bajo la mirada crítica de la sociedad en aspectos que por disposición constitucional, en concordancia con el modelo económico y social adoptado, le competen.

Así, la posición actual del Estado se hace patente en el propio proceso evolutivo de la asistencia jurídica gratuita, con claros

⁴⁹ Al respecto LINDBLOM (2001, p. 156) señala que: “Una visión o modelo común coloca al sistema de mercado al frente y al centro, dejando al Estado con dos papeles de carácter subsidiario. El primer papel consiste en establecer los fundamentos legales sin los cuales el sistema de mercado no podría operar. (...) El segundo papel es calificado con palabras tales como ‘interferencia’ e ‘intervención’, o palabras menos críticas aunque negativas en su colorido, como ‘regulación’.” (La traducción es nuestra)

patrones internacionales, que indican una posición crítica y vigilante de las prestaciones contempladas durante la época de auge del Estado de bienestar. En principio, la prestación de los servicios jurídicos y los gastos procesales que implica la resolución de un conflicto ante los tribunales de justicia se entienden a costa de los particulares (aun cuando la prestación efectiva de la impartición de justicia corresponde tradicionalmente a una función de Estado), y sólo por excepción, para determinados casos previstos por la Ley, especialmente tratándose de personas en situación de extrema pobreza, se prevé la gratuidad de los servicios jurídicos.

Evidentemente, la explicación de esta situación tiene una naturaleza muy compleja que abarca diversos ámbitos del orden mundial y nacional, ya que la propia concepción de la justicia gratuita y, en consecuencia, la forma de justificar su existencia y el alcance de su prestación, vinculada en gran medida más a la idea del Estado de bienestar que a la idea de igualdad de la justicia, obedece a razones históricas, ideológicas y de compromiso político, lo que hace que tenga una naturaleza fácilmente mutable. Pero, quizá, parte de la respuesta, dejando a un lado el plano ideológico e histórico, puede encontrarse en la discutida legitimidad del Estado y de sus instituciones, “como consecuencia de las dificultades, reales o supuestas, que éstas enfrentan para solucionar algunos de los más apremiantes problemas sociales (...), especialmente en época de una prolongada crisis económica”, como observa Fix Fierro (1995, p. 12 y ss.). La escasez de recursos y su deficiente administración representan una porción considerable de los grandes problemas que

enfrenta el Estado para dar cumplimiento a las exigencias sociales constitucionalizadas⁵⁰.

Sobre el particular, Calsamiglia (1988, p. 307) ha puesto de manifiesto que las transformaciones del Estado contemporáneo han supuesto, entre otras cosas, un nuevo sistema de legitimación. La intervención del Estado en la economía se logra justificar fundamentalmente por la capacidad del aparato administrativo de ofrecer o no unos servicios públicos adecuados. De tal forma que a la tradicional legitimación por la legalidad se añade la legitimación por criterios económicos como es el caso de la eficiencia. Así pues, en palabras de Calsamiglia, “lo que importa [...] es que la administración ofrezca el máximo bienestar con el mínimo coste posible”.

De ahí que resulte conveniente orientar nuestro análisis desde una postura que, por lo que hace a la asistencia jurídica gratuita, resulta novedosa y acorde a las tendencias actuales dominantes. Nos referimos a la introducción de herramientas económicas, en concreto al criterio de eficiencia desde la perspectiva de la política microeconómica, en el análisis de una institución convencionalmente sustentada en criterios estrictamente jurídicos y de justicia social.

⁵⁰ Al respecto, CASTELLS y BOSCH (1998, p. 23) señalan que “El Estado de bienestar ha servido para resolver algunos de los problemas acuciantes de las modernas sociedades capitalistas, y su desmantelamiento (...) no haría sino agravar o hacer reaparecer estos problemas. Pero, al mismo tiempo, está claro que es el fallo, el fracaso parcial, de este Estado de bienestar para resolver algunos nuevos problemas (el paro masivo de las sociedades occidentales, la ineficiencia de buena parte de las áreas gestionadas por el sector público), lo que ha conducido a su cuestionamiento.”

No está por demás decir que este enfoque nos permitirá añadir un aspecto de fundamental importancia en la resolución de algunas interrogantes que circundan a la justicia gratuita, que van desde su proceso evolutivo, la justificación de su propia existencia, la valoración de su funcionamiento en términos de bienestar social, hasta la precisión de la efectiva participación del Estado frente al esquema de mercado y la actividad altruista de los particulares.

El enfoque económico de la asistencia jurídica gratuita no sólo es deseable sino también es posible dado que en las últimas décadas hemos asistido a la paulatina introducción de la teoría económica en el análisis de cualquier conducta humana o institucional aún en campos ajenos a los considerados tradicionalmente económicos, provocada, de acuerdo con Cossío (1997, p. 11 y ss.), por la progresiva unificación y aceptación de unos cuantos supuestos y objetivos, así como por la continua formalización y refinamiento de las herramientas analíticas del pensamiento microeconómico. De acuerdo con este autor, la adopción creciente de criterios económicos en el análisis de los diferentes ámbitos del orden social se explica por la posibilidad de comprender conductas, sean del orden público o del orden privado, mediante la atribución (obviamente externa) de un sentido económico. Como anticipó en su momento Bentham, los individuos (y las instituciones, conformadas por individuos) actúan como maximizadores racionales de sus propios intereses en todos los aspectos de la vida. Entonces, no importa que, en principio, las personas físicas o jurídicas estén llevando a cabo una conducta política, antropológica o jurídica, pues en uno u otro caso es factible

llegar a suponer (y por ello atribuir significado o sentido) que tal conducta pretende maximizar una utilidad o reducir un costo. La conducta así concebida admite, entonces, el calificativo de “económica”.

Además, la conveniencia de introducir criterios económicos que nos permitan valorar e, incluso, justificar el papel del Estado, especialmente en sus políticas conformadoras del Estado de bienestar, ha sido ampliamente destacada por la doctrina. Simplemente a manera de ejemplo baste citar a Barr (1992, p. 742), de conformidad con el cual la teoría económica ha ofrecido una vía alternativa al proceso ideológico y a la teoría de la convergencia (que destaca el natural proceso de industrialización) como fórmulas históricas para justificar el intervencionismo estatal que todo Estado de bienestar supone. Esta tercera vía consiste, según este autor, en advertir los problemas insuperables de eficiencia a que se enfrenta la provisión privada de los derechos que configuran el Estado de bienestar (en este caso, la prestación de asistencia jurídica), a lo cual podríamos agregar la conveniencia que supone esta perspectiva para analizar de manera racional las implicaciones de una prestación generosa, esto es, sus efectos sobre los incentivos.

En esta tesitura, ya no es suficiente decir que el Estado debe promover tal o cual política bajo consideraciones propias de criterios tales como la justicia social, la igualdad o la equidad o bajo los argumentos iniciales en los que se sustenta la aparición de las estructuras conformadoras del Estado de bienestar (consistente en

mejorar las condiciones económicas y sociales de los las personas en situación desaventajada), sino que se hace necesario introducir nuevos criterios valorativos, como la eficiencia, a efecto de justificar tanto la conveniencia de la participación del Estado, como el alcance de la misma, en términos de bienestar social. Como destaca Barr (1998, p. 69) mientras que el objetivo de eficiencia es común a cualquier tendencia ideológica, los criterios redistributivos dependen esencialmente de la definición de justicia o equidad que se adopte, la cual varía considerablemente de acuerdo a dichas tendencias.

Trasladando estas ideas a nuestra materia de estudio, entonces, ya no es suficiente decir, bajo argumentos inevitablemente abstractos y, en un gran número de casos, ideológicos, que el Estado debe promover el acceso a la justicia a través de la implementación de mecanismos de justicia gratuita para determinados sectores de la población, sino que se hace necesario valorar si esta institución redundaría efectivamente en el incremento del bienestar social en su conjunto y, en su caso, determinar los efectos negativos y positivos de una política generosa. Evidentemente las conclusiones a las que se lleguen bajo esta perspectiva tendrán un efecto directo en determinar la propia conveniencia o no de la participación del Estado en esta materia y, en su caso, respecto de los límites o restricciones a los cuales debe sujetarse su efectiva prestación. Así, admitir que la justicia gratuita únicamente se basa en criterios éticos o morales podría llevarnos a sostener una postura reduccionista, pues no se puede desconocer su relevancia económica y la necesidad de introducir criterios de eficiencia en su propia configuración.

Para reforzar este argumento baste considerar que si bien es cierto que la asistencia jurídica gratuita concebida como una institución pública indispensable para fomentar el acceso a la justicia de todas las personas inmersas en un conflicto jurídico tiene un fundamento inherentemente basado en criterios de igualdad, además de constituirse por imperativo constitucional, también lo es que en su concepción destaca necesariamente su carácter “prestacional” y, por ende, su relevancia económica. La asistencia jurídica gratuita implica necesariamente la utilización de recursos públicos y, como hemos visto, privados (en el modelo *Judicare*), mismos que presentan claros límites, sea por su propia naturaleza de escasos o simplemente por la necesidad de elegir adecuadamente su distribución para dar cumplimiento a todas y cada una de las políticas públicas que el Estado debe acometer. No olvidemos que el destino de mayores recursos en favor de una política pública concreta, como podría ser precisamente la asistencia jurídica gratuita, implica necesariamente la reducción de recursos en perjuicio de otra, a menos, claro, que se incrementara el régimen impositivo del Estado a cargo de un mayor gravamen de los contribuyentes. Es aquí, precisamente, donde encuentra cabida la llamada Economía del Bienestar, misma que se ocupa del mejor uso (lo que significa tanto eficiente como equitativo) de los recursos escasos, y el criterio de eficiencia que la misma difunde.

De esta forma, si podemos demostrar que la asistencia jurídica gratuita se constituye en un *desideratum* tanto ético (basado en

criterios de equidad) como económico (desde la perspectiva de la eficiencia económica), los argumentos que la sostienen se ven considerablemente reforzados.

Pero nuestro análisis pretende ir todavía más allá de la mera demostración de la conveniencia de la intervención pública en la efectiva promoción y prestación de la justicia gratuita para promover el acceso a la justicia, a efecto de cumplir con los criterios valorativos que hemos seleccionado, esto es, la eficiencia y la equidad. Es necesario determinar, conforme a dichos criterios valorativos, el alcance y la configuración que adoptan los mecanismos de justicia gratuita. Mientras que la equidad, así como la justicia, justifican su propia existencia pero no establecen claros límites en su prestación y financiación, las herramientas económicas, y concretamente el criterio de eficiencia, nos permiten valorar y comprender de manera formal las restricciones a las que la misma se encuentra sujeta.

Como cualquier servicio público, la asistencia jurídica gratuita crea un entorno de incentivos específico que induce cambios en el comportamiento de los individuos que participan en su prestación o que se benefician de la misma. La consideración de estos incentivos, como veremos, determina en gran medida la adopción y el alcance de su propia configuración. Nuestra tarea, entonces, consiste tanto en valorar la necesidad de establecer ciertas restricciones que hagan de la justicia gratuita una prestación residual (en contraposición a su carácter universal), como determinar cuáles son los efectos o

resultados de una política generosa, evaluando, evidentemente, sus efectos en términos de bienestar social.

El supuesto evidente del que tenemos que partir a efecto de cumplir con este objetivo consiste en concebir tanto al individuo como al Estado como sujetos maximizadores del bienestar. Respecto de los individuos debemos distinguir entre los propios beneficiarios de la justicia gratuita y aquéllos que participan en su efectiva prestación, especialmente los abogados y procuradores, en el modelo *Judicare*, pero también otros profesionales que participan en el proceso de solución de conflictos. Igualmente debe tomarse en consideración la propia actuación del Estado, ya que a fin de cuentas éste tiene por objetivo maximizar el bienestar de la sociedad a través de sus políticas redistributivas o de transferencia, tal como puede ser, en parte, la asistencia jurídica gratuita. En otras palabras, debemos tomar en consideración que tanto los individuos como las instituciones actúan de manera racional en el sentido convencional de este término en Economía, que hace referencia a la adecuación de una determinada conducta al modelo adoptado y no a un estado de ánimo o psicológico, buscando la maximización de utilidad bajo ciertas restricciones. Como señala Pastor Prieto (1993, pp. 36 y 37), entre las restricciones más importantes se encuentran la disponibilidad de información, la actitud frente al riesgo y la reacción de otros sujetos ante la conducta propia.

Así pues, para estar en posibilidad de elaborar una teoría sustantiva y no meramente procesal de la asistencia jurídica gratuita, que

entiende que todas las personas deben acceder a la justicia en igualdad de condiciones con total independencia de su capacidad económica, resulta necesario considerar los argumentos y resultados del análisis económico. Ello, porque la satisfacción de la justicia gratuita para fomentar el acceso a la justicia depende sustantivamente de los recursos disponibles más la forma de su distribución, y en cualquier caso, debe sustentarse a través de criterios de eficiencia y de equidad, en términos de maximización del bienestar social⁵¹.

De esta forma, una vez hechas las aclaraciones pertinentes, procedamos a establecer algunas breves consideraciones en torno a los criterios que nos servirán de herramienta de análisis de la asistencia jurídica gratuita, esto es, la eficiencia y la equidad, a efecto de estar en posibilidad de continuar con su aplicación a la institución antes dicha.

⁵¹ Desde la perspectiva de la política microeconómica es casi una posición común la necesidad de considerar tanto a la eficiencia como a la equidad como objetivos de cualquier política social dirigida a la población, sea para aliviar la pobreza, proveer servicios que se consideren básicos o fundamentales para la sociedad o, incluso, para garantizar un mínimo de calidad de vida. Al respecto, BARR (1998) establece que los objetivos de todo Estado de Bienestar pueden reducirse a tres (aunque cada uno de ellos con diversos enfoques): la eficiencia, la equidad y la viabilidad económica. De esta forma, si aceptamos que la asistencia jurídica gratuita es una parte fundamental del Estado de Bienestar, necesariamente tendría que participar de dichos componentes. Ahora bien, la importancia o el alcance que se le conceda a cada uno de ellos y la forma de su implementación dependerá de la tendencia ideológica que se adopte.

2. El concepto de eficiencia

El concepto de eficiencia es ampliamente utilizado en la teoría económica. La relevancia que se le concede, a veces en perjuicio de la equidad, radica precisamente en la idea de que la eficiencia implica la máxima utilización de los recursos disponibles o en la reducción de los costes o recursos utilizados para alcanzar los objetivos deseados⁵². Gracias a la objetividad de su formulación y tratamiento, podemos decir que la eficiencia se convierte en uno de los pilares fundamentales de la ciencia económica al relacionarla directamente con el principio económico ahistórico de la escasez de recursos.

Sin embargo, la eficiencia entendida en términos tan absolutos como los señalados nos puede llevar a serias confusiones, como destacaron de manera incipiente Hall y Winsten (1959) en su artículo "*The Ambiguous Notion of Efficiency*", ya que en la realidad existen diversas formas de analizar un estado eficiente y utilizar diversos métodos y variables para su comprobación.

Esta problemática ha sido solucionada en la teoría económica moderna a través de la distinción de por lo menos tres formas básicas y diferentes de eficiencia⁵³:

⁵² De acuerdo con BARR (1998, p. 70), la eficiencia implica el mejor uso de los recursos limitados dadas las preferencias de las personas

⁵³ Sobre el particular, pueden consultarse las obras de WALLIS y DOLLERY (1999), KUTTNER (1999), WOLF (1990) y ACOCELLA (1998), entre otros.

(1) La eficiencia entendida desde la perspectiva de la organización productiva, reconocida en primera instancia por Farrell (1957) y, posteriormente ampliada por Leibenstein (1966). Esta forma de eficiencia, denominada en ocasiones “eficiencia-X” de acuerdo al término implementado por Leibenstein, fija su atención en las capacidades y las habilidades de la organización productiva para obtener un determinado *output* a un menor coste.

En el concepto de Leibenstein (p. 192), se pone especial énfasis en el aspecto motivacional de los agentes productivos, aunque también se toman en consideración otros aspectos que, de igual manera, originan que empresas con una misma tecnología e igual número de factores de la producción tengan resultados productivos diferentes. Así, en estos términos, la eficiencia se reduce al análisis de la organización interna de las empresas, cuyo objetivo radica en incrementar su producción mejorando el funcionamiento de los factores ya adquiridos, es decir, sin necesidad de recurrir a la adquisición de nuevos factores. Como indica Leibenstein (p. 399), “los métodos involucrados [para aumentar el nivel eficiente de producción] consisten en una simple reorganización del proceso productivo (...)”⁵⁴.

⁵⁴ LEIBENSTEIN (1966, pp. 406 y 407) identifica tres elementos significativos para determinar lo que ha denominado Eficiencia-X: “(1) la eficiencia motivacional intra-planta [se refiere a los incentivos de los empleados], (2) la eficiencia motivacional externa [la presión que genera la competencia frente a otras empresas], y (3) la eficiencia en el *input* ajeno al mercado.” La traducción es nuestra.

Aun cuando esta forma de analizar la eficiencia tiene gran importancia en determinados campos del análisis económico, es necesario destacar que, como señalan Wallis y Dollery (1999, p. 12), esta noción de eficiencia por sí sola es insuficiente para valorar la eficiencia económica, en virtud de que la eficiente organización productiva de bienes no toma en consideración a los deseos de consumo de la sociedad. Sin embargo, es necesario señalar que la eficiencia en la organización productiva, entendida como la capacidad organizativa de obtener el máximo de *outputs* con una cantidad dada de *inputs* se constituye en una condición *sine qua non*, para obtener cantidades óptimas de un determinado bien en términos de la teoría general del equilibrio.⁵⁵

2. Otra forma de eficiencia corresponde a la llamada “eficiencia dinámica”, misma que se relaciona directamente con el crecimiento económico y la innovación. En palabras de Balassa (1965, p. 7), “la eficiencia dinámica se ocupa de las posibilidades de crecimiento en la economía”.

Originalmente esta forma de eficiencia se le ha atribuido a Schumpeter (1942), en virtud de que se constituye en el principal defensor del crecimiento económico a través del progreso tecnológico,

⁵⁵ Es necesario distinguir el concepto de eficiencia X en el sentido de LEIBENSTEIN y la eficiencia en la producción. En términos generales, esta última atiende a la imposibilidad de reasignar los factores de producción de tal forma que se genere una mayor producción de algún bien. En otras palabras, la eficiencia productiva se identifica con la frontera de posibilidades de la producción y, usualmente, su estudio se enmarca dentro del propio concepto de eficiencia en el sentido de Pareto (LEMIEUX, 2006, p. 23).

es decir, mediante la innovación provocada principalmente por las empresas con alto poder de mercado. Efectivamente, Schumpeter (1983, p. 115 y ss.) sostiene que precisamente la competencia imperfecta (el poder de mercado), es la causante de alcanzar elevados niveles de eficiencia económica reflejados especialmente en las tasas de crecimiento del ingreso nacional. Incluso, uno de sus principales seguidores en este aspecto, Kuttner (1999, p. 25), le otorga el calificativo de “profeta del progreso tecnológico” como máquina de crecimiento, y defensor de la competencia imperfecta como agente necesario para alcanzar dicho progreso.

Esta forma de concebir la eficiencia económica (*alter ego* del crecimiento económico y la innovación) parte de la idea de que su análisis no puede realizarse en un punto específico del tiempo. En términos generales, como señalan Wallis y Dollery (1999, pp. 14 y 15) la eficiencia dinámica se refiere al uso eficiente de los recursos escasos a través del tiempo, de ahí que se le otorgue el calificativo de “dinámica”.

Si bien la eficiencia dinámica tiene la ventaja de situar a la eficiencia desde una perspectiva de grandes dimensiones como lo es el crecimiento económico de una sociedad determinada, otorgándole un carácter intertemporal, además de que parte de un modelo quizá más realista como lo es la competencia imperfecta, adolece de falta de precisión. Incluso Kuttner (1999, p. 195) reconoce que el concepto de eficiencia dinámica, por el momento, carece de instrumentos y métodos analíticos que permitan determinar su alcance. En el mismo

sentido se pronuncian Wallis y Dollery (1999, p. 15) al indicar que la eficiencia no tiene una definición formal aceptada de manera universal.

Ahora bien, conviene especificar que los seguidores de la eficiencia dinámica hacen énfasis en la idea de que el concepto de eficiencia en la asignación de recursos y en la producción, convencionalmente adoptado, mismo que parte del modelo de competencia perfecta en la teoría neoliberal, es insuficiente para determinar si un sistema económico es eficiente o no, precisamente porque la base fundamental de la eficiencia dinámica se encuentra en los beneficios que reporta la competencia imperfecta.

De esta forma, la eficiencia dinámica se constituye, más que en una forma de análisis económico o de un objetivo concreto de la política económica, en una crítica a las condiciones o premisas de las que parte el concepto convencional de eficiencia económica, es decir, el concepto derivado del ahora clásico *Manual de Economía Política* de Vilfredo Pareto y desarrollado dentro del marco de la Teoría General del Equilibrio⁵⁶, mismo que veremos a continuación.

3. Si no de manera unánime sí de forma muy extendida, la teoría económica actual adopta el criterio de eficiencia en el sentido de

⁵⁶ La obra de KUTTNER, *Everything for Sale. The Virtues and Limits of Markets* (1999), representa una seria crítica al modelo tradicional de competencia perfecta del que se deriva el análisis de la eficiencia en el sentido de Pareto, precisamente mediante la adopción del concepto de eficiencia dinámica (en el sentido de Schumpeter). Sin embargo, tampoco proporciona instrumentos definidos de análisis.

Pareto (también denominado óptimo de Pareto), de acuerdo con el cual una situación es eficiente cuando no es posible reorganizar la producción o el consumo de tal forma que pueda mejorar la utilidad (o el bienestar) de un individuo sin empeorar el de algún otro⁵⁷.

Cabe destacar que esta definición de eficiencia es la que adoptaremos en el presente trabajo, especialmente por tres razones: la primera, y quizá la de menor importancia, radica en las ventajas prácticas que reporta el hecho de que la eficiencia en el sentido de Pareto es la forma de eficiencia más desarrollada y estudiada dentro de la teoría económica y, que a su vez, se ha extendido a otras ramas

⁵⁷ En términos de la teoría general del equilibrio, una situación óptima que comprenda tanto a la producción como al consumo requiere tres condiciones que deben operar simultáneamente. De acuerdo con VARIAN (1975) y BARR (1998) estas condiciones son las siguientes:

a) Por una parte, la eficiencia productiva, misma que consiste en la capacidad organizativa de obtener el máximo *output* con una cantidad dada de *inputs*. Asimismo, de acuerdo con ACOCELLA y BARR la asignación de *inputs* para la producción de dos diferentes bienes es eficiente, cuando no es posible incrementar el *output* de por lo menos uno de los bienes sin disminuir la producción del otro. En términos formales esto significa que hay eficiencia productiva cuando la producción está en cualquiera de los puntos que conforman la curva de transformación, en lugar de estar situada dentro.

b) La eficiencia en la combinación de bienes, la cual debe ser producida dada la tecnología en la producción y los gustos del consumidor. Esto significa que la producción de un determinado bien o servicio, a pesar de realizarse a un bajo coste, no se justifica *per se*, dado que los recursos destinados a esta actividad podrían ser destinados a otra cosa que genere mayor utilidad para los destinatarios (esto es, que satisfaga mejor sus necesidades o preferencias). Formalmente, para satisfacer esta condición ya no es suficiente que la producción esté situada en cualquiera de los puntos de la curva de transformación, sino que se requiere que el coste marginal de producción sea igual al nivel marginal de sustitución.

c) la tercera condición es, precisamente, la eficiencia en el consumo, misma que significa que los consumidores deben destinar su ingreso de tal forma que maximicen su utilidad, dado su ingreso y los precios de los bienes que adquieren. En términos formales esto significa que el nivel marginal de sustitución debe ser igual para todos los individuos.

del conocimiento científico, v.g., la Filosofía, el Derecho (principalmente por medio del análisis económico del derecho), la Ciencia Política, entre otras; en segundo lugar, porque la eficiencia en el sentido de Pareto nos sirve de criterio para analizar aquellas situaciones en las que se producen efectivamente pérdidas de eficiencia (los llamados fallos del mercado) y que dan lugar a ciertos argumentos de intervención estatal⁵⁸, mismas que se analizarán en capítulos posteriores con referencia a la asistencia jurídica gratuita; y en tercer lugar, porque la eficiencia en el sentido de Pareto puede adoptarse como criterio para el análisis de los mercados (y del Estado) desde una perspectiva meramente positiva, así como desde una perspectiva normativa, constituyéndose así en un objetivo deseable para la sociedad. Es evidente que este último aspecto nos interesa de forma muy particular ya que ello nos permite relacionarla (o contraponerla) a los criterios de equidad.

El concepto de eficiencia en el sentido de Pareto puede tener gran relevancia dentro del ámbito normativo de la Economía, que en palabras de Acocella (1998, p. 10) no es otra cosa que la llamada Economía del Bienestar⁵⁹, en atención no sólo al origen de dicho

⁵⁸ Las circunstancias que la teoría económica reconoce como distorsiones o fallos para alcanzar el objetivo de la eficiencia tienen gran importancia para los efectos del presente trabajo, toda vez que dichas circunstancias han servido de justificación para dar paso a la actuación gubernamental, de tal forma que dicha actuación, elevada en algunos casos a rango constitucional, nos puede servir de parámetro para identificar los supuestos normativos en los que la propia Constitución Española beneficia el objetivo de alcanzar resultados eficientes.

⁵⁹ La vinculación necesaria entre la economía del bienestar y el ámbito normativo queda claramente especificada en palabras de LITTLE (1949, p. 234): “¿Por qué algunos economistas son tan cuidadosos de evitar juicios de valor tan obvios? Presumiblemente porque ellos quieren ser científicos y objetivos. Si ese es su

concepto, sino también porque es precisamente esta rama de la Economía la que le ha concedido mayor fuerza y difusión, además de tratar de complementarla, a través de la manifestación dual del llamado Teorema Fundamental de la Economía del Bienestar, con criterios de equidad estrictamente identificados con aspectos distributivos. Clarifiquemos a continuación esta idea.

Por lo que se refiere al origen del llamado óptimo de Pareto, Coleman (1984, p. 649 y ss.) nos recuerda que surgió para evitar la problemática relacionada con los utilitaristas clásicos respecto de la posibilidad de realizar comparaciones interpersonales entre las utilidades de los individuos. Uno de los aspectos primordiales de esta posición radica en identificar aquellas situaciones preferidas o indiferentes de los individuos de acuerdo con sus propias preferencias. Así, de ello no se puede deducir que una persona obtiene mayor o menor satisfacción de un determinado bien o de un conjunto de bienes que otra persona, pero sí se puede afirmar que esa persona, con dicho bien o conjunto de bienes, puede resultar beneficiada o, incluso, ser indiferente de acuerdo a sus preferencias⁶⁰.

deseo, no deben convertirse en economistas del bienestar.” La traducción es nuestra.

⁶⁰ De manera ejemplificativa, LEMIEUX (2006, pp. 20 y 21) señala que cuando dos individuos intercambian una naranja por una manzana, únicamente podemos decir que la parte que cambió su naranja por la manzana valora más a la segunda que a la primera y a la inversa. De ello no se puede deducir que dicha persona obtiene una mayor o menor satisfacción del bien intercambiado que la otra parte (lo que implicaría una clara comparación interpersonal), pero sí se puede afirmar que ambas partes resultaron beneficiadas del intercambio de acuerdo con sus propias preferencias.

Cabe decir que esta aplicación del principio de Pareto, adoptada originalmente por la Economía del Bienestar, también ha tenido gran aceptación por parte del análisis económico positivo pues representa un concepto de eficiencia: la posibilidad que tienen uno o más individuos de obtener más de algo sin forzar a otros individuos a obtener menos (Acocella, 1998, p. 24). El análisis económico positivo pretende utilizar el criterio de eficiencia paretiana (u “óptimo paretiano”) con independencia de cualquier juicio de valor, pero la Economía del Bienestar utiliza dicho concepto para ordenar estados sociales estableciendo un orden jerárquico llamado “criterio de superioridad de Pareto”, que por su importancia merece alguna explicación adicional.

Mediante el criterio de superioridad de Pareto se pretende establecer una regla de ordenación social, con base en las utilidades de los individuos, que evite la necesidad de establecer comparaciones interpersonales. Así, las funciones de utilidad individuales se constituyen en una mera ordenación para distinguir aquellas situaciones preferidas o indiferentes. Como es sabido, este criterio de superioridad puede formularse de la siguiente forma: la utilidad de un grupo de individuos aumenta al moverse de S a S1 si al menos una persona está mejor en S1 que en S y ninguna otra persona está peor. Así, de acuerdo con este criterio, el estado S1 sería superior al estado S.

Ahora bien, la imposibilidad de realizar comparaciones interpersonales trae a colación un problema del que ya se han

ocupado muchos economistas, referente a la construcción de un concepto de bienestar social. Como puntualizan Kaplow y Shavell (2001, p. 984 y ss), bajo la rúbrica de la Economía del Bienestar, el bienestar social necesariamente debe estar basado en el bienestar de los individuos. Específicamente, el bienestar social se postula como una función creciente del bienestar individual. Pero para ello es necesario adoptar algún método de agregación que permita tomar en consideración las utilidades o preferencias de los individuos. Los métodos propuestos han sido muy diversos, que van desde la simple suma de las preferencias individuales (asumiéndolas de manera simétrica y en la cual cada individuo cuenta de manera igual en un sentido importante) hasta la construcción de una función de bienestar social como la de Bergson (1938) y Samuelson (1947), para los cuales no es posible derivar una función de bienestar social que coincida con las funciones de bienestar de los miembros de la sociedad⁶¹.

La elección del método de agregación o, en su caso, la elaboración de la función de bienestar social ha sido motivo de grandes disquisiciones por parte de los economistas y evidentemente la elección del método depende en gran medida de los conceptos de justicia o equidad que se adopten. De ahí que sea innegable que la

⁶¹ Existe un amplio consenso entre los economistas al concebir la función de bienestar social como una función matemática que se deriva de manera explícita de los postulados ético-axiomáticos adoptados. Estos postulados necesariamente implican juicios acerca de las comparaciones interpersonales de utilidad. Ahora bien, la legitimidad de tales funciones de bienestar social depende del grado en que se reflejen los valores sociales compartidos. No está por demás decir que los parámetros que se utilicen para tal función, constituyen un problema empírico.

perspectiva de la Economía del Bienestar necesariamente incorpore la formulación de ciertos juicios de valor, especialmente si consideramos que el bienestar social depende positivamente del bienestar de los individuos que integran la sociedad.

Así, el criterio de superioridad de Pareto y su aplicación en la Economía del Bienestar, si bien pretende subsanar el problema asociado a los utilitaristas clásicos respecto a la elaboración de comparaciones interpersonales, adolece de incorporar juicios de valor que pueden ser muy discutibles, sobre todo cuando el punto de partida consiste en el individualismo ético, es decir, las utilidades, preferencias o deseos de los individuos, a efecto de determinar el incremento o decremento del bienestar de toda la sociedad ⁶².

Además, el orden social que puede llegar a construirse mediante el criterio de Pareto conduce a lo que comúnmente se ha denominado, según Acocella (1998, p. 32), como “tiranía del *statu quo*”. Efectivamente, en virtud de que el criterio de superioridad de Pareto no permite comparaciones interpersonales y únicamente admite como superior aquél estado en el que se beneficia por lo menos a una persona sin perjudicar a otra (es decir, un estado social

⁶² Al respecto, BUCHANAN (1959, pp. 124 y 125) señala que el principio de Pareto es por sí mismo una proposición ética, un juicio de valor. Así las cosas, el autor en comento indica que las palabras “mejorar (*better off*)” o “empeorar (*worse off*)” utilizadas en dicho principio requieren de un contenido objetivo, mismo que puede ser dado substituyendo la primera idea (*better off*) por “en la posición elegida voluntariamente”. Así, las preferencias individuales son tomadas para indicar cambios en el bienestar individual, y una persona puede decir que está mejor cuando voluntariamente cambia su posición de A a B pudiendo haber permanecido en A.

eficiente), la ordenación social que podría construirse dejaría afuera otros estados en los que no hubiera situaciones eficientes, así como aquellos que no fueran previamente considerados. Como señala Albi (2000, p. 44), la mayoría de los cambios sociales se dan normalmente en beneficio de algunas personas, perjudicando a otras, lo que originaría que no se cumpliera el criterio de Pareto y, por ende, no se pudiera seleccionar entre una situación social y otra⁶³.

Por otra parte, este criterio de superioridad, en su forma original, no toma en cuenta las desigualdades existentes entre los individuos de la sociedad, no establece distinciones respecto de las personas que se verían beneficiadas en un nuevo estado S1. Tal como señala Carlos Romero (2001, p. 109), aun cuando se refiere a un criterio estrictamente utilitarista (concretamente al de Bentham) pero aplicable en este caso, “esta forma de ordenación supone que el incremento en el bienestar de una persona rica en una unidad tiene el mismo valor social que el incremento en el bienestar de una persona pobre por una unidad”⁶⁴.

Las críticas formuladas al criterio de superioridad de Pareto han pretendido solventarse de muy diversas formas aunque casi siempre con argumentos que se alejan del plano de la eficiencia e incluyen consideraciones de contenido ético o moral. La primera crítica,

⁶³ Respecto de la movilidad en el criterio de superioridad de Pareto, VARIAN (1975, p. 229) señala que “[...] *the only way we can make one of the slaves better off is to take something away from the privileged agent- there is no way to make everyone better off.*”

⁶⁴ La traducción es nuestra.

relativa a su fundamento dentro del individualismo ético, se ha pretendido subsanar modificando la base de información para determinar cuándo una situación debe ser preferida a otra, esto es, pasando de las utilidades o preferencias de los individuos a conceptos de mayor contenido ético. Así, por ejemplo, Sen (1993, p. 528), basándose en Arrow (1951), utiliza la idea de valores de los individuos, comprendiéndose en ella todas aquellas cosas que las personas tienen razones para valorar, y concretándola posteriormente a las libertades y capacidades de los individuos, de tal forma que para Sen una situación sería preferible a otra siempre y cuando en ella se incrementaran las libertades o capacidades de una o varias personas sin empeorar las de otras. Lo mismo puede decirse respecto de Rawls (1997), quien propone conceder un peso específico (y mayor al de los demás miembros de la sociedad) al bienestar de las personas en situación desfavorable, de tal forma que el bienestar social corresponda a la utilidad de las mismas.

Ahora bien, por lo que se refiere a la llamada tiranía del *statu quo*, se han introducido nuevos axiomas que pretenden subsanar tal limitación. Es el caso de la llamada teoría de la compensación (hipotética o potencial), atribuida a Kaldor y Hicks (1939), de conformidad con la cual una situación S1 es superior a otra S si las personas que se benefician con el cambio están en posibilidad de compensar a aquellas personas que se ven perjudicadas con el

mismo, de tal forma que nadie quede en una situación peor a la que se encontraba en S y que al menos una persona esté mejor en S1⁶⁵.

La diferencia entre la superioridad de Pareto y el criterio de Kaldor-Hicks consiste justamente en la diferencia entre la compensación hipotética y la actual. Si la compensación potencial se lleva a cabo efectivamente el movimiento de S a S1 será superior en el sentido de Pareto.

La teoría de la compensación ha representado un gran esfuerzo por mantener vigente el criterio de superioridad de Pareto, ya que amplía el campo de posibilidades en las cuales pueden realizarse movimientos de una situación a otra. Sin embargo, esta teoría no ha sido suficientemente aceptada por los inconvenientes que presenta el hecho de que la compensación sea meramente hipotética. Además, como destaca Little (1949, p. 236), seguido por Acocella (1998, pp. 36 y 37) y Coleman (1984, p. 653), las críticas insuperables de Scitovsky y Arrow limitan la aplicabilidad del criterio de Kaldor-Hicks.

De manera resumida, y siguiendo a los autores en comento, Scitovsky señaló que el criterio de compensación de Kaldor y Hicks conlleva una contradicción. Supongamos que el cambio de S a S1 se lleva de acuerdo con este criterio, pero la compensación (que es tan sólo potencial) no se efectúa, entonces las personas afectadas con el

⁶⁵ Véase COLEMAN (1984, p. 651), ACOCELLA (1998, p. 33 y ss.) y ALBI (2000, p. 45).

cambio (aquellos que no recibieron la compensación) desearán regresar a la situación inicial, S. Esto también sería posible bajo el criterio de Kaldor y Hicks, por lo que ello podría llevarnos a una situación interminable de cambios de S a S1 y, posteriormente de S1 a S. Para salvar esta contradicción, Scitovsky propuso seguir un doble criterio: (1) que los beneficiados con el cambio pudieran sobrecompensar a los perjudicados, y (2) que las personas en contra de que se efectúe el cambio de S a S1 no tuvieran la posibilidad de sobornar a otras para obtener su voto en contra. Así, con este criterio doble de Scitovsky se evita la contradicción planteada respecto del criterio Kaldor-Hicks, aunque no salva las críticas relacionadas con la desigualdad en la distribución.

Por su parte, Arrow (1951) establece una serie de axiomas adicionales que permiten superar las limitaciones imputadas al criterio de superioridad de Pareto, es decir, su carácter parcial de ordenación social, separándose de esta forma de la teoría de la compensación hipotética. Los axiomas o condiciones postulados por Arrow para construir un orden social completo, adicionales al criterio paretiano, son los siguientes:

1. Una condición de independencia de alternativas irrelevantes: en la elección entre S y S1, debemos tomar en cuenta únicamente las preferencias individuales relativas a esas alternativas, ignorando otras posibilidades de ordenación individual.

2. Una condición de dominio irrestricto o universal: la regla para construir un orden social sobre la base de las ordenaciones individuales debe ser definida por todo el conjunto de ordenaciones individuales posibles. En otras palabras, la regla de ordenación social mediante las preferencias individuales incluye a cualesquiera que éstas puedan ser, siempre que cada sistema de preferencias individuales no sea contradictorio.
3. Una condición de unanimidad: si todos los miembros de la sociedad prefieren S a S1, entonces en la ordenación social deberá prevalecer S a S1.
4. Una condición de transitividad y consistencia: si S es preferido a S1 y S1 es preferido a S2, entonces la elección social debe indicar que S es preferido a S2.
5. La ausencia de dictaduras: ningún individuo debe poseer una situación privilegiada que permita que cuando éste exprese su preferencia entre dos opciones y los demás individuos no estén de acuerdo, prevalezca su elección.

De esta forma, las condiciones incluidas por Arrow nos permiten construir un orden social completo a partir del criterio de superioridad de Pareto, ya que dichas condiciones simplemente son adicionales a éste. Sin embargo, el cumplimiento de dichas condiciones simultáneamente se torna inaplicable, especialmente si consideramos que las preferencias individuales no pueden ser contradictorias. Sobre el particular, Acocella (1998, p. 37) subraya que el cumplimiento de las condiciones establecidas por Arrow

“únicamente puede darse si las preferencias de un cierto individuo son decisivas; esto es, si la elección de una persona determina la elección de toda la sociedad, sin incluir las preferencias de los otros miembros de la sociedad (...).” Esta situación nos lleva a lo que se conoce actualmente como el “teorema de la imposibilidad” de Arrow, en virtud de que existe una tendencia generalizada a rechazar las elecciones dictatoriales y, por ende, esto hace imposible la construcción de un orden social completo.

Puede concluirse que el carácter parcial del criterio de superioridad de Pareto permanece vigente en la teoría económica⁶⁶. Y más aún, sigue vigente la crítica relacionada a su relación con los criterios de equidad. Como ampliamente destaca Little (1949, p.236), el criterio de superioridad de Pareto, refiriéndose concretamente a los seguidores del principio de compensación hipotética (Kaldor y Hicks), aunque admite una ampliación a los demás criterios propuestos, no da cuenta de las desigualdades entre los individuos de la sociedad, ni introduce criterios de equidad.

⁶⁶ Esta situación a llevado a algunos economistas a preferir otros medios de ordenación social, utilizando otros medios para agregar las preferencias individuales, y estableciendo la posibilidad de efectuar comparaciones interpersonales. Una descripción detallada de estas otras alternativas la podemos encontrar en la obra de ACOCELLA (1998). Asimismo, por su importancia y aceptación podemos mencionar a la Función de Bienestar Social desarrollada por BERGSON y SAMUELSON que, de acuerdo con este último (1947 y 1971, p. 224 y ss.), toma la forma $W = W(Z_1, Z_2, Z_3, \dots)$, donde la Z representa todas las variables posibles, y la función se caracteriza por alguna creencia ética, sea la de un dictador benevolente o egoísta, así como la de toda la sociedad o de un grupo numeroso de la misma.

Ahora pasemos a un argumento más de gran relevancia para la cuestión de la que tratamos, nos referimos al Teorema Fundamental de la Economía del Bienestar, cuya manifestación, al decir de Sen (1993, pp. 520 y 521), se realiza en dos partes:

La primera proposición (...) es que bajo ciertas condiciones específicas (incluyendo la ausencia de externalidades, v.g., interdependencias ajenas al mercado), cualquier equilibrio competitivo del mercado es 'Pareto eficiente'. Una situación dada se define como Pareto eficiente si se da el caso de que la utilidad (preferencia, bienestar, valores, etc.) de ninguna persona puede incrementarse sin reducir la utilidad [preferencia, bienestar, valores, etc.] de otra.

La segunda parte del teorema es algo más complicada. Establece que dadas algunas condiciones (incluyendo la ausencia de externalidades, así como también la ausencia de significantes economías de escala) cualquier resultado Pareto eficiente es un equilibrio competitivo en algún conjunto determinado de precios y respecto de cierta distribución inicial de los recursos dados. Esto es, no importando qué situación Pareto eficiente especifiquemos es posible tener un equilibrio de mercado competitivo cediendo precisamente a esa situación a través de la elección apropiada de la distribución inicial de recursos⁶⁷.

La primera parte del Teorema Fundamental de la Economía del Bienestar, o simplemente "Primer Teorema Fundamental", no nos

⁶⁷ La traducción es nuestra.

representa mayor problema, en el sentido de que de éste se derivan las condiciones bajo las cuales pueden alcanzarse diferentes estados eficientes en el sentido de Pareto, situaciones que evitan la escasez o el excedente de los recursos disponibles, la presencia de excedentes de los consumidores o de los productores. En otras palabras, indica las condiciones requeridas para alcanzar un precio de equilibrio que iguale la cantidad demandada y la ofertada, lo que necesariamente redundará en la mejor utilización de los recursos escasos y, por ende, en un mayor beneficio para ambas partes (consumidores y productores). Como puede observarse, este primer teorema da cabida a una concepción esencialmente positiva del criterio de eficiencia en el sentido de Pareto, mismo que puede o no separarse del llamado criterio de superioridad y, por ende, de la Economía del Bienestar.

Sin embargo, la segunda parte del Teorema Fundamental reintroduce algunos aspectos normativos que permiten atender el planteamiento de si efectivamente un resultado eficiente incrementa el bienestar de la sociedad en su conjunto. De conformidad con Sen (1993, p. 521), precisamente la segunda parte del Teorema se constituye en el medio para calificar de “óptimo social” una situación eficiente, ya que también reconoce la necesidad de contar con una “adecuada” distribución inicial de los recursos.

Así, podemos decir que la segunda parte del Teorema Fundamental, o “Segundo Teorema Fundamental”, se constituye en un medio para subsanar las críticas usualmente imputadas al criterio de superioridad de Pareto respecto de la distribución, esto es, que el

criterio de Pareto hace caso omiso de la forma en que se distribuyen los recursos disponibles y que, por ende, pueden redundar en grandes desigualdades. Ello es así porque, en aplicación de esta segunda parte del Teorema, es posible crear condiciones adecuadas en la distribución de los recursos mediante impuestos o transferencias de cuota fija (*lump-sum*) que lleven una asignación Pareto eficiente en la que el óptimo social sea máximo.

Si bien, en principio, la segunda parte del Teorema Fundamental de la Economía del Bienestar tiene la gran ventaja de incluir la posibilidad de demostrar que la redistribución puede conducir a una situación eficiente con máximo bienestar social, presenta dos graves problemas:

- a) El primero de ellos consiste en determinar si efectivamente es posible contar con criterios redistributivos, a través de la política impositiva y de transferencias de recursos, que no interfieran negativamente en el funcionamiento de los mercados y que, en consecuencia, permitan la obtención de resultados eficientes;
- b) El segundo problema consiste en determinar el criterio de equidad que servirá de sustento para implementar la política redistributiva adecuada.

Por lo que se refiere al primer problema planteado, la posición más generalizada dentro de la teoría económica consiste en señalar que la redistribución de recursos necesariamente tiene implicaciones en el

funcionamiento del mercado, especialmente porque afecta a los incentivos (sea en la producción o el consumo, así como en el mercado laboral) y a la aceptación del riesgo (en la producción), lo que conlleva pérdidas de eficiencia. Así, comúnmente se dice que la redistribución se opone al objetivo de la eficiencia (esto es, que se produce un cierto *trade-off*)⁶⁸, aunque como veremos con posterioridad, esta afirmación no siempre es acertada pues la eficiencia y la equidad no son términos indefectiblemente excluyentes entre sí, lo equitativo no es necesariamente ineficiente y lo eficiente no es necesariamente inequitativo.

Por lo que hace al segundo problema, efectivamente consideramos que el Teorema Fundamental de la Economía del Bienestar es en cierto modo insatisfactorio, dado que no establece con precisión los criterios de justicia distributiva o equidad requeridos para efectuar una redistribución que permita incrementar el bienestar de la sociedad en su conjunto. Esta situación nos lleva a la necesidad de acudir a criterios que, si bien, son ajenos a la ciencia económica, los propios economistas utilizan en contadas ocasiones por el temor a

⁶⁸ En este sentido se pronuncian BALASSA (1965, p. 13) y OKUN (1975, p. 88 y ss.), entre otros. De acuerdo con este último, las transferencias de recursos vía impositiva pueden originar varias ineficiencias provocadas por los costos administrativos que generan la recaudación y posterior transferencia, la reducción del esfuerzo laboral, los efectos distorsionantes en el ahorro y la inversión, así como por los posibles cambios en las actitudes socioeconómicas. Sin embargo, como el propio autor reconoce (1975, p. 4) la existencia de un *tradeoff* entre la eficiencia y la equidad no significa que necesariamente todo lo que es bueno para uno es necesariamente malo para el otro. Asimismo, BROWNING y JOHNSON (1984, p.175) realizaron un estudio que demuestra el efecto negativo (aumento del coste marginal), concretamente en la oferta de trabajo, de las políticas redistributivas, concluyendo que la redistribución de los recursos produce, por lo general, una asignación ineficiente de los recursos.

distanciarse de manera irreconciliable del campo objetivo de las ciencias exactas⁶⁹.

De lo anterior no pretendemos inferir que el criterio de Pareto sea ineficaz para determinar incrementos en el bienestar social. Por el contrario, estamos convencidos de que efectivamente tiene una influencia directa en el mismo, si tomamos en consideración que el criterio en comento redundaría en un mejor aprovechamiento de los recursos escasos. Sin embargo, también es necesario subrayar que el alcance del criterio de eficiencia de Pareto, al constituirse en medio de elección social (lo que nos llevaría al criterio de superioridad de Pareto), tiene serias limitaciones, mismas que, en principio, se encuentran fijadas por los criterios de justicia o equidad adoptados⁷⁰.

⁶⁹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, en su estudio titulado “Altruismo y equidad en la caverna de los economistas” pone de manifiesto la problemática que representa la carencia de información disponible respecto de cuestiones relevantes para el bienestar, como son la justicia distributiva y la equidad. Esta situación particular, de acuerdo con el autor, dificulta la relación entre medios (método científico) y fines (sociales) de la ciencia económica, a tal grado que, incluso, se ha producido la sustitución de una parte de los segundos por los primeros.

⁷⁰ Evidentemente el criterio de eficiencia en el sentido de Pareto tiene otras limitaciones que hemos omitido en el presente estudio a fin de circunscribir nuestro trabajo a su posible oposición con los criterios de equidad. Estas otras limitaciones obedecen en muchos casos a situaciones de carácter ético o moral o que, en términos filosófico-jurídicos, pueden contemplarse dentro del ámbito del “bien público”. Dos ejemplos que usualmente se consideran como limitaciones de este orden a la eficiencia podemos encontrarlos en la obra de OKUN (1975, pp. 2 y 3). En primer lugar, una limitación del criterio de eficiencia consiste en el hecho de que éste no establece distinción alguna respecto de aquellos productos que efectivamente satisfacen las necesidades de los individuos o que mejoran su calidad de vida, de aquellos que son superfluos o, incluso, nocivos para la salud. Efectivamente, dentro del ámbito correspondiente a la eficiencia lo importante es producir más y mejor de aquello que se ajuste a las demandas de los consumidores, con independencia de la naturaleza de lo producido. Así, la adopción de este criterio puede redundar en la producción masiva de productos

De esta forma, consideramos al objetivo de la eficiencia como un elemento indispensable para el mejor aprovechamiento de los recursos disponibles, de forma tal que se promueva el desarrollo y el crecimiento económico que redunde en un claro beneficio para la sociedad. Sin embargo, también estamos conscientes de que este objetivo es insuficiente para satisfacer las necesidades de la sociedad en su conjunto por lo que requiere de otros criterios (u objetivos) complementarios que permitan una adecuada política social y económica. Si bien estos objetivos pueden adoptar diversos enfoques (como los derechos fundamentales, la protección al medio ambiente, entre otros), consideramos que uno de ellos, de vital importancia, obedece a la justicia fomentada a través de la equidad⁷¹.

de carácter superfluo o, incluso, nocivos (v.g. el alcohol y los cigarrillos), en perjuicio de la producción de recursos que efectivamente satisfagan las necesidades más apremiantes de la sociedad. Una segunda consideración obedece al concepto de ‘desarrollo sostenible’, en el cual la eficiencia en el sentido de Pareto es insuficiente para determinar el nivel de producción de tal forma que se asegure o proteja la disposición de recursos para las generaciones futuras.

⁷¹ Bajo la perspectiva de la “teoría del bienestar económico de la asociación política racional” (*welfare economic theory of rational political association*), COLEMAN (1988, pp. 248 y 249) pone de relieve la necesaria conexión entre los criterios de eficiencia y equidad. De acuerdo con este autor, del Teorema Fundamental de la Economía del Bienestar en su doble vertiente claramente se desprende que los conceptos de eficiencia y de distribución de los recursos son claramente distinguibles. Pero cabe preguntarse si están necesariamente conectados. COLEMAN señala que de una manera poco problemática y obvia la respuesta sería afirmativa, sin embargo, puede darse un sentido distinto a los dos teoremas, de acuerdo con el cual la eficiencia y la distribución de recursos se diferencian una de la otra. Esto significa que mediante la adopción de diversas políticas pueden fomentarse indistintamente la eficiencia o la equidad (a través de la distribución de los recursos), sin que tengan que tomarse en cuenta simultáneamente. Este sentido de independencia de criterios es lo que COLEMAN llama “*the Nonintegration Thesis*”.

De acuerdo con el citado autor, a pesar de su evidente plausibilidad, la *Nonintegration Thesis* es engañosa o falsa y desinformada, toda vez que ambos teoremas parten de condiciones de competencia perfecta, pero la teoría del

Ahora bien, antes de realizar algunas consideraciones relativas a estos últimos conceptos, esto es, la equidad, y a su discutida relación con criterios de eficiencia, resulta conveniente observar aunque sea brevemente cómo el propio concepto de eficiencia económica se ha trasladado a otros ámbitos fuera de los límites materiales del mercado, a fin de reforzar nuestra postura en el sentido de destacar su funcionalidad en el análisis y determinación de las políticas públicas propias de todo Estado de bienestar, sin perder de vista, por supuesto, los problemas o carencias asociados a su propia definición.

Es el caso precisamente de diferentes corrientes de la ciencia económica, como el análisis económico del derecho (*Law & Economics*) y el nuevo análisis económico institucional (*New*

bienestar económico de la asociación política racional, esto es, lo que COLEMAN denomina “*thin market contractarianism*”, establece que la asociación política se produce en cada persona racional que vela por su propio interés para superar los fallos del mercado. De esta forma, ante la presencia de fallos del mercado los dos teoremas no son obtenibles. En cambio, a efecto de superar los fallos del mercado es necesario integrar tanto consideraciones de eficiencia como de distribución de recursos.

Además, continuando con el mencionado autor, en una segunda forma del *market contractarianism*, que supone no sólo la asociación política para superar los fallos del mercado (*the thin market contractarianism*) sino también para crear las condiciones necesarias para el éxito del mercado (*the thick market contractarianism*), la *Nonintegration Thesis* no sería sustentable, ya que el éxito del mercado tiene cabida mediante la solución de los fallos del mercado y, como cabe recordar, los dos teoremas fundamentales de la economía del bienestar suponen la ausencia de éstos.

De esta forma, COLEMAN (p. 250) concluye que ante un mercado imperfecto, como suele ser, no es posible obtener una asignación eficiente de recursos de manera no cooperativa. La cooperación, según dice, es la única alternativa de acercamiento a los fallos del mercado, y como la cooperación conlleva tanto componentes de eficiencia como de equidad, éstos están de tal forma vinculados que resquebrajan la *Nonintegration Thesis*.

Institutional Economics), que vienen enfatizando que la comprensión de lo que ocurre en otras esferas de la sociedad, como la jurídica o la política, puede explicarse mejor si se incluyen criterios económicos, como la eficiencia.

2.1 La eficiencia en el análisis económico del derecho

La escuela del análisis económico del derecho (en adelante, AED), como su nombre lo indica, extiende los conceptos y la metodología propia de la teoría económica al análisis de la formación, estructura, procesos e influencia de la ley y de las instituciones jurídicas. Como señala Kornhauser (2000, p. 19), este análisis “desarrolla una teoría *económica* sobre cómo se comportan los individuos (o “agentes”) en relación con las normas jurídicas”. Sin embargo, su base intelectual más importante, de acuerdo con Kitch (2000, p. 51), consiste en la aclaración de dos asuntos fundamentales: primero, ¿qué impacto tienen las normas jurídicas en la sociedad? Y segundo, ¿de qué manera las fuerzas sociales determinan y dan forma a las leyes?

Así, en términos generales, esta corriente de pensamiento se ocupa básicamente de tres cosas: (1) el examen de los efectos económicos de las normas jurídicas, (2) la búsqueda de normas jurídicas eficientes, y (3) la explicación económica de porqué las normas jurídicas son de determinada manera. De esta forma, como señala Posner (1979, p. 284), el AED presenta tanto un carácter positivo (o descriptivo) como normativo, pues se utiliza tanto para argumentar qué debe ser como para explicar qué es, qué ha sido o bien predecir

qué será. En otras palabras, el AED pretende explicar la naturaleza del ordenamiento jurídico (o de ciertas partes de él) y, a su vez, proporciona un criterio para la creación e interpretación del Derecho (o de ciertas partes de él)⁷².

Si bien en sus orígenes más remotos se ocupaba básicamente de la legislación directamente relacionada con la actividad del mercado, en concreto, la legislación *antitrust*, su ámbito de aplicación se hizo extensivo a prácticamente todos los ámbitos del sistema jurídico, de ahí que se hable del “nuevo” análisis económico del derecho, cuyo origen inmediato se le atribuye, según el propio Posner (1975, p. 759, recopilado en Parisi, 2000, p. 39), a Coase (1960) y a Calabresi (1961). Ambos demostraron que una forma de actividades de no mercado que había sido sometida a una regulación jurídica extensiva podía ser analizada de manera fructífera en términos económicos⁷³.

En su famoso artículo *The Problem of Social Cost* de 1960, Coase demostró que la titularidad de los derechos de propiedad y la responsabilidad por la causación de un daño pueden explicarse en términos económicos. Para ello partió de la idea de que si lo que se busca es maximizar el valor de la producción, ante el supuesto de una actividad que genera daños hacia terceros (externalidades negativas), no necesariamente debe intervenir el Estado, sea para prohibir dicha actividad, desincentivarla a través de impuestos o

⁷² Cfr. FIX FIERRO (1995, p. 22) y HIERRO (2002, p.19).

⁷³ De hecho, como enfatiza POSNER (1987, p. 3), el análisis económico ha llevado a obtener diversos logros en materias diversas a las directamente relacionadas con el mercado, como la educación, las causas de la regulación legislativa, el comportamiento de las instituciones sin fines de lucro, el divorcio, entre otras.

establecer responsabilidades para el causante del daño, ya que las propias partes (causante del daño y afectado) pueden llegar a un acuerdo o negociación que incremente de manera “recíproca” sus beneficios, siempre y cuando haya ausencia de costes de transacción y la titularidad de los derechos de propiedad sean transferibles. Si bien el propósito de Coase era, según Hierro (2002, p. 17), demostrar “las limitaciones económicas del análisis jurídico tradicional del problema de las externalidades”, su teoría fue adoptada por otros autores quienes la hicieron extensiva a otros ámbitos del derecho a efecto de revelar cómo las normas e instituciones jurídicas tienen implícita una lógica económica.

Es el caso precisamente de Posner, uno de los exponentes más prolíficos y representativos del AED, para quien el derecho, especialmente bajo el esquema del *common law*, no sólo logra explicarse mejor como un verdadero esfuerzo para promover la eficiente asignación de los recursos (el aspecto positivo), sino que, incluso, debe tener como un objetivo prioritario la maximización de la riqueza (el aspecto normativo)⁷⁴.

Para ello, Posner (1987, p. 5, recopilado en Parisi, 2000, p. 7) parte de las siguientes premisas: (1) las personas actúan racionalmente para maximizar sus satisfacciones en cualquier ámbito de su vida privada, sea para casarse o divorciarse, litigar o llegar a un acuerdo de resolución de conflictos, conducir un automóvil con o sin

⁷⁴ Sobre el particular puede consultarse la introducción que hace PARISI (2000) a su trabajo de recopilación de algunos de los artículos más representativos de las diversas líneas de investigación de Posner.

precaución, etc., (2) las normas jurídicas tienen por objeto imponer precios (o subsidiar) a estas actividades extra mercado, alterando, de esta forma, la cantidad o el carácter de la actividad, y (3) el sistema del *common law* (v.gr. la creación judicial del derecho) se logra explicar mejor como un esfuerzo, consciente o no, para obtener resultados eficientes en el sentido de Pareto o de Kaldor-Hicks.

La primera premisa de Posner, de la que se deriva, evidentemente, la segunda, es precisamente la que da pie a que la teoría económica, definida usualmente, de acuerdo con Parisi (2000, p. xii), como la ciencia de la elección racional en un mundo donde los recursos son escasos, pueda extenderse al análisis de otros ámbitos ajenos al mercado. La lógica que sigue es muy simple: si todas las personas actúan racionalmente, en su propio interés, para maximizar sus beneficios, entonces también responderán a los cambios exógenos, como las sanciones y las leyes (que actúan como incentivos o desincentivos), de tal forma que su reacción sea mensurable y predecible⁷⁵.

Sin embargo, como el propio Posner (1975, p. 773, recopilado en Parisi, 2000, p. 53) puntualiza, esta primera premisa ha sido objeto

⁷⁵ De conformidad con PARISI (2002, p. xii), el trabajo de POSNER expande esta proposición (la elección racional en otros ámbitos ajenos al mercado) a efecto de establecer el poder analítico de tres principios económicos fundamentales. Primero, la posibilidad de utilizar la curva de demanda para representar el comportamiento humano. El segundo principio consiste en destacar la relevancia del coste de oportunidad. El tercero, consiste en señalar que los recursos y la titularidad de los derechos tienden a utilizarse en su forma más valorada si el intercambio voluntario es permitido. Estos principios son, en general, los que determinan gran parte del sentido del análisis económico del derecho.

de una crítica común en el sentido de que la explicación, en términos económicos, de determinadas instituciones jurídicas y del comportamiento de las personas afectadas por las mismas, no sólo es incompleta sino que, además, está sujeta a errores, toda vez que la actuación de dichas instituciones así como de las personas afectadas por las mismas se basa en muchas más cosas que el simple deseo de maximizar sus satisfacciones.

Posner (p. 774, recopilación p. 54), con cierta razón, responde que esta crítica refleja un desconocimiento de la naturaleza científica, ya que ésta comprende necesariamente una cierta abstracción del objeto de estudio y es, por tanto, irreal cuando se le compara directamente con las condiciones actuales. Así, el citado autor señala que una teoría económica del derecho no pretende captar la total complejidad, riqueza y confusión del fenómeno que se analiza (por ejemplo, la actividad criminal) sino “iluminarlo”. La falta de realismo no invalida la teoría, es, por el contrario, una precondition esencial del análisis científico.

Ahora bien, una crítica de mayor trascendencia al análisis posneriano, y que en cierta medida ha contribuido a escindir la escuela del AED en dos vertientes claramente diferenciables (una, mayoritaria, representada por Posner y, otra, por Calabresi y sus discípulos)⁷⁶, radica tanto en el aspecto positivo, ya que se le imputa su falta de atención a la justicia como elemento descriptivo del

⁷⁶ Al respecto, HIERRO (2002, p. 43) sostiene que las diferencias entre POSNER y CALABRESI, tanto a nivel descriptivo como normativo, “son tan relevantes que hacen dudar sobre la unidad de la escuela”.

derecho, como en el normativo, esto es, a la pretensión de Posner de instituir a la maximización de la riqueza (eficiencia) como un objetivo si no exclusivo sí preferencial del derecho, para lo cual llega, incluso, a identificar el concepto de justicia con el criterio de eficiencia⁷⁷.

La fuerza y consistencia de esta crítica al análisis posneriano, encabezada en gran medida por Dworkin (1980), ha llevado a otros autores, como Calabresi, a defender el AED desde otra perspectiva, más ajustada desde nuestro particular punto de vista a lo que un jurista pudiera pretender al utilizar herramientas propias de la Economía. Esta perspectiva, de acuerdo con Hierro (2002, p. 49 y ss.), le concede al AED y con ello a la eficiencia, un carácter meramente instrumental. En el análisis descriptivo “se trata, por un lado, de la posibilidad de encontrar explicaciones plausibles a ciertas doctrinas jurídicas y cambios legales a partir de determinadas

⁷⁷ Una de las críticas de mayor trascendencia al AED consiste, efectivamente, en señalar que éste ignora uno de los conceptos fundamentales del sistema legal, esto es, la justicia. Así, POSNER (1975, p. 777, recopilado en PARISI, 2000, p. 57 y ss.) pretende responder a esta crítica distinguiendo entre dos posibles significados de la justicia. Uno que identifica con la justicia distributiva, esto es, el grado adecuado de desigualdad económica (*the “proper” degree of economic inequality*) y, otro, que corresponde, según el citado autor, simplemente a la eficiencia. Para explicar el sentido de este último significado, POSNER señala lo siguiente: cuando uno describe como “injusta” la condena de una persona sin un procedimiento judicial previo, o cuando se priva de la propiedad a alguien sin una justa compensación, o cuando se fracasa en requerir a una persona para que responda por los daños causados por su negligencia a un tercero, estamos hablando de una conducta o práctica que derrocha recursos y no resulta sorprendente que en un mundo donde los recursos son escasos, el derroche sea visto como inmoral.

Sin embargo, el propio POSNER (1975, p. 778, recopilación, p. 58) aclara, sin mayor éxito frente a sus críticos, que puede haber otras nociones de justicia ajenas a la eficiencia, y para ello señala como ejemplos la posibilidad de permitir el suicidio, la discriminación racial o religiosa, el aborto, entre otros, que si bien para muchas personas estas actividades pueden hacerse terriblemente injustas o inmorales no son visiblemente ineficientes.

estructuras (puntos de partida) y determinados objetivos distributivos propios de cada época”, además de que “el análisis positivo puede también operar en sentido contrario: es decir, si se asume que ciertas leyes pretendían o pretenden la eficiencia en ciertos objetivos económicos, el análisis puede ayudar a sugerir qué teorías distributivas, puntos de partida y presupuestos fácticos habrían sido necesarios para obtener el resultado eficiente pretendido.” Pero esto no significa que el análisis sea “el” punto de vista que explica el derecho, como pretende Posner, sino que es tan sólo un punto de vista más.

Por lo que se refiere al aspecto normativo del AED, la posición de Calabresi quedaría sustentada, de acuerdo con Hierro (2002, p. 52), en la siguiente proposición:

Siempre que, como consecuencia de un cambio legal, los ganadores ganen más de lo que los perdedores pierden y los efectos distributivos del cambio sean deseables o simplemente aceptables, entonces el economista-jurídico puede atacar efectivamente la ley existente [para promover el cambio].

De lo antes dicho podemos colegir que mientras Posner concibe a la eficiencia, entendida como la maximización de la riqueza, como fuerza explicativa y fundamento último del quehacer jurídico, Calabresi considera a la eficiencia como un criterio entre otros, de carácter instrumental, que sirve para explicar e incluso, mejorar el sistema legal, pero esto último siempre y cuando se tome en

consideración la redistribución de los recursos. Así, de alguna manera la posición moderada de Calabresi, al integrar criterios redistributivos, logra conciliarse mejor con el desarrollo de la teoría económica dentro del marco de la nueva Economía del Bienestar.

2.2 La eficiencia en el nuevo análisis económico institucional

Otro enfoque que traslada la teoría y metodología propia de la Economía fuera de los límites exclusivos del mercado lo constituye el llamado “nuevo análisis económico institucional” (en adelante, AEI), cuyo origen deviene, al igual que la escuela del AED, de las ideas expuestas por Ronald Coase en su artículo sobre el coste social, concretamente en lo que se refiere a la importancia de tomar en consideración los costes de transacción y los problemas asociados a la obtención de información.

Si bien una de las características que definían al análisis institucional en su forma primigenia era su rechazo a la teoría económica clásica, según apunta Posner (1993, p. 74, recopilado en Parisi, 2000, p. 64), esto es, a la teoría de Adam Smith, el “nuevo” análisis económico institucional no rechaza del todo a la Economía clásica.

Algunos de sus representantes, como el propio Coase y Williamson, presentan reservas respecto de aspectos específicos de la teoría neoclásica, tales como la asunción de la maximización de la utilidad o la simplicidad o gratuidad de la información, e, incluso, el carácter

abstracto e irreal de la formulación matemática. Sin embargo, la mayoría de los neoinstitucionalistas no rechazan la teoría neoclásica *tout court*, sino que se limitan a señalar lo que ellos consideran sus errores o deficiencias. De conformidad con Posner (p. 75, recopilación p. 65), gran parte de los representantes de esta escuela buscan, más que rechazar la teoría económica en su totalidad, enriquecerla de tal forma que pueda aplicarse a cualquier tipo de institución en cualquiera de las diversas culturas y en las diferentes épocas⁷⁸.

Para ello, de acuerdo con Fix Fierro (1995, p. 19) quien sigue a uno de los autores más representativos de la escuela neoinstitucional además de premio Nobel de Economía de 1993, es decir, Douglass C. North, la escuela del AEI establece una clara distinción entre las instituciones y las organizaciones. Por una parte, las instituciones conforman las reglas del juego de la sociedad o, más formalmente, las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana (v.gr. el sistema legal), que “estructuran los incentivos y reducen la incertidumbre en el intercambio humano, ya sea político, social o económico”; mientras que las organizaciones constituyen aquellas entidades que pretenden maximizar la riqueza, el ingreso o alcanzar otros objetivos definidos por las oportunidades que brinda la estructura institucional de la sociedad.

⁷⁸ Para POSNER (1993, pp. 73 y 74, recopilado en PARISI, 2000, pp. 63 y 64) la diferencia entre el análisis económico del derecho y el análisis económico neoinstitucional radica más en una mera cuestión de énfasis y vocabulario, que en su propia esencia.

Como consecuencia de esta distinción, la escuela del AEI se separa del concepto de eficiencia en el sentido de Pareto (con un carácter preponderantemente estático) para adoptar lo que de acuerdo con Fix Fierro (p. 20) se denomina “eficiencia adaptativa” (*adaptive*), que se refiere “a los tipos de reglas (instituciones) que conforman el modo en que una economía se desarrolla en el tiempo, pero también a la inclinación de una sociedad a adquirir conocimiento y a aprender, a introducir innovación, a correr riesgos y a realizar una actividad creadora de toda especie, así como a resolver problemas y cuellos de botella a través del tiempo.”

Así, en términos generales, para esta escuela una situación eficiente es, como señala Fix Fierro (p. 24), aquella que reduce los costes de transacción siempre y cuando dicha reducción de costes sea mayor a los costes en tiempo y dinero causados por el propio funcionamiento institucional.

Ahora bien, antes de continuar con nuestro estudio es necesario poner de relieve que si bien la perspectiva del AEI tiene la ventaja de acentuar la importancia que presentan los costes de transacción para el análisis económico de determinadas instituciones, como podría ser la propia Administración de Justicia, además de dotar al análisis de un carácter dinámico, ello no es óbice para renunciar al esquema de la teoría económica convencional por el que hemos optado, toda vez que éste nos permite incluir tanto los costes de transacción como otros conceptos de trascendental importancia para justificar el papel que desempeña el Estado en la configuración de

sus políticas públicas, como, por ejemplo, el concepto de bien público, a lo cual se suma el interés que presentan los criterios redistributivos para fomentar la equidad.

3. Diversos criterios de equidad

Si bien hemos sostenido que la eficiencia es un criterio necesario para la adopción de una adecuada política económica y social, como lo es la asistencia jurídica gratuita, también se hace indispensable tomar en consideración otros criterios que participen de la sensibilidad y los valores éticos de la sociedad y que, de esta forma, coadyuven al fortalecimiento y sostenimiento de las instituciones mediante una legitimación ideológicamente fundada. Precisamente uno de los valores de mayor trascendencia en la visión de la sociedad respecto del actuar público y su responsabilidad frente al colectivo social consiste precisamente en la idea de equidad. Como ha dicho Baumol (1982, p. 639) *“persons who design public policy are, typically, at least as concerned with issues of equity as with allocative efficiency.”*

Sin embargo, la tarea de introducir criterios de equidad que dirijan las políticas económicas y sociales de una determinada sociedad presenta serias complicaciones, no sólo por las consecuencias negativas que en otros ámbitos, concretamente por lo que se refiere a la eficiencia, pudieran generar los diferentes métodos utilizados para implementar dicho criterio, sino que, además, la adopción de un criterio de tal naturaleza que satisfaga de manera unánime o, en su

caso, a la mayoría de los miembros de la sociedad, resulta a todas luces improbable. No sólo cada individuo tiene una idea propia sobre la equidad sino que, incluso, en el terreno teórico las divergencias respecto de su concepción también se hacen muy patentes.

Así pues, la equidad ha recibido diferentes acepciones, mismas que podemos observar en la enumeración que a continuación nos presenta Wolf (1990, p. 80):

Consideremos, por ejemplo, las amplias diferencias y ambigüedades que resultan de interpretar a la equidad de acuerdo con cada uno de los siguientes criterios: la equidad evaluada como la perfecta igualdad de oportunidades, la equidad como igualdad de resultados [u *outcomes*], la equidad como igualdad de resultados partiendo de que el origen de dicha igualdad sea una precondition esencial para asegurar las ventajas para aquellos que se encuentran menos favorecidos; la equidad como imperativo categórico que especifica que ninguna acción personal o individual puede ser justa a menos que pueda aplicarse como máxima general que gobierne el comportamiento de otros; la equidad en el sentido de 'equidad horizontal' (tratar igual a las personas iguales); la equidad como 'equidad vertical' (tratar desigual a las personas desiguales); la equidad en un sentido Marxista; la equidad de acuerdo con el Viejo Testamento (ojo por ojo); o la equidad de acuerdo con el Nuevo Testamento (poned la otra mejilla)⁷⁹.

⁷⁹ La traducción es nuestra. También, de acuerdo con el autor en cita (1990, p. 80), la equidad vertical es la que probablemente ha recibido mayor atención en las últimas tres décadas, lo cual se ve reflejado en el constante crecimiento de las organizaciones, así como en la legislación, que buscan la protección de distintos

Evidentemente, la enumeración que antecede no es exhaustiva pero nos da una idea muy clara de las posibles divergencias de opinión respecto de la equidad, lo cual tiene, a su vez, serias implicaciones en los métodos utilizados para su implementación. Por ejemplo, la equidad como igualdad de oportunidades se fomenta fundamentalmente a través de la garantía de las libertades fundamentales y mediante el gasto público orientado a la salud y a la educación preferentemente, así como a la inserción de las personas pertenecientes a grupos minoritarios a la vida laboral mediante incentivos fiscales, mientras que la equidad en los resultados pudiera dar lugar a la creación de situaciones de igualdad extrema a través de la nacionalización de los medios de producción.

Esta diferenciación de significados no ha sido del todo ajena a la Economía, pues todos aquellos economistas que se han aventurado a introducir criterios de equidad en su análisis, comulgan con distintas corrientes filosóficas que los llevan, incluso, a defender posturas antagónicas entre sí. Simplemente, a manera de ejemplo, baste observar las grandes diferencias que presenta el pensamiento liberal de Nozick respecto de las ideas propuestas por Rawls⁸⁰. A lo

grupos considerados particularmente como vulnerables o en desventaja por razón de su edad, discapacidad, etnia o género. Esta situación se hace claramente palpable precisamente en la asistencia jurídica gratuita, especialmente cuando su prestación se limita a cubrir las necesidades jurídicas de las personas en situación de pobreza.

⁸⁰ Ambas doctrinas filosóficas tienen gran influencia en la teoría económica, de ahí que reiteradas veces -incluyendo al pensamiento utilitario y al marxismo- se haga mención de ellas en los textos sobre economía. Un ejemplo de lo anterior lo vemos en las obras de SEN (1993), ALBI (2000) y AYALA (1992).

cual cabría añadir la teoría sustentada por Kaplow y Shavell (2001), cuyo punto de partida reside más en el ámbito del análisis económico que en la mera visión filosófica o moral.

3.1 El pensamiento liberal de Nozick

Nozick, en su famoso *Anarchy, State and Utopia* (1974), defiende la distribución de los recursos lograda a través de la libre competencia en el mercado, en virtud de que cada cual obtiene para sí los frutos de su propio esfuerzo y tenacidad, es decir, la equidad se asemeja a la llamada regla del *quid pro quo*. Sin embargo, Nozick no es indiferente respecto del contenido histórico de la distribución, esto es, la relación de hechos sucedidos a través del proceso inicial de adquisición y los sucesivos procesos de transmisión de la titularidad de los bienes y derechos.

De hecho, si estos procesos no han sido continuamente legítimos (sea mediante cualquier forma ilegítima de apropiación como el robo, el fraude, la esclavitud o la coerción, entre otros) podría justificarse, en términos del autor (1973), la intervención del Estado a efecto de rectificar o corregir dicha situación ilegítima.

De esta forma Nozick descarta todas aquellas teorías basadas sólo en comparaciones de tiempo presente; rechaza cualquier principio de justicia o equidad que tenga como base la igualdad o la diferencia en los resultados y, por ende, descarta cualquier postura igualitaria basada en las diferencias presentes.

De tal forma que para Nozick, las diferencias creadas por las circunstancias y las acciones pasadas de cada individuo están plenamente justificadas y cualquier intervención que imponga una distribución diferente (y en este sentido, arbitraria) a la que corresponde conforme a dichas acciones, constituye una verdadera injusticia pues implica una seria intromisión en la capacidad volitiva y en la capacidad de elección de los individuos. Lo único que podría justificar una alteración a la distribución legítimamente adquirida es precisamente la rectificación de una injusticia previa creada por la falta de legitimidad en los procesos de adquisición o transferencia.

De acuerdo con lo anterior, Nozick (1973, pp. 125 y 126) concluye que no existen argumentos válidos, basados en supuestos meramente normativos, para otorgarle al Estado un papel extenso. Si la distribución ha sido propiamente generada el Estado no debe convertirse en redistribuidor, a menos que sea necesaria su mano correctora ante una posible ilegitimidad en el proceso de apropiación de los bienes y derechos. En términos generales, la forma de proceder para la rectificación de la distribución (ilegítima) consiste en determinar cuál sería el resultado esperado si tal ilegitimidad no hubiera ocurrido y, en su caso, proceder a una redistribución que permita la obtención de dicho resultado.

Así pues, Nozick únicamente reconoce la posibilidad de intervención del Estado a efecto de hacer cumplir los contratos y otorgar protección a los individuos por la comisión de delitos, pero nunca

para llevar a cabo una redistribución de los recursos⁸¹ bajo argumentos basados en posibles desigualdades (creadas durante el proceso histórico). La única condición que establece para considerar que la distribución de los recursos obtenida a través del mercado es justa (o, en este caso, equitativa) consiste en que ésta preceda a una distribución inicial que se hubiera obtenido de manera legítima, es decir, sin el uso de la violencia, el robo o el fraude⁸². Por tanto, ningún individuo puede moralmente forzar a otro a renunciar a sus bienes si se han adquirido sin violar la legalidad.

Evidentemente, esta idea conduce al Estado mínimo y, por ende, presenta escasa aplicación para justificar la acción estatal bajo criterios de equidad.

3.2 Las ideas igualitarias de Rawls

En *A Theory of Justice*, originalmente publicado en el año 1971, y posteriormente en su *Justice as Fairness: A Restatement* (2001), Rawls establece una teoría cuyo objeto primario es la estructura básica de la sociedad, es decir, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la distribución de los beneficios y las cargas provenientes de la cooperación social. Parte del supuesto de que en la sociedad existen reglas que especifican un sistema de cooperación diseñado para beneficiar a todos los que forman parte de

⁸¹ El propio NOZICK (1974) hace una excepción para el caso de '*catastrophic moral horrors*', de tal forma que limita el campo de su teoría libertaria.

⁸² Cfr. ALBI (2000, pp. 22 y 23).

ella. A pesar de que la sociedad provee de ventajas para sus integrantes también existen conflictos de intereses. La cooperación tiene lugar pues existen intereses compartidos entre sus miembros, toda vez que la convivencia en sociedad proporciona ciertas ventajas que no serían posibles de vivir en soledad. Pero los conflictos de intereses también están presentes pues algunos desean obtener los mayores beneficios posibles en la repartición.

De esta forma es necesario, de acuerdo con el autor, especificar ciertos principios que permitan elegir entre diferentes arreglos sociales (mismos que determinan la repartición de ventajas y delimitan la distribución). Estos principios proveen la forma de asignar los deberes y derechos en las instituciones básicas de la sociedad y, a su vez, definen la distribución apropiada de los límites y beneficios de la cooperación social. Estos principios constituyen la escala con la cual evaluar los aspectos distributivos de la estructura básica de la sociedad.

La forma que propone Rawls para elegir los principios que deben guiar el modo en que se efectúe la distribución de los derechos y deberes fundamentales, así como de las ventajas derivadas de la cooperación social, consiste en partir de un modelo ideal, propio de las teorías contractualistas, en la que los individuos de la sociedad elijan de manera inicial dichos principios sin que nadie sepa cuál es su lugar en la sociedad, su posición, clase o *status* social, o sus capacidades físicas o intelectuales, en otras palabras, que se encuentren tras lo que el propio Rawls denomina “el velo de

ignorancia”. De esta forma, la posición original apropiada asegura que los criterios o principios adoptados en ella sean imparciales.

En este sentido, el autor (1997, p. 27) considera que “las personas en la situación inicial escogerían dos principios bastante diferentes: el primero exige igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos, mientras que el segundo mantiene que las desigualdades sociales y económicas, por ejemplo las desigualdades de riqueza y autoridad, sólo son justas [o, mejor dicho, equitativas] si producen beneficios compensadores para todos y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad.”⁸³ Así, se supone que las personas en la posición original escogerían el principio de igual libertad y restringirían las desigualdades económicas y sociales a las que fueran en interés de todos. En el fondo, el criterio de Rawls puede ser interpretado como una absoluta aversión al riesgo, en la cual los individuos toman en consideración sólo aquellas situaciones en las que pudieran estar peor, dando un coeficiente de ponderación infinito al bienestar de los más pobres (Díaz Pulido, 2002, p. 7)⁸⁴.

De esta forma, si bien el planteamiento de Rawls tiene su fundamento en el interés individual pues las elecciones de los

⁸³ De manera más detallada, RAWLS (1997, p. 67 y ss.) enuncia los dos principios de la justicia como equidad respecto de los que él supone que habría acuerdo en la posición original: Primero. Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

Segundo. Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.

⁸⁴ Después de todo, los individuos al hacer sus elecciones en la posición original que propone RAWLS no son del todo imparciales.

individuos bajo el velo de la ignorancia atienden a los posibles resultados que podrían presentarse en un momento dado y con ello evitar una situación desventajosa, difiere sustancialmente de la teoría de Nozick pues carece de cualquier contenido histórico. Como el propio Nozick (1973, p. 90) señala: “*The whole procedure of persons choosing principles in Rawls’ original position presupposes that no historical-entitlement conception of justice is correct.*”

Por otra parte, la postura de Rawls rechaza expresamente el sistema de libertad natural que podría encontrar sustento en la postura de Nozick⁸⁵. El argumento es sencillo. De acuerdo con la teoría económica convencional y bajo ciertos supuestos que implican la inexistencia de imperfecciones del mercado, el ingreso y la riqueza serían distribuidas de manera eficiente, y esa distribución eficiente particular que resulta en cualquier periodo de tiempo es determinada por la distribución inicial de los recursos, esto es, por la distribución inicial del ingreso y la riqueza y los naturales talentos y habilidades de las personas. De tal forma que si se acepta el resultado final como equitativo y no meramente como eficiente, estaríamos ante una aceptación tácita de la base sobre la cual se efectuó la distribución inicial.

Sin embargo, de acuerdo con Rawls, en el sistema de libertad natural la distribución inicial se regula por las reglas propias del *quid pro quo* (también denominado *the conception of careers open to talents*).

⁸⁵ De manera más enfática, el sistema de libertad natural con un claro contenido ético se encuentra en HAYEK (1972).

Esta situación presupondría, por lo menos, tanto la igualdad de libertades (igualdad de oportunidades) como la libre economía de mercado. Pero de hecho, como no se exige un esfuerzo para preservar cierta igualdad o similitud en las condiciones de sus miembros, excepto las necesarias para preservar el propio sistema, la distribución inicial necesariamente será influenciada al pasar del tiempo por contingencias naturales y sociales (tales como los talentos, habilidades, suerte, entre otras). Así, la distribución del ingreso y la riqueza existente no es sino el efecto acumulativo de distribuciones anteriores de dichos talentos y habilidades, así como del uso o aprovechamiento de las mismas favorecidas o perjudicadas por las circunstancias sociales y la fortuna. De ahí que Rawls concluya que la inequidad más obvia del sistema de libertad natural consista en que la distribución de los recursos sea determinada en atención a dichos factores totalmente arbitrarios y carentes de contenido moral.

Como podemos observar de lo antes expuesto, la teoría de Nozick difiere enormemente de la postura de Rawls. Cabe destacar que mientras que la postura del primero puede servir de sustento para elegir determinadas políticas económicas y sociales que tiendan exclusivamente a la eficiencia (a través de los supuestos que ponderan a la economía de mercado), la del segundo da una prioridad indiscutible al criterio de equidad a través de la acción pública redistributiva. Así, Rawls (1997, p. 17) señala de manera textual que:

(...) no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar. (...) una injusticia sólo es tolerable cuando es necesaria para evitar una injusticia aún mayor.

3.3 Tesis de Kaplow y Shavell

En una extensa monografía (2001), Kaplow y Shavell sostienen que, de acuerdo con la Economía del Bienestar, las políticas legales (claramente extensivas a las políticas públicas en general) deben depender exclusivamente en sus efectos sobre el bienestar individual⁸⁶. A su vez, el bienestar social depende del bienestar individual y, en consecuencia, cualquier política que busque maximizar el bienestar individual incrementa, a su vez, el bienestar de la sociedad, independientemente del método de agregación que se adopte.

La consecuencia lógica de tal afirmación, cuya comprobación es precisamente uno de los objetivos perseguidos por los citados autores, consiste en rechazar en la valoración de las políticas

⁸⁶ En un sentido amplio, KAPLOW y SHAVELL (2001, pp. 967 y 980) conciben al bienestar individual como todo aquello que los individuos podrían valorar, sean bienes o servicios, amenidades sociales, sentimientos de solidaridad o, inclusive, la preocupación por los demás. De manera similar, en un sentido negativo, el bienestar individual implica también el rechazo por todo aquello que pudiera generar un daño, costes o inconveniencias (como podría ser la evitación de la incertidumbre). Así, el bienestar no se reduce a consideraciones hedonistas o al placer material. Su único límite está en la mente de los individuos (no así en el de los analistas).

públicas, el otorgamiento de un peso específico a cualquier concepción de la justicia (como podría ser la justicia correctiva o el deseo de castigo o reprimenda) o de la equidad (como criterio redistributivo) que no se ajuste al bienestar. Así, de acuerdo con Kaplow y Shavell, la inclusión de cualquiera de estos criterios de manera independiente al bienestar de los individuos en la evaluación de determinadas políticas, constituye un verdadero error analítico. Lo que es más, para los citados autores la introducción de nociones abstractas o arbitrarias de tal naturaleza puede reducir el bienestar individual y siempre lo hace cuando estas nociones llevan a elegir una regla legal diferente que aquellas que se prescriben por el bienestar económico (Kaplow y Shavell, 2001, p. 970)⁸⁷. Además, como continúan los citados autores, no existen razones de peso para promover nociones de esta naturaleza a expensas del bienestar individual, no existe ninguna justificación satisfactoria.

Esto no significa un rechazo absoluto a cualquier noción de justicia o equidad, sino sólo a aquellas que no se ajustan al bienestar individual. De hecho, Kaplow y Shavell (p. 974) llegan a afirmar que los principios de justicia o equidad, por lo general, corresponden a normas sociales internalizadas, esto es, que se trata de máximas que las personas desean respetar porque han sido inculcadas en ellas desde su nacimiento. Estas normas sociales aparecen atractivas no sólo por su internalización, sino también porque poseen un valor social instrumental, toda vez que guían las decisiones y aspiraciones de los individuos y limitan el comportamiento oportunista. De ahí

⁸⁷ La traducción es nuestra.

que la búsqueda de máximas que corresponda a normas sociales internalizadas promueve la maximización del bienestar social. Así pues, los citados autores (pp. 974 y 975) advierten que si los individuos han internalizado una norma social que esté relacionada con una noción de carácter ético o moral, pueden tener un gusto por su cumplimiento, en el sentido de que ellos pueden sentirse mejor o peor dependiendo de si la misma se refleja en las reglas legales o en la operación actual del sistema legal.

Y como cualquier factor que influya en el bienestar de los individuos es relevante para la Economía del Bienestar, la equidad, de acuerdo con estos autores, se incluye en la valoración de las políticas, pero no como un principio de evaluación independiente del bienestar social sino como parte del mismo, esto es, como un beneficio que los individuos derivan efectivamente de satisfacerse. De esta forma, para Kaplow y Shavell (pp. 975 y 976) existe una diferencia conceptual importante entre los analistas que emplean una noción de equidad con el único propósito de identificar las políticas que beneficiarían el bienestar de los individuos y aquellos que la utilizan como un principio independiente en la valoración de dichas políticas⁸⁸. Como veremos en nuestro siguiente apartado, esta diferenciación presenta gran relevancia para la relación entre la eficiencia y la equidad, pues

⁸⁸ De acuerdo con KAPLOW y SHAVELL (p. 998) lo mismo sucede con el criterio de eficiencia. Ésta “no es mas que un concepto que captura los efectos agregados de ciertas políticas en el bienestar de los individuos, y la invocación de la eficiencia podría entenderse en el sentido de plantear un problema que concierne al bienestar individual más que a la obediencia de una noción técnica.” La traducción es nuestra.

si ésta no se incluye como un valor independiente no existe posibilidad de que entren en conflicto.

Ahora bien, la tesis que presentan Kaplow y Shavell no niega la necesidad de incluir ciertos juicios que promuevan la redistribución del ingreso, siempre que dichos juicios estén confinados al bienestar de los individuos. Más aún, ambos reconocen que la noción económica del bienestar social es tal que se ocupa explícitamente de la distribución del ingreso, de tal forma que la Economía del Bienestar acomoda todos los factores que son relevantes para el bienestar individual y su distribución. Como afirman los citados autores (p. 989), la redistribución de los ricos hacia los pobres, por lo general, tiende a incrementar el bienestar social, bajo el supuesto de que la utilidad marginal del ingreso es mayor en los pobres que en los ricos (esto es, el supuesto de la utilidad marginal decreciente). Además, la distribución del ingreso puede importar al bienestar social porque afecta la distribución del bienestar y, bajo la perspectiva de la Economía del Bienestar, el bienestar social puede depender directamente en cómo el bienestar esté igualmente repartido entre los individuos. A esto se añade que la distribución del ingreso también puede importar al bienestar social en el sentido de que el bienestar de algunos individuos puede depender directamente de la distribución del ingreso, como cuando los individuos tienen sentimientos de simpatía o solidaridad hacia aquellos que son menos afortunados.

De esta forma, aun cuando Kaplow y Shavell se oponen a la inclusión de criterios de equidad que promuevan la redistribución del ingreso como criterios valorativos independientes del análisis de la Economía del Bienestar, no niegan la necesidad de recurrir a mecanismos de redistribución cuando los mismos promuevan la maximización del bienestar.

Sobre el particular conviene hacer dos observaciones respecto de la tesis presentada por Kaplow y Shavell. La primera consiste en señalar que esta tesis rivaliza con las ideas antes expuestas de Rawls y Nozick, específicamente cuando estas últimas pretenden utilizarse como métodos de evaluación independiente para las políticas públicas o, incluso, cuando se utilizan como argumento de peso para justificar o negar la actuación del Estado en la implementación de dichas políticas. Evidentemente esta observación es meramente metodológica pues, por lo general, ambas nociones se ajustan a lo que los propios Kaplow y Shavell denominan “normas sociales internalizadas”.

La segunda observación se refiere a la posible aceptación de la tesis de Kaplow y Shavell. Sobre el particular es necesario destacar que presenta la conveniencia de ajustarse al método propio de la Economía del Bienestar y, con ello, evitar la adopción de perspectivas diferentes a la ciencia económica (como podría ser la filosófica). A lo cual se añade la introducción de ciertos criterios éticos o de contenido moral que promueven las políticas redistributivas, cuando dichos criterios participan en la maximización del bienestar social.

Sin embargo, a pesar de las ventajas que presenta esta tesis, difícilmente podría existir un consenso general en cuanto a su aceptación toda vez que para que opere la inclusión de estos criterios en el análisis de las políticas públicas, es necesario que se trate de una sociedad compuesta por individuos que han efectivamente interiorizado los más altos valores de justicia y equidad. El hecho de que la atención de las personas en situación desaventajada dependa del interés de los demás (o de la satisfacción personal que genera a los miembros de la sociedad) deja a esta teoría susceptible de severas críticas.

A fin de cuentas la tesis propuesta por Kaplow y Shavell no se trata mas que de una de las variantes utilitaristas de las modernas concepciones racionalistas de la equidad, cuya síntesis, como puntualiza Zagrebelsky (2006, p. 20), encuentra expresión en la intuitivamente atractiva pero inalcanzable fórmula de Beccaria: “la máxima felicidad dividida entre el mayor número”. La veracidad de este sentido de la equidad, como apunta Zagrebelsky, es sólo aparente pues, la equidad habla sobre todo a favor del menor número, de los excluidos de la felicidad (en este sentido, del trato desigual a los desiguales) y, en consecuencia, el bien de muchos no necesariamente es equitativo aún cuando importe la infelicidad de pocos.

Además, como puede observarse, la metodología adoptada por Kaplow y Shavell no se salva del problema conceptual, toda vez que si bien reduce cualquier concepto ético o filosófico a todas aquellas

aspiraciones o deseos que generen una maximización en el bienestar en los individuos, no existe en la actualidad un método preciso para determinar cuáles son dichos satisfactores que admiten unanimidad o, en su caso, una simple mayoría que permita objetivos compensatorios.

Ahora bien, no obstante el rechazo que genera la identificación de conceptos diferentes como la maximización del bienestar social en términos económicos con la idea de equidad, no podemos negar, siguiendo para ello a Zagrebelsky (2006, p. 18 y ss.), que toda la historia de la humanidad es una lucha por afirmar concepciones distintas e incluso antitéticas, “verdaderas” sólo para quienes la profesan. A lo máximo a lo que se ha llegado, de acuerdo con este autor, es a decir que lo justo o equitativo es lo que guarda correspondencia con la propia visión de la vida en sociedad y lo injusto o inequitativo es lo que va en contra de ella.

De ahí que si bien el sentido metodológico de este trabajo difiere de la tesis de Kaplow y Shavell en cuanto que establece una clara diferenciación de conceptos, no se opone en los resultados que se pretenden alcanzar pues en todo caso se trata de la búsqueda de la maximización del bienestar de la sociedad (tanto en términos de equidad como del criterio de eficiencia en su sentido positivo) a través de la implementación de una institución como la asistencia jurídica gratuita.

4. La relación entre la eficiencia y la equidad

De manera muy extendida se reconoce la importancia de incluir los objetivos de eficiencia y equidad como parte de los principios que deben guiar las políticas públicas. Sin embargo, no existe pleno consenso en cuál de ambos criterios debe prevalecer en el caso de que entren en conflicto, dejando a un lado la obvia observación de que la respuesta depende de la forma en que pueda maximizarse el bienestar social. Ciertamente su conceptualización obedece a razones muy diversas pues mientras que al primero se le suelen imputar ventajas propias del objeto de la ciencia económica, como es el mejor aprovechamiento de los recursos escasos, el segundo hace referencia a los más altos valores que deben inspirar el quehacer humano. Se trata de conceptos diferentes cuya identificación obedecería a un error técnico.

Pero a pesar de su diferenciación conceptual, ambos criterios suelen considerarse como principios rectores de las políticas públicas, que tienen un claro efecto en la legitimación de las mismas. Si la adopción de una determinada política se percibe por la sociedad como inequitativa o, en un supuesto contrario, como totalmente ineficiente, la valoración que se efectúe de dicha política necesariamente tendrá una calificación reprobatoria. De hecho, poco importa que exista una diferenciación en la idea de equidad que se tenga de un Estado a otro, pues lo verdaderamente importante radica en que sus instituciones y su ordenamiento legal se consideren equitativas y así se defiendan, pues en el momento en

que desaparece esta pretensión de un Estado, desaparece el orden jurídico y se inicia la tiranía. Lo mismo puede decirse respecto de la eficiencia en el sentido de que es responsabilidad del Estado aprovechar de manera más adecuada los recursos que se le confían, así como también lo es la corrección de algunos de los problemas que surgen en el proceso de interrelación humano, como el propio mercado. En palabras de Calsamiglia (1988, p. 314), “una sociedad idealmente justa [y equitativa] es una sociedad eficiente. Una sociedad que despilfarra recursos no es una buena sociedad y difícilmente la calificaríamos de justa o equitativa.” Además, como pone de manifiesto el citado autor, los problemas de equidad sólo se dan si existe una escasez de recursos relativa. Cuando hay abundancia no se plantean problemas de distribución, mientras que cuando hay escasez extrema se plantean los problemas de “elección trágica”.

Así pues, poco se discute la necesidad de incluir ambos objetivos, de eficiencia y equidad, como parte de una adecuada política pública. El problema se presenta cuando existe una posible rivalidad entre objetivos. En algunos casos, especialmente cuando se trata de un interés meramente económico como la mejora en los procesos de producción o consumo (v. gr. en el funcionamiento de una empresa con fines de lucro), la rivalidad no se hace presente, pero en otros, especialmente cuando se trata de la adopción de una política pública que implica la introducción de algún mecanismo redistributivo (normalmente basado en argumentos de equidad), como la transferencia de recursos o la implementación de subsidios, la

situación se torna compleja. Si bien la redistribución de recursos puede resultar favorable al fomento de situaciones equitativas (como sería la transferencia de recursos de quienes participan en el sistema impositivo hacia los más necesitados) su implementación podría llegar a rivalizar abiertamente con la búsqueda del criterio de eficiencia. De hecho, un amplio sector de la Economía moderna considera que las políticas redistributivas pueden generar efectos adversos respecto del objetivo de eficiencia. Esta divergencia de criterios como parte de las políticas públicas es a lo que se suele referir el llamado *trade-off* entre la eficiencia y la equidad⁸⁹.

Sobre el particular, Giersch (1979, p. 29), uno de los autores más radicales en esta materia, destaca algunos de los efectos negativos que la redistribución por parte del Estado provoca, bajo el argumento (utilitario) de que la transferencia de recursos vía el sistema fiscal de los “acomodados” a los “más necesitados” reduce el bienestar de la sociedad en su conjunto. Textualmente este autor afirma que:

Los impuestos de los acomodados y los subsidios a los necesitados reducirán el número de acomodados y aumentarán el de necesitados, de la misma forma que una transferencia de renta equitativa de belleza, de las mujeres más guapas a las más feas

⁸⁹ Contrario al principio de superioridad que RAWLS (1997) le concede a la equidad, gran parte de la economía moderna (siendo la teoría neoliberal preponderante) analiza los medios y los obstáculos para alcanzar resultados eficientes, dejando en un segundo plano la necesidad de fomentar una mayor igualdad. De ahí que los argumentos que presentamos a continuación supongan que el fomento a la equidad puede ser adverso al objetivo de la eficiencia y no a la inversa.

reduciría la belleza de toda la población, y, por lo tanto, la haría menos atractiva para el resto. La igualdad, a pesar de ser en sí misma muy deseada, no es sólo un concepto dudoso, sino que significa empobrecer al mundo más de lo necesario. (...) Las proporciones elevadas de impuestos, necesarias para acercarse a la justicia social en el sentido más amplio, significan una fuerte coacción que rechazan los que pagarían las contribuciones más altas y atrae a los que anhelan rentas no ganadas.⁹⁰

También con la clara intención de destacar las posibles divergencias entre objetivos, Albi (2000, pp. 131 y 132), señala que la primera dificultad que se presenta respecto de las actividades de redistribución radica en que éstas por lo general son actividades de suma cero, es decir, lo que uno gana es porque otro lo pierde. Hallar criterios redistributivos que se acepten generalmente es, por consiguiente, difícil. Por otra parte, el autor en comento pone de relieve que la actuación redistributiva puede dañar fácilmente los mecanismos de estímulo económico que hacen funcionar a los mercados con eficiencia.

Por su parte, Sen (2000, p. 121) reconoce que “los intentos por erradicar la desigualdad pueden provocar en muchas circunstancias una pérdida a la mayoría y a veces incluso a todos.” Aunado a lo anterior, Sen (2000, p. 164) establece que “cualquier transferencia

⁹⁰ El citado autor critica, además, la educación gratuita, especialmente en un nivel elevado, como medio para igualar las oportunidades entre los ciudadanos, toda vez que ello generaría un número “excesivo de intelectuales”, de la misma forma que tanto la educación como la sanidad estatal afectarían el rol que desempeña la familia en la sociedad.

pura (la redistribución de la renta o la provisión gratuita de un servicio público) puede influir en el sistema de incentivos de la economía.” Así, de conformidad con el citado autor, es muy convincente el argumento de que un seguro de desempleo muy generoso puede reducir los incentivos de los parados para buscar empleo. Aunque cabe señalar que el mismo autor admite la dificultad para determinar la magnitud y el alcance de los efectos desincentivadores, en virtud de que las personas, por lo general, buscan empleo no sólo por razones económicas sino también de superación personal.

Así pues, si efectivamente podemos señalar que en algunos casos existe una clara rivalidad entre los objetivos de eficiencia y equidad, el problema para el analista radica en considerar qué criterio debe prevalecer. Kaplow y Shavell (2000 y 2001) no dudan en afirmar que en ningún caso se puede sacrificar el bienestar de la sociedad bajo argumentos que descansen exclusivamente en alguna concepción de justicia o equidad, cualquiera que esta sea, pues “*any notions of fairness would in some circumstances, make every one worse off*” (2000, p. 237)⁹¹. En un sentido opuesto se pronuncia Rawls (1997), para quien existe un claro principio de superioridad que corresponde a la justicia como equidad: no importa que los aventajados sufran

⁹¹ En cierto sentido, para KAPLOW y SHAVELL (2000 y 2001) no existe, propiamente hablando, una rivalidad de conceptos en el quehacer de las políticas públicas, pues el criterio de equidad no puede considerarse como un criterio independiente y exclusivo. En todo caso se trata de un concepto que en algunos casos podría identificarse con ciertas normas sociales internalizadas, cuyo cumplimiento genera por sí mismo un incremento en el bienestar de la sociedad.

alguna pérdida material si con ello se beneficia a las personas peor situadas en la sociedad⁹².

Sin duda alguna ambas posturas resultan hasta cierto punto convincentes pues, de acuerdo con Kaplow y Shavell, una institución que termine afectando a la mayoría de la población no sería deseable. Por su parte, tampoco podemos negar que el criterio de equidad resulta relevante para los analistas y hacedores de las políticas públicas pues, como advierte Sen (2000, p. 121) “(...) la sensación de desigualdad también puede erosionar la cohesión social, y algunos tipos de desigualdad pueden hacer que resulte difícil conseguir incluso la eficiencia”. De esta forma, la idea de equidad pudiera constituirse en una especie de guía que permita detectar en qué casos es necesario actuar a efecto de combatir ciertas desigualdades que se consideren abiertamente injustas o inequitativas y que por el sólo hecho de existir generen un malestar para la sociedad en general⁹³. Evidentemente esto no nos autoriza para dejar de analizar y denunciar los posibles efectos adversos que dichas políticas redistributivas presentan. En ello radica la labor del economista, en valorar los posibles beneficios o perjuicios que trae

⁹² SEN (1970, pp. 156 y 157) demuestra que los derechos fundamentales de corte liberal pueden llegar a producir resultados que violen el criterio de eficiencia en el sentido de Pareto, de ahí que se cuestione sobre la consideración de este criterio como un verdadero objetivo a seguir. De hecho, SEN llega a sugerir “*the unacceptability of the Pareto principle as a universal rule*”.

⁹³ “(...) la justicia viene antes que la política; la política es una función de la justicia, y no la justicia de la política. O, si así se quiere decir, la injusticia no puede ser el medio de ninguna política, por más alto y noble que sea el ideal que tal política persiga” (ZAGREBELSKY, 2006, p. 26).

consigo una determinada política y en buscar un equilibrio entre objetivos.

Sin embargo, las posibles divergencias y, en consecuencia, la necesidad de optar por alguno de los criterios antes indicados no necesariamente se presenta en todos los casos en los que se requiere de la utilización de mecanismos redistributivos, pues algunas instituciones públicas que tienen como fundamento la promoción de claros objetivos de fomento a la equidad, como la asistencia jurídica gratuita, también benefician a la sociedad en general y se ajustan a claros criterios de eficiencia económica. En este caso, como veremos en lo subsiguiente, no existe propiamente hablando una abierta rivalidad de criterios pues mientras la misma política pública atiende a consideraciones propias de la equidad (como el acceso a la justicia en igualdad de condiciones y con igualdad de armas para las partes contendientes), también se constituye como una respuesta a los problemas de eficiencia que enfrenta el funcionamiento del mercado y que, si dicha institución se promueve y practica de manera adecuada, las pérdidas que genera para la sociedad son menores que los beneficios que la misma proporciona⁹⁴.

⁹⁴ Algunos economistas establecen casos muy específicos en los que determinadas políticas redistributivas no son adversas a la eficiencia sino que por el contrario la fomentan. Por ejemplo, SALA-I-MARTÍN (2000, p. 25), establece que las transferencias a jubilados y parados, así como los programas de renta mínima dirigidos a la reducción de la pobreza corrigen ciertas externalidades. El autor señala que las transferencias entregadas a individuos pobres son una forma de 'comprar' el abandono voluntario del empleo de aquellos individuos cuyo capital humano es muy reducido respecto del promedio. Como el proceso productivo se basa en la interacción entre individuos, quienes tienen un capital humano relativamente bajo –debido a razones de edad o a otra causa– reducen el capital humano medio de sus empresas y de la economía, disminuyendo la productividad

Así pues, si podemos demostrar que la asistencia jurídica gratuita presenta claros beneficios para la sociedad que atañen tanto a la eficiencia como a la equidad, sin dejar de considerar sus posibles efectos adversos (que en cualquier caso deben ser menores a los beneficios que dicha institución genere, a efecto de validarla), entonces no es necesario sacrificar ninguno de los objetivos que deben guiar la adopción de las políticas públicas pues no existe una rivalidad real entre ellos.

del resto de los trabajadores. Las pensiones financiadas por impuestos sobre la renta podrían servir para internalizar este efecto. En este contexto, el gasto en transferencias tiene dos efectos sobre el crecimiento a largo plazo: un efecto positivo, asociado a la corrección de las externalidades que generan los trabajadores con capital humano reducido o que produce la actividad delictiva, al que se contrapone la influencia desfavorable de los mayores impuestos que distorsionan las decisiones. Por su parte, ALBI (1995, p. 24) indica que la provisión pública de educación y sanidad puede ser una forma de corregir ciertos fallos del mercado, que incluiría, además de las externalidades, las imperfecciones en los mercados de capitales que impiden una inversión eficiente en educación y sanidad, así como los problemas derivados de las asimetrías de información, siendo ambas características propias de los mercados incompletos. Aunque con otro sentido, LINDBLOM (2001, p. 163) se cuestiona si las desigualdades pueden tomarse como un problema de eficiencia. Concluye que efectivamente las desigualdades son un problema de ineficiencia ya que viendo al sistema de mercado como un método de asignación de los recursos de la tierra y de la sociedad para beneficio de la humanidad, uno se puede preguntar si un alto grado de desigualdad es un problema de asignación.

CAPÍTULO III

JUSTIFICACIÓN DE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA ANTE LAS IMPERFECCIONES DEL MERCADO

En principio, como pone de manifiesto Rodríguez García (2000, p. 45) de acuerdo a la lectura de la exposición de motivos de la multicitada Ley 1/1996, la asistencia jurídica gratuita supone un servicio a través del cual se proveen los medios necesarios a efecto de hacer de la tutela judicial un derecho real y efectivo. De igual manera que lo que sucede con los seguros de gastos legales (Kilian y Regan, 2004, p. 234), la asistencia jurídica gratuita se constituye en un servicio que pretende brindar protección a todas aquellas personas que se coloquen en el supuesto normativo, preferentemente personas con insuficiencia de recursos para litigar, contra los gastos que genere la solución de un conflicto jurídico, dentro de los que destaca el coste del letrado o procurador.

De acuerdo con lo anterior, desde la perspectiva económica, la asistencia jurídica gratuita puede ser concebida como una actividad prestacional a través de la cual se remueve el obstáculo económico del acceso a la justicia mediante la utilización de recursos públicos ya sea para proveer y financiar el servicio (en los modelos que integran abogados públicos o de oficio y mixto) o sólo para financiar el mismo (en el modelo *Judicare*). En ambos casos es el Estado, sea a través del Ministerio de Justicia, como en el caso de España, o de cualquier órgano competente para ello, el encargado de subvencionar con cargo a sus dotaciones presupuestarias la configuración y

desarrollo de la asistencia jurídica gratuita. Por lo tanto, a pesar de que directamente el servicio sea prestado por la Abogacía y la Procuraduría (en el modelo *Judicare*), estamos ante un servicio público financiado igualmente por fondos públicos.

El principal motivo del presente apartado es desarrollar la idea de que la justificación del papel del Estado a efecto de promover el acceso a la justicia a través de la implementación del servicio de asistencia jurídica gratuita podría encontrarse no sólo en los objetivos asociados a su papel redistributivo (para el alivio de la pobreza, la equidad vertical u horizontal, la solidaridad social, entre otros), sino que además podría constituir una clara respuesta a los problemas que se asocian a las imperfecciones del mercado en la asignación de los recursos⁹⁵. El punto de partida para la argumentación será la justificación del papel del Estado en la ejecución de sus políticas públicas, como lo sería la asistencia jurídica, conducente a la maximización del bienestar social a través de la asignación eficiente de los recursos y la promoción del criterio de equidad a través de sus políticas redistributivas, sin perder de vista las tres restricciones a las que necesariamente se encuentra

⁹⁵ Sobre el particular, BARR (1998, p. 98) señala que una gran parte del Estado de Bienestar se estatuye como una respuesta a los problemas técnicos de los mercados privados, en consecuencia sirve no sólo a objetivos distributivos y otros objetivos de esta naturaleza, sino también a objetivos de eficiencia tales como la estabilización de rentas y la protección de los estándares de vida alcanzados ante la eventualidad de que se produzcan riesgos no susceptibles de asegurarse y a las imperfecciones del mercado de capitales.

sujeto, esto es, las preferencias de la población, la tecnología y los recursos disponibles⁹⁶.

En este sentido, de acuerdo con la teoría económica convencional y haciendo uso de los dos teoremas fundamentales de la Economía del Bienestar, la maximización del bienestar social requiere que el Estado haga uso de sus atribuciones en la redistribución de los recursos para la atención de objetivos de equidad, pero sin descuidar la implementación de criterios de eficiencia. En principio la eficiente asignación de los recursos se confía al funcionamiento del mercado, pero si éste fracasa se hace necesaria la intervención del Estado a efecto de subsanar los fallos. Esto no es más que el desarrollo teórico que la Economía moderna ha hecho del aforismo de Adam Smith de la “mano invisible”. En el tema que nos ocupa, esta premisa se concreta si observamos que uno de sus elementos esenciales, como es la prestación de servicios jurídicos de asesoría y defensoría, descansa principalmente en el mercado.

De esta forma, el hecho de que la prestación de servicios jurídicos descansa primordialmente en el mercado es acorde con el paradigma de la teoría económica moderna que concibe al mercado como el

⁹⁶ La teoría económica de la elección pública introduce un nuevo enfoque respecto de los objetivos del Estado y destaca que la toma de decisiones más que obedecer a la maximización del bienestar social atiende a la tradicional búsqueda del interés particular. Esta conclusión se obtiene de añadir al análisis de la actividad del Estado su respuesta ante el electorado y otros grupos de presión y su relación con la actividad de los burócratas. Esta forma de análisis puede llegar a constituirse en una clara crítica a la tradicional justificación de la actuación del Estado ante las imperfecciones del mercado. Sobre el particular pueden consultarse las obras de MUELLER (1976 y 2003) y BUCHANAN (1979), conocido este último como el padre del “*Public Choice*”.

mecanismo idóneo o predominante (o más sencillo y menos imperfecto) para coordinar la actividad económica de la sociedad. Esto, evidentemente, no significa la negación de las funciones del Estado ya que como destaca Buchanan (1979, p. 89) “son pocos los anarquistas libertarios que argumentan que un mercado podría surgir y funcionar eficazmente con ausencia *total* de la actividad del Gobierno”, simplemente dispone que el Estado adquiere un carácter subsidiario para aquellos casos en los que el mercado es notoriamente insuficiente.

Como destaca Barr (1998, pp. 69 y 70), una economía *first-best* implica cualquiera de estas dos situaciones: no hay impedimento alguno para que el mercado asigne eficientemente los recursos, y existe una distribución óptima de los recursos iniciales; o el Estado está en posibilidad de hacer frente a los problemas de ineficiencia o mala distribución con políticas *first-best*, esto es que no generan distorsiones (por ejemplo, los impuestos pigovianos o los impuestos acompañados de transferencias de cuota fija). De acuerdo con los dos teoremas fundamentales de la Economía del Bienestar, en los que se establece una doble correspondencia entre el mercado y el óptimo de Pareto (Acocella, p. 72), el mercado es capaz de asignar eficientemente los recursos y con ello situarnos en una posición *first-best* si se cumplen determinadas condiciones, especialmente la existencia de mercados competitivos y universales, en cuyo caso el Estado no tendría que intervenir salvo, posiblemente, con un carácter distributivo (de acuerdo con el segundo teorema fundamental); *sensu contrario*, si las condiciones requeridas no se

presentan estaríamos en presencia de una posible justificación para la intervención del Estado en aspectos estrictamente concernientes al criterio de eficiencia.

No es nuevo en la doctrina económica el hecho de que ante una situación no eficiente se argumente la necesidad de intervención de otros mecanismos ajenos al mercado, preferentemente el Estado, que conduzcan a dicha situación. Como señala Arrow (1963, p. 961) en su conocido y difundido artículo relativo a la incertidumbre, “cuando el mercado falla en alcanzar un estado óptimo la sociedad, al menos hasta cierta extensión, reconocerá la falta, y las instituciones sociales ajenas al mercado surgirán a efecto de subsanarla [...]”⁹⁷.

Como demuestra Arrow, existe una gran variedad de factores que imposibilitan que el mercado efectúe una asignación óptima de recursos⁹⁸. Dentro de esos factores, según Arrow, ocupa un lugar privilegiado la carencia de mercados universales (*the lack of marketability*). En esencia, como señala Chernew (2001, p. 885) dándole seguimiento al autor en comentario, este argumento consiste en que determinados productos que incrementarían la asignación de recursos si existiesen (o si pudiesen ser adquiridos) no están disponibles en el mercado. De ello se sigue que si hay mercados incompletos que impidan a los individuos racionales relacionar sus preferencias con ciertos bienes o productos, estaríamos en presencia

⁹⁷ La traducción es nuestra.

⁹⁸ Si bien ARROW se refiere concretamente al mercado de asistencia médica o sanitaria, sus argumentos son claramente susceptibles de trasladarse a otros ámbitos, como la asistencia jurídica.

de una posible explicación para utilizar la mano visible del Estado a efecto de cubrir dichas carencias.

Los motivos por los cuales los mercados no son universales pueden concebirse desde la perspectiva analítica ya tradicional de los fallos del mercado (los mercados imperfectos, la presencia de externalidades, los bienes públicos y la información imperfecta) que desvirtúan el modelo “idealizado” del mercado; o, como sugieren Dalhman (1979), Ostrom (1990), Williamson (1981), Zerbe (2001), entre otros, desde el análisis de los costes de transacción⁹⁹. Este segundo acercamiento de las imperfecciones del mercado las define como la imposibilidad derivada de los elevados costes de transacción para la realización de acuerdos o intercambios beneficiosos para las partes implicadas. El principal argumento de esta última postura consiste en señalar que en cualquier caso donde el mercado falla en asignar eficientemente los recursos (ante los llamados fallos del mercado) existen beneficios potenciales que se han dejado de obtener mediante el intercambio, por lo que resulta razonable analizar los costes del proceso de intercambio (típicamente referidos como costes de transacción) a efecto de explicar por qué dicho intercambio que

⁹⁹ De conformidad con COASE (1960, p. 15), los costes de transacción pueden identificarse en diversas etapas, entre las cuales menciona los costes de identificación entre las partes, esto es, al momento en que las partes pueden ponerse en contacto unas con otras; los costes de la negociación entre las partes a efecto de llevar a cabo una posible transacción, y; los costes de ejecución del acuerdo, esto es, su puesta en práctica. Pero, como agrega DAHLMAN (1979, p. 148), la elaboración de una tipología de los costes de transacción resulta innecesaria pues cada uno de los costes antes aludidos se puede reducir a las pérdidas originadas por la falta de información, sea de las oportunidades de negociación o de la calidad y otras características de los bienes susceptibles de intercambio en el mercado.

resultaría benéfico para las partes en caso de producirse no se efectúa (Toumanoff, 1984, p. 531)¹⁰⁰. Cabe destacar que los dos supuestos sobre el comportamiento humano en los que descansa el análisis de los costes de transacción, mismos que le imprimen realismo y los distingue de la Economía neoclásica, son: (1) el reconocimiento de que los agentes humanos están sujetos a ciertos límites en su racionalidad, y (2) la suposición de que al menos algunas personas son susceptibles al oportunismo (Williamson, 1981, p. 553)¹⁰¹.

Esta segunda vía de análisis presenta la ventaja de introducir los costes de transacción a los modelos económicos tradicionales de la teoría de los fallos del mercado, especialmente por lo que se refiere a dos de sus pilares fundamentales como son el poder de mercado y las externalidades¹⁰². Precisamente los artículos de Demsetz (1982) y

¹⁰⁰ Como pone de manifiesto WILLIAMSON (1981, p. 551), no es sino en 1969 cuando los tradicionales fallos del mercado resaltados por la extensa literatura que surgió con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial logran vincularse sin ambigüedades a los costes de transacción, gracias a las importantes aportaciones de ARROW (1969). Este autor señala textualmente lo siguiente: “*Market failure is not absolute; it is better to consider a broader category, that of transaction costs, which in general impede and in particular cases completely block the formation of markets.*” (ARROW, 1969, p. 48).

¹⁰¹ Este último supuesto cobra gran relevancia para nuestro análisis, como se verá más adelante, ya que el oportunismo puede adoptar la forma del llamado riesgo moral.

¹⁰² Según TOUMANOFF (1984, p. 533), cuando los costes de transacción se incorporan al análisis económico, el modelo es consistente con el comportamiento observado, pero las implicaciones de la ineficiencia o los fallos del mercado dejan de ser válidos. La inconsistencia metodológica de la teoría de los fallos del mercado deriva de su acrítica aceptación de un modelo incompleto que no incorpora los costes de transacción. Las ganancias potenciales de un intercambio en el mercado se aceptan, pero los costes de dicho intercambio se ignoran. El error se agrava cuando el modelo incompleto es usado generalmente para explicar la conducta actual de los individuos.

Dahlman (1979), respectivamente, exploran esta posibilidad. Su desarrollo ha sido lento, partiendo del artículo seminal de Hicks (1939), hasta la expansión de esta perspectiva provocada principalmente por el conocido y difundido artículo *The Problem of Social Cost* de Coase (1960).

Este último analiza los costes de transacción desde la perspectiva de los derechos de propiedad. De acuerdo con este autor, mientras los derechos de propiedad se vuelven más extensos y completos, y cuando ello es posible, los costes de transacción se aproximan a cero. De igual forma, cuando los costes de transacción son mínimos, los derechos de propiedad se vuelven más completos y es más barato defenderlos o transferirlos. En este sentido, los costes de transacción se definen como los recursos necesarios para transferir, establecer y mantener los derechos de propiedad. Sólo cuando los derechos de propiedad están perfectamente definidos, su uso, disfrute o disposición se torna poco costosa, en cuyo caso los costes de transacción disminuyen considerablemente o simplemente desaparecen. Así, y quizá este es el argumento que más ha logrado calar en la teoría económica, en un mundo donde los costes de transacción son igual a cero o poco considerables (y consecuentemente los derechos están perfectamente especificados), habría mercados universales que darían lugar a que los individuos racionales realizaran las transacciones que generasen beneficios mutuos. Esta proposición subyace bajo el principio convencionalmente conocido como el “teorema de Coase”.

Ahora bien, de acuerdo con Williamson (1981, p. 555), la forma de verificar la presencia de elevados costes de transacción puede efectuarse a través de tres dimensiones: (1) la incertidumbre; (2) la frecuencia con que las transacciones se repiten, y; (3) la especificidad de la inversión que se realiza al inicio y durante la relación entre las partes sujetas a la transacción, esto es, si la inversión se efectúa para una transacción en concreto con personas específicamente señaladas. La importancia de esta última dimensión radica en que si la inversión ha sido erogada, oferente y demandante están efectivamente operando en una relación de intercambio por un considerable periodo de tiempo, a efecto de absorber los costes propios de la inversión. Un cambio en cualquiera de los elementos de la relación de intercambio originaria, como podría ser el reemplazo del prestador de un servicio profesional, implicaría una pérdida de la inversión de tiempo y dinero realizada inicialmente.

Todo lo anterior podemos resumirlo en el siguiente razonamiento: si los costes de transacción son elevados, sea por la presencia de incertidumbre o por la especificidad de la inversión, no hay mercados universales, y si éstos existen es porque los costes de transacción se aproximan o son iguales a cero. Si no hay mercados universales para aquellos bienes o servicios que generarían utilidad para los individuos en caso de existir (lo que nos coloca en una posición ineficiente), podríamos justificar la intervención del Estado (o de otras formas de ordenación social) a efecto de suplir esta deficiencia y, con ello, conseguir mejoras en la asignación de los recursos. Éste será el sentido que principalmente adoptaremos en la presente tesis,

aunado evidentemente a los criterios de equidad, a efecto de llevar estas herramientas analíticas al campo de la asistencia jurídica gratuita, sin que ello sea óbice para tratar de manera más general la teoría de los bienes públicos y las externalidades, toda vez que estas últimas frecuentemente se asocian al servicio de impartición de justicia y, con ello, a la asistencia jurídica gratuita.

Pero antes de adentrarnos al objetivo arriba señalado es necesario, a efecto de clarificar nuestra exposición, tomar en consideración que el Estado, al igual que el mercado, presenta imperfecciones. El reconocimiento de esta situación se torna en el persistente debate entre quienes defienden la intervención del Estado (con ayuda de los modelos analíticos de la economía de mercado) ante el fracaso del mercado para obtener ciertos resultados deseables en la utilización de los recursos, por un lado, y aquéllos que sugieren que las medidas de corrección que implementa el Estado pueden representar un mal mayor¹⁰³. A esto último se refiere Buchanan (1979, p. 92), considerado fundador de la línea de pensamiento del *Public Choice*, en una de sus citas más famosas:

Se ha interpretado ampliamente que los análisis del «fracaso del mercado» ofrecen un caso de *prima facie* para la acción correctora del sector público más allá de los confines o límites del Estado mínimo o protector. Y estos análisis han influido, al menos en algún grado, para dar una explicación racional plausible a las muchas extensiones de las actividades gubernamentales (...). Sin embargo,

¹⁰³ Cfr. DATTA-CHAUDHURI (1990).

los análisis ortodoxos del «fracaso del mercado» se han visto perjudicados muy seriamente por el error de comparar alternativas falsas. El funcionamiento de una economía organizada sobre principios de mercado se ha comparado con un modelo teórico-analítico definido por el teórico formal o el filosófico-idealista hasta hace poco tiempo, se han hecho relativamente pocos intentos para establecer la única comparación adecuada entre el proceso de mercado, tal como opera en la realidad, y el proceso correctivo gubernamental, asimismo como opera o pudiera pronosticarse que opere en la realidad también.

De conformidad con Barr (1992, p. 755 y ss.), tomando como referencia a Inman y Mueller, los puntos de discrepancia más notables entre los economistas respecto del papel del Estado frente a las imperfecciones del mercado se refieren básicamente a cuatro aspectos. En primer lugar, se discute la posibilidad real de que el Estado sea capaz de evaluar con exactitud las pérdidas de eficiencia (o de bienestar social) y con base en ello implementar métodos adecuados que permitan subsanar las deficiencias del mercado. En segundo lugar, algunas críticas hacen referencia a la aptitud del Estado para actuar efectivamente de acuerdo con el interés público (o colectivo). Un tercer elemento de crítica, directamente relacionado con el punto anterior, ha sido la falta de motivaciones que presentan los funcionarios públicos para actuar en beneficio de terceros, incrementando el bienestar social, dejando a un lado el interés propio. Respecto de estos dos últimos elementos de crítica cabe mencionar que la teoría económica ha detectado diversos factores (imperfecciones en el funcionamiento del Estado) que dificultan la

posibilidad de que el Estado efectivamente tenga la capacidad de actuar conforme al interés público, incrementando el bienestar de la sociedad. Dichos factores pueden resumirse en problemas de organización (mismos que generan altos costes de transacción y burocratización), de incentivos o motivaciones y de gestión, aunado a las implicaciones de carácter político¹⁰⁴.

Y finalmente, en cuarto lugar, el desarrollo de la teoría del *second best*¹⁰⁵ (iniciada por los economistas Lipsey y Lancaster en 1956), ha puesto en duda la conveniencia de que el Estado enfoque su actuación hacia el objetivo de incrementar los niveles eficientes en un determinado ámbito del mercado. En concreto, la teoría del *second best* demuestra que si el mercado falla en un determinado sector de la economía, entonces un nivel superior de bienestar social puede alcanzarse mediante la violación deliberada de la eficiencia en el sentido de Pareto en otros sectores.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Si se desea profundizar respecto de las deficiencias en que pueden incurrir los gobiernos respecto de la actividad económica resulta recomendable el Capítulo 2 “Las políticas Públicas y su Gestión” de la obra de ALBI, (2000, pp. 55 a 104). Con una visión quizá más negativa puede consultarse el ensayo presentado por GIERSCHE (1979). Asimismo, existen diversos estudios que pretenden crear una teoría paralela a la que corresponde a los “fallos del mercado”, en los cuales se sistematizan los llamados “fallos gubernamentales”, un claro intento de lo anterior nos lo proporciona WOLF (1990).

¹⁰⁵ Como nos recuerda KUTTNER (1999, p. 19), “el teorema del *Second Best* sugiere que cuando hay una multiplicidad de distorsiones en el precio y la oferta de un mercado dado, la supresión de una de las distorsiones para alcanzar un mercado puro no necesariamente mejorarán el resultado total. Un mercado *second-best* típicamente tiene formas *second-best* de responsabilidad –normas profesionales, supervisiones gubernamentales, regulaciones, y subsidios- a las cuales las fuerzas del mercado se han adaptado” (La traducción es nuestra).

¹⁰⁶ Según WALLIS y DOLLERY (1999, p. 27) una crítica más a la teoría de las imperfecciones del mercado la constituye la llamada “falacia de Nirvana”, de conformidad con la cual el paradigma de las imperfecciones del mercado incluye

No obstante las objeciones antes indicadas, el análisis de las imperfecciones del mercado continúa siendo un elemento fundamental para determinar la conveniencia de la intervención gubernamental (Mishan, 1961; Stiglitz, 1993). Como destaca Datta-Chaudhuri (1990, pp. 25 y 26), el debate permanece inevitablemente inconcluso y los resultados analíticos de las “imperfecciones del mercado” no desaparecen de cara a la evidencia presentada respecto del deficiente desempeño de algunos Estados para obtener mejoras en el bienestar social. De ahí que el análisis de las imperfecciones del mercado siga jugando un papel decisivo en la formulación de políticas.

Además, cabe destacar que las ventajas comparativas que detenta el Estado frente a otras instituciones de carácter no gubernamental le siguen otorgando una posición privilegiada. Dichas ventajas comparativas, de acuerdo con Stiglitz (1993), pueden reducirse principalmente a dos: (1) el monopolio de la coacción que detenta el Estado, ya que desde el punto de vista del contrato social, los individuos han renunciado al ejercicio de la fuerza y reconocido su ilegitimidad a cambio de la protección del Estado, y (2) la necesaria pertenencia de las personas físicas y jurídicas a la organización estatal¹⁰⁷, que a su vez se ven reflejadas en los poderes del Estado

“una metodología que confronta el orden económico actual contra una norma teórica idealizada (esto es, la eficiencia en la asignación de recursos), violando, de esta forma, el concepto fundamental del coste de oportunidad”. La traducción es nuestra.

¹⁰⁷ De acuerdo con STIGLITZ (1993, p. 37) las ventajas comparativas que presenta el Estado, considerado como organización económica, frente a otras

para imponer tributos, para proscribir determinadas acciones, para sancionar, así como ciertas ventajas respecto de los costes financieros donde al Estado, por sus propias características puede reducir dichos costes en la resolución de las deficiencias del mercado¹⁰⁸. De ahí que no resulte tan aventurado partir de la idea de que ante la ausencia de mercados (lo que puede considerarse como sinónimo de su evidente fracaso en la ordenación de determinados bienes o servicios) logre justificarse la intervención del Estado o de otros mecanismos de ordenación social para suplir estas deficiencias, especialmente si, como observa Coase (1960, p. 18), un gran número de personas está involucrado y los costes de afrontar el problema a través del propio mercado o las empresas puede resultar elevado.

organizaciones económicas son que: “(...) el Estado es una organización de carácter *universal*, y [que] tiene ciertos poderes de *coerción* de los que carecen otras organizaciones”. En el mismo sentido se pronuncia ALBI (1995, p. 18) al indicar que “Dos características fundamentales de la organización pública, al menos en cuanto a sus componentes de las Administraciones Públicas, son la obligatoriedad de ser miembro de la misma y la capacidad de coacción que la organización pública tiene aunque sea atemperada, por ejemplo, por el principio de legalidad o por la fiscalización a la que se debe someter. Estas características esenciales de la organización pública explican, por ejemplo, la existencia del sistema tributario y ayudan a resolver, a través de la regulación o de la provisión, o producción, de bienes y servicios públicos, los problemas que se derivan de los “fallos del mercado”. Son, también, punto de partida de la diversidad de intervenciones públicas regulatorias, de provisión o producción, o redistributivas que se realizan por los sectores públicos en las economías actuales.”

¹⁰⁸ En un escrito posterior, STIGLITZ (2002, p. 7) ha destacado que si bien las ventajas comparativas del Estado le endosan poderes que las organizaciones privadas no tienen, también le imponen ciertas limitaciones. “Por ejemplo, en sociedades democráticas en las que el liderazgo está determinado por un proceso político y donde se utilizan fondos públicos coercitivamente recaudados, existe la obligación de que estos fondos sean utilizados de manera justa y equitativa.”

Una vez hechas estas consideraciones en relación con las posibles limitaciones en la actuación del Estado, procedamos ahora a determinar las causas inmediatas y mediatas (los costes de transacción) que impiden el surgimiento de mercados universales que favorezcan un efectivo acceso a la justicia para aquellas personas de escasos recursos, a efecto de sentar las premisas necesarias para verificar una posible justificación de la asistencia jurídica gratuita desde la perspectiva económica.

No está por demás decir que esta forma de análisis es susceptible de llevarse al campo concreto de la asistencia jurídica gratuita no sólo porque la prestación de servicios jurídicos (que representa cuantitativamente la parte más importante de esta institución) presente características peculiares que exijan la necesidad de su regulación y control (por ejemplo, la incertidumbre y la información asimétrica en las relaciones abogado-cliente), sino además porque la asistencia jurídica gratuita puede concebirse como una forma de “seguro” público que pretende garantizar el servicio de asistencia jurídica ante la eventualidad de un conflicto jurídico, donde el Estado asume la totalidad o parte del coste derivado del servicio jurídico.

Como han destacado Arrow (1963, p. 947) y Mueller (2003, p. 45 y ss.), gran parte de la función redistributiva del Estado a través de su facultad impositiva y el ejercicio del gasto social puede reinterpretarse como el deseo de crear un sistema de seguros ante la

carencia de los mismos¹⁰⁹. A esta situación debe añadirse, como un problema más de mercados universales, la insuficiencia de los mercados de créditos que permitan a las personas de escasos recursos acceder a préstamos que les permitan hacer frente al coste de solucionar su conflicto jurídico.

De esta forma, y siempre tomando en consideración la ausencia de mercados que contemplen los beneficios “sociales” derivados de la solución de conflictos jurídicos que repercuten en el bienestar de la sociedad, la asistencia jurídica gratuita puede reinterpretarse como una alternativa más para subsanar dichas carencias. Así pues, veamos a continuación estos argumentos, con más detalle.

¹⁰⁹ A efecto de explicar por qué ocurre la redistribución MUELLER (2003, pp. 45 y 46) establece cuatro hipótesis de las cuales cabe destacar la primera: la redistribución entendida como una forma de seguro público. El argumento que plantea el citado autor, originalmente vertido por BUCHANAN y TULLOCK (1962), consiste en considerar que algunas personas, bajo el supuesto que presentan aversión al riesgo y en un estado inicial en el que pasan de la anarquía a la sociedad civil, desconocen cuál será su situación futura respecto de los recursos que obtendrán del establecimiento de la propiedad privada. Esta situación origina que prefieran prever ciertas formas de redistribución comunes a todos en la constitución, de tal forma que todos queden asegurados ante una posición social poco privilegiada. En este caso la constitución se transforma en una especie de seguro contractual.

Sin embargo, como el propio MUELLER señala, para justificar la intervención del Estado frente al seguro privado se requiere una explicación que contemple las imperfecciones del mercado de seguros o la existencia de ciertos costes de transacción que indiquen que la posición del mercado es inferior a la provisión estatal. Precisamente esta línea de argumentación es la que se desarrollará en el apartado inmediato siguiente.

1. Los mercados universales y el acceso a la justicia

La eficiencia del sistema de mercado encuentra menos obstáculos para justificarse en contextos de certidumbre. Los modelos de este tipo suponen que tanto los oferentes como los demandantes conocen con certeza los bienes y servicios que producen o requieren, así como el precio de los mismos. Sin embargo, en el mundo real, y de manera acentuada en el servicio de impartición de justicia, los acontecimientos futuros son inciertos y como consecuencia de ello, también lo son las necesidades y precios futuros. Esta incertidumbre parcial engloba tanto la función jurisdiccional propia de los órganos competentes del Estado como la prestación de servicios jurídicos de letrados y otros servicios profesionales requeridos para el adecuado desarrollo del proceso judicial, mismo que se concibe como un *input* esencial en la resolución de conflictos jurídicos por la vía jurisdiccional.

Si bien la impartición de justicia es un bien económico en sí mismo (claramente identificable, tecnológicamente posible y que genera bienestar), la incertidumbre respecto de estos servicios se manifiesta en sus diversas etapas. La primera de ellas radica en la naturaleza de la demanda. En principio, haciendo a un lado los servicios de asesoría jurídica para fines consultivos, la demanda de justicia, con todos los *inputs* que ello conlleva, sólo genera bienestar si se está en presencia de un conflicto jurídico, lo que hace que este servicio sea impredecible e irregular. Los conflictos jurídicos, sea entre particulares o entre éstos y algún órgano del Estado, en la gran

mayoría de las ocasiones dependen de situaciones contingentes, tienen una naturaleza eventual cuya certidumbre se presenta hasta el momento en que el mismo se exterioriza. El conflicto lo origina una situación de hecho, con trascendencia jurídica, insegura y perjudicial a los intereses públicos o privados que puede o debe ser satisfecha, jurídicamente, por medio de la aplicación coercitiva e imparcial de la ley. Simplemente a manera de ejemplo pensemos en el incumplimiento de un contrato, un despido injustificado, la causación de daños y lesiones en un accidente automovilístico, la negación de un permiso por autoridad administrativa, entre otros.

Una segunda manifestación de la incertidumbre podemos observarla respecto de la calidad de los servicios profesionales requeridos para la solución adecuada del conflicto jurídico. Por una parte se requiere del consejo y la asesoría de un letrado para conocer específicamente cuáles son los derechos que asisten al litigante, así como para determinar las posibilidades reales de éxito. Pero, además, también se requiere de su pericia para efecto de determinar la vía adecuada para la solución del conflicto o, en su caso, llevar adecuadamente el proceso judicial, esto es, con un claro conocimiento de la autoridad competente, las etapas del procedimiento, los plazos previstos por la ley, las pruebas pertinentes y los recursos legales procedentes. Esto nos lleva a la idea de que la forma en que el conflicto se desenvuelva y se resuelva depende en gran medida de la experiencia y el conocimiento de los profesionales del derecho. Sin embargo, la calidad de los servicios profesionales contratados sólo puede determinarse con exactitud durante el desarrollo del proceso y hasta

la obtención del resultado final. No olvidemos que los servicios jurídicos, como puntualizan Cox, DeSerpa y Canby (1982, p. 306), son “heterogéneos”. Cada abogado posee en lo individual una categoría de habilidades única. Teóricamente los servicios que presenta un abogado difieren de los servicios prestados por otros¹¹⁰. De ahí que los servicios de asistencia jurídica, parafraseando a Arrow (1963 p. 949), pertenezcan a esa categoría de bienes en los cuales el producto y la actividad de producción son idénticos. En estos casos, el cliente no está en posibilidad de probar el producto antes de efectuar su consumo, lo que explica que exista un elemento de “confianza” en la relación abogado-cliente. Evidentemente este elemento depende en gran medida de la experiencia y formación del letrado.

La tercera manifestación de la incertidumbre en los servicios de justicia descansa en el desconocimiento del comportamiento estratégico que adoptará la contraparte en litigio. Se desconoce *ab initio* la calidad de los servicios jurídicos contratados por la contraparte y la forma en que se desempeñará durante el desenvolvimiento del proceso judicial. Un adecuado desempeño repercutiría en la obtención del resultado final. De esta forma, existe una clara interdependencia del producto final en el comportamiento de ambas partes, contendientes en un proceso judicial.

¹¹⁰ De acuerdo con COX *et. al.* (1982, p. 306), en un pequeño segmento del mercado de servicios jurídicos la calidad del servicio prestado no está sujeta a variaciones. Tales servicios se denominan “servicios legales de rutina”. Sin embargo, para el desarrollo del presente tema hemos de suponer que dichos servicios son heterogéneos tanto por el conocimiento y experiencia del letrado como por la dificultad del caso planteado.

Así llegamos a la cuarta manifestación de la incertidumbre, misma que se presenta en la forma en que el conflicto ha de solucionarse, esto es, en el resultado final del litigio. El usuario asume el riesgo de litigar bajo los servicios legales de su abogado sin conocer efectivamente el resultado que finalmente obtendrá por los servicios contratados. Si bien un resultado favorable al cliente depende en gran medida de los buenos consejos de los profesionales del derecho (o de los malos consejos recibidos por la contraparte), también depende de factores externos a esta relación, entiéndase del criterio de los jueces y magistrados y del adecuado funcionamiento del sistema judicial (supuesto en el que se evita el error judicial). Como puede observarse las incertidumbres en la calidad de los servicios jurídicos contratados y en la actuación de la contraparte confluyen en esta última¹¹¹. Ésta es quizá la más importante de todas las manifestaciones de la incertidumbre ya que implica la imposibilidad de determinar con exactitud el coste total de litigar, situación que se agrava con los sistemas jurídicos que adoptan la imposición de costas legales, de acuerdo con los cuales la asignación del coste total del litigio (para ambas partes contendientes) se asigna a la parte perdedora en juicio, toda vez que incrementan el valor tanto de la posible ganancia como de la posible pérdida¹¹².

¹¹¹ Existen otras formas de incertidumbre relacionadas con el tema que tratamos pero que por razones de especialización no abordamos. Por ejemplo, la incertidumbre o riesgo de que el perdedor en juicio carezca de recursos suficientes para hacer frente a la condena; el incumplimiento del perdedor en juicio del fallo de autoridad judicial, entre otros.

¹¹² Para una discusión amplia de los efectos de la regla sobre la asignación del coste total del litigio a la parte perdedora en juicio, resulta recomendable la

Estas formas de incertidumbre presentes en los servicios de justicia pueden reinterpretarse como la posibilidad de una pérdida que, de acuerdo con Taylor (1974, p. 54 y ss.), puede ser en términos psicológico-sociales o en términos económico-funcionales, o incluso en una combinación de ambas. Esta distinción cobra gran relevancia tratándose de la impartición de justicia, pues como es sabido la eventualidad de un conflicto jurídico y la incertidumbre en la forma en que el mismo ha de solucionarse no sólo puede llegar a implicar pérdidas materiales cuantificables en dinero (como el coste del litigio) sino que, además, implica un claro estado de ansiedad y preocupación que puede llegar a reflejarse en su vida social. La amplitud de la pérdida y, por ende, el grado de estrés o ansiedad, como apunta Taylor, dependerá en gran medida de la cuantía del conflicto (por ejemplo, tratándose de un incumplimiento del pago de una deuda vencida), de la naturaleza del mismo (por ejemplo, un conflicto del orden penal puede llegar a suponer la pérdida de la libertad corporal) y del nivel de recursos disponibles para hacer frente al coste total de litigar. De esta forma, la incertidumbre presente en los servicios de justicia refleja sólo parcialmente el coste total de litigar.

Desde el punto de vista de la teoría económica del bienestar y la incertidumbre, dichas pérdidas implican riesgos que los individuos que presentan aversión al riesgo estarían dispuestos a minimizar a

monografía de KATZ, titulada "Measuring the Demand for Litigation: Is the English Rule Really Cheaper?" (1987).

cambio de un precio cierto. La carencia de sistemas de seguro¹¹³ que permitan alcanzar este objetivo se traduce en una ausencia de mercados universales que implica pérdidas de bienestar. A esta situación se añaden los problemas de información, especialmente por lo que hace a la relación abogado-cliente, asociados a las asimetrías que se producen por la necesaria dependencia del cliente respecto del abogado dados los conocimientos técnicos y teóricos requeridos para determinar las posibilidades reales de éxito y las vías adecuadas de solución del conflicto y, en su caso, para conducir adecuadamente a dicha solución. Los equilibrios en un mercado perfecto se alcanzan cuando cada uno de los agentes económicos posee una información completa sobre los intercambios que se producen en el mismo. En otras palabras, en un mundo sin imperfecciones se parte del supuesto de que tanto los productores como los consumidores poseen el conocimiento necesario para maximizar sus beneficios; sin embargo, tratándose de la justicia y de los *inputs* requeridos para su impartición, los consumidores carecen de una idea precisa respecto de la utilidad que los proporcionará acceder o no al sistema y les es imposible prever completamente la reacción de otros agentes que intervienen en la prestación de estos servicios.

Entonces, la reducción del riesgo y la información se constituyen en bienes susceptibles de llevarse a la mercado y que en el caso de que

¹¹³ De acuerdo con la teoría de la utilidad esperada (VON NEUMANN y MORGENSTERN, 1947), el que adquiere un seguro incrementa su utilidad transfiriendo el riesgo al asegurador cuando una pérdida cierta, actuarialmente determinada en términos justos (la prima), es substituida por una elevada pérdida incierta.

no haya una oferta para los mismos que iguale la demanda, estaríamos ante un problema de mercados incompletos que requieren una vía alterna de solución, como sería la mano visible del Estado a través de sus políticas públicas, a efecto de subsanar la falta en términos de eficiencia.

1.1 Mercados contingentes

Arrow (1969, 1970) ha demostrado que ante la presencia de incertidumbre pueden alcanzarse resultados eficientes en la asignación de los recursos cuando existen mercados contingentes adecuados¹¹⁴. Estos mercados contingentes, en analogía con otros

¹¹⁴ “Se ha demostrado por ARROW (1970) que en un mundo de incertidumbre hay una serie de circunstancias en las cuales el mecanismo de formación de precios competitivos producirá una asignación de recursos eficiente. Las condiciones requeridas son muy rigurosas. Suponemos que el futuro puede clasificarse de acuerdo con diversos «estados del mundo» cada uno de los cuales produce su propio clima, tecnología, gustos, etc. También, suponemos que cada individuo puede atribuir probabilidades subjetivas a cada uno de los estados de los acontecimientos mundiales, y que todas las probabilidades suman la unidad. Un individuo dotado con una cantidad dada de recursos conocerá la asignación de recursos que esa dotación le proporcionaría dentro de cada posible estado del futuro. Supongamos ahora que existen mercados de «derechos» para cada tipo de bien o factor en cada posible estado futuro del mundo. A estos mercados se les llama frecuentemente *mercados de contingencia*. Una compra de un derecho de contingencia a un bien [v. gr. un seguro] en el estado *s* [v. gr. un accidente] es equivalente a la compra de un derecho a una cantidad de ese bien si el estado *s* tuviera lugar realmente. Si el estado *s* no tiene lugar, no se recibe nada. (...). Dadas sus dotaciones iniciales de bienes o renta, los individuos pueden comprar diversos derechos de contingencia sobre los estados futuros al precio vigente establecido para estos derechos en los mercados de contingencia (o futuros).” (BOADWAY y WILDASIN, 1986, pp. 104 y 105).

El desarrollo teórico del proceso de elección de los individuos en el mercado, bajo el supuesto de incertidumbre, ha sido ampliamente desarrollado por HIRSHLEIFER (1979) y supone la capacidad del individuos para determinar un grupo de actos; crear una función de probabilidad que exprese sus creencias o deseos dependiendo de los diversos estados del mundo y, una función de las

tipos de mercados perfectos, permiten a los individuos comportarse de manera tal que maximizan su utilidad esperada a través de distintos estados de naturaleza. De acuerdo con esta proposición, la creación de mercados de contingencia completos, como serían los seguros de gastos legales, incrementarían el bienestar de aquellos que desean transferir dichos riesgos a otros (asegurador) por un precio determinado (el pago de una prima que se asume justa), así como el de aquellos otros que estarían dispuestos a asumir el riesgo a cambio de recibir dicho precio. Este sistema podría mitigar los riesgos financieros asociados a un eventual conflicto jurídico, al menos para aquellos que pudiesen contar con una cobertura amplia (Chernew, 2001, p. 887).

Los supuestos de los que parte Arrow son muy restrictivos, implican, entre otras cosas, que existen mercados contingentes para los diversos estados del mundo; que la base actuarial sobre la que se ofrece el seguro es justa (esto es, que coinciden el riesgo esperado y la prima); que el asegurador no sufre pérdidas (los costes de transacción son iguales a cero o están por debajo de los beneficios); y que los riesgos son independientes entre sí. Bajo estas restricciones la existencia de mercados contingentes completos produciría una asignación eficiente en el sentido de Pareto.

consecuencias que se derivarían de la combinación de sus actos en los diversos estados del mundo, a lo cual se añade, finalmente su función de utilidad definida en base a las consecuencias. De conformidad con este autor, estos elementos permiten crear la regla de la utilidad esperada, misma que permite ordenar los actos en términos de preferencias. Sin embargo, este mecanismo racional de toma de decisiones, por lo que se refiere al servicio de justicia, difícilmente puede llevarse a cabo sin el auxilio de personas especializadas en la materia.

Sin embargo, en el mundo real las condiciones propuestas por Arrow son de muy difícil realización, como el propio autor infiere. Los mercados contingentes son escasos o claramente insuficientes, lo que impide que se cumpla el supuesto de mercados universales. Como destacan Bodway y Wildasin (1986, p. 106):

El fallo del mercado se produce porque en el mundo real no existe una serie completa de esos mercados de contingencia. Es cierto que algunos bienes tienen mercados de futuros, y las pólizas de seguros le permiten a uno comprar derechos contra ciertas contingencias en el futuro. Pero, en general, relativamente pocos bienes tienen algo que les aproxime a los mercados completos de derechos futuros dependientes del estado del mundo.

Las causas por las cuales en la realidad los mercados de contingencia no se comportan como mercados universales han sido ampliamente estudiadas por la doctrina especializada (Arrow, 1963; Pauly, 1968; Hirshleifer y Riley, 1979; Reinhardt, 2001; Chernen, 2001, entre otros); entre ellas cabe destacar la selección adversa y el riesgo moral, mismas que veremos con detenimiento en su oportunidad. Pero sin lugar a dudas, como advirtieron Lees y Rice (1965) en un comentario formulado con motivo del ya citado artículo de Arrow (1963)¹¹⁵, en el fondo de la cuestión se encuentran los

¹¹⁵ En el comentario formulado con motivo de la publicación de conocido artículo de ARROW de 1963, LEES y RICE (p. 141) pretenden demostrar que, cuando los costes de transacción son tomados en cuenta, la ausencia de mercados de seguros para ciertos riesgos pueden ser un requisito para la eficiencia en el sentido de Pareto. De tal forma que la ausencia de políticas ante la incertidumbre

elevados costes de transacción que implica la transferencia del riesgo y la información, que dan origen a un nuevo problema de mercados incompletos y, en consecuencia, a una situación ineficiente.

De acuerdo con lo antes dicho, entonces, la ausencia o la insuficiencia de este tipo de mercados contingentes podría constituir, en principio, una justificación, en términos de eficiencia, para la intervención del Estado a efecto de crear sistemas de seguros públicos para la obtención de satisfactores que presentan un riesgo considerable. Precisamente, tratándose del acceso a la justicia y de las pérdidas a las que se exponen los individuos ante el surgimiento de un conflicto jurídico, la asistencia jurídica puede reinterpretarse como una forma de seguro público cuyo surgimiento obedece a las carencias asociadas a los mercados contingentes que cubran las pérdidas derivadas, sea directa o indirectamente, de problemas legales. En esta línea de pensamiento y meramente para efectos expositivos cabe distinguir diversos supuestos: el primero parte de la idea de la total ausencia de mecanismos contingentes, esto es, bajo el supuesto de que no existen mercados de seguros legales ni sistemas que provean asistencia jurídica gratuita; el segundo, hace referencia al supuesto de que aun existiendo los mercados de

no puede considerarse necesariamente como una imperfección del mercado y, por ende, no se constituye en una guía para justificar las políticas públicas.

Respecto de los comentarios vertidos por los profesores LEES y RICE (1965), ARROW ha reconocido la importancia de introducir en el análisis los costes de transacción (así como las pérdidas de bienestar que podría generar un sistema de seguros universal), aunque considera que no son argumento para negar la necesidad de acudir a mecanismos alternativos de ordenamiento social diferentes al mercado. En todo caso, el interés radica sustancialmente en verificar si dichos mecanismos alternativos son o no capaces de reducir dichos costes.

seguros legales éstos son claramente insuficientes por lo que permite justificar la necesidad de implementar mecanismos de asistencia jurídica gratuita. Veamos a continuación cada uno de estos supuestos.

1.1.1 La ausencia de mercados contingentes

En el primer supuesto cabe considerar no sólo las pérdidas de bienestar de aquellos individuos, tanto asegurados como aseguradores, que se beneficiarían de ser posible un intercambio en el mercado (suponiendo evidentemente que el valor esperado del ingreso en un futuro incierto es superior al precio del intercambio), sino, además, las factibles ganancias que se derivarían de existir un mecanismo asegurador que garantizara el acceso a la justicia ante una eventualidad.

Nyman (1999, pp. 812 y 820, 1999a) ha puesto de relieve cuáles son estos beneficios al introducir en su análisis el efecto del ingreso. En concreto, el citado autor señala que son tres las ganancias que se obtendrían del sistema de seguros: la primera deriva del modelo estándar de compartir el riesgo (*standard risk-bearing*) y aplica sólo a los gastos que se producirían de existir o no el mecanismo asegurador; la segunda ganancia consiste en permitir afrontar los gastos que produce la eventualidad asegurada que de otra forma serían incosteables, en un entorno en que la imperfección de los mercados financieros hace imposible costear dichos gastos por medio del endeudamiento y; la tercera deriva del efecto que produce la

transferencia de recursos que permite un consumo adicional tanto del servicio asegurado como de otros satisfactores. De acuerdo con este autor, es factible suponer que sin un mecanismo asegurador el coste por el servicio no asegurado equivaldría al coste marginal de producir cada unidad adicional del servicio, mientras que en supuesto contrario, esto es, con un mecanismo asegurador, el coste marginal sería compartido, a través del pago de sus respectivas primas, entre el asegurado que sufre la correspondiente eventualidad y las demás personas incluidas en la mutualidad. En otras palabras, el sistema de seguros implica una transferencia de recursos efectuada por aquellos participantes que no requieren en ese momento hacer efectivo el seguro, donde la ganancia obtenida para el beneficiario equivale a la pérdida total de los demás (Nyman, 1999, pp. 813 y ss.).

Al respecto conviene aclarar que si bien el análisis de Nyman hace referencia al mecanismo del sistema de seguros convencional, esto es, el que el usuario o agente principal del seguro paga una prima establecida actuarialmente por la compañía de seguros, los beneficios a los que se refiere el citado autor son susceptibles de trasladarse al campo de la asistencia jurídica gratuita, toda vez que el pago de una prima puede asimilarse, *mutatis mutandi*, al pago de contribuciones destinadas, en parte, a la cobertura de los sistemas públicos de asistencia jurídica. Efectivamente, la recaudación y el gasto público son los mecanismos públicos *ad hoc* para efectuar la redistribución del ingreso (o de la riqueza) entre los miembros de la población y establecer las políticas públicas que promuevan el

acceso a aquellos bienes y servicios propios del Estado de bienestar que garanticen un determinado nivel de calidad de vida.

De esta forma, el mecanismo antes descrito coincide con el mecanismo propio de la asistencia jurídica gratuita. Mientras el acceso a la justicia se promueve a través de la reducción del coste total de litigar, la redistribución o la transferencia de recursos se efectúa de todos aquellos individuos sujetos al pago de contribuciones (a través del sistema impositivo) a los beneficiarios del sistema que afrontan el hecho asegurado. Estos últimos, con motivo de la transferencia y al no tener que disponer de elevadas cantidades destinadas a cubrir la eventualidad de un conflicto jurídico, podrían disponer de otros bienes y servicios para su consumo.

Evidentemente si la cobertura es parcial la transferencia disminuye, ya que la diferencia entre el pago efectuado por el beneficiario y el asegurador equivaldría al pago de la prima por el beneficiario en un sistema de seguros convencional. Un factor que contribuye a que la cobertura sea parcial en la asistencia jurídica gratuita consiste en que el riesgo asegurado, si bien va dirigido a cualquier miembro de la sociedad, no sea estrictamente hablando la posibilidad de que se presente un conflicto jurídico sino la “imposibilidad económica de hacer frente al mismo” a través de los mecanismos de mercado. Esto parte de la idea de que la asistencia jurídica gratuita si bien subsana la carencia de mercados contingentes no pretende substituir al mercado de servicios legales.

Cabe destacar que, como el propio Nyman (1999, p. 819) reconoce, el efecto de promover el acceso a través del sistema de seguros a servicios que de otra forma serían inaccesibles para muchos es una justificación “más que suficiente” para producir una ganancia neta del sistema de seguros, sean públicos o privados. Esto significa que los beneficios derivados de mecanismos que aseguren la prestación de servicios legales no se limitan a evitar una considerable pérdida financiera, sino que además permiten el acceso a estos servicios a aquellas personas que de otra forma se verían imposibilitadas para ello. Así, la ganancia que se produce de promover el acceso a ciertos servicios asegurados debe ser tomada en consideración de manera adicional a la ganancia de evitar un riesgo, al momento de evaluar los beneficios generados por los mecanismos aseguradores. Nyman (1999a, p. 146 y ss.) ha estimado que bajo algunos supuestos razonables, la ganancia de promover el acceso a través de estos mecanismos es tres veces más grande que la estimación de las ganancias (infladas) que derivan del sistema de compartir el riesgo, lo que origina que aquél se constituya en su principal argumento para justificar la necesidad de estos mecanismos aseguradores.

1.1.2 La insuficiencia de los mercados contingentes

El segundo supuesto al que nos hemos referido pretende hacer alusión a la idea de que existen mercados contingentes para la prestación de servicios legales, pero que aun suponiendo que los mismos tuvieran un carácter completo, éstos presentan ciertas

limitaciones inherentes a su propia naturaleza comercial que los hace insuficientes para alcanzar el objetivo, propio del Estado de bienestar, de alcanzar un acceso a la justicia para todos aquellos que así lo requieran. En otras palabras, algunas de las limitaciones esenciales de los mercados contingentes impiden su utilización como sustitutos perfectos de la asistencia jurídica gratuita.

En términos generales, de acuerdo con Kilian y Reagan (2004, p. 234 y ss.), una de las limitaciones más importantes de los mecanismos de seguros privados atiende a la sujeción del seguro a un determinado acontecimiento futuro y contingente. Cualquier tipo de seguro define las circunstancias bajo las cuales la póliza puede invocarse ante la actualización del evento asegurado, el cual se refiere a un acontecimiento “externo” e “incidental”, esto es, que no puede depender de la voluntad del asegurado. Esta característica propia de los seguros privados, y en concreto de los seguros de servicios legales, hace que los mismos, de acuerdo con estos autores, se enfoquen en la representación jurídica y ultimadamente en la litigación con el carácter de demandado, lo cual dificulta su utilización para ciertos tipos de conflictos jurídicos, tales como la materia criminal, en la que el asegurado es el inculpado, o la materia familiar, como lo sería un divorcio o una adopción). Evidentemente, la asesoría jurídica voluntaria por parte del asegurado difícilmente sería cubierta por el mecanismo asegurador.

Asimismo, esta característica de los mercados contingentes provoca que si el conflicto jurídico ya está presente y la información de su

existencia está disponible antes de que opere la transacción entre el asegurador y el asegurado, dicha transacción no se realizaría y, por ende, tampoco se producirían los beneficios que la misma conlleva, como sería la reducción del coste total de litigar mediante la actualización del seguro de servicios legales. Evidentemente la realización del hecho que se pretende asegurar antes de la respectiva transacción representa una forma extrema de mercados incompletos. Precisamente la asistencia jurídica gratuita se activa, por lo general, cuando ya se está ante un conflicto jurídico (o éste es claramente previsible), mientras que el mecanismo de los mercados contingentes, como su propio nombre lo indica, funciona cuando la probabilidad de que surja el conflicto jurídico es mayor que cero pero menor que la unidad (Hirshleifer y Riley, 1979, p. 1401 y ss.).

Siguiendo con Kilian y Reagan (2004, p. 234 y ss.), una segunda limitación inherente a los mecanismos de seguros privados consiste en el pago de la prima y otros costes asociados a su naturaleza mercantil. Si bien es cierto que este esquema pretende minimizar el riesgo de pérdidas financieras ante un determinado acontecimiento y que, a su vez, permite abaratar los costes del servicio asegurado haciendo accesible dichos servicios que de otra forma serían incosteables para muchos, también lo es que las personas de escasos recursos quedarían excluidas de estos beneficios, dada su imposibilidad para hacer frente al pago de la prima y demás costes asociados¹¹⁶. En términos económicos, la contratación de un seguro

¹¹⁶ KILIAN y REGAN (pp. 243 y ss.) han demostrado empíricamente que, dado el presupuesto limitado de las personas de más bajo ingreso y la elección entre los

implica un intercambio simultáneo de una menor disponibilidad del ingreso presente (debido al pago de la prima correspondiente) por una reducción futura en el precio del servicio asegurado (Phelps, 1997, p. 6), lo que ocasiona que los seguros de gastos legales sean inaccesibles para aquellas personas que de alguna manera más lo requieren.

De todo ello se sigue que el mecanismo privado de seguros legales y la asistencia jurídica gratuita no presentan un contenido idéntico en la respuesta que presentan frente al fracaso del mercado de servicios jurídicos. Mientras que la asistencia jurídica gratuita está basada en consideraciones de política pública, los segundos siguen, ultimadamente, principios mercantiles (Kilian y Regan, 2004, p. 234).

Un problema adicional que cabría considerar bajo el supuesto de que aun existiendo mercados de seguros completos algunas personas no

diferentes seguros ofertados en el mercado, los seguros de servicios legales representan el de menor prioridad. Los seguros de gastos legales difícilmente se adquieren por aquellas personas de escasos recursos. Como señalan los citados autores, la implicación de estos datos desde la perspectiva de la política pública consiste en que es muy difícil para el Estado reemplazar la asistencia jurídica financiada con fondos públicos por un esquema voluntario de seguros de servicios legales.

A estas consideraciones cabe agregar una más. ARROW y LIND (1970, p. 366) señalan dentro de las causas por las cuales los mercados contingentes son incompletos, la relativa a los elevados costes que implican los contratos de seguros dada su complejidad y especialización. De tal forma que los citados autores admiten que el coste de asegurarse contra una eventualidad a través de los mecanismos privados es tan alto que los individuos eligen afrontar su propio riesgo antes que asumir los elevados costes de transacción que suponen los seguros privados. Esta idea la retomaremos al referirnos al mercado de servicios jurídicos.

tienen acceso a los mismos es el que pone de manifiesto Kaplow (1986, p. 548 y ss.) en el sentido de que algunas personas no toman ventaja de las oportunidades que ofrecen los mecanismos privados de seguros, sea porque no valoran adecuadamente la existencia del riesgo o las implicaciones de que supondría un conflicto jurídico, o sea porque no están familiarizados con el propio mecanismo de los seguros. De acuerdo con el propio Kaplow (pp. 548 y 549), las situaciones en las cuales ciertos actores, especialmente aquéllos que se encuentran en una posición socialmente desaventajada, desatienden las posibilidades de una pérdida y, en consecuencia, rechazan la idea de adquirir un seguro cuando es en su propio interés hacerlo, constituye, quizá, *“the strongest case for some government response to risk”*.

La forma en que el Estado tome en consideración el problema de minimizar el riesgo que implica un conflicto jurídico puede ser diverso. Kaplow (p. 549) sugiere como una solución potencial la existencia de mecanismos de seguros compulsivos (públicos o privados) que impidan que las percepciones personales sobre el riesgo se constituyan en una clara inhibición de los beneficios de compartir el riesgo. En este sentido, la asistencia jurídica gratuita puede desempeñar un papel importante, más aún si tomamos en consideración las limitaciones inherentes a los mecanismos de seguros privados antes indicadas.

Así pues, si la idea es que todos aquellos que se enfrenten a un conflicto jurídico tengan la posibilidad de acceder a la justicia, la

asistencia jurídica gratuita difícilmente sería reemplazable por los mecanismos de seguros privados de servicios legales, lo cual no obsta para considerar que una adecuada combinación de ambas que tome en consideración las diferencias específicas de los beneficiarios sería conveniente para abatir el obstáculo económico que representan los elevados costes de la justicia.

Las ideas anteriores también resultan aplicables respecto de la sustitución de la asistencia jurídica gratuita por los acuerdos de honorarios contingentes o condicionados, en cuyo caso el riesgo es compartido tanto por el cliente como por su abogado, toda vez que el pago de los honorarios correspondientes está sujeto a los resultados que se obtengan en juicio. Al respecto, cabe decir que la conveniencia de introducir estos esquemas contingentes presenta ciertos argumentos de peso, siendo quizá el más importante el hecho de que se amplía considerablemente el número de personas que se verían beneficiados con esta medida y no sólo las personas sujetas a los criterios de elegibilidad directamente relacionados con la insuficiencia de recursos para litigar, como sucede actualmente en la gran mayoría de los sistemas de asistencia jurídica.

Sin embargo, una cosa es la introducción del esquema de acuerdos de honorarios contingentes o condicionados como una política pública favorable al acceso a la justicia y otra muy distinta es su concepción como mecanismo sustitutivo de la asistencia jurídica gratuita. Sobre el particular, Zander (1998, p. 549 y 550) expone las circunstancias que a su juicio impiden esta posible sustitución:

La primera se relaciona con el problema de la insuficiencia de los sistemas de seguros contra el riesgo de perder en juicio y, en todo caso, con su carácter inaccesible para los más pobres dada la existencia de la prima. La segunda circunstancia consiste en considerar el carácter irreal y poco razonable de esperar que los abogados siempre estén dispuestos a compartir el riesgo con su cliente, especialmente en aquellos casos en que los resultados del juicio son de alto riesgo. En tercer lugar, los acuerdos de honorarios contingentes son menos atractivos que la asistencia jurídica para el usuario o cliente que obtiene un resultado favorable en juicio, toda vez que aquéllos implican la pérdida de una proporción significativa de la recuperación de los daños o perjuicios (en el caso de responsabilidad civil) mientras que en la asistencia jurídica el usuario exitoso sufre una pérdida considerablemente menor (de acuerdo a la extensión de la cobertura de la asistencia jurídica). Finalmente, en cuarto lugar, el citado autor hace referencia a la poca experiencia y escasez de datos empíricos que demuestren la efectividad de las cuotas contingentes, situación que se torna altamente riesgosa especialmente para las personas de bajos recursos.

De esta forma, difícilmente podemos estar dispuestos a compartir la idea de una plena sustitución de la asistencia jurídica gratuita por los mercados contingentes, lo cual no es óbice para considerar su complementariedad pues efectivamente los beneficios que parecieran desprenderse de estos mecanismos redundan en la promoción del

acceso a la justicia a diversos sectores de la población, incluyendo a las personas de medianos y elevados ingresos. Así, mientras la reducción de la asistencia jurídica gratuita afecta a los más necesitados, la inclusión de mecanismos adicionales como los mercados contingentes pretende tener un carácter extensivo.

1.2 Mercados crediticios

De igual forma que los mercados contingentes, los mercados crediticios carecen de la característica de la universalidad por motivos similares, como son la selección adversa y el riesgo moral derivados de la información imperfecta de los agentes que participan en el proceso (Jaffee y Russell, 1976, p. 651), aunado, evidentemente, a los elevados costes de transacción. Esta situación nos permite valorar, bajo determinados supuestos que veremos en su momento, cómo la asistencia jurídica gratuita permite subsanar esta deficiencia del mercado en aras de la eficiencia, sin perder de vista el elemento de equidad siempre inmerso en este mecanismo. Para clarificar esta idea es necesario hacer algunas consideraciones generales en torno al mercado de crédito y, concretamente, respecto del racionamiento del crédito.

Como es bien sabido, las instituciones de crédito están interesadas tanto en las tasas de interés que perciben por los créditos otorgados (equivalentes al precio de la transacción), como en el riesgo que supone el préstamo. De ambos factores depende, como es lógico, su beneficio esperado (Stiglitz y Weiss, 1981, p. 393 y ss.). Sin embargo,

las operaciones del mercado financiero se caracterizan habitualmente por realizarse en condiciones de información asimétrica, pues los prestadores y los prestatarios poseen diferente información del agente con el que se produciría la transacción financiera y cualquier mejora en la información incrementaría los costes de transacción. Esto conlleva, desde el punto de vista del prestador, dos posibles problemas como son la selección adversa y el riesgo moral.

De acuerdo con las ideas expuestas por Stiglitz y Weiss, el prestador desconoce el riesgo crediticio del prestatario y su disponibilidad para cumplir con los términos del contrato de crédito, lo que pudiera traer consigo problemas de selección adversa en la elección de los prestatarios, dadas las diferentes posibilidades que presentan de cumplir con su deuda. Esa situación hace que las instituciones de crédito estén interesadas en distinguir *a priori* entre aquellos prestatarios que presentan mayor riesgo de incumplir y los que presentan un menor riesgo. Para efectuar dicha distinción y en aras de maximizar sus utilidades, las instituciones de crédito utilizan diferentes indicadores para obtener información, entre los que cabe destacar las tasas de interés fijadas, la viabilidad del proyecto para el cual se solicita el préstamo, la capacidad económica del solicitante y su comportamiento pasado en la cartera crediticia. La consecuencia directa de la utilización de estos indicadores es clara: la racionalización de los créditos. Esto, evidentemente, no es nuevo en la teoría económica ya que como puso de manifiesto Akerlof (1970, p. 495), la posibilidad de incumplir con los términos del contrato

“representa el mayor coste de la deshonestidad -las contrataciones deshonestas tienden a desplazar las contrataciones honestas fuera del mercado.”

Stiglitz y Weiss (1981, pp. 394 y 395) han entendido que el racionamiento de los créditos comprende dos supuestos: 1) el primero hace referencia a la exclusión de ciertos solicitantes que no presentan diferencia alguna con los demás solicitantes a quienes les fue concedido el crédito o que, incluso, estarían dispuestos a pagar una tasa de interés mayor a la estipulada; 2) el segundo se refiere a ciertos grupos de la población que por no cumplir con los indicadores establecidos, en cualquier caso quedarían excluidos de obtener créditos, como sería el supuesto de aquellas personas de escasos ingresos¹¹⁷.

En ambos supuestos estaríamos ante un problema de mercados incompletos que, desde el punto de vista de la teoría económica del bienestar y la incertidumbre, implica una pérdida de bienestar tanto para las instituciones crediticias como para aquellas personas a quienes se les niega el crédito, aún cuando estarían dispuestas a pagar una tasa de interés elevada a cambio de un préstamo¹¹⁸. La

¹¹⁷ En otras palabras, JAFFEE y RUSSELL (1976, p. 651) especifican que el racionamiento del crédito ocurre cuando los prestadores establecen una tasa de interés respecto de sus préstamos y proceden a ofertar una menor cantidad de préstamos que los demandados. En un mercado competitivo y sin imperfecciones el exceso de demanda conduciría a elevar el precio (las tasas de interés), sin embargo, en el mercado de crédito ocurre precisamente el racionamiento del crédito.

¹¹⁸ HODGMAN (1960) introduce en el debate la posibilidad de que el racionamiento del crédito puede explicarse sobre la base del comportamiento económico racional

premisa básica para esta última afirmación consiste en considerar que las posibles pérdidas o ganancias para la institución de crédito son una función creciente de la cantidad que el prestatario acepta pagar, esto es, que si el deudor admite una mayor tasa de interés el riesgo de incumplimiento se incrementa (Hodgman, 1960, p. 260; Stiglitz y Weiss, 1981, p. 394). En otras palabras, la admisión de deudores que manifestaran su intención de pagar elevadas tasas de interés atraería muchos “lemons”¹¹⁹.

Ahora bien, la forma de relacionar estas ideas sobre el racionamiento del crédito y los indicadores que lo provocan con el acceso a la justicia parte de la idea ya muchas veces expuesta de que el coste de la justicia es elevado y, en consecuencia, muchas personas carecen de recursos propios para afrontarlo. Si el mercado de crédito funcionara en condiciones perfectas sería lógico pensar que una persona que carece de recursos suficientes para litigar pero con altas probabilidades de ganar en juicio, podría obtener un préstamo para

de las instituciones crediticias que enfrentan el factor riesgo. Sobre el particular, CHASE (1961) agrega un determinante más al análisis de HODGMAN, esto es, la influencia del tamaño del préstamo. Asimismo, STIGLITZ y WEISS (1981) demuestran teóricamente por qué las instituciones de crédito no están dispuestas a elevar las tasas de interés aún cuando haya una disposición favorable por parte de los usuarios. En su lugar, las instituciones de crédito fijan una tasa de interés común, cuya consecuencia consiste en el racionamiento del crédito.

¹¹⁹ La misma situación ocurre en el sistema de seguros. Sobre el particular AKERLOF (1970, p. 492) señala que no es suficiente estar dispuesto a pagar una cantidad mayor por un determinado seguro cuando el riesgo de que el hecho asegurado se actualice, dado que si el precio (o prima) se incrementa, las personas que estarían dispuestas a pagar dicha cantidad mayor son aquellas que están ciertas de que requerirán efectivamente del seguro. El resultado, entonces, es que la condición de los solicitantes del seguro se deteriora conforme el precio se incrementa, dando lugar a que las ventas de seguros lleguen a una situación en la que ya no se lleven a cabo a ningún precio.

hacer frente al conflicto jurídico, siempre que el beneficio esperado de la litigación fuera superior al coste de litigar (equivalente al préstamo) más la tasa de interés pactada. Sin embargo, dados los problemas de información a los que se enfrentan las instituciones crediticias y, por ende, la utilización de indicadores que les permitan seleccionar entre los diversos solicitantes del crédito a aquéllos que presentan un menor riesgo de incumplir con el pago del adeudo, la desaprobación del crédito a personas de escasos recursos (y probablemente con una falta de historial crediticio) se torna factible, aún cuando tenga altas probabilidades de ganar en juicio y los resultados favorables del mismo le permitieran hacer frente a su adeudo.

Al supuesto anterior debe añadirse un factor más consistente en la incertidumbre que presenta la propia solución de conflictos jurídicos por la vía jurisdiccional y todos los *inputs* que la misma conlleva (especialmente en la relación abogado-cliente). Esta situación tiene que ver con la valoración del proyecto para el que se solicita el préstamo como un indicador más para la concesión de créditos. Si el proyecto presenta un riesgo considerable y de su éxito depende el pago del adeudo, las posibilidades del otorgamiento del crédito son mínimas. La utilización de este indicador para la concesión de créditos facilita aún más la desaprobación del mismo cuando el proyecto consiste precisamente en pleitear, lo que puede constituirse en una fuente clara de ineficiencia y en una denegación de justicia para las personas de escasos recursos.

Las instituciones de crédito carecen de información completa respecto de la forma en que se conduciría el prestatario a efecto de vencer en juicio y de todas las aristas que rodean al proceso judicial, así como de su honestidad para efectuar el pago correspondiente. Dado el elemento de incertidumbre presente en los diversos ámbitos de la solución de conflictos jurídicos y el riesgo en la elección de los prestatarios, el otorgamiento de créditos a personas de escasos recursos que difícilmente tienen un historial crediticio y que, por ende, carecen de los elementos necesarios para cumplir con los indicadores generales establecidos por las instituciones de crédito (incluyendo las tasas de interés), son negados, aún cuando dichas personas tuvieran una alta posibilidad de ganar en juicio y con ello hacer frente a su adeudo. Como han señalado Rothschild y Stiglitz (1976, p. 638), las diferencias en el riesgo que presentan los usuarios originan una externalidad negativa consistente en que los usuarios de alto riesgo desplazan a los de bajo riesgo (los que tuvieran posibilidades reales de vencer en juicio), mientras que los de alto riesgo no obtienen mayores beneficios que los que tendrían si estuvieran en solitario. Así pues, aunque los solicitantes del crédito manifestaran su intención de pagar elevadas tasas de interés el crédito les sería negado pues su admisión atraería muchos “*lemons*”.

Todo lo anterior significa que el mercado de créditos no está disponible para quienes más lo requieren, pues las instituciones de crédito realizan su propia selección adversa (Akerlof, p. 494) o, simplemente, y dada su naturaleza mercantil, se hacen inaccesibles para las personas de bajo o mediano ingreso.

De esta forma la carencia tanto de mercados crediticios como de los mercados de seguros puede traducirse en un factor importante que contribuye al obstáculo económico para el acceso a la justicia y, en consecuencia, en una justificación más para la intervención del Estado. Como hemos destacado, las formas que adopte dicha intervención pueden ser muy diversas, pero sin lugar a dudas la asistencia jurídica gratuita, sea total o parcial, se constituye en uno de los mecanismos que permiten reducir, aunque sea en una pequeña fracción, el problema de mercados incompletos asociado al otorgamiento de créditos.

1.3 Problemas de incertidumbre e información en el mercado de servicios jurídicos

Hemos visto que la carencia de mecanismos que permitan afrontar una determinada eventualidad, como lo sería un conflicto jurídico, para aquellas personas de escasos o medianos recursos fortalece el obstáculo económico del acceso a la justicia y, por ende, justifica la necesidad de la asistencia jurídica como política pública. Mientras que la insuficiencia de los mercados de seguros legales impide disminuir (o transferir) el coste de asumir el riesgo, la racionalización del crédito afecta a quienes más requieren de un préstamo. A esta situación deben añadirse algunas consideraciones relativas a los problemas de información e incertidumbre presentes en los servicios de justicia, especialmente por lo que se refiere a las relaciones entre abogado-cliente, que hacen necesaria la intervención de mecanismos

alternativos al mercado, sea por parte del Estado como de otros organismos de carácter privado.

Como es bien sabido, la prestación de servicios legales se caracteriza por presentar problemas significativos de información asimétrica entre el prestador del servicio (agente) y los consumidores (principal), pues aquél cuenta con mayor información tanto por lo que se refiere al conflicto mismo y a la búsqueda de soluciones como por lo que hace al conocimiento de su propia capacidad intelectual y destreza.

Cuando una persona enfrenta un conflicto jurídico no adquiere un servicio legal de manera directa. En primer término es necesario que seleccione al abogado a efecto de que éste diagnostique el problema jurídico y le sugiera las vías de solución que considere más adecuadas. Así, mientras que en un gran número de productos y servicios el consumidor conoce tanto la cantidad como la calidad del bien que está dispuesto a adquirir a un determinado precio, en el mercado de servicios legales son los prestadores más que los consumidores los que determinan efectivamente la cantidad y la calidad del servicio que prestan. El cliente está supeditado tanto a la opinión del profesional como a las habilidades, conocimientos y tiempo que el abogado le dedicará a su asunto. En otras palabras, los servicios legales constituyen ese tipo de bienes que en Economía se denominan como “bienes credenciales” (Hadfield, 2000, p. 969). Esto significa que el cliente depende, y precisamente en ello consiste el objeto de la transacción, de la información que le transmita el

abogado tanto respecto de su asunto como de las características de sí mismo.

De acuerdo con Cox, Deserpa y Canby (1982, p. 307), el cliente cuyo problema legal requiere de un servicio legal complejo (en oposición a los servicios de mero trámite), requiere información relativa a: (1) cuál es el mejor servicio para resolver su problema en particular; (2) las habilidades o experiencia del abogado en la materia propia del problema concreto; (3) el tiempo que el abogado le dedicará a su asunto para obtener los resultados deseados, y; (4) la forma en la que se determinarán los honorarios, así como la relación del precio total en relación con la experiencia y conocimientos del prestador del servicio. De esta forma, la información que requiere el cliente se convierte en sí misma en un bien económico que, como cualquier otro bien, tiene un coste de producción y de transmisión, de ahí que la misma se concentre en aquellos que más se benefician con la misma (Arrow, 1969, p. 946).

Esta situación de dependencia del cliente frente al abogado los coloca en la posibilidad de un comportamiento oportunista por parte del prestador del servicio, en el que se exceda el tiempo del servicio, éste no sea prestado adecuadamente o que los honorarios estén por encima del coste real (Akerlof, 1970). Esto supone que la relación cliente-abogado se encuentre basada en gran medida en un elemento de confianza mutua y de lealtad. La ética profesional del abogado reconoce, como una consecuencia de la incapacidad de los clientes para juzgar el servicio prestado y por la función pública que

representa la abogacía, que los letrados están obligados a actuar en razón de los intereses de sus clientes sobre los propios. Sin embargo, es innegable que la prestación de servicios jurídicos está inmersa en el intercambio de mercado y, por ende, es necesario reconocer que existe la posibilidad de que los abogados opten por seguir un comportamiento que llegue a distanciarse del deber ser, dados los claros incentivos que se presentan para maximizar sus ganancias. En otras palabras, la relación entre el cliente y su abogado es susceptible de presentar problemas de riesgo moral.

Sin embargo, como advierte Hadfield (2000, p. 969), el problema real del mercado de servicios jurídicos proviene no tanto del fracaso de la ética profesional para imponer límites a la conducta fraudulenta, sino de la incapacidad de los propios abogados para transmitir una información completa a sus clientes. De acuerdo con Cox, Deserpa y Canby (1982), un factor que influye en esta falta de información deriva de la complejidad de las normas jurídicas y de la dificultad de aplicarlas a un caso concreto. El sistema jurídico se caracteriza por las variadas interpretaciones que las normas admiten de acuerdo al contexto y el caso particular. Un mismo caso admite diversas soluciones que pueden o no ir acordes con los intereses perseguidos por el cliente. De ahí que los propios abogados, en un gran número de ocasiones, desconozcan con precisión cuál de las opciones viables para llevar un determinado caso sea la más conveniente.

Siguiendo con Cox, Deserpa y Canby, un segundo factor, íntimamente relacionado con el primero, lo constituye el carácter

impredecible del resultado final que depende, entre otras cosas, del juicio de los magistrados o jueces (en el caso de la vía jurisdiccional) y del comportamiento estratégico de la contra parte. Ni el abogado más experimentado es capaz de garantizar el resultado final pues éste no depende enteramente de él. Así, la necesidad y la calidad de los servicios legales no sólo son difíciles de juzgar para los no expertos sino también para los expertos. Incluso, si el caso llega a los tribunales y la sentencia no resulta favorable para el cliente, éste difícilmente será capaz de identificar si el resultado final se debió a los méritos del caso o como consecuencia de la deficiente calidad de la actuación de su abogado. La situación se torna subjetiva si tomamos en consideración que las cuestiones jurídicas admiten diversas soluciones, lo que provoca que los propios abogados, en un gran número de casos, sean incapaces de valorar su propia actuación¹²⁰.

Finalmente, de acuerdo con Cox, *et. al.*, un tercer factor lo constituye la imposibilidad de conocer el tiempo que efectivamente el abogado dedicará a un asunto en particular, especialmente cuando éste es un asunto complejo. Este último factor cobra especial relevancia cuando el método para fijar los honorarios opera en razón del tiempo invertido en el asunto. Cabe destacar que tratándose de asuntos complejos, donde el riesgo del resultado final y la incertidumbre del tiempo necesario para atender el caso adecuadamente son altamente considerables, el método para fijar los honorarios del abogado puede

¹²⁰ Sobre el particular puede consultarse el reporte presentado en 2005 por el *Department for Constitutional Affairs* (p. 14 y ss.) en el Reino Unido.

consistir, alternativa o simultáneamente, en razón de las horas invertidas o, en su caso, sujetos al resultado final que se obtenga¹²¹. Mientras que en el primer supuesto, el consumidor asume todo el riesgo, excepto porque pudiese afectarse la reputación y el prestigio del abogado en caso de perder en juicio, en el segundo supuesto, esto es, en la fijación de honorarios contingentes, el abogado más que el consumidor asume el riesgo del tiempo invertido y de la posibilidad de perder el caso. Sin embargo, en ambos supuestos, el consumidor al entablar la relación contractual con su abogado, desconoce con exactitud el precio de solucionar su conflicto jurídico ante los tribunales, toda vez que el precio se fija *ex post*, es decir, una vez que el servicio ha sido prestado.

Ahora bien, la posibilidad de un comportamiento oportunista por parte del prestador del servicio se incrementa si tomamos en consideración la dificultad que supone cambiar de abogado una vez iniciada la relación contractual. Si a pesar de la naturaleza credencial de los servicios legales, los consumidores lograran percatarse de que los servicios prestados no se ajustan a sus necesidades o no presentan la calidad deseada, enfrentan la

¹²¹ El método que se elija para la determinación de los honorarios del abogado depende, en gran medida, de la naturaleza de la situación jurídica que se le plantee, suponiendo que el Estado no establezca imperativamente límites al respecto. Por lo general, de acuerdo con Hadfield (2000), para los asuntos jurídicos de rutina, en los que el abogado posee información clara respecto del tiempo que requerirá invertir en el caso y del resultado final que se obtendrá, el método idóneo, incluso para minimizar un comportamiento oportunista por parte del prestador del servicio, es el sistema de prepago o de cuotas fijas. Sin embargo, como señala ARROW (1969, p. 953), el sistema de prepago es virtualmente inexistente en el litigio, dados los problemas asociados a la incertidumbre y la información imperfecta.

disyuntiva de cambiar de abogado, pero esta opción presenta el inconveniente de crear un coste adicional, mismo que, según Williamson (1981, p. 555), se representa a través de la existencia de elevados costes de transacción. Para el citado autor, una vez que la inversión ha sido hecha, como sería el caso de haber contratado a un abogado, posiblemente mediante el pago de un anticipo y habiendo dedicado cierto número de horas en la relación contractual, el consumidor y el prestador del servicio se encuentran operando en una relación bilateral para un determinado periodo de tiempo que concluye con la solución del conflicto jurídico. De esta forma, el consumidor (como posiblemente también el prestador del servicio) se encuentra atrapado en una transacción en la cual el cambio de abogado supondría una pérdida de la inversión inicial en su relación anterior. Así, las posibles pérdidas derivadas de un cambio en la relación contractual podrían constituirse en un serio desincentivo para efectuar dicho cambio, lo que generaría una posición ventajosa para el abogado inicial.

Efectivamente, como advierte Hadfield (2000, p. 977), el coste que supone la inversión inicial, mismo que ultimadamente sería asumido por el cliente, afianza la posibilidad de un comportamiento oportunista por parte del prestador del servicio, sea mediante la expansión del número de horas que aplican para un determinado caso (si sus honorarios dependen de ello) o sea por que minimicen el esfuerzo en la búsqueda de la solución adecuada al problema legal. Este incentivo se crea dado que los abogados asumen un riesgo mínimo ante la expectativa de no ser despedidos.

Un problema adicional a los anteriormente señalados, directamente vinculado con la existencia de incertidumbre en el precio de los servicios jurídicos, consiste en la ignorancia y el elevado coste que supone comparar los precios relativos por los servicios jurídicos, situación que se agrava en aquellos sistemas que prohíben la publicidad de los abogados. Existe una gran dispersión de los precios que se ofrecen de un abogado a otro, motivado en gran medida por el carácter heterogéneo del servicio profesional, dadas las diversas cualidades y especialización de los prestadores del servicio, o, como señala Stigler (1961, p. 214), por la ignorancia del mercado¹²². La búsqueda de información y las comparaciones de los diferentes precios que se ofertan en el mercado tienen un elevado coste para los consumidores, lo que dificultan la posibilidad de elegir al abogado que más se adapte a sus necesidades.

Nuevamente, la ética profesional juega un papel importante en el establecimiento de límites que guíen la conducta del abogado a efecto de evitar que los consumidores se vean afectados por una información falsa del precio, las opciones que tiene y el riesgo que asume, aunque no logra constituirse en una restricción imperativa que impida en términos absolutos la presencia de abusos derivados de su posición aventajada.

¹²² Para este autor resulta inocuo destacar la heterogeneidad de los bienes o servicios como causa de la dispersión en los precios, toda vez que aún los bienes homogéneos presentan una gran heterogeneidad si se toman en consideración los términos de la transacción entre oferente y demandante. De ahí que para STIGLER (1961, p. 214) la dispersión de los precios no sea más que una manifestación y, de hecho, una medida de la ignorancia del mercado.

De todo lo anterior se desprende que, como en cualquier otra profesión, existen, por una parte, abogados con una profunda ética profesional que transmiten a su cliente la información disponible en cuanto a la calidad, precio y riesgo y, por la otra, abogados oportunistas. La dificultad para los consumidores radica en saber identificarlos y, por ende, existe un serio problema de selección adversa.

Siguiendo en este punto a Hadfield (2000), cabe considerar que existen diversos mecanismos, tanto públicos como privados, que pretenden atemperar los problemas derivados de la incertidumbre y la información asimétrica, tales como la selección adversa y el riesgo moral. Dentro de los mecanismos privados que pretenden abatir las consecuencias negativas de la selección adversa se encuentran las certificaciones que emiten los propios profesionales del derecho de manera colegiada, el establecimiento de cláusulas contractuales que permiten la devolución de los gastos erogados hasta el momento si el cliente manifiesta su inconformidad con el servicio prestado, entre otros.

Una forma más de paliar los efectos de la información asimétrica de manera privada, como apunta Hadfield, consiste en la utilización de la reputación como un indicador respecto de la calidad del prestador del servicio. La reputación es una palabra que denota calidad y que, en consecuencia, economiza la búsqueda de información respecto de las cualidades del abogado. Sin embargo, la reputación influye en el

incremento del precio o, como señala Stigler (1961, p. 224), genera una penalización, toda vez que reduce los costes de transacción que suponen la búsqueda de información. Tanto la inversión del abogado particular o de una firma de abogados por hacerse de un nombre reconocido, la información que transmite la reputación al cliente como los costes de oportunidad para los abogados con prestigio, suponen un elevado coste mismo que se ve reflejado en el precio del servicio jurídico.

Cabe señalar que en el supuesto de abogados que ya cuentan con una reputación en el medio jurídico, éstos se ven impelidos a utilizar esquemas diferentes a la cuota fija o determinada en la fijación de sus honorarios, toda vez que este esquema para los abogados con reputación contribuye a evitar problemas de selección adversa o de riesgo moral, dada la incertidumbre respecto de la complejidad del caso que le plantea el cliente en un inicio y del coste total de prestar dicho servicio. A diferencia de los supuestos que hemos planteado respecto del comportamiento oportunista del abogado, en este último supuesto dicho comportamiento podría darse por parte de los clientes (por ejemplo, que exigieran un mayor tiempo disponible para la atención de su caso o que ocultaran en el inicio de la relación contractual algunos datos que incrementarían la complejidad del caso). De esta forma, en la relación abogado-cliente se presenta lo que Kiholm y Cox (1985, p. 169) denominan “*the double lemons problem*”, mismo que contribuye a que los honorarios de los abogados con prestigio sean elevados. Evidentemente, esta situación

genera que las personas de escasos recursos se vean excluidas de los servicios que prestan aquellos abogados de fama reconocida.

En algunos casos, el Estado interviene a través de la asistencia jurídica gratuita a efecto de hacer accesible a los abogados con cierta reputación para las personas de bajos recursos. Los supuestos, ciertamente muy restringidos, se presentan preferentemente en el caso del modelo *Judicare*¹²³ siempre que exista la posibilidad de elección del abogado por parte del cliente o beneficiario y con una prestación del servicio obligatoria para los profesionales del derecho, pues de otra forma los elevados costes de oportunidad que representaría la atención de este tipo de casos para aquellos abogados prestigiosos generaría un claro desincentivo para participar.

De acuerdo con Hadfield, otro mecanismo propio del sistema de mercado para brindar cierta seguridad en torno a la calidad de los servicios prestados, salvo cuando el Estado establece su carácter impositivo, es la existencia de los honorarios o cuotas contingentes, donde el monto de los honorarios se fija *ex post* al servicio prestado y de acuerdo a los resultados obtenidos en el litigio. En este supuesto, los abogados tendrán que valorar las posibilidades de ganar en juicio

¹²³ En el modelo de abogados públicos asalariados con cargo al presupuesto estatal la inversión en reputación y la calidad de los servicios se torna difícil. En este supuesto no hay incentivos claros para invertir tiempo y dinero en la adquisición de reputación pues la cartera de clientes se encuentra asegurada y probablemente el salario permanece constante independientemente del número de asuntos llevados y de los resultados obtenidos. A esta situación se añade el problema de la elección del abogado de turno de oficio por parte del prestatario.

antes de aceptar un determinado caso. Uno de los mayores problemas que presenta esta forma de cobro de honorarios radica en el riesgo que asumen los letrados, situación que provoca que aquellas personas que presentan un caso débil, sea porque la ley no sea clara o admita diversas interpretaciones o porque los elementos probatorios sean escasos, tengan dificultades en hallar un abogado. Además, tal como se desprende del análisis económico del sistema de seguros privados, la transferencia del riesgo del cliente al abogado respecto de los resultados del litigio implica un coste, mismo que podría reflejarse en el incremento del precio por los servicios prestados.

Un supuesto diferente, ampliamente explorado por el sistema anglosajón, es el que presenta el cobro de honorarios a través de un sistema mixto, esto es, que los resultados del litigio no determinen el precio total del servicio sino una cuota adicional (una especie de premio) para el abogado que obtuvo resultados favorables. Esta cuota adicional generaría un incentivo para mejorar el desempeño del abogado en la atención del caso, aunque su alcance como paliativo al problema de la selección adversa y el riesgo moral es limitado, pues también genera una exclusión del mercado de aquellas personas que presentan un caso débil o de riesgo considerable. De ahí que como se indica en un estudio sobre el mercado de servicios jurídicos realizado por el Departamento de Asuntos Constitucionales en el Reino Unido (2005, p. 35 y ss.), la utilización de cuotas u honorarios contingentes generen inquietud respecto del tema del acceso a la justicia. De esta forma, si bien es

cierto que la solución a los problemas de riesgo moral consiste en la utilización de incentivos, también lo es que el uso de éstas u otras soluciones privadas difícilmente pueden llegar a subsanar de manera sistemática el carácter incompleto de los mercados de servicios jurídicos (Acocella, p. 113).

El reconocimiento del fallo del sistema de mercado por lo que hace a la relación entre abogado-cliente ha hecho que prácticamente en todos los sistemas jurídicos del mundo moderno intervenga el Estado a efecto de minimizar los problemas asociados a la información asimétrica. Dentro de los mecanismos públicos el más generalizado consiste en la estandarización de mínimos de calidad establecidos por el Estado a través de la exigencia del título profesional o licencias y otros requisitos, tales como la cédula y las certificaciones periódicas, concebidos como una respuesta a la demanda de los consumidores por cierta calidad en la información (Arrow, 1963). A éstos se pueden agregar otras medidas adicionales de ciertos grupos de la sociedad civil, tales como el reconocimiento que otorgan los Colegios de Abogados y otras organizaciones al desempeño destacado de la profesión de abogado. Estos mecanismos si bien no palian en su totalidad el problema de la calidad del servicio, pues ésta depende a su vez, de la conducta particular de cada abogado y de las normas éticas que los mismos adopten, permite garantizar un grado mínimo de formación académica que les permita ejercer la profesión. Sin embargo, debe tomarse en consideración la persistencia de la heterogeneidad del servicio jurídico y de la complejidad de los casos concretos que se plantean en la vida profesional a pesar de las

medidas adoptadas por el Estado, además de enfatizar que garantizan, por lo general, tan sólo un mínimo establecido de formación. Además, cabe destacar que mientras más severos sean los requisitos que se exijan para poder ejercer la profesión de abogado a efecto de incrementar los estándares de formación, la inversión inicial para el ejercicio profesional es mayor y, por ende, también los precios que permitan compensar dicha inversión (Stigler, 1971)¹²⁴.

De esta forma, los problemas asociados a la incertidumbre y a la información asimétrica en la prestación de los servicios jurídicos y la insuficiencia de mecanismos eficaces que permitan subsanarlos en su integridad no sólo dificultan el acceso a estos servicios, especialmente como consecuencia del incremento en el precio, asociados a los costes de transacción, que los mismos suponen, sino que, además, bajo el supuesto de que las personas presentan aversión al riesgo y que tienen la posibilidad de decidir si llevan o no su caso a juicio (esto es, lo que sería la parte demandante), se constituyen en un serio desincentivo para litigar. Esta situación se

¹²⁴ Tomando como referencia el estudio pionero de STIGLER (1971), una gran diversidad de economistas han estimado los efectos de la licencia profesional. La tendencia general ha sido en el sentido de demostrar que los precios por los servicios profesionales son más altos en aquellos Estados que presentan una mayor regulación para su ejercicio. Sin embargo, LUECK y OLSEN (1995), a través de un estudio empírico referido al caso de 48 estados y el Distrito de Columbia en los Estados Unidos, llegan a la conclusión de que la hipótesis de que las restricciones impuestas por la exigencia de licencias o títulos profesionales influyen en el incremento del precio de los servicios legales no es totalmente demostrable. Por el contrario, los autores llegan a la conclusión de que las fuerzas del mercado (incluyendo la presión ejercida por los Colegios y Barras de Abogados) y la heterogeneidad del servicio son más importantes para explicar las variaciones en el precio y en los ingresos de los abogados.

ve agravada si tomamos en consideración que la solución de un conflicto jurídico por la vía jurisdiccional supone un sistema adversarial donde las pérdidas ante un resultado desfavorable pueden ser desproporcionadas pues, en un gran número de casos, el que gana se lleva todo. Evidentemente, como se pone de manifiesto en un estudio publicado en la *Harvard Law Review* (1993, p. 445 y ss.), titulado “*Settling for Less: Applying Law and Economics to Poor People*”¹²⁵, las personas más susceptibles a evitar el riesgo de pérdidas son aquellas que poseen una menor renta.

De acuerdo con este estudio, una de las causas por las cuales las personas de escasos recursos presentan mayores desincentivos para ir a juicio consiste precisamente en la aversión al riesgo. La premisa necesaria para llegar a esta afirmación radica en la existencia clara de una correlación entre la riqueza o la renta y la aversión al riesgo: el aumento de riqueza o renta de una persona disminuye su aversión al riesgo¹²⁶. De ahí que las personas con menores recursos presenten una mayor aversión al riesgo, lo que se constituye en un claro desincentivo para litigar si tomamos en consideración los problemas asociados a la incertidumbre y el riesgo tanto en el coste total del

¹²⁵ En la publicación no se especifica el nombre del autor del mismo.

¹²⁶ A pesar de que cada persona puede tener una única función de utilidad con diferentes grados de aversión al riesgo, si su riqueza se incrementa su aversión disminuye. De manera similar, si dos personas que presentan aversión al riesgo tienen idénticas funciones de utilidad, sus decisiones de cara a situaciones riesgosas presentarán diferencias si alguna de ellas tiene mayor riqueza (*Settling for Less ...*, p. 446).

litigio (especialmente en las cuotas u honorarios de los abogados) como en la solución final del conflicto jurídico¹²⁷.

Asimismo, el referido estudio (p. 449) hace alusión a dos causas más para desincentivar a las personas de escasos recursos, consistentes, por una parte, en la falta de liquidez, situación que puede asociarse teóricamente con los problemas antes mencionados en los mercados de seguros y de crédito, y por la otra, en los problemas de información asimétrica, concretamente el riesgo moral y la selección adversa. Aquí la premisa es clara, si bien todas las personas pueden verse afectadas por los problemas antes aludidos en la relación abogado-cliente, las personas de escasos recursos son más vulnerables a los mismos, más aún si tomamos en consideración su falta de acceso a los prestadores de servicios que cuentan con una elevada reputación.

De todo lo anterior se desprende que la propia existencia y configuración de la asistencia jurídica gratuita logre explicarse hasta cierto punto, sea de manera expresa o implícita, por los problemas asociados a la incertidumbre, la información asimétrica entre abogado y cliente y al consecuente precio que supone contratar

¹²⁷ La aversión al riesgo respecto de los honorarios de los abogados es menor si el método adoptado para los mismos consiste en fijar cuotas contingentes. Como hemos señalado anteriormente, en el supuesto de cuotas contingentes el abogado comparte el riesgo con su cliente, aunque ello no necesariamente implica que la aversión al riesgo derivado de la solución final del caso disminuye considerablemente dado que los diferentes supuestos probables de la resolución judicial permanecen. Esta situación se clarifica en aquellos casos en los que jurídicamente se aplica el pago de costas procesales para la parte perdedora en juicio.

servicios especializados, pues la misma se constituye en una medida que permite compensar los efectos negativos derivados de los problemas antes indicados. Ahora bien, cabe reiterar que los problemas de selección adversa a través de esta prestación pública logran minimizarse en aquellos sistemas que adoptan el modelo *Judicare*, que permiten la elección de los letrados (en oposición a los sistemas de asignación impuesta) y en los que los abogados de mayor prestigio participan de manera imperativa en la prestación de este servicio. Por lo que hace a los problemas de riesgo moral un factor fundamental en los sistemas de asistencia jurídica lo constituye la necesaria remuneración por los servicios jurídicos con cargo al erario público pues son un claro incentivo para desempeñar con ahínco su labor.

2. Los beneficios sociales del acceso a la justicia

Los argumentos hasta aquí vertidos en el sentido de que la asistencia jurídica puede reinterpretarse como un mecanismo necesario para abatir ciertos problemas asociados a la incertidumbre y la información asimétrica presentes en la solución de conflictos jurídicos por la vía jurisdiccional, sólo fundamentan parcialmente su conveniencia, dado que las personas que contribuyen a este sistema mediante el pago de contribuciones no se benefician directa y necesariamente de este servicio. Es más, comúnmente los usuarios de esta prestación pública son personas que por su situación de pobreza no participan activamente en el sistema impositivo del Estado. De ahí que quepa preguntarse hasta dónde los desincentivos

para litigar que generan el elevado coste de la justicia, el riesgo y la incertidumbre presentes en la solución de conflictos jurídicos por la vía jurisdiccional requieran de un sistema, como la asistencia jurídica gratuita, que permita compensar esta situación.

Para responder a esta interrogante se hace necesario agregar uno de los argumentos más importantes que se emplea con frecuencia para justificar los servicios públicos, consistente en que los beneficios de una determinada actividad, como la solución de conflictos por la vía jurisdiccional, no se limitan a quienes participan directamente en la misma. Estos beneficios suelen denominarse externalidades positivas o “beneficios indirectos o secundarios” (Margolis, 1974, p. 461 y ss.). Como apunta el citado autor, existe poco desacuerdo en cuanto al significado que deba darse al concepto de los beneficios secundarios, a pesar de que no existe una clara definición teórica o estadísticamente funcional. A un nivel general, como apunta Margolis (p. 462), “los beneficios secundarios son los valores que se agregan incurriendo en costos secundarios, en *actividades derivadas* del proyecto, o *inducidas* por el mismo.”¹²⁸

Ahora bien, en la materia que nos ocupa es necesario destacar los beneficios secundarios (también conocidos como externalidades positivas) que promueve la asistencia jurídica gratuita. Al respecto cabe decir que los beneficios que se derivan directamente de esta institución consisten en la promoción del acceso a la justicia tras la remoción de los obstáculos económicos y, concretamente, en hacer

¹²⁸ Las cursivas son nuestras.

viable la Administración de Justicia para las personas de escasos recursos, que de otra forma, esto es, de no existir esta institución se verían impedidas a acudir a la vía jurisdiccional para la resolución de sus conflictos jurídicos. No está por demás puntualizar que dicho acceso se ha constituido en un objetivo social propio de todo Estado de Bienestar y más aún, de todo Estado de Derecho. El acceso a la justicia es un objetivo que podemos considerar dado de manera exógena, independientemente de las políticas públicas que se adopten para su cumplimiento.

Por otra parte, cabe considerar los beneficios que se generan de manera indirecta o inducida por esta institución a otros individuos o empresas además, evidentemente, de los beneficios que afluyen a las partes directamente involucradas en un conflicto jurídico. Para ello es necesario referirnos concretamente a los beneficios que se derivan de la Administración de Justicia.

De acuerdo con Landes y Posner (1979, p. 236), la justicia como un servicio público produce dos resultados claramente diferenciables. Por una parte, la solución de conflictos jurídicos y, por otra, la creación de precedentes jurídicos o, si se prefiere, la formulación de jurisprudencia. El primer resultado tiene claros efectos secundarios, esto es, que van más allá de las partes involucradas en el conflicto, entre los que cabe destacar el orden y la armonía social, laboral y familiar (Robert Bush, 1979, p. 214 y ss.). La persistencia de un conflicto jurídico, como indica Robert Bush, afecta no sólo a quien lo afronta directamente sino a todos los que rodean a la persona

afectada, desde sus empleadores o empleados, su familia y todos aquellos con los que por diversas circunstancias convive en sociedad.

El segundo resultado también presenta claros beneficios secundarios, entre los que cabe citar la clarificación del derecho a través de la información jurídica que transmiten las resoluciones judiciales¹²⁹. Una de las labores más destacadas de los tribunales consiste precisamente en interpretar el derecho y aplicarlo efectivamente a determinados casos concretos. Esta información redundante en la seguridad y la certeza jurídica (Landes y Posner, 1976, p. 249 y ss.; Coleman, 1988, p. 211 y ss.), que a su vez propician, de acuerdo con Klein (1976, p. 309), la propia reducción de conflictos jurídicos y la disminución de la necesidad de abogados. Cabe decir que estos beneficios secundarios se producen de manera exclusiva por la Administración de Justicia, entendida como un servicio público, esto es, cuya prestación se confiere de manera exclusiva al Estado, a diferencia de los beneficios que genera la solución de conflictos propiamente dicha, pues estos últimos pueden obtenerse a través de servicios confiados al sector privado, tales como la

¹²⁹ KLEIN (1976, p. 310) señala que es necesario distinguir entre dos tipos de precedentes judiciales: el primero, ciertamente beneficioso, clarifica el derecho, lo enriquece o interpreta; por el contrario, el segundo, modifica el sentido del derecho previamente establecido y, por ende, incrementa la incertidumbre del sistema jurídico. De ahí que este autor cuestione si es apropiado asumir que la producción marginal de precedentes judiciales siempre opera en sentido positivo. LANDES y POSNER (1976) parten de la idea sustentada en el primer tipo, esto es, que los precedentes judiciales clarifican el derecho.

Esta distinción propuesta por Klein nos sitúa en un tema, que si bien se aparta de los objetivos perseguidos por la presente tesis, presenta una evidente relación con la misma, esto es, la eficiencia en la Administración de Justicia, pues aquí lo importante no radica tanto en la cantidad de litigación, sino en el contenido y la calidad de la misma (lo que incluiría el análisis del error judicial).

mediación, la conciliación y el arbitraje, entre otros. Pero en cualquier caso, ambos beneficios pueden atribuirse a la Administración de Justicia y, de manera indirecta, a la asistencia jurídica gratuita, pues promueven tanto la solución de conflictos jurídicos como la creación de precedentes judiciales¹³⁰.

A los beneficios mencionados derivados concretamente de la actividad jurisdiccional podrían agregarse, de acuerdo con Shavell (1999, p. 100 y ss.), los incentivos que se generan para evitar la comisión de hechos o actos ilícitos, especialmente cuando el agraviado tiene la posibilidad de obtener asesoría y defensa jurídica adecuada ante un litigio que resultará en un claro perjuicio para el agraviante. En otras palabras, la posibilidad de que las personas cuenten con un efectivo acceso a la justicia, produce un efecto disuasorio para la conducta ilícita¹³¹. Shavell también considera

¹³⁰ De acuerdo con LANDES y POSNER (1979, p. 236), tanto la solución de conflictos jurídicos como la creación de precedentes judiciales constituyen un *input* o bien intermedio más que un bien final. De hecho, la solución de conflictos no son un bien en sí misma sino un *input* necesario para alcanzar ciertos estándares de comportamiento socialmente adecuados. De igual forma, la creación de precedentes judiciales no provoca un deseo ella misma sino que representa la forma de particularizar los estándares del comportamiento socialmente deseable. Ahora bien, las precisiones conceptuales antes indicadas no constituyen un obstáculo, como tampoco lo fue para dichos autores, para concebir ambos resultados de la Administración de Justicia como un producto final, en aras de claridad en nuestra exposición. De hecho, los resultados antes indicados pueden reducirse, por el momento, a “la solución de conflictos jurídicos por la vía jurisdiccional”.

¹³¹ Este argumento es válido cuando el beneficiario de la asistencia jurídica gratuita es el agraviado. Sin embargo, cuando el beneficiario resulta ser el agraviante, como suele suceder en la defensoría de oficio en asuntos del orden penal, el argumento se invierte. La literatura económica sostiene que la asistencia jurídica gratuita tiene efectos negativos respecto de los incentivos para disuadir la comisión de conductas ilícitas, toda vez que reduce el costo esperado por la comisión del delito (GAROUPA y STEPEHN, 2004).

como efectos socialmente positivos derivados de la solución de conflictos jurídicos, el desarrollo e interpretación del derecho a través de los precedentes judiciales y el refuerzo de los valores sociales a través de la aplicación y pronunciamiento del derecho¹³².

Cabe decir que los beneficios así generados son típicamente no excluyentes y, por tanto, no tienen precio; esto es, son externos al sistema de precios pues se hace materialmente imposible determinar el verdadero valor que estos beneficios tienen para la sociedad en general (no hay incentivos para revelar las preferencias individuales), además de los elevados costes de transacción que supondría poner en contacto a las partes involucradas, implementar y verificar la ejecución de un posible acuerdo.

Así, en las actividades que producen beneficios secundarios, como la Administración de Justicia o, en términos más amplios, la solución de conflictos jurídicos, se produce una disparidad entre el beneficio social marginal (que incluye tanto los beneficios privados como los beneficios externos) y el beneficio privado marginal (los efectos de la solución del conflicto para las partes directamente involucradas).

Sin embargo, es importante poner énfasis en la existencia de ambos tipos de beneficios ya que la existencia de los beneficios marginales privados derivados de la solución del conflicto hacen posible que ciertas actividades relacionadas resulten atractivas para su inclusión

¹³² Este último aspecto puede reducirse a la reducción de los costes de transacción a través de la clarificación del derecho y la certeza jurídica.

en el mercado. Es el caso de la prestación de servicios jurídicos concebida como un *input* esencial en la solución de conflictos jurídicos por la vía jurisdiccional¹³³. No obstante, en condiciones perfectas, esto es, si se cumplen ciertas condiciones entre las cuales cabe mencionar la ausencia de incertidumbre y de información asimétrica a las que nos hemos referido con anterioridad, esta actividad tenderá a igualar el beneficio marginal privado (que determina la demanda) y el coste marginal de emprender dicha actividad (oferta). Esto, como resulta evidente, nos llevará a situarnos en una posición ineficiente en el sentido de Pareto, toda vez que el *output* de dicha actividad (equivalente al punto de equilibrio entre la oferta y la demanda) será inferior al nivel de *output* requerido si el oferente hubiese tomado en consideración el beneficio social marginal.

En este sentido, en la prestación de servicios jurídicos en lo particular y en la solución de conflictos en lo general, existe una producción por debajo del óptimo social, esto es, una insuficiencia en la cantidad prestada que justifica, al menos en principio, la necesidad de adoptar medidas correctoras.

Como se deriva del ya tantas veces citado artículo de Coase (1960), en algunos casos el propio mercado puede resolver el problema, sea través de un acuerdo entre las partes interesadas (siempre que se asuma la racionalidad de los individuos y la no existencia de

¹³³ También es el caso de los referidos medios alternativos de solución de conflictos, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, entre otros, cuya prestación se ha llevado al sector privado.

impedimentos legales para contratar, Calabresi, 1968, p. 67) o, ante la presencia de costes de transacción significativos e información imperfecta entre los posibles contratantes, mediante la definición adecuada de los derechos de propiedad y reglas específicas de responsabilidad.

Sin embargo, no siempre es posible buscar la solución eficiente a través del mercado pues en algunos casos no se pueden especificar derechos de propiedad (como en el caso de los precedentes jurídicos, el orden y la armonía social, entre otros) o simplemente porque los costes de transacción son elevados dado el número de personas involucradas (Barr, 1998, p. 80; Polinsky, 1979, p. 3) o porque existe incertidumbre y falta de información respecto de los mismos. De hecho, la referencia al teorema de Coase suele asociarse a supuestos en los que los costes de transacción son iguales a cero y se trata de casos con un número reducido de personas involucradas.

Sobre el particular, Dahlman (1979, p. 142) y Calabresi (1968, p. 68) argumentan que el fracaso del mercado para tomar en consideración los efectos externos de una determinada actividad sólo se presenta si hay costes de transacción, pues de lo contrario las partes interesadas podrían llegar a un acuerdo beneficioso, y en la extensión en que dichos costes exceden los beneficios de un intercambio ulterior. Así, la ausencia de un posible acuerdo entre las partes sólo puede explicarse si los costes de transacción son positivos, sea por la propia identificación de las partes involucradas o sea por el comportamiento estratégico, al que alude Polinsky (p.

42), que conlleva la imposibilidad de determinar la forma en que se distribuirían los beneficios obtenidos de la negociación. En otras palabras, una situación subóptima en la solución de conflictos por la vía jurisdiccional se presenta en aquellos casos en los que los costes de transacción entre los involucrados son iguales o superan el valor neto de los beneficios esperados (Zerbe, p. 169).

En estos casos, donde los costes de transacción son superiores a los beneficios esperados y, por ende, no hay incentivos suficientes para producir una cantidad socialmente óptima, es posible que se requieran mecanismos alternativos tales como la mano correctora del Estado¹³⁴. Evidentemente las medidas correctoras pueden especificarse en dos tendencias: (1) para disminuir los costes de transacción previamente identificados o, ante la imposibilidad de ello, (2) la implementación de medidas legislativas, la imposición de contribuciones y la creación de subsidios, entre otros (Dahlman, p. 160; Griffin, 1991, p. 612).

Así, la eficiencia paretiana, tal como señala Mueller (2003, p. 45), requiere de mecanismos menos anárquicos que el mercado. El problema es que el criterio de eficiencia en el sentido de Pareto justifica sólo en un grado extremadamente limitado la acción

¹³⁴ POLINSKY (1979) ha demostrado que en aquellos casos en los que se presentan efectos secundarios, sean positivos o negativos, en los cuales los costes de transacción entre las partes involucradas son positivos e, incluso, se trata de situaciones con un número reducido de personas afectadas, existe un claro argumento para la intervención del Estado a través de sus políticas impositivas o de subsidios. Sin embargo, el argumento supone necesariamente que el Estado tiene una información completa respecto de dichos efectos y que sus políticas admiten una compensación *lump-sum*.

pública. La razón es sencilla: no importa qué cantidad de beneficios produce la redistribución de recursos por parte del Estado pues objetivamente no puede demostrarse que nadie es afectado con dicha redistribución (Robert Bush, p. 220). Además, como advierte Acocella (1998), subsiste el problema consistente en determinar la cantidad adicional que promoverá el Estado a efecto de internalizar los beneficios sociales dada la imposibilidad de determinar las preferencias individuales y, como veremos en su oportunidad, el grave problema que aqueja al sistema judicial de la congestión.

Por lo que se refiere al problema de aplicar objetivamente el criterio de eficiencia en el sentido de Pareto, la teoría económica convencional acepta la proposición de que la intervención pública puede legítimamente justificarse si se cumplen ciertas condiciones:

(1) si puede demostrarse que la acción reasignativa del Estado produce mayores beneficios que pérdidas de tal forma que los beneficiados estén en posibilidad de compensar a los afectados (esto es, la teoría de la compensación de Kaldor- Hicks), y

(2) si los efectos derivados de esta actividad pública no son tan negativos como para viciar los beneficios sociales netos que se obtendrían con la misma.

Estos argumentos pueden llevarse al campo de la asistencia jurídica gratuita. Por una parte hemos dicho en reiteradas ocasiones que la asistencia jurídica gratuita favorece el acceso a la justicia y, por

ende, se constituye en un claro incentivo para promover la solución de conflictos jurídicos. De ahí que este mecanismo, aunado a los beneficios privados para quien recibe directamente la prestación, favorezca la producción de los beneficios sociales a los que nos hemos referido anteriormente, tales como la seguridad jurídica, la clarificación del derecho, el orden y la armonía social, entre otros. Así, si puede demostrarse que los beneficios sociales obtenidos son superiores a las pérdidas existe un claro argumento para justificar, en términos económicos, su subsistencia o promoción. De esta forma, en el tema que nos ocupa, sería necesario tomar en consideración las siguientes condiciones¹³⁵:

(1) Que los beneficios sociales netos que generaría el incremento en la provisión de asistencia jurídica exceden los costes esperados que el sector público tendría que asumir, tales como los costes directos del subsidio y los costes administrativos de diseñar e implementar el mecanismo de asistencia jurídica gratuita y el programa de recaudación para el subsidio, así como las pérdidas sociales derivadas del incremento en la provisión (tales como la congestión y el problema de la dilación en la solución de conflictos), y

(2) Que los recursos destinados a cubrir los costes directos y administrativos de la actividad pública sean obtenidos efectivamente de aquellos que reciben los beneficios sociales derivados de la solución de conflictos y en la proporción de los mismos.

¹³⁵ El desarrollo de las condiciones propuestas se basa en gran medida en las ideas originalmente expuestas por Robert BUSH (1979, p. 222 y ss.).

El problema que sugiere la aplicación del análisis propuesto como elemento legitimador de la actuación del Estado para fomentar la asistencia jurídica gratuita consiste, evidentemente, en el acopio de información necesaria para demostrar que las dos condiciones propuestas se cumplen. Nos enfrentamos al problema de medir la magnitud de los beneficios sociales frente a las pérdidas. Si bien esta demostración excede el alcance de la presente tesis, pues requiere del análisis empírico y de los métodos cuantitativos, es necesario poner énfasis que trabajos de esta naturaleza se han desarrollado especialmente en las áreas correspondientes a la educación y la salud y, en ambos casos, los beneficios sociales, bajo ciertas condiciones, exceden a los costes sociales¹³⁶. Además, como señala Calabresi (1968, p. 70), “[...] *there is no reason to assume that in the absence of conclusive information no government action is better than some action.*”

Así pues, si puede demostrarse que los beneficios sociales son considerables y que la medida correctora que adopte el Estado a efecto de promover la creación de dichos beneficios es superior a los costes sociales, dicha medida resulta económicamente conveniente.

Como advierte Coase (1960), en la elección de diferentes arreglos sociales (por divergencias en los beneficios y pérdidas sociales y

¹³⁶ BAUMOL (1972, p. 318) sugiere que dada la información limitada de la que disponemos, es perfectamente razonable actuar sobre la base de estándares mínimos de aceptabilidad. Al respecto, DAHLMAN (p. 157) señala que tales estándares mínimos de aceptabilidad pueden actuar como una aproximación al óptimo de Pareto.

privadas) deben contemplarse los efectos totales o, como puntualiza Dahlman (p.161) *“if the government can make the costs of moving to a preferred allocation lower than the benefits of doing so, there is a guarantee that the result is sanctioned by the Pareto criterion”*.

De ahí que así como hemos visto cuáles son los beneficios sociales que promueve la asistencia jurídica gratuita a través de su principal función consistente en fomentar el acceso a la justicia de los grupos menos favorecidos, sea necesario ahora hacer alusión a los costes sociales que derivan de la misma, a efecto de verificar teóricamente si la intervención del Estado mediante la asistencia jurídica gratuita favorece o no la búsqueda del óptimo social.

3. Efectos socialmente indeseables de la asistencia jurídica gratuita

Los argumentos hasta aquí vertidos se han presentado en el sentido de justificar, al menos en principio, la intervención del Estado a efecto de promover ciertos mecanismos que, como la asistencia jurídica gratuita, aseguren o garanticen el acceso a la justicia y, especialmente, la prestación de servicios jurídicos, ante la eventualidad de un conflicto jurídico, pero no suponen en ningún momento la gratuidad.

Si partimos del supuesto de que la asistencia jurídica gratuita constituye una subvención total o parcial que pretende abaratar el coste de litigar, necesariamente deben considerarse sus efectos en el

entorno de incentivos, toda vez que induce una modificación en la conducta de las partes involucradas, produciendo así resultados que podrían considerarse socialmente deseables o indeseables. Así como en el apartado anterior hemos hecho alusión a algunos de los efectos positivos que se derivan de su implementación (tales como el efecto disuasivo de conductas antijurídicas cuando el beneficiario es el agraviado, la solución de conflictos jurídicos, la creación de precedentes judiciales y la clarificación del derecho, entre otras), es el momento de considerar los efectos socialmente negativos que, como veremos a continuación, radican tanto en los costes que se derivan de la provisión y financiación de la asistencia jurídica gratuita (asumido indirectamente por los contribuyentes) como en los costes de que funcione la administración de justicia y los costes que suponen la congestión y la dilación sobre la totalidad de los procesos, dado que la asistencia jurídica no sólo es susceptible de presentar problemas de riesgo moral sino que también induce a un incremento en la demanda de tutela judicial y, por ende, se genera el alza de dichos costes.

3.1 El riesgo moral

En primer lugar es necesario aludir a los efectos negativos de la reducción del precio que destaca la teoría económica en materia de seguros (Pauly, 1968; Grubel, 1971, Feldstein, 1973, Phelps, 1997; Lees y Rice, 1965; entre otros)¹³⁷, pues, como hemos dicho

¹³⁷ Como lo hace notar PAULY (p. 535), ARROW, en su artículo original de 1963, menciona el problema del riesgo moral como una “limitación práctica” en el uso

anteriormente la asistencia jurídica puede reinterpretarse como un mecanismo sustitutivo de la carencia de mercados contingentes que precisamente tiene como objetivo reducir el elevado coste de la justicia y, con ello, minimizar los efectos de la incertidumbre presente tanto en el surgimiento del conflicto como en la resolución del mismo.

De acuerdo con lo anterior, el principal problema que se atribuye a la reducción del precio de los bienes o servicios asegurados consiste en inducir un incremento en la demanda de los mismos, esto es, el llamado riesgo moral (o *moral hazard*). Como señala Pauly (1968, p. 535), el riesgo moral ha sido definido como la pérdida intangible derivada de la propensión de ciertos individuos asegurados a aumentar el consumo del bien o servicio asegurado, al que se le suelen imputar consideraciones de carácter ético o moral. Sin embargo, como pone de manifiesto el propio autor, aquél no es más que una forma de actuar económicamente racional. El individuo asegurado no tiene incentivos para limitar su uso. Es una regla

de los seguros, como un defecto en el control de los servicios profesionales prestados (relacionados con el desempeño de los médicos pero claramente trasladable a la situación de los abogados), mas que como una simple respuesta a la reducción de los precios.

Para los efectos de este apartado sólo tomaremos en consideración la presencia del riesgo moral relacionada con la conducta (sea inmoral o económicamente racional) de los usuarios del servicio de asistencia jurídica. Sin embargo, como lo hemos hecho notar anteriormente, el riesgo moral y la selección adversa tienen claras implicaciones respecto de la conducta de los abogados, muchas veces alejada de la ética profesional y la responsabilidad que lleva a justificar la intervención del Estado a efecto de tomar medidas correctoras tales como la exigencia de incluir en el programa de estudios la materia de deontología jurídica, la cédula profesional para ejercer la profesión de abogado o, incluso, la colegiación obligatoria.

comúnmente aceptada en la doctrina económica que la disminución del precio incrementa la demanda.

Así, el citado autor (p. 531) ha dicho, haciendo referencia a la proposición de Arrow (1963), que el hecho de que ciertas formas de seguro no hayan emergido en el mercado pueden no ser un indicativo de la falta de optimalidad en el sentido de Pareto e, incluso, que la creación compulsiva del sistema de seguros por el Estado respecto de ciertas eventualidades puede llevar a resultados ineficientes en la asignación de los recursos. Las razones que argumenta para ello se basan en las pérdidas de bienestar que genera la reducción del coste del servicio (o precio) respecto de los incentivos. Efectivamente, ante la reducción del coste del servicio (o precio), ninguna persona que goce de este beneficio tendrá incentivos para restringir el uso que haga del mismo¹³⁸. De ahí se deriva que para que la condición establecida por Arrow (1963) sea válida se requiera que no haya elasticidad en la demanda del servicio asegurado respecto del precio. Si el seguro fija el precio en cero y hay elasticidad en la demanda, habrá un exceso en el uso de este servicio (exceso que representa el riesgo moral).

Evidentemente, estas consideraciones pueden claramente hacerse extensivas al caso de la asistencia jurídica pues, dada su gratuidad, altera el entorno de incentivos y es susceptible del riesgo moral, esto es, que se produzca un incremento de la demanda de los servicios jurídicos gratuitos. De hecho, los problemas de riesgo moral suelen

¹³⁸ Cfr. PHELPS (1997, p. 119).

ser consustanciales a todo tipo de intervención pública que garantice unos resultados ciertos al beneficiario con independencia de cuál sea su comportamiento. En efecto, todo programa destinado a asegurar un tipo de riesgo, disminuye los incentivos a prevenir la posibilidad de que se produzca el riesgo asegurado y, por ende, supone un incremento en la demanda del servicio asegurado. Cuanto más completo sea el programa de seguro, más disminuirán los incentivos para evitar que se produzca el suceso asegurado, más este proceso se producirá, y más costosa será su financiación¹³⁹.

Ahora bien, Pauly, reiterado por Arrow (1968, p. 538) en un comentario posterior, señala que para la obtención de una solución eficiente ante el problema del riesgo moral, se requiere de alguna forma de racionalizar la cantidad del servicio asegurado. La forma de racionalizar el servicio asegurado puede adoptar muy diversas formas, desde el examen detallado de los costes por la compañía aseguradora que permitan cubrir sólo los costes “normales” y desechar aquellos que considere frívolos hasta mejorar la ética y el desempeño profesional de los prestadores del servicio que los lleven a buscar soluciones efectivas y poco onerosas, pasando por implementar medidas que inculquen a los beneficiarios del servicio un determinado comportamiento acorde a ciertas normas comúnmente aceptadas (esto es, que minimicen el riesgo moral)¹⁴⁰. Este último aspecto puede motivarse con medios de difusión y

¹³⁹ Cfr. CASTELLS y BOSCH (1998, p. 61).

¹⁴⁰ Cfr. ARROW (1968, p. 538).

formación educativa o, incluso, como sugiere Pauly, mediante la racionalización del precio, esto es, de la gratuidad.

Mientras que en el sistema de seguros la racionalización del precio suele implementarse mediante el coaseguro (donde la aseguradora y el cliente comparten el coste del servicio) o el pago de un deducible (un porcentaje del coste total del servicio), en la asistencia jurídica gratuita la racionalización del precio se implementa generalmente a través de la gratuidad parcial (en lugar de la gratuidad total) de manera proporcional a la situación económica del beneficiario. Asimismo, la racionalización del servicio se lleva a cabo, comúnmente, a través de los criterios de elegibilidad de los usuarios de la asistencia jurídica que restrinjan su uso a un sector determinado de la población, usualmente las personas en situación de pobreza, o incluso a través de la limitación del servicio de asistencia jurídica a determinadas materias que presentan cierta gravedad social, concretamente en el ámbito penal y familiar.

Así, el problema del riesgo moral logra explicar en gran medida la configuración actual de la asistencia jurídica gratuita y los límites que se han venido implementando en las últimas décadas para su efectiva prestación. En otras palabras, el riesgo moral es una justificación a su carácter residual en oposición al carácter universal, pues los límites que se le imponen constituyen una forma de minimizar las pérdidas de bienestar social provocadas por este problema.

3.2 El incremento de la demanda de tutela judicial

El riesgo moral que supone la gratuidad del servicio de asistencia jurídica no sólo implica un posible uso excesivo de este servicio si no se toman medidas adicionales que limiten su utilización, sino que además supone, al menos en principio, el incremento de la demanda de tutela judicial y, en consecuencia, la reducción de las probabilidades de que las partes inmersas en un conflicto lleguen a un acuerdo beneficioso para ambas.

El presupuesto necesario para mantener esta afirmación consiste en el hecho de que la asistencia jurídica se dirige primordialmente a garantizar la solución de conflictos por la vía jurisdiccional (no obstante que en algunos sistemas jurídicos, como el español, también se prevea la asesoría jurídica previa a juicio) y, por lo general, esta prestación no contempla otros medios alternativos de solución de conflictos, sean o no adversariales (como el arbitraje, la negociación o la mediación). En un supuesto contrario, esto es, que los servicios gratuitos se incluyeran para otras formas de resolución de conflictos no podríamos considerar un aumento significativo de la demanda de tutela judicial, pues habría otros mecanismos sustitutos del litigio que también presenten el incentivo perverso provocado por la gratuidad, en cuyo caso la elección del mecanismo descansaría en otros factores diferentes al coste de litigar.

Un segundo presupuesto consiste en que las partes involucradas en el conflicto tengan la posibilidad de elegir el mecanismo de solución

del conflicto de su preferencia, esto es, que no se trate de un conflicto de orden público que por imperativo legal tenga que ser resuelto en los tribunales (por ejemplo, tratándose de delitos graves) y que exista la posibilidad de llegar a un acuerdo entre las partes si se cumplen ciertas condiciones. Así, la demanda de tutela judicial dependerá de la decisión que adopten las partes respecto de litigar o de llegar a un acuerdo.

Ahora bien, la decisión de litigar depende de diversos factores entre los que cabe considerar la cuantía de la pretensión, las probabilidades que cada una de las partes en conflicto le atribuye a la posibilidad de que el demandante gane en juicio, el coste de litigar (en los que se incluyen los honorarios profesionales, las tasas judiciales si las hubiere, entre otros gastos procesales), la disponibilidad y productividad de los *inputs* o recursos empleados tanto por el demandante como el demandado y el número de conflictos de intereses potencialmente sustanciables en sede judicial (Posner, 1973 y 1977 y Pastor Prieto, 1993). En otras palabras, la demanda de tutela judicial depende del número de conflictos y del valor esperado del pleito para cada parte, neto de los costes de litigación.

De acuerdo con Pastor Prieto (1993, p. 11 y ss.), la decisión de litigar constituye una aplicación de la “teoría de juegos” a los procesos de negociación, con tres elementos básicos: la cuantía objeto del litigio (la pretensión esperada), las demandas de las partes y la posibilidad de destrucción de la ganancia si la conducta no es cooperativa.

Evidentemente su aplicación supone la racionalidad de las partes, esto es, que ambas intentan maximizar su utilidad, definida de forma conveniente, sujetas a la restricción de los recursos de que disponen. Pues bien, la decisión de pactar o litigar depende de la probabilidad de ganar en juicio, de la cuantía del litigio, de la disponibilidad y productividad de los recursos empleados por las partes, de los costes de pleitear, de los costes de llegar a un acuerdo prejudicial, de la actitud de las partes hacia el riesgo y de la presencia del comportamiento estratégico.

Como puede observarse, Pastor Prieto sigue la escuela de Posner (1973, pp. 417 y 418) toda vez que este último afirma que se llega a un acuerdo cuando la oferta mínima del agraviado (demandante) es menor a la oferta máxima del agravante (demandado). A *sensu contrario*, se decide litigar cuando la oferta mínima del agraviado es mayor a los que ofrece el agravante. Siguiendo con este autor, la oferta mínima del agraviado se constituye por el valor esperado del litigio (lo que esperaría ganar en juicio, multiplicado por las probabilidades que él estima de ganar, menos los costes de litigación) más los costes de llegar a un acuerdo. Por su parte, la oferta máxima del agravante se constituye por el coste esperado de litigar (los costes de la litigación más los costes de perder en juicio multiplicado por las probabilidades que él estima de perder, mismas que coinciden con las probabilidades que le asigna al demandante de ganar en juicio) menos los costes de llegar a un acuerdo. Así pues, la demanda de tutela judicial depende en gran medida del valor

esperado del pleito para cada parte, neto de los costes de litigación o acuerdo, según proceda¹⁴¹.

Ahora bien, si introducimos la asistencia jurídica gratuita a este modelo la consecuencia inmediata sería la reducción de los costes de litigación, por lo que si el beneficiario de la gratuidad es el agraviado (demandante) aumentaría el valor esperado del litigio, lo que generaría una reducción considerable en las posibilidades de llegar a un acuerdo con el agraviante, pues la oferta mínima del agraviado se incrementaría. En el supuesto contrario, si el beneficiario de la gratuidad es el agraviante (demandado), su coste esperado de litigar se reduciría de tal forma que su oferta máxima también disminuiría. Entonces, como puede observarse, las probabilidades de elegir pleitear frente a la posibilidad de llegar a un acuerdo se incrementan cuando se introduce el beneficio de la justicia gratuita, pues es más factible que la oferta mínima del agraviado sea superior a la oferta máxima del agraviante. De ahí que como afirma Posner (1973, p. 418), *“Anything that increases the plaintiff’s minimum settlement offer or reduces the defendant’s maximum offer will increase the likelihood of litigation.”*

Entre las implicaciones normativas que se derivan de lo antes dicho cabe consignar por lo menos dos. La primera hace referencia a la relación de sustitución entre la litigación y otros medios de solución

¹⁴¹ Sobre el particular, KAPLOW (1986a, p. 372), siguiendo los planteamientos inicialmente sentados por SHAVELL (1982) y MENELL (1983), destaca que el agraviado tomará la decisión de litigar si y sólo si los daños o perjuicios recibidos exceden su particular coste de litigar.

de conflictos, de forma que cuanto más se esté abaratando una de las vías (como la litigación a través de la justicia gratuita), más se están encareciendo las demás haciéndolas menos atractivas. Así, la asistencia jurídica, bajo el supuesto previamente establecido de que se dirige concretamente a la litigación, generaría un efecto disuasorio en la utilización de otros mecanismos que si resultan beneficios para las partes en conflicto, sería socialmente indeseable impedirlos, de hecho generaría pérdidas de bienestar.

Cabe decir que en la actualidad, tanto la teoría económica como jurídica, suele atribuirle a estos mecanismos alternativos grandes beneficios, tales como la transferencia del coste público (que asumen los contribuyentes mediante el sistema impositivo del Estado asignado a la partida presupuestal correspondiente al Poder Judicial) al coste privado (que asumen las personas directamente involucradas en el conflicto jurídico y que, por ende, se benefician directamente con la búsqueda de soluciones); la reducción del coste total de solucionar conflictos jurídicos pues usualmente se consideran más baratos que la litigación; como su contribución a solventar problemas de congestión de los tribunales y dilación en los procedimientos.

Evidentemente, la posición desaventajada de los medios alternativos de solución de conflictos frente a la litigación subsidiada mediante la asistencia jurídica gratuita sólo es concluyente si partimos del supuesto de que las partes en conflicto no presentan aversión al riesgo y si la cuantía de la pretensión no tiene una influencia directa

en la decisión de acudir a la vía judicial, entre otros factores propios de la demanda de tutela judicial¹⁴². De hecho, como afirma Pastor Prieto (p. 124 y ss.), si la cuantía de la pretensión es considerable, la aversión al riesgo se acentúa y, en consecuencia, la búsqueda de un acuerdo entre las partes podría verse favorecida puesto que con ello se fijaría un precio cierto que abatiera los problemas de incertidumbre presentes en la resolución de los conflictos por la vía judicial. Sin embargo, para que el agraviado decida no ir a juicio, ha de obtener del demandado (a través de la negociación o la mediación) una cantidad igual o mayor a lo que esperaría obtener en juicio más los costes de estas vías alternativas de solución de conflictos (sean los costes de transacción o los honorarios por la mediación).

En términos generales, *ceteris paribus*, aún con la asistencia jurídica, los pleitos son menos probables cuanto mayor sea la cuantía de la pretensión si el demandante presenta aversión al riesgo, cuanto menor sean las posibilidades de ganar en juicio del demandante y cuanto menor sea el coste de solucionar el conflicto por vías alternas¹⁴³. Sin embargo, es necesario puntualizar que en el caso de la mediación, los costes de resolver el conflicto son considerables (por ejemplo, los honorarios del mediador y, en su caso, los servicios de asesoría jurídica y/o representación) y, en consecuencia, no hay un claro incentivo para utilizar este

¹⁴² Los argumentos vertidos respecto de los efectos de la aversión al riesgo para optar por otras vías alternativas a la solución de conflictos no resultan aplicables al arbitraje, toda vez que este medio alternativo de solución de conflictos constituye, al igual que la litigación, un sistema adversarial donde la solución que se obtenga depende de la decisión de un tercero, en este caso, del árbitro.

¹⁴³ Cfr. PASTOR PRIETO (1993, p. 124).

mecanismo si el demandante puede constituirse en beneficiario de la asistencia jurídica gratuita.

La segunda implicación normativa de lo antes dicho consiste en considerar que la reducción del coste de litigar mediante la asistencia jurídica gratuita genera claros incentivos para incrementar la litigiosidad y con ello contribuye a alentar los problemas de congestión de los tribunales y de dilación en los procedimientos que aquejan a la administración de justicia. Cabe decir que estos problemas dificultan el acceso a la justicia pues la parte agraviada ve prolongada su situación antijurídica hasta la decisión judicial, situación de la que, a su vez, obtiene claras ventajas el agraviante, pues le supone la prolongación de su posición favorable. De ahí que la remoción de la congestión y la dilación se constituyan en objetivos claros de las políticas públicas destinadas a fomentar el acceso a la justicia.

Evidentemente, las causas que promueven la congestión de los tribunales y la consecuente dilación en los procedimientos son de muy diversa índole¹⁴⁴, desde la utilización torticera de los letrados respecto del planteamiento de los recursos procesales hasta la falta de disponibilidad de recursos suficientes en el aparato jurisdiccional

¹⁴⁴ Así como las causas que promueven la congestión y la dilación son muy variadas, también lo son las soluciones que se proponen para abatir estos problemas. De hecho la teoría económica justifica la utilización de varios instrumentos, sea para afectar la demanda judicial (por ejemplo, mediante la introducción de las tasas judiciales), como para inducir cambios en la oferta judicial (mediante el incremento o la modificación de la tecnología de la oferta productiva).

para hacer frente a la demanda de tutela judicial. Sin embargo, por lo que interesa a nuestro estudio, es innegable que bajo criterios estrictamente económicos la prestación generosa de asistencia jurídica gratuita, al menos en principio, coadyuva al incremento de la litigiosidad. De hecho, como señala Pastor Prieto (p. 37), el aumento del acceso a la justicia, animando la litigiosidad, o la reducción de la dilación, desanimándola, tienen un efecto contradictorio. Ambos inciden en los costes totales del proceso y, con frecuencia, la reducción de unos entraña el aumento en otros costes.

No obstante lo anterior, los efectos a largo plazo de la asistencia jurídica en el incremento de la congestión y dilación con motivo del aumento en la demanda de tutela judicial no son ciertamente definitivos. Una cuestión a considerar consiste en que la propia dilación actúa como si fuera un “precio”, como un verdadero mecanismo de asignación¹⁴⁵. Como señala Pastor Prieto (p. 238) “[...] la congestión y dilación constituyen importantes costes directos en sí mismos, y pueden identificarse con el coste de oportunidad del tiempo de la gente que «está en la cola», bien en prisión pendientes de juicio [...] o viéndose obligados a mantener inmovilizados ciertos activos patrimoniales [...]” De tal forma que la dilación y la congestión afectan a la decisión de litigar o utilizar vías alternativas de solución de conflictos, constituyéndose así en verdaderos

¹⁴⁵ De acuerdo con PASTOR PRIETO (p. 234), “es conveniente diferenciar entre el tiempo de espera que va del surgimiento del conflicto a la interposición de la demanda, del período de tiempo que va de la interposición a la obtención de la sentencia. El primero no actúa como mecanismo equilibrador porque no responde a la diferencia entre oferta y demanda, mientras que el segundo sí desempeña ese papel, sí varía ante el exceso de demanda”.

paliativos al problema del incremento de demanda de tutela judicial pues suponen un aumento en el coste total del litigio. En otras palabras, la congestión y dilación suponen un precio adicional por la tutela judicial que induce una menor demanda de dicho servicio.

Así las cosas, si bien en principio la asistencia jurídica gratuita promueve un incremento de la demanda de tutela judicial y, en consecuencia, acentúa los problemas de congestión y dilación su efecto a largo plazo resulta a todas luces indeterminado. La asistencia jurídica gratuita sólo tendrá un efecto socialmente negativo en el supuesto de que los incentivos que genere para litigar sean mayores a los desincentivos que promueven la congestión y consecuente dilación. Evidentemente esta situación no niega, bajo criterios de eficiencia, la necesidad a la que alude Pauly de racionalizar la prestación pública del servicio de asistencia jurídica pues tanto el acceso a la justicia de las personas que carecen de recursos suficientes para litigar como la resolución pronta y expedita de los tribunales se constituyen en políticas públicas necesarias para garantizar el Estado de Derecho. Una justicia tardía no es propiamente justicia.

Dentro de las soluciones que podrían plantearse a efecto de minimizar los efectos de la asistencia jurídica gratuita en el incremento de la demanda de tutela judicial y, con ello evitar el carácter contradictorio entre las políticas judiciales que pretenden promover el acceso a la justicia, cabría mencionar la posibilidad de incluir esta prestación gratuita a otros mecanismos alternativos de

solución de conflictos y con ello fortalecer su verdadero carácter de bienes sustitutos.

3.3 Litigiosidad artificial o temeraria

De manera adicional al problema de los incentivos para litigar que genera la asistencia jurídica gratuita a través de la disminución del coste total de litigar, es necesario mencionar los incentivos que la misma podría generar respecto de la presentación de demandas artificiales, temerarias o infundadas, si no contempla en su propia configuración mecanismos adecuados de penalización que eviten la presentación de este tipo de demandas¹⁴⁶. Como puede observarse, este problema constituye una faceta más del riesgo moral que presenta la gratuidad de los servicios de justicia y sus necesarios *inputs* y que, a su vez, contribuye a la promoción de los problemas de congestión y dilación antes indicados.

Los esquemas que se adopten a manera de penalización pueden ser muy diversos, entre los que cabe destacar la negativa de gozar del beneficio de justicia gratuita a quien aún cumpliendo con los criterios de elegibilidad, se conduzca de manera artificiosa o temeraria. Evidentemente esta situación no está exenta de problemas pues cabría valorar los costes de transacción que

¹⁴⁶ De conformidad con PASTOR PRIETO (1993) uno de los problemas que se acentúan con la disminución del coste total de litigar es precisamente el incremento de las demandas artificiales. El mismo incentivo se produce respecto de los juicios de bagatela con la reducción del coste total de litigar que supone la asistencia jurídica gratuita. De ahí que si este problema se atribuye en parte a la reducción del coste de litigar, sea aplicable para la asistencia jurídica gratuita.

supondría la identificación de las personas que actúan temerariamente. En principio, la penalización no podría ser imputable a aquellas personas que solicitan el beneficio por mera ignorancia del derecho, toda vez que ésta se dirige principalmente a aquellas personas que se encuentran en una posición económica desaventajada, lo que crea una presunción de una formación educativa deficiente.

Una solución práctica al problema planteado y que posiblemente abarataría los costes de transacción para la identificación de las personas que actúan de manera temeraria o artificial (misma que incluiría la recuperación de los gastos erogados con cargo al erario público) podría consistir en la obligatoriedad de la asesoría jurídica previa a juicio. Esta medida no sólo resultaría beneficiosa para evitar los juicios infundados o temerarios sino, incluso, para incentivar la utilización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, especialmente la negociación o la mediación. Evidentemente en este punto es necesario partir del análisis de la restricción presupuestaria, a efecto de verificar la posibilidad de su implementación.

Sin embargo, es necesario tomar en consideración que tanto la implementación de la gratuidad para los mecanismos alternativos de solución de conflictos como la obligatoriedad de la asesoría jurídica previa a juicio no supondrían, al menos en principio, la necesidad de recaudar (o erogar) fondos públicos adicionales puesto que tan sólo implicarían una transferencia de recursos. Efectivamente, si ambas

medidas redundan en una verdadera disminución de la demanda de tutela judicial su operatividad podría ser cubierta con los recursos de que dispone actualmente la administración de justicia pero que ante tal reducción dejara de necesitar. Así, la transferencia de recursos sería de la administración de justicia propiamente dicha a los nuevos mecanismos que se proponen para abatir la excesiva litigiosidad.

4. Algunas consideraciones respecto de los beneficios y costes sociales

Dada la existencia de problemas asociados a la asistencia jurídica gratuita que redundan en un verdadero coste social, es necesario considerar si debemos incluir dichos costes en los límites o condiciones para especificar una solución eficiente en el sentido de Pareto. Si bien es cierto que para ello se requiere medir las distorsiones que originan los efectos secundarios a efecto de contraponerlos a los efectos positivos, como advierte Dahlman (1979, pp. 152 y 153) por lo menos hay dos argumentos sustantivos que debemos tomar en consideración:

El primero consiste en destacar que no todos los costes sociales, como son la congestión, la dilación en el procedimiento y el desincentivo para la utilización de medios alternativos de solución de conflictos, deben ser reducidos a cero, pues estamos mejor con algunos de estos efectos en un nivel positivo, esto es, si valoramos los beneficios sociales que genera la asistencia jurídica gratuita. El hecho es que si hay costes de transacción (como los hay) puede ser

altamente costoso eliminar todos los efectos secundarios negativos. De ahí que en algunos casos sea conveniente conservar ciertos efectos negativos a efecto de alcanzar un óptimo social *second-best*.

El segundo argumento de por qué no debemos tomar como referencia una situación en que los costes sociales sean reducidos a cero consiste en señalar que un objetivo de esta naturaleza constituye una falacia pues es prácticamente irrealizable. No es lógicamente correcto utilizar un modelo de esta naturaleza para juzgar las implicaciones del bienestar social.

Un tercer argumento que conviene tener presente, a pesar de que fue formulado por Arrow y Lind (1970, p. 366) respecto de los riesgos y la incertidumbre asociados a la inversión pública pero claramente extensible a otras políticas públicas y concretamente por lo que se refiere al riesgo moral que podría presentar la asistencia jurídica gratuita, consiste en considerar que cuando los riesgos son públicamente soportados, el coste total de compartir el riesgo es insignificante y, en consecuencia, no debe ser óbice para implementar tal política.

Dichos argumentos presentan importantes consecuencias para la valoración sobre la conveniencia de la asistencia jurídica gratuita. Si incluimos los costes de transacción en los límites o condiciones bajo las cuales los agentes económicos buscan maximizar su bienestar de manera individual o social, debemos entonces describir una situación óptima realizable (o, en su caso, un subóptimo). Pero en

este caso, algunos efectos secundarios negativos propios de cualquier subsidio o prestación pública seguirán presentes en aras de una posición superior. “En algunos casos es más costoso eliminar totalmente los efectos secundarios, sea social o individualmente”.

Lo anterior no significa que el estado actual en el que se encuentra la asistencia jurídica gratuita sea un verdadero *second best*. Para ello sería necesario explorar nuevas posibilidades como podría ser la inclusión de esta prestación en los medios alternativos de solución de conflictos a efecto de aminorar la carga de trabajo de los tribunales. Si, como hemos visto, la asistencia jurídica gratuita en su estado actual desincentiva la utilización de estos medios y, en consecuencia, incrementa los problemas de congestión en los tribunales y de dilación en los procesos judiciales, podría pensarse en una solución de esta naturaleza, sin que ello sea óbice para valorar los costes directos y de administración que ello causara al erario público.

5. Aplicación de la teoría de los bienes públicos en el caso de la provisión de la justicia

Tradicionalmente la provisión de la justicia ha sido considerada como un bien público cuyas características hacen imposible que el sistema de mercado provea o asigne de manera eficiente los recursos necesarios para ello. Para determinar la veracidad de esta afirmación es necesario analizar qué es un bien público y, con ello, determinar si es posible aplicar este concepto a la impartición de justicia. No

está por demás especificar que los resultados que arroje nuestro análisis tendrán efectos normativos importantes, especialmente si consideramos que la presencia de bienes públicos se constituye en uno de los argumentos de mayor fuerza para justificar la intervención del Estado, sea ante la carencia de incentivos para su efectiva provisión por particulares o, en su caso, ante una producción que se encuentre por debajo del óptimo social, todo lo cual constituye un claro problema de mercados incompletos¹⁴⁷.

De acuerdo con los trabajos seminales de Samuelson (1954, 1955 y 1958) y, posteriormente, de Musgrave (1969) y Buchanan (1968), entre otros, los bienes públicos “puros” se caracterizan, en principio, por presentar dos cualidades: por una parte, la no rivalidad en su consumo o uso y, por la otra, la no exclusión de los beneficios que proporcionan dichos bienes¹⁴⁸. Si bien estas características suelen citarse de manera conjunta al momento de describir a los bienes públicos, es necesario enfatizar que cada una de ellas, como veremos

¹⁴⁷ Como apunta MUELLER (2003, p. 45), siendo uno de los ya célebres exponentes de la corriente del *Public Choice*: “To obtain Pareto efficiency in the allocation of public goods, a collective choice process that is less anarchic than the market is required. A conscious choice of the quantities of each public good to be produced must be made and along with it the choice of means for paying for them. The issue of the distribution of the gains from collective action is more clearly visible in the allocation of public goods by a political process than it is in the allocation of private goods by a market exchange process. And the possibility arises that this and other distributional issues become dominant in the political process.”

¹⁴⁸ A pesar de que SAMUELSON (1954) originalmente sólo se refiere a aquellos bienes de consumo colectivo en donde cada individuo puede consumir el bien sin afectar el consumo de otros, posteriormente MUSGRAVE (1969), entre otros, agregan la característica de la no exclusión para definir a los bienes públicos. Lo cual, a fin de cuentas, llega a ser paradójico pues, como veremos en su oportunidad, esta última característica adquiere mayor relevancia en la propia conceptualización de los mismos.

a continuación, presenta efectos diversos que modifican, en su caso, la justificación para la intervención del Estado. Por ello resulta conveniente referirnos a cada una de dichas características en lo particular¹⁴⁹.

En primer lugar, la característica de no rivalidad en el consumo de ciertos bienes se presenta cuando el bien o servicio puede consumirse en una unidad por un individuo sin que ello implique la afectación en el consumo de otras personas, esto es, que puede consumirse colectivamente sin que el consumo de una persona disminuya el consumo de otra. Esto queda resumido en la siguiente frase de Acocella (1998, p. 106): “*more for you means no less for me*”.

En otros términos, el hecho de que un bien o servicio posea la característica de no rivalidad significa que una vez realizada la inversión necesaria para disponer del bien o servicio, el coste marginal de permitir a un individuo adicional que consuma dichos bienes o servicios es cero. Así, el problema de eficiencia que se presenta en aquellos bienes o servicios no rivales (cuyo coste marginal es cero) reside, fundamentalmente, en la determinación de un precio eficiente que refleje efectivamente el deseo o la disposición

¹⁴⁹ De hecho, el problema reside en la propia conceptualización del bien público. Como puso de manifiesto en su momento DEMSETZ (1970, p. 295) “*Frequently, there is a confusión between the public good concept, as I understand it, which states that it is posible at no cost for additional persons to enjoy the same unit of a public good, and a different concept, that might be identified as a collective good, which imposes the stronger condition that it is impossible to exclude nonpurchasers from consuming the good.*” Como puede observarse, la aportación de DEMSETZ en el análisis de los bienes públicos no reside tanto en la característica que se le suele atribuir al bien público, sino la clara distinción entre la no rivalidad y la no exclusión.

de pago de los consumidores respecto de ese bien o servicio, y que, a su vez, permita efectuar una producción óptima del mismo. Queda claro que tratándose de bienes privados que carecen de la característica de la no rivalidad (así como de la no exclusión), el sistema de precios permite racionar y dirigir la producción del bien o servicio a aquellas personas que más lo valoran, sin embargo, tratándose de un bien no rival, la situación ciertamente se dificulta. Como señala Holtermann (1972, p. 44):

A crucial distinction between rivalrous and nonrivalrous goods is that the valuations of individual consumers cannot directly tell us how much of the nonrivalrous good should be provided –only the sum of the valuations can tell us that. [...] Hence, no mechanism operates to reveal the various values different persons place on the chosen output level. Thus price neither serves as an allocative mechanism nor reveals marginal benefits as it does for a rivalrous good.

A pesar de esta situación, Samuelson (1954, p. 389) y, posteriormente, Holtermann (p. 45), afirman que el mercado podría determinar una cantidad óptima de este tipo de bienes siempre que todos los consumidores del mismo revelaran honestamente sus valoraciones. Como apunta Samuelson, la solución existe pero el problema reside en su implementación. De tal forma que el problema consiste en identificar la valoración que de dichos bienes o servicios tiene cada usuario, todo lo cual se traduce, en términos de Coase, en un problema de costes de transacción.

En el mismo sentido se pronuncia Demsetz en su ya famoso artículo *The private production of public goods* (1970), en el cual examina el problema del precio ineficiente en situaciones donde es posible excluir a algunas personas de un bien o servicio no rival mediante el establecimiento de un precio. Este autor llega a la conclusión de que es posible producir de manera óptima un bien o servicio no rival siempre que se establezcan precios diferenciados para los usuarios. Cabe decir que precisamente este artículo llega a constituir el parteaguas de la teoría de los bienes públicos actual que sostiene que sólo la característica de no exclusión se constituye en un serio problema para la provisión de bienes públicos y que, sólo en este supuesto, podría llegar a justificarse su provisión por parte del Estado. Como afirma el propio Demsetz (p. 306), “*While private production of public goods seems feasible, the private production of collective goods for which the cost of excluding nonpurchasers is great, does not seem to be practical*”.

Así pues, mientras que la no exclusión se llega a constituir en el argumento fuerte para la provisión pública de ciertos bienes o servicios (constituyendo así un verdadero bien público), la no rivalidad no es ya un argumento suficiente para negar la provisión privada de estos bienes o servicios mediante el sistema de mercado. De tal forma que ante aquellos bienes que participen de la característica de no rivalidad, pero que sí admiten la exclusión, la intervención del Estado podría reducirse a la mera subvención o financiación mediante su actividad impositiva, para el caso de que la

provisión de dichos bienes o servicios estuviera por debajo del óptimo social.

Por su parte, la característica de la no exclusión hace referencia a que nadie puede ser impedido de participar en los beneficios que el mismo bien o servicio genera, de tal forma que dichos beneficios están disponibles para todo aquel que desea consumirlos una vez que el bien o servicio ha sido producido. Así, los bienes no excluyentes permiten que se beneficien otras personas, a parte del productor (quien cubre los costes fijos), sin que tengan que asumir un coste equivalente a los beneficios percibidos. De hecho, como ya hemos mencionado anteriormente, esta última cualidad de los bienes públicos se constituye en uno de los factores cruciales para determinar qué bienes deben proveerse públicamente (Cornes y Sandler, 1996, p. 9), toda vez que se quebranta el presupuesto de la teoría económica del bienestar que concibe a cada individuo como una unidad independiente que recibe los beneficios por los que paga un precio.

En este sentido, la característica de la no exclusión de los beneficios de un bien o servicio genera incentivos perversos para que los consumidores o usuarios no actúen de manera cooperativa, de tal forma que se incrementa la posibilidad de que los esquemas puramente voluntarios de provisión de un bien o servicio de tales características se vean seriamente mermados (Mueller, 1976, p. 398), a tal grado que a pesar de tratarse de un bien socialmente beneficioso se carece de incentivos claros para su producción

privada. Así pues, el problema más serio que se suele imputar a los bienes o servicios no excluyentes es el llamado *free rider* (o problema del usuario gratuito), mismo que consiste en disfrutar del bien o servicio sin asumir coste alguno (Kim y Walker, 1984)¹⁵⁰.

En términos generales, de acuerdo con Robert Bush (1979, p. 203), los problemas del mercado en la provisión de bienes públicos (no excluyentes) se pueden concretar, fundamentalmente, en que cualquier cantidad del bien o servicio que se ofrezca estará automáticamente disponible para cualquier persona que desee utilizarlo; que la restricción de su uso a través de un precio es imposible; que se crean incentivos para esconder las preferencias de los consumidores a efecto de evitar un posible pago; además de los elevados costes de transacción para revelar las preferencias o formar una colectividad dispuesta a pagar por el servicio. De lo cual se deriva que son pocos los incentivos para proveer este tipo de bienes o servicios por el sector privado, a pesar de que se generen beneficios para la sociedad en general, todo lo cual redundando en un claro problema de mercados incompletos¹⁵¹.

¹⁵⁰ A pesar de que el problema del usuario gratuito ha tratado de demostrarse a través del análisis empírico, la evidencia recabada sigue permaneciendo inconclusa, toda vez que los resultados que arrojan algunas investigaciones en este campo llegan, incluso, a ser contradictorias. Tal es el caso del trabajo de KIM y WALKER (1984) versus HOFFMAN, Elizabeth (2002). Mientras que el primero de ellos llega a la conclusión de que efectivamente el número de participantes que incurre en un comportamiento no cooperativo es significativo, el segundo llega a un resultado opuesto.

¹⁵¹ Una característica que se suele imputar a los bienes públicos es que el coste marginal de consumo es igual a cero, toda vez que el consumo o uso adicional de una persona no reduce los beneficios del consumo de otros. Sin embargo, como advierten WEIMER y VINING (1991, p. 42 y 43), debemos distinguir cuidadosamente entre el coste social marginal de consumo y el coste marginal de

En la práctica puede sostenerse que son muy pocos los bienes públicos puros que presentan en su totalidad las características de no rivalidad y de no exclusión, como acaba admitiendo el propio Samuelson (1955, p. 356), por lo que la teoría económica ha llegado a matizar la teoría de los bienes públicos puros, especialmente por lo que hace a la característica de la no rivalidad. Este es el caso de la teoría de los *clubs* de Buchanan (1965), en donde reconoce la existencia de ciertos bienes que, si bien se consumen colectivamente, admiten la exclusión a través de la implementación de un precio, pero que hasta cierto punto presentan una rivalidad parcial.

El problema que caracteriza a este tipo de bienes, es decir, aquellos que presentan una rivalidad parcial, sea que admitan (como en el caso de los *clubs*) o no la exclusión en su consumo, es la congestión. De acuerdo con Boadway y Wildasin (1986, p. 145 y ss.), lo que difiere en el caso del bien público congestionado es el análisis de los efectos de estática comparativa de añadir personas adicionales a la economía, o grupo de usuarios, puesto que el beneficio que cada individuo obtiene del uso de los bienes parcialmente rivales depende del número de usuarios. La propiedad de la congestión implica, de acuerdo con estos autores, que a medida que se añaden más usuarios o se intensifica su uso por algunos de ellos, disminuye el beneficio que los usuarios anteriores obtienen de un nivel dado de

producción, toda vez que aún tratándose de bienes públicos puros el coste marginal de producción no es necesariamente cero. Sin embargo, para el análisis de los bienes públicos es usual partir de la idea de que la oferta es fija y que el coste marginal de producción es cero, siempre que no se indique lo contrario.

producción del bien. Esta reducción de los beneficios por persona tiende a compensar las ventajas generadas por las economías de escala en el consumo del bien público debidas a la participación de los costes, toda vez que en un bien no rival supuestamente el coste marginal es cero o cercano a cero. Evidentemente, como puntualizan Boadway y Wildasin, este análisis también sugiere que puede haber un número óptimo de usuarios del bien público congestionado.

Ahora bien, tanto el problema del usuario gratuito (mismo que deriva de la característica de no exclusión) como el problema de la congestión (atribuido a los bienes parcialmente rivales), se encuentran presentes en el sistema de impartición de justicia y la asistencia jurídica gratuita puede contribuir a su acentuación, toda vez que al implicar una reducción en el coste total de litigar crea incentivos para su consumo. Antes de profundizar en esta idea, misma que nos llevará a determinar la conveniencia del alcance de su prestación, conviene a nuestros intereses trasladar la teoría de los bienes públicos puros al campo de la provisión de la justicia, no sin antes advertir que esta traslación presenta serias aristas que conviene detallar.

La primera obedece a la propia concepción de la impartición de justicia, pues no es lo mismo considerar a la justicia como un servicio para la resolución de conflictos jurídicos particulares, como en el caso de la justicia civil o mercantil; a lo que podría ser la justicia considerada como sinónimo de castigo por irrumpir el orden social, tal como ocurre en el orden penal; o en su sentido más

clásico, atribuido a Ulpiano, donde *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo que le corresponde).

Cabe decir que la discusión teórica en torno a la concepción de la provisión de la justicia como un posible bien privado (no así como un bien público), esto es, en términos económicos, se centra prioritariamente en el primer supuesto, especialmente tratándose de conflictos del orden civil y mercantil, puesto que en el segundo y el tercer supuesto, que comprenden tanto el orden penal como el sentido más elevado del concepto de justicia en el Derecho Natural, respectivamente, el papel del Estado en la impartición de justicia no está a discusión, a pesar de que hace ya algún tiempo algunos autores, como Landes y Posner (1979), sugirieran la posibilidad de un mercado compuesto por jueces y abogados privados que resolvieran conflictos tanto civiles como penales¹⁵². Prácticamente es una posición unánime, propia de cualquier Estado de Derecho, que al Estado le corresponde proveer la infraestructura y el capital humano necesario para determinar la falta o culpabilidad de quien presuntamente ha infringido la ley y, con base en ello, determinar lo que le corresponde¹⁵³. En este sentido, la justicia penal y el ideal de

¹⁵² La premisa de la que parten LANDES y POSNER (1979, p. 235) para considerar si la justicia puede ser vista como un bien privado, sea en el orden civil o criminal, es que sólo algunos economistas y abogados se han percatado de que la provisión de los servicios judiciales preceden, incluso, a la formación del Estado; además de que algunas Cortes o tribunales públicos presentan importantes características de instituciones privadas.

¹⁵³ Dentro de estas categorías que nos permiten distinguir las diferentes percepciones respecto del concepto de administración de justicia también cabe la justicia constitucional, toda vez que la misma adquiere un carácter

justicia pueden considerarse como verdaderos bienes públicos en los que no cabe la exclusión, sea por un mero imperativo legal (que dispone que está prohibida la justicia por propia mano y se combate la impunidad y la ilegalidad en cualquiera de sus manifestaciones) o, más importante aún, por su propia naturaleza, dados los beneficios colectivos que se le atribuyen, tales como el orden social, los desincentivos para infringir la ley, la seguridad jurídica, entre otros. Evidentemente en estos supuestos, quien recibe los beneficios del servicio de justicia es la sociedad en general y no así el individuo que es sometido a proceso. En consecuencia, la justicia así entendida cumple tanto con el requisito de la no exclusión, en el sentido de que nadie puede sustraerse a la justicia de manera voluntaria, como con el requisito de la no rivalidad de los beneficios (ello con independencia de los beneficios particulares que obtienen quienes se han visto resarcidos en su derecho o, en su caso, la víctima o sus familiares, pues en ambos casos estos beneficios privados se asumen menores, al menos, por lo que hace a la justicia penal, en aquellos delitos que se persiguen de oficio como el narcotráfico, el genocidio, el terrorismo, la trata de humanos, entre otros).

Esta visión de la justicia como un bien público permite entender de una manera coherente el modelo predominante asociado a la administración de justicia, mismo que consiste en un servicio provisto por funcionarios remunerados por el Estado y financiado con cargo al Erario Público y sin barreras aparentes de acceso, como

prioritariamente público frente a lo que sería, por ejemplo, la justicia civil o mercantil que adopta más un carácter privado.

lo sería, por ejemplo, un sistema de precios. De hecho, en estos casos, la asistencia jurídica gratuita queda plenamente justificada precisamente para hacer de la característica de la no exclusión una realidad.

Sin embargo, en un sentido diverso, gran parte de la doctrina, entre los que cabe citar a Landes y Posner (1979), Bush (1979), Provine y Seron (1991), entre otros, ha llegado a cuestionar esta conceptualización tradicional de la administración de justicia como bien público, sea para circunscribirlo tan sólo a una parte de ella (tratándose de conflictos de orden público sin comprender los conflictos de orden privado) o, incluso, para negar que posea tal carácter. Como hemos señalado este cuestionamiento suele centrarse en la idea de que la justicia es un servicio destinado a la resolución de conflictos jurídicos, preferentemente en el orden civil y mercantil, en el cual los beneficios producidos se irradian principalmente a las partes en conflicto (Robert A. Bush, 1979) y, por ende, que puede llegar a constituirse en un servicio producido y financiado por los particulares. No se desconoce que la solución de conflictos por la vía jurisdiccional genera importantes beneficios sociales, pero en estos supuestos más que tratarse analíticamente como un bien público puro se trata como un servicio que genera importantes efectos secundarios (o externalidades positivas).

De tal forma que en la provisión de la justicia civil y mercantil existen claros beneficios privados por los cuales las personas interesadas estarían dispuestas a pagar un precio (siempre que éste

sea menor al coste total de litigar). No está por demás especificar que esta situación es la que permite que exista tanto el mercado de servicios jurídicos como, más importante aún, los medios alternativos de solución de conflictos llevados a cabo a través de particulares que fungen como mediadores, gestores, árbitros, por mencionar algunos.

La presencia de beneficios privados significativos en la resolución de los conflictos jurídicos hace materialmente posible que algunas personas sean excluidas de este servicio mediante la imposición de un precio. De hecho en algunos países, como es el caso de España, la tendencia dominante consiste en implementar mecanismos racionadores del servicio tales como la tasa judicial. Evidentemente el argumento fuerte para sostener la implementación de un precio (adicional al coste que supone la contratación de servicios privados necesarios para la litigación, como la abogacía y la procuración) reside en la necesidad de disminuir la demanda de tutela judicial ante el reconocimiento generalizado de que la administración de justicia es un bien congestionado, esto es, que en cualquier caso sólo se trataría de un bien con una no rivalidad parcial.

Así pues, en el supuesto en el que nos encontramos, la administración de justicia concebida como un servicio para resolver conflictos jurídicos del orden civil y mercantil puede constituirse tanto en un servicio a cargo del Estado (en el que materialmente es posible la exclusión y, por ende, no se ajusta a la teoría de los bienes

públicos)¹⁵⁴ como en un bien privado donde el servicio se preste por los particulares (con la necesaria excepción que plantea el monopolio del poder coactivo del Estado)¹⁵⁵.

Como afirma Holtermann (1972, p. 81), el factor fundamental aquí consiste en la distinción entre la disponibilidad o *output* del bien o servicio público y la utilización del mismo. En el caso de la justicia, tanto la disponibilidad como la utilización del aparato jurisdiccional se encuentran, aunque como factores separados, en las funciones de utilidad de los individuos. Sin embargo, mientras que el sólo hecho de que la administración de justicia esté disponible para quien decida acudir a ella puede tratarse propiamente como un bien público, y por ende, se justifica en términos económicos la provisión del Estado (ello con independencia de que existan mecanismos de solución de conflictos alternos de carácter privado), su utilización en lo individual, y solo para el caso del demandante, puede ser tratada como un bien privado.

Efectivamente, en cuanto a la utilización del servicio de justicia, la situación cambia radicalmente según el supuesto legal en el que se

¹⁵⁴ En este caso la justificación para que la administración de justicia se provea por el Estado no reside tanto en la teoría de los bienes públicos sino en la existencia de importantes externalidades positivas.

¹⁵⁵ PASTOR PRIETO (1993) ha sido un acérrimo defensor de la inclusión de tasas judiciales en el sistema de impartición de justicia español. Su posición ha sido adoptada por otros juristas como es el caso de MERY (2010, pp. 5 y 6), quien sostiene que “la implementación de una tasa judicial regula el acceso a la justicia al conseguir la internalización por parte del litigante de todos los costos y beneficios que su decisión de recurrir al sistema judicial provoca en la sociedad, evita el uso excesivo de la litigación y aporta en el financiamiento de la administración de justicia”. Cabe advertir que ambos autores hacen referencia los juicios de carácter civil y mercantil.

encuentra el usuario, esto es, si se trata del demandante o del demandado. Lo dicho anteriormente respecto a la posibilidad de tratar a la administración de justicia como un bien privado podría aplicarse para el caso del demandante quien tiene la opción de elegir si acude o no al aparato jurisdiccional y, por ende, si asume o no el coste total de litigar. Sin embargo, cuando se trata del demandado no hay opción alguna, en cuyo caso no puede ser excluido de la justicia. Sólo en este supuesto podría tratarse de un bien o servicio no excluyente.

Así pues, la teoría de los bienes públicos sólo admite una aplicación parcial respecto del servicio de administración de justicia, tanto por lo que hace a la característica de la no exclusión como por lo que se refiere a la no rivalidad de los beneficios ante el fenómeno de la congestión.

En este sentido, la asistencia jurídica gratuita, que en sí misma conlleva por su propia naturaleza la característica de no exclusión (pero que, a su vez, favorece el incremento del problema de congestión en los servicios de tutela judicial), sólo podría justificarse parcialmente a través de la teoría de los bienes públicos. De ahí que más que encontrarse justificada en estos términos, especialmente para el caso de la justicia civil o mercantil donde los beneficios privados adquieren mayor relevancia que permiten la creación de mercados que presten el servicio de solucionar conflictos jurídicos, se constituye en una forma de excepción a la posibilidad de excluir a las personas a través de la implementación de un precio, pues su

sola presencia, cuando la misma tiene un campo de aplicación universal, podría convertir a la administración de justicia en un servicio no excluyente (aunque sí parcialmente rival a través del fenómeno de la congestión de los servicios jurisdiccionales).

De esta forma, como ponen de manifiesto Goldin (1991, p. 69) y Robert Bush (p. 205), más que aplicar la teoría de los bienes públicos para el caso de la administración de justicia (y con ello la asistencia jurídica gratuita), pues las excepciones poco confirman una regla general, resultaría más conveniente resolver la disyuntiva de si socialmente queremos concederle igual acceso a todas la personas (en cuyo caso adquiriría la característica de no exclusión propia de los bienes públicos) o, si por el contrario, queremos hacer que el bien esté disponible sólo para unos cuantos (aquellos que más valoran el bien o servicio y que pueden pagar el precio correspondiente). Evidentemente la solución de esta disyuntiva escapa del alcance de la teoría de los bienes públicos para adentrarnos más en el terreno de otros conceptos como la equidad, la solidaridad social o la justicia, entre otros.

Con todo, no debemos perder de vista que la impartición de justicia genera importantes externalidades positivas o beneficios sociales que se irradian prácticamente a toda la sociedad, por lo que su tratamiento analítico más que descansar en herramientas propias de la teoría de los bienes públicos puede avocarse al estudio de estos beneficios, así como de otros argumentos de ineficiencia, especialmente por lo que hace a los mercados incompletos, a los que

nos hemos referido con anterioridad, a efecto de justificar la necesaria mano del Estado.

6. Argumentos de equidad

La motivación para la intervención del Estado a través de mecanismos de asistencia jurídica gratuita, en los términos que hemos analizado hasta el momento, ha descansado en la premisa de que existen serias imperfecciones del mercado que nos colocan en una situación ineficiente en el sentido de Pareto, misma que se refleja en la creación de obstáculos económicos para el acceso a la justicia. Sin embargo, el solo hecho de considerar como necesaria la instrumentación de mecanismos que permitan un acceso generalizado a la justicia ya lleva implícito un juicio de valor que por definición escapa del alcance de la Economía en su sentido positivo. La sola proposición que afirma que todos deben de acceder a la justicia en condiciones de igualdad incluye juicios de valor que apelan directamente a la responsabilidad de la sociedad jurídicamente organizada y que, en cierto sentido, descansan en criterios que, como la equidad, hacen referencia a los últimos fundamentos de las cuestiones redistributivas.

Así pues, aquí ya no se trata de analizar las causas que provocan la existencia de mercados incompletos ni de verificar su imposibilidad para asignar de manera eficiente los recursos, sino de valorar, por una parte, hasta dónde el acceso a la justicia, concebido como el objetivo fundamental de la asistencia jurídica gratuita, responde a

un criterio de equidad que se ajuste a los ideales de la sociedad y, por la otra, determinar hasta dónde es posible justificar, en estos términos, el papel del Estado como mecanismo redistribuidor que promueva tal objetivo.

Sobre este primer aspecto cabe destacar que el acceso a la justicia, ya sea entendida en su sentido lato, esto es, como la capacidad para solucionar adecuadamente un conflicto jurídico cualquiera que éste sea o, en un sentido restringido, como la mera posibilidad de acceder a los tribunales, tiene un significado normativo diferente de la asignación de otro tipo de bienes o servicios ordinarios. De hecho, cualquier concepción sobre la justicia hace referencia a los derechos y libertades del individuo por el sólo hecho de ser personas e, incluso, las teorías más influyentes sobre la justicia distributiva, como la de John Rawls, reconocen que el acceso a la justicia constituye una de esas situaciones en las que los individuos están legitimados para exigir una plena igualdad frente a otros. Hasta cierto punto, lo mismo puede decirse respecto de Nozick (1973, p. 49) para quien la rectificación de una injusticia en las formas de adquisición o transferencia de propiedad, como podría ser el robo, fraude, la esclavitud o la coerción, entre otras, constituye uno de los tópicos más importantes en su sentido de la justicia distributiva. Sin duda alguna, en estos casos, el acceso a la función jurisdiccional podría constituirse en el derecho más efectivo para dilucidar, conforme a la información histórica a la que el propio Nozick se refiere, la legitimidad en los procesos de adquisición y transmisión de

ciertos bienes o derechos y, en su caso, determinar cuál ha de ser la forma de proceder para dicha rectificación.

Así pues, a pesar de que existen diversas corrientes ideológicas que llegan a rivalizar en cuanto a la extensión de las funciones o tareas del Estado, poco se discute que el acceso a la justicia sea un objetivo a perseguir en todos los Estados que adopten un modelo democrático de derecho, toda vez que este concepto resulta aplicable aún a los criterios de justicia más exigentes, como podría ser la igualdad de oportunidades o, simplemente, la defensa de los derechos fundamentales en su sentido tradicional. De ahí que el debate se cierna no sobre el objetivo de justicia social a perseguir consistente en el acceso a la justicia sino sobre sus aporías, entre las que destaca la elección del mecanismo adecuado para garantizar un efectivo acceso a la justicia y la forma y el alcance de su propia configuración. Como apunta Mishan (1972, p. 976) *“True, all members of society may not, at any given time, be wholly in agreement about the exact limits to be set on income variations, or about the shape of an ideal tax structure”*. Así pues, nadie niega la importancia de conceder un acceso a la justicia a todo aquél que se vea en la necesidad de defender sus intereses jurídicamente tutelados, sin embargo, el alcance y la propia configuración de mecanismos que impliquen una cierta redistribución de los recursos, como es el caso de la asistencia jurídica gratuita, es motivo de serias disquisiciones que oscilan entre la aplicación de criterios que promueven su expansionismo o, por el contrario, que defienden su carácter restrictivo. Precisamente es un sentido de equidad el que

lleva a la sociedad a reconsiderar cada cierto tiempo la conveniencia de los mecanismos adoptados.

De esta forma, si consideramos que el objetivo perseguido propiamente dicho consiste en el acceso a la justicia, la asistencia jurídica gratuita se constituye tan sólo en un mero mecanismo redistributivo creado con el fin de promover dicho objetivo y no como un objetivo en sí mismo. De ahí que su propia existencia y el alcance de esta prestación sea susceptible de modificarse, pues si bien la eficiencia y la equidad sugieren su propia conveniencia, ninguno de estos criterios impide su reconfiguración e, incluso, la consideración de nuevos mecanismos alternativos que la substituyan.

Sin embargo, por lo que hace a su propia existencia, cabe decir, de acuerdo con lo antes visto, que hasta el momento no existe un mecanismo perfectamente sustitutivo de esta institución. Si bien el esquema de seguros legales, el cobro de cuotas contingentes por parte de los profesionales del derecho y los mecanismos alternativos de solución de conflictos, como el arbitraje y la mediación, redundan en claras ganancias de eficiencia y, por ende, en claros beneficios para la sociedad, el obstáculo económico y la exclusión de algunas personas para el acceso a la justicia permanece, sea por su incapacidad económica (pues ninguno de ellos supone la gratuidad) o sea porque los prestadores de los servicios jurídicos o las propias aseguradoras tienen la facultad de elegir a sus clientes (lo que podría suponer la exclusión de aquellas personas que impliquen un mayor

riesgo dada su situación económica o, incluso, por la propia naturaleza del caso).

Ahora bien, una cuestión diferente se presenta por lo que se refiere a su propia configuración en dónde los esquemas adoptados (sea en la provisión del servicio o, incluso, en la administración y control del mismo) y el alcance de la prestación (que va desde la determinación de los criterios de elegibilidad, las materias que podrían estar comprendidas hasta los incentivos económicos dirigidos a fomentar la calidad del servicio profesional), presentan grandes divergencias motivadas en gran medida por las diferencias en los conceptos de justicia y equidad que presentan las diversas escuelas del pensamiento filosófico y por las cambiantes tendencias ideológicas de cada país. Una vez más cabe considerar la postura de Nozick (1973, p. 51) para quien las posturas igualitarias basadas en las diferencias presentes, como podría ser la riqueza, no constituyen un criterio adecuado para justificar una posible redistribución pues como él mismo destaca, el cambio de una distribución a otra estructuralmente idéntica, podría violar los títulos legítimos o merecimientos de algunas personas toda vez que dicho cambio podría resultar ajeno a los hechos históricos, que incluyen, entre otros, el aprovechamiento de los talentos y habilidades y el uso de los recursos disponibles¹⁵⁶. Lo mismo cabe decir de Hayek (1972, p.

¹⁵⁶ Existe un posible dilema en el pensamiento de NOZICK (1973) ya que por una parte sostiene la idea de rectificar las injusticias cometidas en los procesos de apropiación o de transmisión de bienes o derechos, pero por otra parte critica todos aquellos criterios basados en juicios de valor que justifican la creación de mecanismos redistributivos basándose en las diferencias presentes, como podría ser la riqueza frente a la pobreza. Así surge una interrogante a la que el propio

87) quien objeta a toda costa los intentos por imponer deliberadamente a la sociedad ciertos criterios distributivos bajo argumentos de igualdad o desigualdad. En el fondo la idea que rechazan dichos autores y que trae como consecuencia el rechazo a cualquier mecanismo redistributivo, como la asistencia jurídica gratuita, consiste en la imposición de ciertas cargas a algunas personas para financiar a otras que se consideran (bajo determinados patrones previamente establecidos) desiguales, pues a fin de cuentas el peso económico de la redistribución descansa no en el Estado sino en los propios particulares (contribuyentes) que a través de su esfuerzo y dedicación han logrado obtener sus ingresos.

Sin embargo, como el propio Nozick (p. 126) señala, su teoría (misma que incita al Estado mínimo) no puede ser utilizada “para condenar cualquier esquema particular de transferencias o subsidios, a menos que sea claro que no existe ninguna consideración de rectificación de una injusticia que lo justifique”¹⁵⁷. En este sentido, ¿podríamos negar que la asistencia jurídica gratuita pretende constituirse en un claro mecanismo creado para facilitar la rectificación de posibles injusticias cometidas contra aquellos que se encuentran económicamente imposibilitados para defender sus legítimos intereses? De ahí que podamos sostener que ni aún las ideas más libertarias, como la de Nozick, que debilitan la función del Estado en su papel redistributivo, sirvan de fundamento contundente para negar la necesidad de contar con ciertos mecanismos que como la

NOZICK no da respuesta ¿cómo podrían los pobres buscar una rectificación a la injusticia de su situación si carecen de los medios económicos para ello?

¹⁵⁷ La traducción es nuestra.

asistencia jurídica gratuita promuevan el acceso a la justicia. Lo cual no obsta para considerar, bajo esta postura, la idea de retomar el sentido tradicional de la asistencia jurídica gratuita concebida bajo criterios propios del altruismo y la caridad, en cuyo caso su prestación depende de la voluntad de los particulares o, en su caso, limitar su prestación a los casos de extrema pobreza.

Así pues, podemos decir que en la actualidad prácticamente existe un punto de común acuerdo en todas las naciones civilizadas, adoptado conforme al sentido más elemental de equidad, consistente en la idea de garantizar una asistencia jurídica dirigida a las personas de escasos recursos que efectivamente demuestren su situación de pobreza, bajo la presunción de su incapacidad económica para sufragar los gastos propios del litigio. Pero el problema reside aún en determinar cómo se deben organizar dichos mecanismos de asistencia jurídica pues nada, hasta el momento, justifica que sea a través del papel redistribuidor del Estado. De hecho, como afirma Mishan (1972, p. 972), por centurias, por milenios, los pobres han recibido ayuda asistencial sea en dinero o en especie de aquellos que están en una mejor posición, esto es, a través de la caridad concebida como una obligación moral. De ahí que convenga cuestionarse hasta donde correspondería efectivamente al Estado responder por esta situación.

Así pues, aquí ya no se trata tanto de justificar el papel del Estado en términos de eficiencia en la asignación de recursos sino de acuerdo con su papel redistribuidor para alcanzar mejoras en la

distribución de los recursos a efecto de garantizar un acceso generalizado a la justicia.

Para ello es necesario destacar que existen pocos puntos de común acuerdo respecto del papel redistributivo del Estado. Si bien, como señala Barberà (1995, p. 10), la postura general es que hay razones para que el Estado juegue un papel en la economía y en la distribución de los recursos, esto no significa que dicho papel, ni por su volumen ni por la forma que adopta, quede automáticamente justificado.

Ciertamente la doctrina económica moderna reconoce determinados ámbitos de relevancia económica en los cuales se considera necesaria la “mano visible” del Estado. Concretamente nos referimos, de acuerdo con Ayala (1992), a la capacidad del Estado para administrar y regular los intereses contradictorios de los distintos grupos sociales que presentan objetivos y pesos diferentes, de tal forma que mediante dicha intervención se logren atenuar, si no eliminar, las estructuras asimétricas de los poderes políticos y económicos; también hemos de mencionar a la capacidad de atender las necesidades básicas de bienestar social, la representación de minorías, los derechos humanos, entre otros. Si bien existe un amplio consenso en estas materias –baste mencionar a Samuelson y Nordhaus (1999), al propio Buchanan (1979), a Sen (2000), Stiglitz (1993), Acocella (1998), entre otros-, también se incrementan las discusiones, debates y controversias respecto de su contenido y alcance.

Por otra parte, como hemos puntualizado anteriormente, el reconocimiento generalizado de las imperfecciones del mercado se convierte en uno de los principales argumentos bajo los cuales se sustenta la posibilidad de intervención estatal, entre las que cabe destacar las pautas de justicia social y, con ella, la equidad. Como establecen Wallis y Dollery (1999, p. 9), uno de los más exitosos acercamientos al análisis del Estado, aunque con algunas carencias imposibles de evadir, ha sido el que nos proporciona la Economía del Bienestar en la forma de la teoría de las imperfecciones del mercado. En esencia, el paradigma de dichas imperfecciones examina la operación de la economía y prescribe la intervención gubernamental cuando el mercado fracasa no sólo por lo que hace a los criterios de eficiencia sino también por lo que se refiere a la equidad. El Estado tiene, tradicionalmente, un papel económico importante en la solución que muestran los mercados, de hecho, como afirma Albi (2000, pp. 105 y 106), lograr que ese remedio no sea sólo potencial, sino que se convierta en realidad, legitima buena parte de la actividad del sector público.

De esta forma, la posibilidad de que el Estado intervenga en la economía con el objeto de subsanar las imperfecciones del mercado implica por lo menos dos ámbitos de intervención: (1) la asignación eficiente de los recursos, si y sólo si mejora con ello la eficiencia

económica, y (2) para fomentar la equidad a través de sus políticas redistributivas¹⁵⁸.

En las sociedades modernas los criterios de eficiencia y equidad no se defienden de manera excluyente sino que, por el contrario, ambos cobran relevancia, constituyéndose así en principales objetivos comunes de la política económica. Se reconoce casi de manera unánime que el mercado es ineficaz para provocar una distribución equitativa de la riqueza o, en su caso, de manera más amplia, atender aspectos relevantes a la dignidad humana, dados sus límites naturales, por lo que se atiende a la introducción de otros instrumentos que permitan elevar el nivel de justicia social, que en la mayoría de los casos coincide con el reconocimiento de la necesaria intervención del Estado, a través de sus políticas de transferencias y subsidios. En otras palabras, se trata de que el Estado garantice un nivel de vida o bienestar a los ciudadanos, poniendo una red protectora que aminore las desigualdades. Como afirma Rodríguez López (2005, p. 443):

En estas circunstancias, únicamente la intervención de una institución externa al mercado podría, por medio del cambio en la definición de derechos o aplicando instrumentos de ingresos y gastos, ser capaz de desarrollar medidas dirigidas a aumentar la

¹⁵⁸ Normalmente también se le reconocen al Estado funciones de “coordinación macroeconómica”, tales como el pleno empleo en condiciones de estabilización y crecimiento económico, entre otros, que omitimos por razones de delimitación en nuestro trabajo de investigación, pero que conviene tener presentes. Esto coincide con la división tripartita de MUSGRAVE, en su obra clásica sobre la política fiscal, respecto de las funciones o políticas del Estado: 1) políticas de estabilización, 2) medidas sobre distribución de rentas y 3) la asignación de recursos.

equidad. La naturaleza de las tareas requeridas convierte al Estado en el candidato ideal para realizar esta labor aunque, lógicamente, ello no justifica que lo haga.

En ese sentido podemos afirmar que la asistencia jurídica gratuita, por tratarse de una institución que, al menos en principio, favorece parcialmente el saneamiento de ciertas imperfecciones del mercado tanto por lo que hace a criterios propios de la eficiencia en el sentido de Pareto, como por lo que se refiere a criterios propios de la equidad a través de la promoción del acceso generalizado a los esquemas de justicia¹⁵⁹, encaja perfectamente en aquellas funciones que se confían al Estado, aún cuando su alcance y configuración sean motivo de disquisiciones periódicas.

Ahora bien, independientemente del alcance de la asistencia jurídica gratuita y de la posibilidad de expandirse o contraerse en un determinado sistema jurídico, tema que reservaremos para el análisis del modelo español en nuestro apartado constitucional, cabe decir que desde la perspectiva económica, la inclusión de criterios de equidad no deja de presentar algunas reticencias motivadas fundamentalmente en el posible distanciamiento del análisis objetivo y, por ende, científico¹⁶⁰. No obstante, algunos economistas se han

¹⁵⁹ Siempre bajo la presunción genérica de que los beneficios sociales son mayores a los costes sociales que supone la asistencia jurídica gratuita. La demostración empírica de tal premisa tendría que atender al análisis concreto del sistema de asistencia jurídica adoptado conforme a un modelo específico.

¹⁶⁰ MISHAN (1972) destaca la inoperatividad que supone la inclusión de criterios de equidad en el análisis económico. Ello no significa que desconozca su relevancia pero sí que supone un tratamiento en el que la Economía puede tornarse insuficiente.

esforzado en formalizar su inclusión a través de la construcción de ciertas funciones de bienestar social que hagan operativos este tipo de criterios, que van desde las versiones ya tradicionales, como la de Bergson (1938)¹⁶¹ y Samuelson (1947)¹⁶², hasta versiones más modernas que reformulan las anteriores, tales como las que proponen Carlos Romero (2001) y Kaplow y Shavell (2001)¹⁶³.

¹⁶¹ BERGSON postulaba la necesidad de aceptar de manera expresa los juicios de valor como forma de desarrollar funciones de indiferencia. Su propuesta, reformulada por SAMUELSON en 1947, fue objeto de severas críticas, entre ellas, cabe mencionar el teorema de la imposibilidad de ARROW, al que ya nos hemos referido con anterioridad.

¹⁶² SAMUELSON (1947 y 1971 pp. 209 a 261) ha elaborado una pequeña reseña histórica respecto del tratamiento que ha recibido la equidad en la teoría de la Economía del Bienestar, dentro de la cual cita a autores (como es el caso de WALRAS) que han llegado a afirmar que la competencia perfecta mejora la situación de “cada” individuo o, sin llegar tan lejos, otros que señalan que dicha competencia perfecta no mejora propiamente la situación de cada individuo sino que “la suma total de satisfacciones” es máxima, que la competencia perfecta eleva al máximo la renta de todos los individuos. Evidentemente, como reconoce el propio SAMUELSON, citando a MARSHALL y WICKSELL, las dos posturas anteriores no toman en consideración la distribución existente de riqueza y capacidad, lo que da lugar a que el proceso de imputación en el marco de la competencia suela dar origen a grandes desigualdades en la distribución personal de la renta.

Por otra parte, continuando con la reseña histórica de SAMUELSON, otros autores como BASTIAT adoptan una posición más rígida, sosteniendo que la distribución de los ingresos en competencia es efectivamente equitativa y óptima. BASTIAT esperaba poder demostrar que la competencia conduciría a una cantidad de utilidad y gozo siempre mayor.

Finalmente, SAMUELSON cita a economistas de la talla de PARETO y BARONE, quienes analizan las condiciones óptimas, definidas por PARETO como aquellas que cuentan con “el requisito de que no debería existir ninguna variación o movimiento susceptible de mejorar la situación de cada uno”, y que llevan a un *maximum d'utilité collective*, independientemente de la distribución del ingreso e inclusive de la verdad, si no se consideran comparables las utilidades de diferentes individuos.

¹⁶³ La tesis que presentan KAPLOW y SHAVELL (2000 y 2001) se desarrolla en el presente trabajo en el apartado correspondiente a la relación entre el criterio de eficiencia en el sentido de PARETO y la equidad a manera de ejemplificar el tratamiento del concepto de equidad por la Economía.

Por lo general, la construcción de los economistas, desde la perspectiva de la Economía del Bienestar, de un método objetivo que sirva para diseñar y adoptar ciertas políticas públicas de carácter redistributivo, como es el caso de la asistencia jurídica gratuita, descansa en la premisa de que dichas políticas deben depender exclusivamente en sus efectos sobre el bienestar individual (o social) y, en consecuencia, no deben basarse en el otorgamiento de un peso específico de alguna concepción de justicia distributiva o equidad. Se entiende que este tipo de conceptos ya van inmersos en el propio bienestar social, toda vez que ninguna sociedad está dispuesta a concebirse a sí misma como una sociedad injusta o inequitativa. En este sentido, la asistencia jurídica gratuita admite una amplia justificación.

En primer lugar, porque el deseo de que todas las personas tengan la posibilidad de acceder a la justicia independientemente de su situación económica puede constituirse en uno de esos factores intangibles que son relevantes para la Economía del Bienestar, pues el gusto o deseo por el acceso a la justicia para todos no es indiferente al bienestar que proporciona algún otro bien material, especialmente cuando las personas presentan sentimientos de simpatía hacia aquellos que se encuentran en situaciones menos afortunadas. En segundo lugar, porque la asistencia jurídica implica un proceso redistributivo y, como afirman Kaplow y Shavell (2001), la redistribución que beneficie a los más pobres tiende por lo general a incrementar el bienestar social, siempre que se asuma que la utilidad marginal del ingreso es decreciente de acuerdo con el nivel

de ingreso, de tal forma que la utilidad marginal es mayor en los más pobres. Finalmente, en tercer lugar, la asistencia jurídica constituye una de esas políticas que otorgan un mayor peso al bienestar de los menos favorecidos frente a los más favorecidos, en cuyo caso el bienestar social tiende a ser mayor (independientemente de si la utilidad marginal del ingreso es mayor para los más pobres que para los ricos).

De ahí que tanto las posturas tradicionales que tienden a separar los criterios de eficiencia y equidad y concederles un peso específico a cada uno de ellos para la determinación de las políticas públicas, como las posturas que encuentran su fundamento exclusivamente en la Economía del Bienestar y desechan la posibilidad de adoptar alguna noción que no esté referida al bienestar de los individuos, puedan efectivamente constituirse en verdaderos fundamentos de la asistencia jurídica gratuita. Por una parte, la asistencia jurídica gratuita se ajusta a cualquiera de las nociones más elementales de justicia distributiva o equidad y, por la otra, se constituye en un claro mecanismo redistributivo que se relaciona con el incremento del bienestar de los individuos y de la colectividad¹⁶⁴.

¹⁶⁴ HADFIELD (2000, p. 1000) introduce una nueva interrogante al análisis de la aplicación de criterios de equidad y de justicia social respecto de la asistencia jurídica gratuita, ¿es posible justificar en estos términos el acceso de las personas jurídicas al beneficio de justicia gratuita? Al respecto, el autor sostiene que mientras los individuos invocan aquellos aspectos del sistema legal relativos a los derechos individuales, a la solución de conflictos personales, a la forma de gobernar conforme a los valores democráticos y al control social; las personas jurídicas, principalmente aquellas que atienden a fines de lucro, están especialmente interesadas en la conducción y manejo de la economía y en las relaciones corporativas, sea en la solución de conflictos entre los propios competidores en el mercado como entre los propios oferentes y demandantes. En

De todo lo anterior podemos colegir que mientras las teorías de la justicia distributiva, tales como la de Rawls o, incluso, la de Nozick, sirven para desarrollar ciertos principios que permiten establecer en qué circunstancias los individuos están legitimados para exigir una situación de igualdad frente a otros o, en su caso, establecer en qué casos las diferencias están justificadas; la fusión de criterios de eficiencia y equidad que redunden en el incremento del bienestar de la sociedad justifican la promoción de ciertas políticas redistributivas. En ambos casos la asistencia jurídica gratuita se ajusta al objetivo perseguido. De manera adicional, el criterio de eficiencia en el sentido de Pareto permite, por una parte, diseñar los mecanismos más adecuados para que los recursos disponibles reciban un provecho mayor y, por la otra, a través del análisis económico de las imperfecciones del mercado, permite especificar aquellos casos en los que la asignación de recursos propia del mercado no se ajusta al objetivo del acceso a la justicia para todos.

Esto se traduce en que mientras los principios de justicia distributiva aclaman por el acceso a la justicia para todos, con plena igualdad de armas entre los oponentes, la eficiencia da lugar a serias

otras palabras, mientras que los individuos invocan “la justicia” plasmada en el sistema legal, las personas jurídicas presentan una preocupación preponderantemente enfocada a aspectos estrictamente “económicos”. Sin embargo, como el propio HADFIELD especifica, para el caso de las personas jurídicas es necesario tomar en consideración que las personas jurídicas están compuestas por individuos y, por ende, actúan a través de la conducta de sus miembros y se financian con los recursos o aportaciones individuales de sus miembros o accionistas. No obstante, las personas jurídicas no son miembros de la sociedad civil sino instrumentos de la misma.

disquisiciones respecto del modelo de asistencia jurídica gratuita que resulta más conveniente, además de permitir verificar cómo la asignación de recursos propia del mercado, especialmente el que corresponde a los servicios legales, presenta serias inconsistencias con el objetivo de acceso a la justicia. De ahí que la teoría económica, por un lado, brinde herramientas útiles para justificar la propia existencia de la asistencia jurídica gratuita y, por el otro, sirva para valorar diversas configuraciones respecto de los mecanismos diseñados para promover el acceso a la justicia de las personas carentes de recursos.

Sin embargo, es necesario puntualizar que las divergencias de opiniones respecto del concepto de equidad y del tratamiento que debe otorgársele al momento de diseñar una política redistributiva fomentan también las diferencias en las posturas respecto del alcance y límites de la asistencia jurídica gratuita, de tal forma que mientras algunos sistemas podrían tener un carácter claramente extensivo (que incluye tanto a las personas físicas como a ciertas personas jurídicas, preferentemente de carácter no lucrativo o compuestas por miembros de la sociedad que se consideran en una posición desaventajada, como podrían ser las cooperativas de trabajadores; o, incluso, que pretende hacerse extensiva aunque sea con un carácter parcial a las personas de medianos recursos), en otros la prestación podría restringirse de manera severa respecto de los posibles beneficiarios (limitándose a cubrir a las personas físicas en situación de pobreza extrema).

De ahí que si bien el análisis conjunto de los criterios de eficiencia y de equidad permite sentar ciertas bases generales en torno a la justificación de la asistencia jurídica gratuita, con claras implicaciones económicas por lo que se refiere al mejor aprovechamiento de los recursos escasos y con claros objetivos de justicia social, sus alcances y los límites respecto de su provisión y financiación sean confiados al sistema jurídico de cada lugar, de acuerdo a sus propias percepciones de justicia y a sus posibilidades económicas reales.

Así pues, para finalizar nuestro estudio resulta conveniente a continuación adentrarnos al estudio de la asistencia jurídica gratuita desde la perspectiva del Derecho Constitucional y siempre tomando como referencia los principios de eficiencia y equidad que la misma Constitución española de 1978 recoge.

CAPÍTULO IV

DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA A LA LUZ DE LA EFICIENCIA Y LA EQUIDAD

1. Características constitucionales de la asistencia jurídica gratuita (artículo 119 de la constitucional)

Hasta el momento hemos visto que la asistencia jurídica gratuita, concebida como una actividad prestacional que debe ser garantizada por parte del Estado, logra justificarse sobre la base de criterios estrictamente económicos y de equidad que redundan en la maximización del bienestar social a través de la promoción del acceso generalizado a los sistemas de solución de conflictos jurídicos y, en un sentido estricto, a los esquemas constitucionales adoptados de impartición de justicia. Ahora se hace pertinente tratar de conciliar lo antes analizado con lo preceptuado por la Constitución española tanto por lo que se refiere a la asistencia jurídica gratuita propiamente hablando, como a la exigencia de introducir criterios de eficiencia y de equidad en el cumplimiento de las tareas y los objetivos públicos que la propia Constitución establece.

Nuestro punto de partida lo constituye, como no podía ser de otra forma, el artículo 119 constitucional, mismo que, como cabe recordar, establece que “La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley, y, en cualquier caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”.

Sobre el particular, es necesario advertir que el citado precepto constitucional se inserta dentro del Título VI Del Poder Judicial y no así, como cabría esperar, dentro del Título I De los Derechos y Deberes Fundamentales, dentro del cual se contemplan los derechos fundamentales y libertades de los individuos así como algunas de las instituciones más representativas del Estado social de derecho, como son los llamados “principios rectores de la política social y económica”. Sin embargo, la exclusión de la asistencia jurídica gratuita del Título I de la Constitución y, en consecuencia, de los mecanismos de protección y garantía a que se refiere el artículo 53 CE, no es óbice para considerarla como un verdadero derecho subjetivo de naturaleza pública y social, de rango constitucional, cuyo alcance tiene un contenido real y efectivo, mismo que deviene no sólo de su propia inclusión en el texto fundamental sino también de su carácter instrumental que permite ejercer de manera efectiva el derecho fundamental de tutela judicial (artículo 24 CE) y, por ende, los demás derechos consagrados por el sistema jurídico.

Para desarrollar esta idea, misma en la que se condensa la dimensión constitucional de la asistencia jurídica gratuita y que atiende básicamente a la fuerza normativa que se deriva de su inclusión en el artículo 119 constitucional, es necesario destacar algunos aspectos fundamentales que la caracterizan: en primer lugar, su carácter prestacional, cuyo presupuesto de efectividad descansa primordialmente en las disponibilidades presupuestarias y en la idea de que su contenido es moralmente recto; en segundo lugar, su naturaleza instrumental (con especial énfasis en su

relación con el derecho fundamental de tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 constitucional, cuyo corolario descansa en el derecho de acceso a la justicia); y, finalmente, su carácter de derecho de configuración legal y, por ende, de fácil mutabilidad. Todo lo cual nos lleva a considerar a la asistencia jurídica gratuita como un derecho subjetivo, cuya nota característica, misma que le otorga el carácter de “social”, consiste en que es un derecho de prestación en su sentido estricto, esto es, en palabras de Álvarez Ledesma (2007, p. 5), que no sería necesario si todos tuvieran la suficiente capacidad económica para acceder al sistema de medios jurisdiccionales y no jurisdiccionales por virtud de los cuales las instituciones del Estado prevén, amparan y sancionan cualquier acto u omisión que pudiera vulnerar o vulnerar sus intereses jurídicamente tutelados, con igualdad de armas frente a su adversario.

1.1 Su carácter prestacional

En la dogmática constitucional española prácticamente existe el consenso de incluir en el catálogo de los derechos sociales a lo que la propia Constitución española denomina “Principios Rectores de la Política Social y Económica”, esto es, vivienda, educación, sanidad, sistema de pensiones y jubilaciones, entre otros. Pero pocas veces o, incluso, ninguna, incluyen dentro del catálogo de los derechos sociales a la asistencia jurídica gratuita, lo cual resulta comprensible si consideramos su ubicación dentro de la estructura de la propia

Constitución¹⁶⁵. Ello, ciertamente, no implica que le nieguen tal carácter sino tan sólo que la omitan en una enumeración enunciativa mas no limitativa. Por el contrario, tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como la dogmática especializada en analizar esta institución, básicamente siempre dentro de un enfoque marcadamente jurídico procesal, no dudan en asignarle el carácter de derecho social con un claro contenido prestacional.

Este calificativo de derecho social aplicado a la asistencia jurídica gratuita es admisible si tomamos en consideración lo dispuesto en nuestro primer Capítulo, en el sentido de que la asistencia jurídica gratuita, tal como se encuentra regulada en el sistema jurídico español hoy vigente, sólo puede entenderse en el marco de las transformaciones del Estado social de Derecho y, con ello, en el propio concepto de los derechos sociales. Ciertamente, la determinación de este último concepto no es sencillo pues, como advierte Prieto Sanchís (1995, p. 12), “los criterios que se suelen ofrecer para delimitar los perfiles de los derechos sociales son tan variados como heterogéneos, dando lugar cada uno de ellos a listas o elencos diferentes”¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Cabe decir que CASCAJO CASTRO (1992, p. 18) constituye una clara excepción a lo antes dicho, toda vez que hace alusión expresa a la relación entre la idea del Estado social de Derecho y la consecuente regulación jurídica de las oportunas garantías materiales que exige el ejercicio y disfrute de un derecho constitucional, como es, precisamente, el de asistencia de letrado en los procesos judiciales.

¹⁶⁶ En el mismo sentido se ha pronunciado CASCAJO CASTRO (1988, p. 47) al afirmar que “Quien se aproxime al estudio de la figura de los derechos sociales, desde una perspectiva dogmática, tiene la impresión de encontrarse con uno de los conceptos más inciertos y menos unívocos del derecho público. [...]”. “Parece,

Sin embargo, a pesar de la gran diversidad de enfoques y de posturas, a veces encontradas, respecto de la delimitación de los derechos sociales y muy especialmente respecto de su carácter normativo, todos ellos admiten un común denominador, usualmente plasmado a través de un análisis comparativo respecto de los derechos civiles y políticos, esto es, los derechos fundamentales tradicionales. En este sentido, la diferencia más palpable entre ambas categorías consiste en el hecho de que su reconocimiento jurídico al más alto nivel, no sólo es posterior al desarrollo técnico-jurídico de estos últimos, sino que además su propia conceptualización y consiguiente positivización se encuentra estrechamente vinculada al reconocimiento de ciertas necesidades materiales surgidas por el reparto desigual de la riqueza. Como señala Pérez Luño (2001, p. 223), los derechos sociales importan el reconocimiento de que “el individualismo, así como el apoliticismo y neutralidad del Estado liberal de Derecho, no podía satisfacer la exigencia de libertad e igualdad reales de los sectores social y económicamente más deprimidos.” Con ellos, afirma Cascajo Castro (1992, p. 22), “se pretende superar la teoría liberal del Estado de Derecho, para hacerse eco de las concepciones institucional y

en principio, que se trata de una ambigua figura empírica, con particular contenido sociológico y económico, de la que resulta difícil precisar su significado jurídico.”

También, sobre “la multivocidad ideológica” y las diversas alternativas que admite la incorporación del vocablo “social” en la Constitución española de 1978, puede consultarse la obra de Ángel GARRORENA (1984, p. 29 y ss.). BENDA (2001, p. 524) también se pronuncia sobre la diversidad de interpretaciones y enfoques que admite el vocablo “social”, pero advierte que “tales diferencias de interpretación no suponen que existan encontrados antagonismos, tan sólo que hay diversidad de posiciones y acentos.”

axiológica de los derechos fundamentales, que buscan arbitrar garantías materiales más consistentes para la tutela de los mismos.”

En otras palabras, los derechos sociales se constituyen en verdaderas garantías constitucionales frente a la desigualdad y, en ese sentido, son una proyección del principio de igualdad sustancial plasmado en el artículo 9.2 de la CE y de la prohibición del trato discriminatorio que consagra el artículo 14¹⁶⁷.

Cabe decir que la concepción de los derechos sociales, en los que sobresalen, como afirma Cascajo Castro (1988, pp. 29 y 30), los intereses públicos, supone necesariamente la existencia del Estado como forma de organización política que garantiza no sólo la satisfacción de necesidades básicas sino el fortalecimiento de las clases más débiles históricamente reconocidas. De esta forma, en expresión de Prieto Sanchís (p. 14 y ss.), la determinación de los derechos sociales depende en gran medida del grado de desarrollo de las fuerzas productivas, del nivel de riqueza alcanzado por el conjunto social, de la escasez relativa de ciertos bienes e incluso de la sensibilidad cultural que convierte en urgente la satisfacción de

¹⁶⁷ Ángel GARRORENA (1984, p. 48 y ss.) destaca que la aceptación de la igualdad, concebida como una corrección de las desigualdades sociales, prevista por los artículos 9.2 y 14 de la CE, puede considerarse como una de las primeras proyecciones de la calificación de “Estado social” en el texto constitucional y, sin lugar a dudas, constituye uno de los valores superiores llamados a inspirar el ordenamiento jurídico.

Por su parte, CASCAJO CASTRO (1992, p. 23) destaca, de manera acorde a la jurisprudencia de los primeros años del Tribunal Constitucional, que la voz de Estado social de Derecho, prevista en el artículo 1.1 CE constituye un principio de carácter abierto e informador, “que encuentra con mucha frecuencia su primer y más próximo correlato en el mandato constitucional expresado en el artículo 9.2 del texto vigente.”

algunas necesidades. Así pues, como continúa indicando el citado autor, no estamos en presencia de derechos racionales, de pretensiones que puedan postularse a favor de todo individuo cualquiera que sea su situación social, sino de derechos históricos cuya definición requiere una decisión previa acerca del reparto de los recursos y de las cargas sociales que obviamente no pueden adoptarse en abstracto ni con un valor universal. Así, de acuerdo con Prieto Sanchís (p. 17), “los derechos sociales no pueden definirse ni justificarse sin tener en cuenta los fines particulares, es decir, sin tener en cuenta entre otras cosas las necesidades [...]; y, por ello tampoco son concebibles como derechos universales en el sentido de que interesen por igual a todo miembro de la familia humana, ya que se formulan para atender carencias y requerimientos instalados en la esfera desigual de las relaciones sociales.”

Evidentemente esta conceptualización de los derechos sociales no implica que sea el Estado quien asuma de manera directa la satisfacción de las necesidades materiales de los individuos situados en una posición desaventajada y, de manera general, tampoco asume que los derechos sociales tengan necesariamente un contenido prestacional. Simplemente se caracterizan por representar las aspiraciones para fortalecer la posición de aquellos individuos que se consideran en situación de desventaja, de tal forma que en este sentido *lato*, los derechos sociales pueden llegar a constituir tanto obligaciones positivas del Estado (de carácter prestacional o asistencial) como obligaciones negativas o de abstención y, en este sentido, con una configuración semejante a la de los derechos de

libertad tradicionales. Sin embargo, es verdad que uno de los rasgos que usualmente se utilizan para caracterizar a los derechos sociales consiste precisamente en su contenido prestacional, pues es este rasgo el que logra evidenciar, fuera de todo margen de duda, las transformaciones que sufre la posición del Estado liberal decimonónico frente al Estado social, mismo que implica una participación activa frente a los particulares.

En palabras de Alexy (1993, p. 482), “los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría obtenerlo también de particulares.” De esta forma, de acuerdo con García-Pelayo (1991, p. 35), ahora no se trata sólo de la distribución de potestades o derechos formales, o premios o castigos, ni tampoco de crear el marco general de la distribución de los medios de producción, sino que se trata también “de un Estado de prestaciones que asume la responsabilidad de la distribución y redistribución de bienes y servicios económicos.” De ahí que el cumplimiento de estos derechos de carácter prestacional dependa en gran medida de la capacidad financiera del Estado pues, también en términos de García-Pelayo (p.35) “para distribuir permanentemente algo no sólo hay que tener poder de disposición sobre ese algo, sino también asegurar su producción y reproducción.”

Así pues, los derechos sociales difícilmente pueden hacerse efectivos de manera directa por el solo mandato constitucional, toda vez que

requieren de un desarrollo legislativo que organice propiamente todo el sistema de prestación, que va desde la asignación presupuestaria de los recursos financieros necesarios para su implementación hasta la distribución, sea entre los poderes públicos o los propios particulares, de las tareas encomendadas para cumplir con los fines perseguidos por tales derechos. En palabras de Prieto Sanchís (p. 19), “estos [...] derechos requieren un previo entramado de normas de organización, [...], que a su vez generan una multiplicidad de obligaciones jurídicas de distintos sujetos, cuyo cumplimiento conjunto es necesario para la plena satisfacción del derecho.” Esto es, que necesariamente se constituyen en derechos de configuración legal, sujetos a las disponibilidades presupuestarias del Estado.

Ciertamente la sola caracterización de los derechos sociales como derechos prestacionales ha generado cierta reticencia por parte de la doctrina constitucional, pues ni todos los derechos sociales tienen un contenido prestacional, ni todos los derechos con contenido prestacional admiten el carácter de social, por lo que gran parte de ella se ha avocado a establecer con precisión la distinción entre derechos sociales en sentido amplio y derechos prestacionales de carácter social en un sentido restringido¹⁶⁸.

Sin embargo, obviando las grandes disquisiciones que se han presentado respecto de la conceptualización de los derechos sociales frente a los derechos civiles y políticos, podemos afirmar categóricamente que la asistencia jurídica gratuita es tanto un

¹⁶⁸ Cfr. PRIETO SANCHÍS (1995); VICENTE JIMÉNEZ (2006); entre otros.

derecho social *lato sensu* como un derecho social de contenido prestacional. Se trata de un derecho social en tanto que su origen obedece necesariamente al reconocimiento de una necesidad concreta que interesa a personas claramente especificadas, esto es, a aquéllas que por su situación económica se ven incapacitadas para acceder a ciertos servicios (tanto públicos –como lo es la administración de justicia–, como privados –principalmente los servicios de asesoría y defensoría en juicio–); y, asimismo, presenta un carácter marcadamente prestacional en tanto implica una acción positiva del Estado para proveer de ciertos bienes y servicios que por razones económicas, de escasez de recursos, no pueden ser adquiridos a través del mercado.

De esta forma, no basta una simple abstención u omisión por parte del Estado sino que es necesario que el Estado, sea a través de los poderes públicos o mediante los particulares subsidiados por el Estado, en atención a situaciones tanto de interés público como de interés privado, brinde efectivamente una prestación que, en este caso, consiste en otorgar los servicios jurídicos y técnicos necesarios, así como la exención de cuotas o cobros, para entablar y defenderse en un posible litigio en igualdad de condiciones que su contraparte. Cabe advertir que esta condición de la asistencia jurídica gratuita es precisamente la que nos permite observar su distanciamiento con el ya añejo concepto de “beneficio de pobreza”, mismo que descansa en un sentido de caridad cristiana, al que nos hemos referido en nuestro primer Capítulo.

El derecho consagrado por el artículo 119 constitucional admite la naturaleza de derecho social con contenido prestacional y, con ello, se constituye en un “derecho de naturaleza compuesta” (Cascajo Castro, 1988, pp. 52 y ss.). Parafraseando las ideas de este autor, por una parte se articula en una posición subjetiva de ventaja a favor del particular (en este caso para quien demuestre la insuficiencia de recursos para litigar) y de otro, cristaliza una garantía objetiva de carácter institucional, con su aspecto ineludiblemente organizativo, que involucra tanto a los poderes públicos como a los particulares, sea en lo individual, como prestadores de servicios o, en lo colectivo, a través de sus organizaciones gremiales.¹⁶⁹

Precisamente esta concepción de la asistencia jurídica gratuita es lo que nos permite reafirmar la posición que hemos sostenido en nuestro primer Capítulo en el sentido de que la asistencia jurídica gratuita debe enmarcarse dentro del contexto del Estado de bienestar o, en términos propios de la ciencia jurídica constitucional, del Estado social de Derecho. De esta forma, la asistencia jurídica gratuita se constituye, de acuerdo con Sen (2000, p. 57 y ss.) por lo que hace a su referencia respecto de las instituciones sociales

¹⁶⁹ Como señala CASCAJO CASTO (1988, p. 67) “Aunque en la construcción habitual [de los derechos sociales de carácter prestacional]..., aparece el Estado *a parte debitoris* de la relación jurídica que vincula a los destinatarios obligados por la misma, lo cierto es que también los terceros particulares pueden venir afectados por esa situación. Se dice con razón que, con frecuencia, el Estado realiza sus obligaciones sociales no ya ejecutando directamente las correlativas prestaciones, sino más bien imponiendo su cumplimiento a otros sujetos.” De ahí que el proceso de desjudicialización en la parte institucional de la asistencia jurídica gratuita, operado a través de la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, y sobre lo cual nos hemos referido detenidamente en nuestro Capítulo I, no la excluya de su naturaleza de derecho social prestacional.

propias del Estado de bienestar, en una libertad instrumental de las oportunidades sociales y de la seguridad protectora que tiende a contribuir a la capacidad de las personas para vivir más libremente, para vivir como les gustaría.

Así, la asistencia jurídica gratuita implica una de tantas formas, inscritas bajo la égida de la cláusula del Estado social de Derecho (previsto en el artículo 1º de la CE), en que la Constitución española reconoce implícitamente los límites a los que se sujeta necesariamente el mercado en la distribución de los recursos, sin que ello implique, evidentemente, una negación al sistema de economía de mercado y, con ello, a la posibilidad de que los servicios jurídicos y técnicos requeridos para un adecuado proceso judicial estén insertos en el mercado.

De hecho, como evidencia Garrorena (1984, p. 43) en un estricto análisis de la doctrina constitucional, el Estado social, en cuanto Estado asistencial o prestacional, si bien interviene en la distribución de recursos (en forma de prestaciones, subvenciones, servicios, etc.), lo hace “a costa de dejar intactas todas las contradicciones operadas en el momento de la producción o, lo que es lo mismo, todas aquellas que están ligadas de forma indisoluble al modo de ser del sistema de producción capitalista.” De tal forma que el Estado, mediante la implementación de la asistencia jurídica gratuita, coadyuva con el mercado de servicios jurídicos a efecto de otorgarles un alcance claramente universal, en el sentido de que

todas las personas, sea precisamente mediante el mercado o mediante la asistencia del Estado, puedan acceder a ellos.

Ahora bien, como veremos a continuación, el hecho de que la asistencia jurídica gratuita participe de la naturaleza de derecho social con contenido prestacional y que, por ende, su prestación dependa en gran medida de la disponibilidad de recursos presupuestarios, esto es, con un contenido significativamente de carácter económico, no es óbice para reconocer que la misma se encuentra en una posición peculiar si no privilegiada frente a otros derechos sociales comprendidos entre los *principios rectores de la política social y económica* del Capítulo III, toda vez que, como veremos a continuación, se encuentra estrechamente vinculada a los derechos fundamentales que se consagran en el artículo 24 constitucional, entre los que se incluyen el derecho a la defensa y a la asistencia letrada, entre otros. Esto se hace especialmente relevante en cuanto a los mecanismos implementados para su protección, puesto que además de que el Tribunal Constitucional puede tener conocimiento de la misma a través del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad, cabe la posibilidad del amparo si se vincula explícitamente con los derechos consagrados por el citado artículo 24 constitucional.

1.2 Su carácter instrumental

De acuerdo con Benda (2001, pp. 505 y 506), en la concepción de los derechos fundamentales se ha cobrado recientemente conciencia de

la importancia que, junto al respeto a la libertad individual, tiene el procedimiento en las decisiones estatales. En este sentido, prácticamente todas las constituciones del mundo occidental moderno y, particularmente, la Constitución española, han recogido dentro de su texto ciertos derechos fundamentales con proyección procesal que permiten inferir el principio de que será garantizado al individuo un proceso en regla. Evidentemente, como advierte el autor en cita, estas garantías procesales no sólo significan el respeto a todas las reglas del juego, que es algo que todo el mundo entiende, sino que además responden a la necesidad de garantizar a las partes contendientes en litigio la igualdad de armas.

En el caso de la Constitución española este objetivo fundamental se recoge principalmente, aunque no de manera exclusiva, en lo dispuesto por el artículo 24 constitucional, mismo que a la letra establece lo siguiente:

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.
2. Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

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

Como puede observarse, el citado precepto constitucional contempla tanto el derecho a la jurisdicción como el derecho a la defensa y a la asistencia de letrado, los cuales, entre otras cosas, conforman lo que se ha denominado genéricamente el derecho a la tutela judicial efectiva.

Evidentemente el alcance de este derecho es muy extenso, especialmente por la amplitud que supone el calificativo de efectividad de la tutela, mismo que denota, en términos de Almagro (1983, p. 30), “la expeditividad de la tutela, o sea, [...] las facilidades para la obtención de la misma; [...] la ausencia de obstáculos que impidan o demoren la prestación de la tutela.” En palabras de López Aguilar (1996, p. 56), la efectividad de la tutela implica que la protección de los derechos consagrados por el orden jurídico no sea meramente retórica, simbólica o declarativa, sino que debe ser efectiva en la medida en que posibilite la corrección de la vulneración del derecho, restituya al sujeto lesionado en la integridad de su disfrute y restablezca la situación jurídica ajustada. En ese sentido, la tutela judicial efectiva abarca todas las circunstancias que pudieran presentarse desde la mera posibilidad de acceder al sistema jurisdiccional hasta, en su caso, la resolución del conflicto jurídico concreto mediante la aplicación de la ley.

Como señala Almagro (1983, p. 29), la obtención de la tutela cuya efectividad se promete se produce tan luego se consigue una resolución definitiva y firme que, si bien, puede consistir en una sentencia que atienda el fondo del asunto debatido (como sería la sentencia definitiva que pone fin al conflicto jurídico), puede no llegar a hacerlo ante la carencia del cumplimiento de determinados requisitos exigidos por las leyes procesales, siempre y cuando dichos requisitos no puedan llegar a considerarse restrictivos o excesivos de tal forma que vulneren el derecho de acceso a la justicia¹⁷⁰.

En ese mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, en su conocida sentencia 19/1981, de 8 de junio de ese mismo año, en la cual manifestó que el artículo 24 CE reconoce el derecho a la jurisdicción, es decir, a promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas, en el entendido de que esa decisión no tiene por qué ser favorable a las peticiones del actor y que, aunque normalmente recaiga sobre el fondo, puede ocurrir que no entre en él por diversas razones, entre las que incluso se encuentra la falta de competencia

¹⁷⁰ A manera de ejemplo cabe destacar lo dispuesto por la sentencia 3/1983, del 25 de enero, emitida por el Tribunal Constitucional en atención a una cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto del artículo 170 del Real Decreto legislativo 1568/1980, de 13 de junio, texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, mediante el cual se exigía a la parte perdedora en juicio de carácter laboral (referida al empleador) la consignación del importe de la condena, así como su incremento por un 20 por 100, mismo que se constituía en un presupuesto necesario para interponer algún recurso ulterior. En dicha sentencia el Tribunal Constitucional reconoce la inconstitucionalidad del incremento a que alude el citado precepto bajo la consideración de que “cualquiera que sea el destino de esta carga, su cuantía es *desproporcionada y gravosa*, y cumple una función en último extremo sancionadora con base objetiva, y obstaculiza gravemente el derecho a la tutela judicial en su aspecto de acceso al recurso [...]”.

del órgano judicial. Ello supone que el artículo 24.1 constitucional no puede interpretarse como un derecho incondicional a la prestación jurisdiccional, sino como un derecho a obtenerla siempre que se ejerza por las vías legales establecidas¹⁷¹.

Por su parte, la asistencia jurídica gratuita, como hemos señalado en repetidas ocasiones, supone un derecho constitucional que debe reconocerse a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar a efecto de que nadie quede privado del acceso a la justicia por falta de recursos económicos. Así pues, como puede observarse, tanto el derecho a la jurisdicción como la propia asistencia jurídica gratuita tienen un objetivo en común consistente en evitar un posible estado de indefensión y, con ello, promover la materialización efectiva de otros derechos. Ambos presentan como último fundamento el derecho generalizado a la defensa de todos los demás derechos consagrados por el orden jurídico y, por ende, se les reconoce un carácter eminentemente instrumental. La asistencia jurídica gratuita se trata pues de un derecho que es concreción y garantía de ejercicio de otros derechos fundamentales.

Sin embargo, es necesario puntualizar que mientras la tutela judicial efectiva comprende la remoción de todos los obstáculos que pudieran presentarse dentro del sistema de impartición de justicia, la asistencia jurídica gratuita se reduce a la atención del obstáculo económico que supone el coste de la justicia ante la escasez de

¹⁷¹ Sobre el particular también pueden consultarse las SSTC 105/2008, del 15 de septiembre; 87/2000, de 27 de marzo, y; 112/1996, de 24 de junio.

recursos suficientes para litigar. Pero en ambos casos no debe olvidarse, para su recta interpretación constitucional, que aunque no haya en la Constitución una referencia explícita al principio de libre acceso a la justicia éste constituye el sustrato explicativo que subyace en los artículos 24 y 119 constitucional. Ello implica que la remoción del obstáculo económico, a través de la asistencia jurídica gratuita, sea, sin lugar a dudas, un elemento necesario, mas no exclusivo, para la efectividad del derecho a la tutela judicial.

En ese sentido, de acuerdo con Martín Contreras (2009, p. 38), si el artículo 24 de la Constitución instituye como derecho fundamental el acceso libre a los tribunales de justicia como fórmula de materialización del derecho a la tutela judicial efectiva, difícilmente podría llevarse a cabo por parte de quienes no tienen recursos suficientes para poder abonar los costes de un abogado, de un procurador o de otros profesionales, cuya participación en el proceso se hace preceptiva por exigencia legal o, en su caso, necesaria por la dificultad del proceso o por la complejidad del caso litigioso.

Por su parte, el derecho a la defensa y asistencia de letrado a que se refiere el artículo 24.2, si bien tiene una connotación muy amplia en el sentido de significar que cualquier persona involucrada en un proceso jurisdiccional, sea de manera activa o pasiva, tiene derecho a la asesoría, defensa u orientación por parte de un letrado a efecto de preparar y formalizar sus pretensiones jurídicas, se relaciona de manera directa con la asistencia jurídica gratuita cuando el litigante carece de medios económicos, en cuyo caso está en posibilidad de

pedir que se le nombre un abogado de turno de oficio. Sin lugar a dudas un aspecto fundamental de la asistencia jurídica gratuita consiste en el derecho a la defensa y orientación letrada de oficio a todo lo largo y en el curso del proceso, así como en los recursos jurisdiccionales legalmente pertinentes.

De esta forma, el artículo 24 y el artículo 119 de la Constitución española se constituyen en realidades inescindibles, para las que la asistencia jurídica gratuita es un instrumento más, de singular importancia, con miras al cumplimiento de los fines pretendidos por el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa y asistencia de letrado, cuyo corolario no es otra cosa que el derecho de acceso a la justicia¹⁷². Así pues, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional en sus sentencias 16/1994, de 20 de enero; 117/1998, de 2 de junio; 183/2001, de 17 de septiembre; 95/2003, de 22 de mayo; y 9/2008, de 21 de enero, fundamentalmente, la gratuidad de la justicia es instrumento y concreción de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la asistencia letrada, por lo que no se trata sólo de un derecho que garantice los intereses de los particulares, sino también los intereses generales de la justicia en tanto que tiende a asegurar los principios de contradicción e igualdad procesal entre las partes y a facilitar así al órgano judicial

¹⁷² En el caso de la asistencia jurídica gratuita es clara la estrecha vinculación que presenta con el artículo 24 constitucional que consagra “la tutela judicial efectiva”. De hecho la propia Exposición de Motivos de la LAJG reconoce dicho vínculo al mencionar como corolarios de la concepción social o asistencial del Estado Democrático de Derecho precisamente a los artículos 24 y 25 de la CE y, acto seguido, mencionar al artículo 119 constitucional en congruencia o “lógica coherencia” con los contenidos de estos preceptos constitucionales.

la búsqueda de una sentencia ajustada a Derecho, “aunque sin duda su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar”.

Ahora bien, no obstante la estrecha relación que presentan la tutela judicial efectiva y la asistencia jurídica gratuita no debe perderse de vista que se trata de dos derechos que si bien coexisten entre sí y se relacionan en varios aspectos, especialmente por referirse al mismo “fenómeno social con relevancia jurídica” como lo es el proceso jurisdiccional, presentan un contenido material propio y, hasta cierto punto, independiente. Tan es así que mientras que la tutela judicial efectiva se dirige sin excepción a cualquier persona y hace referencia en un sentido extenso a evitar cualquier obstáculo que impida el libre acceso a la jurisdicción y a la impartición de justicia (como la dilación en el proceso, la rigurosidad de los presupuestos procesales, la independencia e imparcialidad de los juzgadores, entre otros), la asistencia jurídica gratuita se reduce a un sector específico de la población como son aquellas personas que carecen de recursos suficientes para litigar y que, sólo por disposición legal, se extiende a la asesoría jurídica previa a juicio. En otras palabras, mientras que el derecho consagrado por el artículo 24 constitucional involucra todos los ámbitos relativos al debido ejercicio del derecho a la jurisdicción, la asistencia jurídica gratuita se limita a sortear el

obstáculo económico que supone la litigación y, en un sentido extenso, la resolución de los conflictos jurídicos.

Esto puede explicarse en el sentido de que mientras la tutela judicial efectiva se inspira en el más alto valor de libertad y de igualdad formal (esto es, igualdad ante la ley), la asistencia jurídica gratuita se constituye en un precipitado más de la dimensión social del Estado que atiende, de manera concreta, el principio de igualdad material, cuyo elemento significativo y diferenciador consiste precisamente en *la gratuidad*. Evidentemente, como puntualiza Rodríguez García (2000, p. 45) en atención tanto a consideraciones doctrinales como de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la Constitución española no proclama en ningún momento la gratuidad de la Administración de Justicia, como incluso lo demuestra la reintroducción, aunque limitada, de las tasas judiciales mediante la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, “sino un derecho a la gratuidad de la justicia en los casos y en la forma que el legislador determine”.

Esta situación nos lleva a considerar la tercera característica del derecho consagrado por el artículo 119 constitucional, consistente en que tal como se encuentra redactado el citado precepto constitucional, la asistencia jurídica gratuita se constituye en un derecho de configuración legal, esto es, que su organización y funcionamiento se encuentran reservados a la legislación ordinaria.

1.3 Su carácter de derecho de configuración legal

El carácter de configuración legal de la asistencia jurídica gratuita se desprende del primer inciso del multicitado artículo 119 del texto constitucional al afirmar que “la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley”. No se trata, así pues, de un derecho absoluto e ilimitado sino de un derecho cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio corresponde delimitarlos al legislador, atendiendo, en términos del Fundamento Jurídico 3º. de la sentencia 16/1994 antes comentada, “a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disposiciones presupuestarias”. En este sentido, el legislador podrá, continúa indicando la sentencia en comento, “atribuir el beneficio de justicia gratuita a quienes reúnan las características y requisitos que considere relevantes, podrá modular la gratuidad en función del orden jurisdiccional afectado -sea penal, laboral, civil, etc.- o incluso del tipo concreto del proceso y, por supuesto, en función de los recursos económicos de los que pueda disponer en cada momento”, a lo que cabría agregar la facultad legislativa de establecer con precisión los gastos a cuya exención, sea total o parcial, se tiene derecho.

Ciertamente el carácter de derecho de configuración legal que preceptúa el artículo 119 constitucional deviene de su propia naturaleza de derecho social y más específicamente, de su carácter prestacional, en tanto que, como establece Hesse (2001, p. 98), este tipo de derechos presentan una estructura distinta de los tradicionales derechos de libertad e igualdad. No se hacen ya

efectivos por el hecho de que se respeten o amparen sino que se requiere de antemano, y en cualquier caso más que en los derechos fundamentales tradicionales, acciones del Estado tendentes a realizar el programa contenido en ellos. De esta forma, para que éstos últimos adquieran una verdadera significación práctica, de la que se deriven pretensiones jurídicas bien delimitadas e invocables ante los poderes públicos, se requiere un actuar del Estado que, en este caso, implica, al menos en un primer momento, el ejercicio de su función legislativa.

Lo anterior no significa otra cosa más que el legislador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad para delimitar y, en su caso, fijar el alcance de la prestación que la propia Constitución garantiza respecto de los derechos sociales y, concretamente, de la asistencia jurídica gratuita. De esta forma, el artículo 119 constitucional fija, pues, un marco muy flexible y de fácil mutabilidad, de modo que caben muy diversas formas de estructurar a la asistencia jurídica gratuita¹⁷³. Como apunta Muñoz Machado, *et. al.* (1997, p. 30), en seguimiento a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los derechos que gozan de estas características, entre los que a nuestro parecer cabe incluir a la asistencia jurídica gratuita, “pueden sufrir modificaciones, e incluso reducirse el nivel de las prestaciones por consideraciones de política económica.” Pero, como afirma Prieto

¹⁷³ Como ha puesto de manifiesto RODRÍGUEZ GARCÍA (2000, pp. 20 a 24), el Consejo General del Poder Judicial, a través del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha considerado que el artículo 119 constitucional no exige una reserva de ley orgánica, sino una reserva de ley ordinaria, conclusión a la que se llega interpretando los términos “desarrollo” del artículo 81, “regulación del ejercicio” del artículo 53.2 CE y “afectación” del artículo 86 CE.

Sanchís (p. 45), en ningún caso la exigencia de desarrollo legislativo vacía de contenido constitucional a este derecho prestacional, ni siquiera impide que pueda apreciarse en él una dimensión subjetiva”.

De ahí que el margen de discrecionalidad que se le concede al legislador para determinar el contenido prestacional de la asistencia jurídica gratuita no sea absoluto e ilimitado, pues en cualquier caso el legislador se encuentra sujeto a los límites que establece el propio texto constitucional, esto es, que el legislador debe en cualquier caso respetar los principios y objetivos que se especifican en la propia Constitución. Dichos objetivos no sólo se encuentran dispersos dentro del texto constitucional (siendo de especial relevancia para los efectos de esta tesis los principios de equidad y eficiencia en la programación y ejecución del gasto público como veremos en su oportunidad), sino que, además, y de manera muy concreta es necesario atender al propio análisis del artículo 119 constitucional, en su interrelación con el artículo 24 constitucional antes referido, a efecto de determinar cuál es el “contenido constitucional indisponible” de la asistencia jurídica gratuita.

En la teoría constitucional moderna se ha discutido muy prolijamente sobre cuáles son los límites que vinculan al legislador al momento de proceder a configurar un derecho constitucionalmente garantizado. Para ello se han utilizado diversas fórmulas que van desde la garantía del contenido esencial propia de la doctrina y la jurisprudencia alemana y española (como también puede observarse

en el artículo 53.1 de la CE) hasta el principio de razonabilidad de las leyes que emplea la jurisprudencia constitucional en Argentina, como afirman Serna y Toller (2000, p. 45 y ss.). Pero, como puntualizan dichos autores, en ambas vertientes se presenta una cierta analogía en el sentido de que “afectar el contenido esencial de un derecho es ir en contra de la regla de razonabilidad o, con otras palabras, alterar el propio derecho.” Así pues, en ambos casos se pretende salvaguardar un ámbito inexpugnable de ejercicio razonable de un derecho que, una vez definido en general y determinado en las circunstancias concretas, es absoluto, inexcusable, y no puede ser dejado de lado por razones utilitarias¹⁷⁴. Como señalan Serna y Toller (p. 42), en cualquier caso

¹⁷⁴ Sobre la determinación del contenido esencial de los derechos consagrados por el Capítulo II del Título I, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en múltiples ocasiones. Una de las sentencias más representativas al respecto es la 11/1981, de 8 de abril, relativa al recurso de inconstitucionalidad promovido en contra de diversos preceptos del Real Decreto-ley 17/77, de 4 de marzo de dicho año, mediante el cual se regula el derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo, no sólo por ser la primera en manifestarse respecto del contenido esencial sino porque sienta las bases definitivas, hasta el momento, para su interpretación.

De conformidad con la referida sentencia se pueden seguir dos caminos “complementarios” para la determinación del contenido esencial. El primero de ellos consiste en atender a la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho, de acuerdo con el cual “constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.” El segundo camino posible consiste en tratar de buscar los llamados intereses jurídicamente protegidos, de tal forma que “se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido

se trata de “mirar hacia los límites internos de cada derecho, hacia su naturaleza, hacia el bien que protegen, hacia su finalidad y su ejercicio funcional; es atender a sus respectivos contornos y a sus esferas de funcionamiento razonable.”

En principio, tanto la teoría del contenido esencial como el principio de razonabilidad de las leyes se posicionan enfrente del legislador que tiene como misión regular el ejercicio de algún derecho consagrado constitucionalmente¹⁷⁵. Su objetivo es que dicha regulación no desnaturalice o altere el derecho que la Constitución reconoce, de modo que las normas constitucionales no dependan de la ley sino que se garantice su supremacía. Sin embargo es necesario tomar en consideración, de acuerdo con Pedro Serna (p. 54), que la regla de que los derechos y garantías constitucionales no deben ser alterados no es sólo una garantía específica ante el ejercicio de la función legislativa sino también “una pauta interpretativa: puede y debe ir más allá, y debe ser respetado también por la sentencia judicial”¹⁷⁶.

esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.”

¹⁷⁵ De hecho, como afirma PAREJO ALFONSO (1981, p. 169), la depuración técnica y la positivización de la teoría constitucional sobre el contenido esencial, concebido como una garantía constitucional resistente frente al destino propio de todo texto normativo, nace como consecuencia de la necesidad de reconstruir la vida social y política, tras la experiencia europea saldada con la última guerra mundial, sobre bases y valores que impidiesen su degradación hacia totalitarismos estatistas.

¹⁷⁶ De acuerdo con SERNA y TOLLER (p. 55), “[...] lo que se debe advertir es que la determinación del contenido esencial puede y debe operar como pauta para resolver los aparentes conflictos entre derechos, más allá de su alcance como garantía específica, lo cual no sólo no se opone a lo dispuesto constitucionalmente, sino que resulta consonante con una interpretación

Ahora bien, por lo que se refiere a la asistencia jurídica gratuita prevista por el artículo 119 constitucional es necesario advertir que no se encuentra formalmente dentro del ámbito de aplicación de la garantía del contenido esencial prevista en el artículo 53.1 de la CE, pues ésta se destina exclusivamente para los derechos fundamentales contemplados en el Capítulo Segundo del Título Primero de la propia Constitución. Sin embargo, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado a favor de reconocer un “contenido constitucional indisponible” respecto del artículo 119 constitucional, en analogía respecto de la garantía del contenido esencial, toda vez que se sitúa frente al legislador con el objeto de establecer ciertos límites a su capacidad organizativa a efecto de no desnaturalizar los intereses tutelados por la propia norma constitucional¹⁷⁷.

Sobre el particular resulta ilustrativo mencionar de nueva cuenta la sentencia 16/1994 del Tribunal Constitucional¹⁷⁸, de acuerdo con la cual el contenido constitucional indisponible de la asistencia jurídica gratuita se encuentra en el segundo inciso del artículo 119 constitucional al proclamar que “en todo caso” la gratuidad se reconocerá “a quienes acrediten insuficiencia de recursos para

sistemática de la Constitución y con una visión realista sobre lo que de hecho pueden hacer los jueces cuando aplican las normas constitucionales [...].”

¹⁷⁷ Ya en otras ocasiones el propio Tribunal Constitucional ha establecido una extensión jurisprudencial de la teoría del contenido esencial a los principios rectores de la política social y económica, previstos en el Capítulo Tercero del Título Primero, mediante el reconocimiento de un núcleo indisponible para el legislador. Al efecto puede consultarse la STC 206/1997, de 27 de noviembre, a propósito del sistema de Seguridad Social.

¹⁷⁸ Sobre el contenido y alcance de esta sentencia del Tribunal Constitucional resulta recomendable la consulta de CID CEBRIÁN (1995, p. 298 y ss.).

litigar”. Como se hace notar en dicha sentencia “este inciso recurre a un concepto normativo relativamente abierto o indeterminado, una cláusula general, «insuficiencia de recursos para litigar», cuya concreción también corresponde al legislador dentro del amplio margen de libertad de configuración que es propio de su potestad legislativa. [...] Con todo, a pesar de la indeterminación de la cláusula utilizada, la fórmula constitucional, «en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar», encierra un núcleo indisponible que, sin necesidad de definirlo de forma exhaustiva, supone, sin duda, que la justicia gratuita debe reconocerse a quienes no puedan hacer frente a los gastos originados por el proceso (incluidos los honorarios de los Abogados y los derechos arancelarios de los Procuradores, cuando su intervención sea preceptiva o necesaria en atención a las características del caso) sin dejar de atender a sus necesidades vitales y a las de su familia, al objeto de que nadie quede privado del acceso a la justicia por falta de recursos económicos. Dicho en otras palabras, deben sufragarse los gastos procesales a quienes, de exigirse ese pago, se verían en la alternativa de dejar de litigar o poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia personal o familiar.”¹⁷⁹

Como puede observarse en dicha sentencia, el Tribunal Constitucional no establece concretamente en qué consiste el

¹⁷⁹ El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, y siempre en el mismo sentido, sobre el contenido constitucional indisponible que se deriva del artículo 119 constitucional, como puede observarse en las SSTC 117/1998, de 2 de junio, 144/2001, de 18 de julio, 183/2001, de 17 de septiembre, 95/2003, de 2 de mayo, 180/2003, de 13 de octubre, 127/2005, de 23 de mayo, 217/2007, de 8 de octubre, y 9/2008, de 21 de enero.

contenido mínimo indisponible del derecho a la asistencia jurídica gratuita, sino que se limita a vincularlo con el derecho a la jurisdicción y su corolario, esto es, el acceso a la justicia, a efecto de que el Estado se asegure, en cualquier caso, de que la pobreza y el coste de la litigación no se constituyan en obstáculos para su ejercicio. De hecho, el máximo órgano constitucional expresamente elude el compromiso de definir específicamente cuál es ese contenido indisponible argumentando el carácter innecesario de tal tarea, lo cual se torna comprensible si atendemos a la característica de pluralidad y de adaptación histórica que circundan a esta institución. Como la propia sentencia lo hace notar, la configuración legal de la asistencia jurídica gratuita debe sujetarse a los “intereses públicos y privados implicados y a las concretas disposiciones presupuestarias.”

De esta manera, el problema de la determinación del contenido mínimo indisponible de la asistencia jurídica gratuita se desplaza a la determinación del criterio que nos permita establecer cuándo existe una verdadera “insuficiencia” de recursos para litigar que puedan originar un estado de indefensión o la falta de acceso a la justicia, prohibidos por el artículo 24.1 constitucional. Partiendo de este criterio interpretativo será el legislador quien, al menos en un primer momento, determine cuándo se presenta esta insuficiencia, así como los medios necesarios para acreditarla¹⁸⁰.

¹⁸⁰ El entonces magistrado del Tribunal Constitucional, don Julio Diego GONZÁLEZ CAMPOS, en un voto particular formulado con motivo de la STC 16/1994, misma que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad, acertadamente manifestó que si se considera la “insuficiencia de recursos para litigar” del artículo 119 CE,

De ahí que si bien el legislador no tiene un poder omnímodo para legislar en materia de asistencia jurídica gratuita a efecto de no desnaturalizar su finalidad, sí cuenta con un amplio margen de discrecionalidad para desarrollar su libertad de configuración social, a efecto de asegurar el principio del pluralismo político proclamado en el artículo 1.1 de la Constitución y, por ende, congruente con la propia concepción de la Constitución como un “sistema abierto de reglas y principios”¹⁸¹.

De esta forma, el hecho de que el artículo 119 constitucional exija la necesaria implementación de la asistencia jurídica gratuita, garantizando un mínimo indisponible pero, a su vez, remitiendo su

resulta evidente que esta noción por su generalidad y amplitud, no puede ser concretada únicamente mediante un quantum objetivo, tal como lo hacía el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, vigente en ese entonces. De tal forma que el legislador debe tener en cuenta también el elemento subjetivo constituido por las circunstancias personales y familiares del solicitante, pues son éstas las que determinan efectivamente la insuficiencia de recursos para litigar. Cabe advertir que dicho voto particular fue formulado de manera previa al esquema acogido mediante la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, de ahí que amerite una mención especial.

¹⁸¹ Sobre el particular, HESSE (2001, p. 6) destaca que “[...] las normas constitucionales no son completas ni perfectas. Amplios sectores [...], únicamente están ordenados mediante disposiciones de mayor o menor amplitud e indeterminación y algunos ni siquiera quedan ordenados. La Constitución no es un sistema cerrado ni omnicomprensivo; no contiene una codificación, sino un conjunto de principios concretos y elementos básicos del ordenamiento jurídico de la comunidad, para el que ofrece una norma marco. En este sentido es un ordenamiento *abierto*.” En el mismo sentido, BUSTOS GISBERT (2005, p. 47) dice que la noción de “Constitución abierta” resulta adecuada para la Constitución vigente en España por cumplir adecuadamente con los objetivos del Estado democrático constitucional, tanto porque establece principios de legitimidad material caracterizadores del Estado y de las sociedades actuales, como por permitir incluir en su orden material las bases para hacer posible la lucha partidocrática entre proyectos alternativos de realización de los fines constitucionales, esto es, que pueda permanecer abierta al tiempo.

regulación detallada a la legislación ordinaria, presenta claras ventajas, especialmente por lo que se refiere a la posibilidad de adecuarla a la realidad histórica, esto es, a las exigencias tanto sociales, políticas y económicas que han sido heredadas del pasado y que se reflejan en el presente, tomando en consideración las posibilidades fácticas del Estado. De tal forma que la apertura del artículo 119 constitucional permite dotar de ciertos presupuestos de efectividad a la propia asistencia jurídica gratuita pues, como señala Hesse (p. 8), cuando la constitución no es capaz de hacerse con la realidad de un orden configurador y formador de una realidad viva histórica está destinada al fracaso, esto es, en sus palabras “cuando intente aferrarse a formas históricamente superadas o cuando, por el contrario, se proponga una utopía, fracasará inevitablemente ante la realidad”.

Sin embargo, la fácil mutabilidad de la asistencia jurídica gratuita y, con ello, el hecho de que pase a depender de las normas que la regulan o “limitan”, no deja de representar un cierto riesgo, puesto que además de que “una de las funciones secundarias que tiene la ley es el establecer límites a los *Derechos Fundamentales*, es decir, señalar las áreas donde ya no tiene aplicación la protección del derecho fundamental” (Gómez Alcalá, 1997, p. 194), también es importante considerar que el reenvío del desarrollo de la asistencia jurídica gratuita al proceso legislativo supone, como señala García Herrera (1994, p. 138), confiar la materialización de uno de los objetivos propios del Estado Social a la dinámica política. De ahí que la atemperación del riesgo que todo ello implica quede en manos de

la conducta de las personas que participan en la vida constitucional, la disponibilidad de los dirigentes políticos y de los gobernados a aceptar como moralmente imperativo el contenido de la Constitución. Ello depende, de acuerdo con Hesse (p. 9), de que el orden positivizado por la Constitución se considere, entre otras cosas, como “moralmente recto”.

2. Análisis del artículo 31.2 constitucional por lo que se refiere a la eficiencia y la equidad en la asistencia jurídica

La adopción del modelo de Estado social de derecho y, con ello, la inclusión de derechos de contenido prestacional, como la asistencia jurídica gratuita, ha hecho que cobren especial trascendencia en el texto constitucional ciertos criterios que deben informar la actuación positiva del Estado. Así, ya no se trata sólo de dirigir la actividad del Estado mediante controles meramente de legalidad, esto es, que se produzca en apego a la normativa vigente, sino que, además, se introducen principios y objetivos que tratan de encauzar la utilización de los recursos públicos a efecto de que ésta se realice mediante el empleo de los menores recursos posibles, logrando los objetivos perseguidos y optimizando el empleo de recursos en la consecución de sus fines. Esto conlleva, evidentemente, la inclusión de criterios que orienten la asignación y redistribución de los recursos públicos a efecto de cumplir con ciertas máximas que socialmente se consideran deseables. Ciertamente estas máximas presentan un importante contenido moral, pero también implican la aceptación, a través de su positivización, de criterios que han sido

tomados directamente de la Economía (como la eficiencia), especialmente si consideramos que el objetivo de esta ciencia es conducirnos al mejor aprovechamiento de los recursos escasos.

En este sentido, la Constitución española de 1978 introduce por primera vez, pues como afirma Borgia Sorrosal (2004, pp. 43 y 44) no existe ninguna referencia explícita en los textos constitucionales anteriores¹⁸², los criterios de eficiencia, economía y equidad. Así, el artículo 31.2 de la CE dispone textualmente que:

“El gasto público realizará una asignación *equitativa* de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de *eficiencia* y economía.”¹⁸³

La inclusión de este apartado en el artículo 31 constitucional obedeció a la enmienda 674 presentada por el entonces senador D. Enrique Fuentes Quintana, quien, en representación de la agrupación independiente, expresó la necesidad de contemplar la actividad financiera en su totalidad, tanto desde la perspectiva del ingreso como del gasto. En la sesión celebrada por la Comisión de

¹⁸² Después de un análisis comparado de las Constituciones europeas, BORGIA SORROSAL (2004, p. 45) llega a la conclusión de que “al igual que en la Constitución Española de 1978, Austria y Alemania recogen en sus Textos Constitucionales la necesidad de atender a criterios de economía y eficiencia en la asignación del gasto público. Sin embargo, la Constitución de 1978 es la única Constitución dentro de la Comunidad Europea que habla del gasto público como un derecho de los ciudadanos. Eso sí, un derecho que no goza de una protección especial como ocurre con otros derechos reconocidos por la Constitución.”

¹⁸³ Las cursivas son nuestras.

Constitución en el senado, el martes 29 de agosto de 1978, Fuentes Quintana justificó la citada enmienda en los siguientes términos¹⁸⁴:

“El propósito de la enmienda que consiste en añadir un segundo apartado al artículo 29 [ahora 31] está basada en dos principios fundamentales: en un deber de coherencia y en una obligación de la trascendencia que el gasto público tiene en las comunidades contemporáneas.”

De conformidad con la citada enmienda el deber de coherencia obedece a la idea de que la Hacienda “no solo tiene la mano del impuesto para recaudar el conjunto de fondos que necesita con objeto de satisfacer las necesidades públicas y atender a los gastos, sino la mano del gasto público que completa, como es lógico, la mano de la imposición”. Así pues, como afirma Fuentes Quintana, “constituye una incoherencia separar estas manos, ya que la Hacienda podría destruir con la mano del gasto público lo que ha construido y edificado con la mano del impuesto.” Cuando en el precepto en comento se señala que el gasto público debe obedecer a una asignación equitativa de los recursos lo que se está tratando, en términos del propio Fuentes Quintana, es “que el ciudadano concreto tenga el derecho al acceso al conjunto de suministros, de bienes públicos que ha conseguido o, mejor, que ha conseguido el Estado poder satisfacer gracias a la mano correspondiente de los ingresos.”

¹⁸⁴ Cfr. Diario de Sesiones del Senado, núm. 45, 1978, p. 1989 y ss.

Ahora bien, el segundo principio que informa la enmienda a que nos referimos es el de la trascendencia que ha adquirido el gasto público. Como puntualiza Fuentes Quintana, si se analiza el texto constitucional se observa que por el conjunto de derechos que el mismo concede a los ciudadanos “se comprueba que en adelante el gasto público tendrá, lógicamente, que aumentar.” Así pues, de conformidad con el senador de la Comisión de Constitución, el ciudadano no sólo tiene derecho a que prepondere la equidad en la distribución del gasto público, sino también a que su programación, su presupuestación y su control tengan lugar con arreglo a los principios de economicidad y eficiencia. En sus palabras:

“La economicidad y eficiencia deben ser mandatos obligados para el gasto público y para el gasto privado y, naturalmente, son derechos de los individuos, porque en la medida en que el Estado despilfarre el contenido del conjunto en sus gastos públicos, es evidente que lo que está haciendo es malbaratar el conjunto, no defender el conjunto de los derechos individuales de los ciudadanos.”

Hasta la citada enmienda, el tradicional silencio de las Constituciones anteriores sobre este aspecto lograba explicarse, de conformidad con Menéndez Moreno (2007, pp. 87 y 88) por el hecho de que con anterioridad las decisiones sobre el gasto público tenían exclusivamente un carácter político, por lo que no eran susceptibles de someterse a control jurídico y, por ello, solamente se arbitraba un

control formal de legalidad¹⁸⁵. Sin embargo, en la actualidad, “es evidente que existe una preocupación social y doctrinal sobre el qué y el cuánto del gasto público, dada su extraordinaria dimensión.” Así, la inclusión de objetivos sociales en la Constitución y, concretamente, la implementación de medidas suficientes que doten de contenido material dichos objetivos, ha supuesto la imperiosa necesidad de introducir criterios redistributivos que orienten la actividad del Estado a efecto de hacer posible el acceso al mayor número de personas a determinadas prestaciones y servicios considerados como necesarios por la sociedad o, simplemente, para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos.

De esta forma, la inclusión de una gran diversidad de derechos en el texto fundamental que implican una erogación pública, a través de transferencias o subsidios, ha propiciado la necesidad de establecer las bases sobre las que se deben efectuar dichos gastos. Es precisamente en este contexto en el que se sitúa el artículo 31.2 constitucional, mismo que, de acuerdo con Borgia Sorrosal (p. 43), contempla “un derecho de todos los ciudadanos al gasto, pero no a cualquier tipo de gasto, sino a uno cuya programación y ejecución se hagan respetando los principios de economía y eficiencia”¹⁸⁶, a lo

¹⁸⁵ BAYONA DE PEROGORDO (1991, pp. 112 y 237) comparte la opinión de Griziotti “en cuanto al carácter político de la decisión acerca de las necesidades públicas a satisfacer, pero, sin que ello suponga eliminar otras consideraciones del fenómeno y –lo que es más importante– sin que el reconocimiento de esta naturaleza suponga, en ningún caso, su exclusión del ámbito del Derecho, [...]”

¹⁸⁶ GONZÁLEZ SÁNCHEZ (1979, p. 40) señala, al analizar la posición jurídica del ciudadano frente al gasto público, que las incidencias entre los particulares y el Estado en torno al gasto público “ofrece una rica variedad de matices, que trasciende el contenido y significado” de ese llamado derecho subjetivo, y ello por

cual cabe añadir el carácter equitativo de su asignación y redistribución.

En palabras de Piña Garrido (1996, pp. 182 y 183), lo que la Constitución ordena es que los recursos públicos sean distribuidos equitativamente, en primer lugar, y de forma económica, eficiente y eficaz (este último a través de la aplicación del artículo 103.1), en segundo. De este modo no es posible llevar a cabo cualquier tipo de asignación de recursos públicos atendiendo únicamente a consideraciones de justicia material, sin prestar atención a los condicionantes de economía, eficiencia y eficacia. En este sentido, la exigencia que deriva del artículo 31.2 CE afecta no sólo a los fines a los que pueden o deben destinarse los recursos públicos, sino también a la forma o procedimiento que debe emplearse para decidir cuáles son esos fines, qué recursos se asignan a cada uno de ellos, cómo se gestionan y cómo se controla el destino efectivo que se les ha dado. De esta forma, el Estado (a través de sus órganos) no es completamente libre para destinar los recursos públicos obtenidos a través de su sistema impositivo pues, como veremos a continuación, se encuentra vinculado por los principios de eficiencia (economía) y equidad que se constituyen en un verdadero mandato constitucional.

la “existencia de un Estado garante de determinados intereses colectivos e individuales que se presenta como un Estado garante y responsable del proceso productivo y de la política económica.”

2.1 Su conceptualización como principios constitucionales

A nuestro juicio, la eficiencia y la equidad, pueden válidamente considerarse como verdaderos principios constitucionales toda vez que implican “pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible y, por ello, se constituyen en causas de justificación de una regulación.”¹⁸⁷ En este sentido, siguiendo para ello la definición que presenta Zagrebelsky (2000, pp. 83 y 84) respecto de los principios constitucionales en general, podríamos decir que la eficiencia y la equidad previstas en el artículo 31.2 constitucional establecen una orientación general que ha de seguirse en todos los casos en los cuales pueden presentarse, o bien, conforme a la definición de Alexy (1988, p. 143), se trata de principios que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Así, de conformidad con este último autor, “son mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas sino también de las posibilidades jurídicas.”

¹⁸⁷ Como señala BUSTOS GISBERT (2005, p. 39) esta es la definición que adopta LARENZ respecto de los principios constitucionales. Sin embargo, de acuerdo con aquél (Ibidem), hay cuatro formas de entender los principios constitucionales: “En primer lugar, se conciben como ideas fundamentales de la organización política del Estado que siempre presentarán un contenido plenamente conforme con la Constitución. En segundo lugar, también se consideran principios las ideas básicas sobre las que se articulan determinadas instituciones. En tercer lugar, pueden entenderse los principios como mandatos de optimización, caracterizados porque su cumplimiento depende de las circunstancias jurídicas y fácticas existentes. Por último, los principios pueden ser también ideas básicas de justicia.”

Como apunta Balaguer (2000, p. 193), los principios no regulan directamente una materia, determinando una prescripción concreta para supuestos específicos, sino que establecen orientaciones generales que deben seguirse por todos los casos que puedan producirse. En suma, se trata de normas que no determinan con precisión las condiciones de su aplicación. De esta forma, dichos principios necesitan de una posterior actividad de concreción que los relacionen con los casos específicos pues, como bien afirma Bustos Gisbert (2005, p. 41), éstos tienen un carácter de abstracción y generalidad muy acusados. Por ello, en términos de este autor, la definición de su contenido no resultará nunca unívoca, serán susceptibles de diferentes lecturas, lo cual “suscitará especiales problemas al concretar el contenido de los principios en auténticas reglas jurídicas de aplicación directa.”

De ahí que Prieto Sanchís (1992, p. 136) considere que existe una cierta paradoja derivada de la adopción de los principios constitucionales “porque, de un lado, puede interpretarse como un llamamiento al desarrollo de la discrecionalidad o del poder creador de la judicatura, pero, de otro, parece encauzar o limitar esa misma discrecionalidad o poder [toda vez que suponen la cristalización de los valores que dotan de sentido y encierran el ordenamiento y que, de no existir, tendrían que ser creados por los órganos de aplicación del Derecho].”

Ciertamente al tratarse de principios constitucionales, la exigibilidad de la eficiencia y de la equidad previstas en el artículo 31.2 constitucional, así como el papel que les correspondería desempeñar al momento de llegar a determinadas decisiones jurídicas, admite diversas interpretaciones. De conformidad con Dworkin (2002, p. 80) son dos las posturas que tratan este aspecto: la primera considera que los principios constitucionales son algo lógico y cualitativamente distinto de las normas jurídicas y, por ende, aquellos no pueden ser obligatorios de la misma manera que éstas¹⁸⁸; la segunda, siendo probablemente la postura más extendida y la que compartimos dada la fuerza normativa que enfatiza, sostiene que los principios constitucionales constituyen verdaderas normas jurídicas de rango constitucional, a pesar de que tienen una estructura normativa diferente al resto de las normas jurídicas¹⁸⁹.

Así pues, de conformidad con esta segunda postura, los principios constitucionales y, con ellos, la eficiencia y la equidad previstas por el artículo 31.2 constitucional, no constituyen meras normas de carácter programático, pues si bien tienen una estructura diferente a

¹⁸⁸ PRIETO SANCHÍS (1992, p. 131) pone de manifiesto que esta primera postura considera que “los principios son algo lógico o cualitativamente distinto de las normas, sirve para mostrar que el horizonte de la normatividad no se agota en aquellos estándares de conducta que cuentan con respaldo institucional, sino que se abre al mundo de la moralidad, de la política o de unas exigencias de justicia que se suponen objetivas y susceptibles de conocimiento, componiendo así un orden indiferenciado de moralidad y Derecho, donde los principios, situados en la cima del sistema, dotarían de sentido y de coherencia valorativa a cada una de las reglas y decisiones particulares.”

¹⁸⁹ Como afirma CASCAJO (1988, p. 75): “Hoy generalmente, se reconoce que estos principios generales del derecho, tienen la misma naturaleza que la del resto de las normas jurídicas, aunque no su misma estructura ni idéntica función.”

las normas jurídicas de eficacia directa, configuran parte del marco constitucional que el legislador ordinario debe respetar al regular en detalle cualquier institución que tenga por objeto el cumplimiento de un derecho que implique la utilización de recursos públicos¹⁹⁰. Sin embargo, el significado que se les asigne carecerá de una interpretación concreta y uniforme que apunte necesariamente en un solo sentido.

2.2 Su significado en la dogmática jurídica

El carácter polisémico tanto de la eficiencia como de la equidad ya ha sido puesto de manifiesto en esta tesis con anterioridad y, como hemos podido observar, su conceptualización escapa de la exclusividad del ámbito jurídico. Probablemente esta situación logra explicar porqué la dogmática jurídica, sea dentro del ámbito del Derecho Tributario y Financiero o sea dentro del ámbito del Derecho Constitucional, omite en gran medida profundizar sobre el contenido y alcance de estos conceptos. Como pone de manifiesto Borgia Sorrosal (pp. 46 y 47), “son muy pocas las referencias que los distintos manuales de Derecho Financiero y Tributario hacen a los principios del artículo 31.2 de la Constitución. La mayoría de ellos al

¹⁹⁰ De hecho, a pesar del carácter general de abstracción de dichos principios, la Constitución les brinda cierta protección, toda vez que atendiendo a los artículos 53 y 161.1 a) de la CE cabría la posibilidad de interponer recurso de inconstitucionalidad contra las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley que incumplan el mandato constitucional previsto en el artículo 31.2. Sin embargo, como apunta BORGIA SORROSAL (2004. p. 47), “la limitación subjetiva que hace el artículo 162.1 a) acerca de quiénes pueden interponer este recurso y la imposibilidad de los ciudadanos de presentar en esta materia el recurso de amparo, reducen mucho las posibilidades que tienen éstos de hacer valer este derecho que les reconoce la Constitución.”

hablar de estos principios constitucionales se centran fundamentalmente en los principios relativos a los ingresos; como el principio de generalidad, igualdad, progresividad, no confiscatoriedad y capacidad económica. Basan su estudio en el artículo 31.1 de la Constitución, llegando a obviar en muchos casos la existencia del apartado 2 de dicho artículo.” Más acusada es aún la omisión en la que incurren aquellos que se especializan propiamente en el estudio de los derechos sociales, lo cual es injustificado si tomamos en consideración que la ejecución de cualquier derecho prestacional implica necesariamente un gasto público, mismo que debe efectuarse de la manera más eficiente posible y en atención a objetivos de equidad previamente especificados.

De igual forma, tras una revisión de sus sentencias, podemos afirmar que el Tribunal Constitucional en ningún caso trata el tema de forma directa. Si bien se ha ocupado de la distribución de los gastos públicos en cumplimiento del principio consagrado por el artículo 9.2 CE, esto es, que la igualdad en la asignación de los recursos sea real y efectiva, no ha precisado hasta ahora ni el sentido ni las consecuencias jurídicas del artículo 31.2 de la Constitución. Tal vez, en una interpretación extensiva y, obviamente, de manera indirecta, los principios comprendidos por el citado precepto constitucional podrían considerarse incluidos en la STC 77/1985, de 27 de junio, cuando señala que los distintos poderes “[...] han de conjugar no sólo los diversos valores y mandatos constitucionales entre sí, sino también tales mandatos con la

insoslayable limitación de los recursos disponibles.” De igual forma, la STC 86/1985, de 10 de julio, establece que “[...] la acción prestacional de los poderes públicos ha de encaminarse a la procuración de la objetiva igualdad y efectividad en el disfrute de los derechos que ha consagrado la Constitución.” Pero en ningún caso el máximo Tribunal ha profundizado sobre cuál es la interpretación que debe concedérsele a tales principios. Evidentemente esto tiene una relativa importancia en tanto que nos lleva a la necesidad de acudir a definiciones extrajudiciales.

Ahora bien, dentro de las escasas referencias que existen sobre el tema en materia jurídico financiera, que finalmente es la que más se ha ocupado del análisis artículo 31.2 CE, cabe mencionar la definición que nos presenta Menéndez Moreno (2007, p. 89) respecto de la eficiencia, en el sentido de que su significado (al igual que el de economía) consiste en que las decisiones gubernamentales sobre la utilización de los recursos públicos se haga con el mejor criterio económico y social posible y con la debida selección de las necesidades más prioritarias. Este principio conlleva, así, la necesidad de relacionar los medios empleados para la consecución de ciertos fines con los resultados obtenidos¹⁹¹. Su verificación se

¹⁹¹ La dogmática jurídica en materia financiera hace una distinción de los principios de economía y eficiencia, a pesar de que acepta que ambos se tratan de criterios de racionalidad económica que limitan las decisiones financieras. Así, por ejemplo, para MENÉNDEZ MORENO (p. 89) la eficiencia relaciona los medios empleados con los resultados obtenidos, mientras que el principio de economía hace referencia a la relación de los medios empleados con los objetivos perseguidos. De igual forma, esta distinción se presenta en PIÑA GARRIDO (p. 182), para quien el principio de economía hace referencia a la utilización de los menores recursos posibles y el principio de eficiencia se refiere a la optimización

hará fundamentalmente evaluando las decisiones de política pública que implique la utilización de recursos públicos, desde su implementación legislativa hasta su ejecución. Por su parte, García de la Mora y Martínez (2002, p. 67) señalan que la eficiencia (conjuntamente con el principio de economía) es un mero principio económico, instrumental, de buena administración, de racionalidad en la gestión de los recursos públicos. Para Gonzalo y González (2003, p. 205), “la voz eficiencia –que implica necesariamente el atributo de la eficacia- evoca la ausencia de despilfarro en un doble sentido, de modo que, dada una determinada tecnología: bien con los recursos disponibles logre obtenerse un resultado máximo, en términos de utilidad o de producto; bien pretendiendo lograr un resultado fijado de antemano, ello se consiga incurriendo en un coste o consumo mínimo de los recursos.”

Las anteriores concepciones de la eficiencia tienen un carácter muy general y poco se adentran en el concepto de eficiencia al que hace referencia la teoría económica. Como cabe recordar la eficiencia en un sentido estrictamente económico admite diversas acepciones, siendo quizá más alambicada o sutil la eficiencia a que hace referencia la “economía del bienestar”. Como afirma Gonzalo y González (p. 206) “si, en general, puede decirse que la Economía se

del empleo de recursos en la consecución de los fines. Así pues, mientras que la eficiencia supone que los medios, escasos y limitados, con los que cuenta el Estado para la consecución de sus fines, deben ser utilizados de la manera más idónea y eficaz posible, el principio de economía implica un mínimo coste y un máximo beneficio posible.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos doctrinales de la doctrina jurídica financiera, la distinción entre ambos principios sigue siendo poco clara, pues el término economía puede llegar a ser tan amplio como lo es el de eficiencia.

centra en el estudio de cómo conseguir la mejor, u óptima, aplicación de los recursos escasos, la economía del bienestar analiza el propio concepto de óptimo; así como los criterios que permitan afirmar que una determinada política, o cualquier otro acontecimiento, aumentan o disminuyen el bienestar social.” Como hemos visto en su oportunidad, el concepto central para el término de eficiencia en la asignación de los recursos es, precisamente, el de la eficiencia en el sentido de Pareto.

Así, como puede observarse, el concepto de eficiencia a que se refiere el artículo 31.2 constitucional carece de una significación jurídica propia, por lo cual nada impide que su sentido técnico y la interpretación de su contenido vengan determinados por la teoría económica.

Por lo que hace al principio de equidad, Menéndez Moreno (2007, p. 88) indica que el mismo equivale al principio de justicia material en la utilización de los recursos públicos y, por ende, propugna por el tratamiento igual de los iguales, por la igualdad de acuerdo con las capacidades económicas de las personas en el sentido de que la carencia de recursos debe determinar las correspondientes medidas de gasto público dirigidas a corregir dichas carencias. De esta forma, la equidad determinará concretamente que las decisiones en el ámbito del gasto público se inspiren en los derechos sociales previstos en la Constitución. Como apunta Bayona de Perogordo (1991, p. 190), la asignación equitativa de los recursos públicos comporta, al menos, tres exigencias fundamentales: en primer lugar,

garantizar una satisfacción mínima de las necesidades públicas; en segundo lugar, la ausencia de discriminación misma que incluye la diversidad de situaciones en relación con una misma necesidad pública; y, en tercer lugar, la interdicción de la arbitrariedad. Así, continuando con el citado autor (pp. 190 y 191), la asignación equitativa de los recursos (y de manera más amplia la justicia en el gasto público) es aquella que “se adecua a los valores dominantes en la sociedad, el adecuado a la voluntad general allí donde ésta puede ser expresada o al interés general dictado por la persona o grupo social que detente el poder de la comunidad políticamente organizada. Con todas las reservas que se consideren oportunas, podemos aventurar que la existencia de una norma constitucional refleja una expresión de la voluntad general o del consenso obtenido desde las diversas convicciones del grupo social.”

Se trata, por tanto, de un principio vinculante para los poderes públicos que ha de operar, inicialmente, en la determinación de las necesidades públicas que la propia Constitución especifica a través de la inclusión en su texto de los derechos sociales. Pero el hecho de que la Constitución constituya un amplio catálogo de derechos sociales de los cuales podrían desprenderse, al menos en principio, cuáles son estas necesidades públicas, no impide que la propia Constitución deje un amplio margen de discrecionalidad para los operadores del Derecho, en especial, para el legislador ordinario. En ese sentido, el problema para determinar cuándo una determinada decisión gubernamental cumple adecuadamente con el

criterio de equidad en la asignación de los recursos sigue presentando problemas en sus aporías.

Ciertamente, como hemos visto a lo largo del desarrollo de esta tesis, los criterios de eficiencia y equidad (aún en el campo de la Economía) no son unívocos, de tal forma que aún dentro de las escasas referencias al tema que se encuentran en la dogmática jurídica, existen una multiplicidad de criterios que no acaban por resolver el problema terminológico de la eficiencia y la equidad. Sin embargo, todos presentan ciertos puntos de común acuerdo consistentes tanto en el hecho de que la eficiencia y la equidad obedecen a principios diferenciables entre sí, aún cuando no traten de manera profunda la posible tensión (o contraposición) entre ambos, así como en el hecho de que la eficiencia y la equidad, llamados “criterios” por el artículo 31.2 de la Constitución, constituyen verdaderos principios constitucionales, con la fuerza vinculante que esto supone.

De todo lo anterior podemos colegir que tanto la eficiencia como la equidad a que hace referencia el artículo 31.2 constitucional admiten diversas interpretaciones y, por ende, su conceptualización sale del campo exclusivo del Derecho. Por ese motivo, su significado, alcance y las posibles tensiones entre ambas debe necesariamente abordarse tomando en consideración las aportaciones que sobre los mismos ha hecho la teoría económica, sin perder de vista que cuando se trata de aplicarlos a la actuación gubernamental y, en concreto, por lo que a nosotros interesa, a la determinación de ciertas políticas públicas que impliquen la efectividad de los derechos sociales con contenido

prestacional, es necesario tener en cuenta que tanto la eficiencia como la equidad, por el sólo hecho de haber sido incluidos en el texto de la Norma Fundamental con carácter de principios constitucionales, tienen un carácter normativo y sujetan a todos los poderes públicos¹⁹².

No se tratan, pues, de meras normas vagas, sino de principios que, como diría Alexy (1988, p. 144), plantean una tarea de optimización, cuya concreción debe ser realizada, ante todo, por el legislador, pero también por los aplicadores del derecho cuando su desarrollo conduzca a resultados obligados en un contexto operativo previamente definido. En este mismo sentido se pronuncia Prieto Sanchís (1992, pp. 135 y 136) cuando dice que “la constitucionalización de un amplio catálogo de principios y, en general, su recepción en normas expresas no tiene sólo un significado programático o de manifestación pública del orden de valores en que descansa el sistema, sino que ofrece también una virtualidad práctica indudable [...]”. De igual forma, ya con una referencia explícita a los principios de eficiencia y equidad previstos

¹⁹² Actualmente la postura más avalada respecto del carácter normativo de la Constitución consiste en considerar que todos los preceptos constitucionales, incluyendo los relativos al Capítulo III de la CE, enuncian efectivas normas jurídicas, son algo más que meras normas programáticas en su sentido tradicional (esto es, que se les niega toda aplicabilidad judicial).

De hecho, el Tribunal Constitucional se ha manifestado, a través de la magistral ponencia presentada por don TOMÁS Y VALIENTE en la conocida sentencia 16/1982, de 28 de abril, relativa a un recurso de amparo derivado de un proceso penal, en el sentido de que “la Constitución lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella (arts. 9.1 y 117.1 de la C.E.).”

por el artículo 31.2 constitucional, Bayona de Perogordo (1979, p. 70) concluye que “[...] la inclusión de estos principios jurídicos no sirve únicamente como recordatorio de posibles tareas normativas a emprender en un futuro ilimitado, sino que constituye, por el contrario, una exigencia actual y directa para los distintos órganos y poderes del Estado, quienes deben arbitrar los medios normativos y ejecutivos precisos para dotar a dichos principios de una plena y directa eficacia jurídica.”

2.3 Aplicabilidad del artículo 31.2 a la asistencia jurídica gratuita

Ahora bien, trasladando este esquema conceptual al tema que nos ocupa, conviene considerar hasta dónde los principios de eficiencia y equidad previstos por el artículo 31.2 constitucional se relacionan con el derecho de asistencia jurídica gratuita contemplado en el artículo 119 constitucional. Sobre el particular es necesario advertir que si bien es cierto que dichos conceptos se prevén como principios rectores del gasto público también lo es que éste debe estar encaminado a la satisfacción de las necesidades públicas previamente consideradas dentro del marco que establece la propia Norma Fundamental.

En este sentido, de conformidad con Bayona de Perogordo (1979, p. 67), “el gasto público consiste en la satisfacción de las necesidades de la comunidad políticamente organizada de que se trata, siendo los entes públicos únicamente los agentes encargados de ejecutar esta

satisfacción mediante el correspondiente procedimiento funcionalizado. Por encima de esta relación, el gasto público y las necesidades que con él se satisfacen experimentan una aproximación que conduce a la misma confusión de ambos términos en una visión más rica e integradora del gasto público como necesidad pública, entendido el concepto en un nivel institucional.”

De ahí que, a nuestro juicio y de conformidad con la postura sustentada por Bayona de Perogordo, sea posible extender la aplicación de los principios de eficiencia y equidad a otros ámbitos como la asistencia jurídica gratuita. En principio, ésta, al igual que otros derechos sociales, constituyen el reflejo de una necesidad pública (sea de naturaleza individual o social) cuya satisfacción se efectúa necesariamente mediante el empleo de fondos públicos. No olvidemos que en la actualidad un rasgo distintivo de este derecho, frente a su posición inicial con un sentido meramente de caridad, es precisamente su financiación por parte del Estado a efecto de satisfacer ciertas carencias que si bien, afectan al individuo de escasa capacidad económica, también afectan a toda una colectividad. Se trata, en definitiva, de un derecho que constituye una función redistributiva del Estado de carácter imperativo (por mandato expreso de la Constitución) y, como tal, implica la utilización de fondos públicos, por lo que, en cualquier caso, debe obedecer los principios plasmados por el artículo 31.2 constitucional.

Además, los principios de eficiencia y equidad, como hemos visto con anterioridad, forman parte del modelo del Estado social de derecho,

cuya positivización obedece a la necesidad de garantizar que los limitados recursos públicos no se distribuyan arbitrariamente, sino que se concentren en actividades prioritarias que, en un momento dado, impliquen la satisfacción de las personas más necesitadas y, en general, que incrementen el bienestar de la sociedad a través de la búsqueda de óptimos sociales. Como afirma Benda (2001, p. 548), se trata, pues, de evitar que “quienes no tienen necesidad se aprovechen del Estado social.”

De ahí que el equitativo reparto del gasto público y su eficiente implementación, a través de su programación y ejecución, tengan un papel relevante en la efectividad de la asistencia jurídica gratuita¹⁹³ pues, en congruencia con lo antes visto, estos principios deben informar tanto la elección del modelo de asistencia jurídica, esto es, los mecanismos adoptados para su prestación, como los límites y alcances de su cobertura, a efecto de optimizar la utilización de los recursos disponibles sin privar de este derecho a quienes efectivamente carecen de recursos suficientes para litigar.

Sólo en este contexto puede explicarse la adopción de los principios de eficiencia y equidad por la Constitución pues, de no ser así, se trataría de conceptos meramente programáticos y carentes de importancia fáctica, toda vez que se trata de conceptos que por sí solos no tienen un significado propio y que, en consecuencia, para

¹⁹³ ZORNOZA PÉREZ (1988, p. 42) pone de manifiesto la importancia del principio de justicia material, el de asignación equitativa de los recursos públicos, que consagra el artículo 31.2 en orden a la efectividad de los derechos económicos y sociales.

su efectividad, deben vincularse a otros principios o derechos. De hecho, como cabe observar, nunca el legislador o el Tribunal Constitucional les han otorgado un valor autónomo, esto es, que hayan sido invocados como fundamento único de la legislación o del fallo correspondiente.

Ciertamente, dado el carácter abstracto y general de estos principios, así como por la apertura de la Constitución en un sistema pluralista, existe el riesgo de que los mismos acaben por identificarse con las preferencias conceptuales o morales subjetivas del aplicador pero, atendiendo a la paradoja de Prieto Sanchís, también sirven de cortapisa para el legislador. Parafraseando a Entrena Cuesta (1981, p. 109), aunque la Constitución deba ser lo suficientemente ambigua o permisiva para que puedan funcionar con ella todas las opciones de Gobierno posibles en un país, lo cierto es que la aplicación de los principios de eficiencia y equidad en el cumplimiento del artículo 119 constitucional no puede someterse a mutaciones o subversiones a raíz de cada consulta electoral. No se pueden alterar los fundamentos esenciales para dar la certidumbre de una prestación constitucionalmente consagrada conforme a los principios que la propia Constitución ordena.

Por último, es necesario enfatizar que la aplicación de los principios de eficiencia y equidad en una institución de corte social como la asistencia jurídica gratuita, en donde pareciera primar la búsqueda de la igualdad material, se corresponde con la postura que hemos adoptado inicialmente y que no es otra que la señalada por Muñoz

Machado *et. al.* (1997), en el sentido de que los objetivos perseguidos no se limitan a meras consideraciones éticas o de justicia social, propias del Estado social, sino que, asimismo, se entremezclan con objetivos de eficiencia. De hecho, siguiendo al mismo autor (1997, p. 7), el Estado social o Estado de bienestar “busca el equilibrio entre las reglas fundamentales de la economía de mercado y ciertas garantías sociales”, donde la eficiencia y la equidad tienen cada una por lo que les toca un papel preponderante. La respuesta a cómo se alcance el equilibrio deseado no está exenta de serios problemas, más aún si tomamos en consideración que los particulares participan en la efectiva prestación de este servicio y en la determinación de quiénes pueden constituirse en beneficiarios.

Esta interrogante no se encuentra resuelta ni por la doctrina jurídica ni por la jurisprudencia, sino que ha sido tratada a través de la legislación y su reglamentación, sea en la propia adopción de un modelo de asistencia jurídica residual (sólo para las personas más necesitadas) que no rivalice con el mercado de servicios jurídicos o de procuración, o sea a través de normas de inferior jerarquía que expresamente hagan alusión a dichos principios. Lo cual no es óbice para considerar, de acuerdo con Orón Moratal (1995, p. 53), que el Tribunal Constitucional podrá enjuiciar no el aspecto cuantitativo de la satisfacción de una necesidad pública bajo los principios de eficiencia y equidad, sino la nula atención que tales principios constitucionales recibiesen por los poderes encargados de satisfacerlos.

Así pues, la eficiencia y la equidad en la asistencia jurídica gratuita se constituyen en verdaderos mandatos que obligan al quehacer legislativo y reglamentario, cuya función no se agota en la sola administración y distribución de los fondos públicos que le han sido asignados, sino que, a nuestro entender, estos principios constitucionales inspiran la totalidad del diseño adoptado para su previsión.

2.3.1 Implicaciones derivadas de la aceptación de la eficiencia y la equidad como principios que informan a la asistencia jurídica gratuita

La aceptación de la eficiencia y la equidad como límites impuestos por la propia Norma Fundamental en la adopción del esquema de asistencia jurídica gratuita conlleva serias implicaciones que son necesarias tener en consideración.

La primera de ellas, y por cierto la más evidente dado el texto del artículo 119 constitucional, hace referencia al propio objetivo perseguido por la asistencia jurídica gratuita, consistente en el hecho de que nadie puede ser privado de este beneficio si acredita insuficiencia de recursos para litigar. Como afirma Pastor Prieto (1993, p. 132) “la justificación de este subsidio para quienes carecen de medios es de tipo distributivo o de equidad; está basada en el deseo de garantizar que quien carece de medios no se vea por ello privado del acceso a la justicia o sufra desigualdad en el proceso frente a quien sí dispone de recursos”. Pero también obedece, de

acuerdo con lo antes visto, a la necesidad de subsanar las carencias o imperfecciones del mercado de servicios legales, de los mercados contingentes y de los mercados crediticios. En otros términos, éstos se constituyen un claro ejemplo de mercados incompletos cuya ineficiencia consiste en la imposibilidad de trasladar los recursos a todos aquellos que más lo valoran.

La segunda de estas implicaciones consiste en que la configuración legal de la asistencia jurídica gratuita sólo será válida, esto es, conforme al texto constitucional, si la misma obedece al criterio de eficiencia. Esto significa que su validez dependerá de que no sea posible demostrar que existen alternativas reales que impliquen mejoras en términos de eficiencia en el sentido de Pareto. Si existen otras alternativas demostrables que impliquen mejoras de eficiencia, el legislador deberá tomarlas en consideración. Evidentemente esta premisa incluye tanto la eficiencia en el proceso productivo de la asistencia jurídica gratuita, es decir, en el modelo adoptado para su prestación efectiva, como la eficiencia en la asignación de los recursos que hayan sido destinados para tales efectos.

Mientras que la eficiencia productiva en la asistencia jurídica gratuita significa que ésta debe estar configurada de tal forma que no se pueda producir la misma cantidad y calidad de asistencia jurídica empleando una combinación de insumos de menor coste o, en su caso, que no se pueda generar una mayor producción de asistencia utilizando la misma combinación de insumos (esto es, con los recursos dados); la eficiencia en la asignación implica que debe ser

imposible cambiar la asignación para que por lo menos una persona mejore su situación sin empeorar la situación de otra.

Ciertamente, la eficiencia en la asignación de recursos es de muy difícil realización, especialmente tratándose de un mecanismo redistributivo como la asistencia jurídica gratuita, pues objetivamente no se puede demostrar que su implementación no genera ninguna afectación a alguien (Bush, p. 220). De ahí que, como hemos observado con anterioridad, sea válido suponer que la asistencia jurídica gratuita cumple con el objetivo de eficiencia si los beneficios sociales netos que genera su provisión exceden tanto los costes totales que el sector público asume, como las pérdidas sociales derivadas de su prestación.

Con base en lo anterior, la eficiencia puede concebirse como un límite racional, establecido por la propia Constitución, para configurar la asistencia jurídica gratuita, de tal forma que el legislador no sólo opte por elegir la mejor alternativa viable de acuerdo con las disponibilidades presupuestarias, sino que además esté en posibilidad de determinar los límites y alcances de esta institución en atención al análisis coste-beneficio de la misma.

Finalmente, una tercera implicación, derivada de las dos anteriores, consiste en que la eficiencia y la equidad se constituyen en principios que deben informar conjuntamente a la asistencia jurídica gratuita.

Más allá de las consideraciones que usualmente se suelen imputar por la teoría económica a la relación entre la eficiencia y la equidad, en el sentido de que la equidad puede generar importantes incrementos de eficiencia, toda vez que la inequidad tiene un impacto negativo en el producto social si se violan ciertos convencionalismos socialmente adoptados, (esto es, que generan una generalizada indignación moral en la mayoría de los miembros de una comunidad o que, incluso, generan importantes deseconomías externas que redundan en un impacto social negativo)¹⁹⁴, es necesario tomar en consideración que la eficiencia en la selección del modelo y las características de la asistencia jurídica gratuita está necesariamente relacionada con la restricción previamente planteada consistente en que nadie que demuestre insuficiencia de recursos para litigar puede ser privado del beneficio de asistencia jurídica.

Esta última se constituye en un límite infranqueable para el legislador, de tal forma que los argumentos de eficiencia que podrían justificar tal o cual alternativa relativa a la adopción de determinadas formas de asistencia jurídica gratuita, estarán necesariamente sujetos a esta restricción.

Así pues, al menos en principio, en la asistencia jurídica gratuita no cabe una abierta rivalidad entre los criterios de eficiencia y equidad, pues mientras que el primero busca obtener mejoras en el diseño de la asistencia jurídica gratuita que redunden en la maximización de la utilización de los recursos destinados a su propia configuración; el

¹⁹⁴ Cfr. ACOCELLA (1998, p. 261).

segundo, a través del análisis del artículo 119 constitucional (y en atención a lo antes dicho respecto de su contenido esencial), impone un claro límite consistente en que ninguna persona que acredite insuficiencia de recursos para litigar podrá quedar excluida de este beneficio para defender sus intereses jurídicamente tutelados. En otras palabras, mientras que la equidad se identifica con el propio objetivo social perseguido por la norma constitucional en íntima relación con el principio de igualdad material consagrado por el artículo 9.2 de la constitución, la eficiencia se constituye en un criterio útil para la evaluación del diseño y funcionamiento de la asistencia jurídica gratuita.

Ciertamente es necesario aclarar que la no rivalidad de principios de eficiencia y equidad en la asistencia jurídica gratuita sólo será verídica si el criterio de equidad adoptado se reduce a facilitar el acceso a la justicia de los más necesitados, es decir, si se identifica con el mínimo indisponible previsto por el artículo 119 constitucional, pues es bien sabido que a otros niveles, la eficiencia y la equidad pudieran llegar a tener un efecto encontrado.

Como pone de manifiesto Pastor Prieto (1993, p. 38), a menudo, la consecución de mejoras de eficiencia en el sistema de impartición de justicia exige sacrificios de equidad y, por su parte, alcanzar ciertos resultados calificados como equitativos (redistributivos), comporta sacrificios en el bienestar social (eficiencia). Una situación paradigmática la constituyen aquellas medidas que, como la propia asistencia jurídica gratuita, pretenden favorecer el acceso a la

justicia a costa de una mayor demanda de tutela judicial y, con ella, una mayor congestión y dilación en los procedimientos, de ahí la importancia de delimitar claramente a los posibles beneficiarios de esta prestación¹⁹⁵.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, esto es, la asistencia jurídica gratuita en los términos del artículo 119 constitucional, la aplicación del criterio de eficiencia no puede en ningún caso contravenir el mínimo indisponible del citado precepto, mismo que se dirige a garantizar esta prestación a aquellos que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, de tal forma que es el propio constituyente, en principio, quien evita una posible contradicción de criterios.

De ahí que el problema de empatar los criterios de eficiencia y equidad en la propia configuración de la asistencia jurídica gratuita quede encomendada a la función legislativa. Será el legislador quien

¹⁹⁵ SARRACENO (2008, pp. 1-33) ha publicado un estudio muy interesante respecto del posible *trade-off* entre el acceso a la justicia y la litigación, desde la perspectiva del análisis económico. De conformidad con el mismo, señala que la proposición de que “el incremento de acceso a la justicia genera un incremento en la demanda de tutela judicial” siempre será cierta si no consideramos los efectos negativos en el bienestar social de los conflictos que dejan de ser resueltos y los problemas jurídicos resueltos de manera violenta. De esta forma, SARRACENO sugiere incluir estas dos variables como elementos necesarios en el modelo económico a efecto de valorar efectivamente el coste social. Las implicaciones que sugiere la introducción de estos elementos para valorar el coste social la llevan a concluir que sólo aquellas políticas que se adopten para reducir la litigación, sin detrimento del acceso a la justicia o, en sentido contrario, aquellas que se adopten para fomentar el acceso a la justicia sin afectar el nivel de litigación, tienen resultados benéficos contundentes. Pero las políticas que opten por desincentivar la litigación a costa de crear mayores obstáculos al acceso a la justicia pueden tener un efecto negativo en el bienestar social. Así pues, el resultado es ambiguo.

a través del desarrollo legislativo de la asistencia jurídica gratuita haga de la eficiencia y la equidad una realidad.

En el próximo subapartado utilizaremos ciertas pautas que nos permitan verificar el cumplimiento de criterios de eficiencia y equidad en el diseño legal de la asistencia jurídica gratuita, sin que con ellas se pueda alterar el contenido mínimo indisponible fijado por la propia Norma Fundamental.

Cabe aclarar que las pautas que hemos seleccionado si bien no son exhaustivas sí son claramente representativas para destacar las ideas que hemos expuesto a lo largo de esta tesis. Estas pautas son: el carácter subsidiario de la asistencia jurídica gratuita, su carácter residual, los criterios de selección de los beneficiarios y la proporcionalidad de la cuantía del servicio prestado en atención a la incapacidad económica de los solicitantes.

2.3.2 Algunas características relevantes de la asistencia jurídica que nos permiten identificar el cumplimiento de los mandatos de eficiencia y equidad

Una primera característica obedece al carácter subsidiario de la asistencia jurídica gratuita. En primera instancia los servicios de orientación y asesoría jurídica antes y durante un procedimiento jurisdiccional están confiados al mercado. Lo mismo acontece con otros servicios necesarios para llevar a buen término un

procedimiento jurisdiccional, tales como los servicios de representación jurídica o de asesoría técnica o peritaje, entre otros.

Ello significa que la asistencia jurídica gratuita no viene a sustituir el funcionamiento del mercado, sino que se deja como un mecanismo alternativo para aquellos casos en los que existe una clara incapacidad por alguna de las partes involucradas en un conflicto jurídico de absorber el coste de los servicios de asesoría u orientación jurídica o, en su caso, el coste total de litigar.

Así pues, el punto de partida para la solución de un conflicto jurídico descansa en el mercado, por lo que la asistencia jurídica gratuita sólo se constituye en un mecanismo subsidiario que sirve para subsanar las propias ineficiencias del mercado o deficiencias en la distribución de los recursos que el mismo genera. Evidentemente, si existieran mercados completos (crediticios o contingentes) y una distribución equitativa de la riqueza, la asistencia jurídica gratuita no tendría razón de ser.

De esta forma, la asistencia jurídica gratuita, como parte del Estado de bienestar, debe situarse necesariamente en el contexto de la economía de mercado. Su función se limita a modificar el funcionamiento de las fuerzas del mercado en aspectos muy limitados, pues en ningún caso pretende suplantar al mismo.

De ahí se sigue necesariamente una segunda característica de la asistencia jurídica gratuita, consistente en su carácter residual. Su

tarea consiste en dotar de “mínimos” que garanticen la satisfacción de una necesidad considerada por el propio constituyente como elemental, como lo es el acceso a la justicia. Si como afirma Gooding (1988), “*the characteristic function of the welfare state is to limit the domain of inequality, not to eliminate it altogether*”, la función de la asistencia jurídica gratuita debe estar dirigida a satisfacer verdaderas necesidades más que simples caprichos.

En otras palabras, si como hemos sostenido a lo largo del desarrollo de la presente tesis, la asistencia jurídica gratuita encuentra su fundamento tanto en las imperfecciones del mercado y en la distribución inequitativa de la riqueza y, por ende, adquiere un carácter subsidiario, sería razonable suponer que la asistencia jurídica gratuita tiene necesariamente un carácter residual, por lo que debe estar dirigida a quienes verdaderamente necesitan de esta prestación para acceder al sistema de justicia y no a cualquiera que la solicite. Como apunta Barr (1998, p. 81), “*these traditional arguments give little justification, [...], for large scale, publicly organized welfare-state services; and to the extent that they support such institutions at all, they justify only a residual welfare state.*”

De hecho, una postura contraria que argumente la necesidad de una prestación de asistencia jurídica gratuita generosa o llevada al extremo de la universalidad, podría generar serios efectos negativos en el bienestar social, como lo demuestra la teoría económica a través del análisis del problema del riesgo moral y de la congestión y

dilación en los procedimientos jurisdiccionales, a los que ya nos hemos referido con anterioridad.

Esto es así porque la asistencia jurídica gratuita crea necesariamente un entorno de incentivos específicos que induce cambios en el comportamiento de los individuos que se enfrentan a un conflicto jurídico. En concreto, la gratuidad de la justicia afecta la decisión de litigar o de llegar a un acuerdo, de tal forma que supone un poderoso incentivo para la adopción de la primera decisión (y, por ende, conlleva un incremento en la demanda de tutela judicial), en detrimento de la segunda (Posner, 1973, p. 417 y ss., Kaplow, 1986a, p. 372, Pastor Prieto, 1993, pp. 35 y 36, entre otros).

Cabe decir que este incremento en la demanda de tutela judicial atribuible a la presencia del riesgo moral en la asistencia jurídica gratuita se traduce en un claro coste económico, de tal forma que si se adopta una política generosa, el coste social es mayor y puede llegar, incluso, a rivalizar con otros objetivos sociales asociados al sistema de impartición de justicia, como la reducción de la congestión en los tribunales y la dilación en los procedimientos.

Evidentemente ello no implica que deba dejar de prestarse asistencia jurídica gratuita (de hecho existe una imposibilidad jurídica para ello derivada del multicitado artículo 119 constitucional), sino que su

prestación debe ser de tal forma (limitada) que el coste social sea igual o menor a los beneficios sociales obtenidos con la misma¹⁹⁶.

De igual forma es necesario señalar que una política generosa de asistencia jurídica gratuita no sólo sería fuente de graves ineficiencias y de la afectación de los mercados asociados a la resolución de conflictos jurídicos, sino que también atentaría contra el sentido más elemental de equidad, pues no debemos olvidar que la asistencia jurídica gratuita, al ser cubierta con fondos públicos, depende del sistema impositivo, por lo que cada uno de los contribuyentes del sistema estaría subsidiando indirectamente a todos aquellos que indebidamente se beneficiaran con esta prestación.

Un aspecto íntimamente relacionado con lo anterior lo encontramos en la llamada “tragedia de los comunes” (Hardin, 1968), misma que se desarrolla en atención a ciertos bienes de acceso abierto pero parcialmente rivales, como es el caso de la asistencia jurídica gratuita. De conformidad con esta teoría, el hecho de que este beneficio careciera de restricciones generaría un grave problema de eficiencia en la asignación de los recursos, pues se produciría una demanda excesiva del misma provocada por la búsqueda de la satisfacción de intereses exclusivamente personales, situación que acabaría por generar una afectación en detrimento de todos, incluso de aquellos que más lo necesitan.

¹⁹⁶ La relación entre el costo social y el beneficio marginal de proveer asistencia jurídica gratuita ya ha sido tratada a profundidad en el Capítulo III de la presente tesis.

Una tercera característica de la asistencia jurídica gratuita que podría redundar en mejoras de eficiencia y equidad y que va de la mano con su carácter residual, atiende a los criterios de selección de los beneficiarios a efecto de acreditar la insuficiencia (o suficiencia) de recursos para litigar.

En concreto, la doctrina jurídica suele reconocer dos formas de selección: el criterio objetivo y el criterio subjetivo. Mientras que el criterio objetivo obedece a una regla específica que fija los estándares que deben guiar la determinación de la carencia económica de los usuarios, usualmente previsto a través de límites mínimos y máximos en razón del ingreso del solicitante; el elemento subjetivo permite valorar las circunstancias particulares de quien solicita el beneficio de asistencia jurídica gratuita, tales como su estado de salud, el número de personas a su cargo, las obligaciones económicas que pesen sobre él, el modo de vida, entre otras¹⁹⁷.

¹⁹⁷ La Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, adopta tanto el elemento objetivo como el subjetivo a efecto de delimitar quienes son acreedores al derecho de asistencia jurídica gratuita. El elemento objetivo está previsto en su artículo 3º, mismo que dispone que se concederá el derecho de asistencia jurídica gratuita a las personas físicas que obtengan unos ingresos económicos que computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar no superen el doble del salario mínimo interprofesional vigente [ahora del IPREM] en el momento de efectuar la solicitud. Por su parte, el elemento subjetivo se contempla en el artículo 5º, de conformidad con el cual se puede conceder el derecho de asistencia jurídica cuando el solicitante supere el tope del doble del salario mínimo interprofesional [ahora del IPREM], siempre que no rebase el cuádruplo del salario mínimo interprofesional, atendidas las circunstancias familiares del solicitante, como el número de personas a su cargo, estado de salud, obligaciones económicas que pesen sobre él, coste del proceso, etc. Asimismo, en un sentido negativo, el elemento subjetivo se hace presente en el artículo 4º, de acuerdo con el cual se podrá denegar el derecho de asistencia

Así pues, mientras que el criterio objetivo fija un límite de aplicación general para determinar quién efectivamente puede acceder a la asistencia jurídica gratuita y, *a contrario sensu*, quién no tiene derecho a dicho acceso (por considerar que se trata de personas que tienen la capacidad económica suficiente para afrontar el coste de la justicia con recursos propios), el elemento subjetivo permite suavizar los efectos derivados del criterio objetivo, a efecto de que las particularidades de cada individuo puedan ser valoradas.

Evidentemente estos criterios desempeñan una doble función. En primer lugar, el criterio objetivo, de acuerdo con Rodríguez García (2000, pp. 90 y 91), cumple con la función de orientar en el ejercicio de sus funciones a los órganos encargados de determinar la procedencia de la asistencia jurídica gratuita (que en el caso español

jurídica gratuita cuando el solicitante no supere el doble del salario mínimo interprofesional, pero por cualquier signo externo o por su modo de vida se deduce que el solicitante tiene medios superiores a los declarados. A este respecto, la circunstancia de ser propietario de la vivienda que resida habitualmente el solicitante no constituirá por sí misma un obstáculo para el reconocimiento del derecho, siempre que no sea lujosa.

De igual forma, en relación con la determinación de los beneficiarios de la asistencia jurídica gratuita, es necesario mencionar que la citada Ley establece claras excepciones en las cuales no se tomará en consideración el límite impuesto por el artículo 3º de la propia Ley. Estas excepciones son: (1) Tratándose de los ascendientes de una familia numerosa de categoría especial, de conformidad con la Ley de Protección a las Familias Numerosas, en cuyo caso siempre se concederá el derecho a litigar gratuitamente; y, (2) aquéllas personas que por disposición legal no tienen que acreditar la insuficiencia de recursos para litigar (tales como la Cruz Roja Española, las asociaciones de consumidores y usuarios, las entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y, en el orden jurisdiccional social, los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social, tanto para la defensa en juicio como para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procesos concursales. Sobre el particular puede consultarse a GONZÁLEZ y ESPINO (2004, pp. 78 a 83).

se encomienda a las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita), lo que de paso ha servido para limitar sus facultades y controlar sus decisiones. Y en segundo lugar, el criterio subjetivo sirve, por una parte, para conceder el beneficio de justicia gratuita a quien rebase el límite objetivo, si sus circunstancias así lo ameritan y, por la otra, sirve para negar el beneficio de asistencia jurídica gratuita a quien declare un ingreso inferior al mínimo establecido por la ley, si por sus condiciones de vida se presume fundadamente que cuenta con recursos suficientes para litigar.

Ahora bien, cabría preguntarse hasta dónde la imposición de límites para determinar el acceso a la asistencia jurídica gratuita vulneran el objetivo prioritario de esta institución¹⁹⁸. En principio, es necesario decir que la fijación de estos límites constituye un contenido permitido expresamente en el artículo 119 constitucional pues, como hemos visto, la regulación de la asistencia jurídica gratuita se delega al legislador ordinario.

Sin embargo, para que el mismo sea conforme a la Norma Constitucional es necesario que el establecimiento de dicho límite no sea arbitrario, sino que responda efectivamente a la consecución de

¹⁹⁸ Cabe decir que el Tribunal Constitucional, en su sentencia 16/1994, de 20 de enero, ya se ha pronunciado respecto del criterio objetivo como presupuesto económico en la concesión del derecho. Sobre el particular ha dicho que el límite del doble del salario mínimo interprofesional [ahora medido conforme al IPREM] que fija la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, es respetuoso del contenido indisponible del artículo 119 constitucional, pues con un ingreso superior a ese límite se cubren suficientemente los gastos que puede requerir una familia para mantener el nivel de subsistencia personal y familiar, lo que permite atribuir la gratuidad de la justicia a la práctica totalidad de personas que se verían imposibilitadas de litigar por falta de recursos, en tanto que las excluidas también cabe suponer que en su práctica totalidad podrán hacer frente a los gastos procesales.

un fin ulterior justificado, toda vez que el mismo podría llegar a restringir el ámbito protector (o núcleo esencial) del derecho constitucional a la asistencia jurídica gratuita y a la tutela judicial efectiva.

En este sentido, el legislador ordinario no puede restringir “injustificadamente” la extensión del derecho de los particulares a recibir asistencia jurídica gratuita. Las limitaciones que imponga a efecto de reducir el número de beneficiarios, en este caso a través de criterios objetivos que sugieran una suficiencia de recursos para litigar, deben basarse en una finalidad justificada.

Esta finalidad ulterior viene determinada, desde nuestra particular perspectiva, por los principios de eficiencia y equidad a los que alude la propia Constitución, en el sentido de que si bien nadie puede ser privado del acceso a la justicia por carecer de recursos suficientes para litigar (mandato que constituye el núcleo indisponible del artículo 119 constitucional), la prestación de asistencia jurídica gratuita no debe ser arbitraria que atente contra otros objetivos sociales de las políticas públicas. La fijación de límites para determinar quienes presentan una verdadera carencia, misma que justifica la gratuidad de esta prestación, obedece a la idea de evitar que los particulares saquen un provecho indebido del Estado a través de la interposición de solicitudes injustificadas que provoquen la congestión del sistema jurisdiccional o, en su caso, que produzcan un incremento desmedido en el coste asumido por el Estado.

En otros términos, la fijación de límites por el legislador a efecto de determinar quienes deben ser acreedores a la asistencia jurídica gratuita tiene por objeto crear un baremo (objetivo) para juzgar la capacidad económica del solicitante, a efecto de verificar si efectivamente requiere de esta prestación. Así, en términos económicos, este límite objetivo pretende constituirse en un claro instrumento para evitar problemas de selección adversa.

Este límite objetivo si bien tiene una incidencia directa en la depuración cualitativa de las solicitudes de asistencia jurídica, también es verdad que no puede constituirse en el único instrumento que se utilice para la consecución de tal fin.

De hecho, para que la reducción de los problemas de selección adversa sea una realidad, es necesario contar con mecanismos que permitan el control efectivo de los órganos encargados de determinar la procedencia de la prestación sobre la veracidad y autenticidad de la información proporcionada por los solicitantes. Sólo de esta forma podrá garantizarse que los resultados obtenidos de la valoración de la capacidad económica de los solicitantes dependa de los órganos dictaminadores más que de la conducta espontánea de los particulares.

Estas últimas consideraciones nos llevan a sustentar la necesaria inclusión de criterios subjetivos en la valoración de la situación económica de los particulares que solicitan la asistencia jurídica gratuita, de tal forma que sea posible atender a sus circunstancias

particulares. Así pues, mientras que el criterio objetivo sirve como baremo de origen (pues establece una clara presunción *iuris tantum*), el criterio subjetivo permite una mayor capacidad de análisis de la situación real del solicitante.

Una medida adicional a las antes propuestas a efecto de disminuir los problemas de selección adversa podría ser aquella que se dirija a sancionar a quienes presenten solicitudes de asistencia jurídica gratuita para la defensa de causas temerarias o que, en su caso, pretendan viciar la información real de su capacidad económica a través de actos fraudulentos. La idea de una sanción de esta naturaleza no es otra más que generar claros desincentivos para que se produzcan este tipo de conductas.

Una cuarta característica, íntimamente vinculada con las anteriores, consiste en la posibilidad de diversificar la cantidad del servicio prestado, de tal forma que la cuantía de la prestación corresponda proporcionalmente a la incapacidad económica de quien la solicita. En otras palabras, esta característica consiste en la posibilidad de que la gratuidad no sólo sea total sino también parcial, en atención a las circunstancias particulares de quien la solicita.

En principio suponemos que la diversificación de la cuantía de la prestación (entiéndase también como la reducción del coste del litigio para el solicitante de asistencia jurídica gratuita) conlleva claros beneficios, mismos que redundan en una mejor asignación y distribución de los recursos disponibles para brindar asistencia

jurídica gratuita, así como la posibilidad de subir el límite objetivo impuesto por el legislador.

Si la cuantía de la prestación se encuentra diversificada de tal forma que reciban más quienes más lo necesitan y menos quienes menos lo necesitan, no sólo habrá un reparto más equitativo del gasto público sino que, además, dada la restricción presupuestaria, se podrá incrementar el número de personas que tengan acceso a esta prestación (aunque sea con un carácter parcial), pues no debemos olvidar que el beneficio que se le otorgue a una persona necesariamente implica la reducción de las posibilidades que tiene otra.

Además, la diferenciación de la cuantía de la prestación promueve la eficiencia en la asignación de los recursos pues las curvas de indiferencia de los solicitantes de asistencia jurídica gratuita son distintas. No todos valoran de igual forma el beneficio. De acuerdo con esto, una persona con mayor capacidad económica (aunque limitada a tal grado que cumpla con el presupuesto necesario para constituirse en beneficiaria del servicio de asistencia jurídica gratuita) obtendrá una menor utilidad o beneficio de esta prestación que otra con una menor capacidad económica. En este sentido es válido afirmar, en términos de eficiencia, que la gratuidad total se le conceda a quien más la valora. De ahí que esta diferenciación en la cuantía de la prestación, a través de la gratuidad parcial, se justifique en términos de eficiencia.

Sin embargo, para que la diversificación de la cuantía sea eficiente y, a su vez, equitativa, su determinación no sólo debe depender de la capacidad económica del beneficiario asistencia jurídica, sino también debe tomar en consideración la naturaleza del conflicto jurídico que se pretende resolver, así como la complejidad del caso planteado. La complejidad del conflicto y el procedimiento jurisdiccional que le corresponde tienen un impacto directo en el coste total de litigar. No es lo mismo litigar un conflicto de naturaleza mercantil a través del juicio ejecutivo mercantil que un conflicto del orden penal. De ahí que la cuantificación del beneficio o reducción de gastos deba obedecer al tipo de conflicto de que se trate.

Podría pensarse que la diversificación de la cuantía, misma que conlleva una determinación particularizada de la situación económica de los solicitantes, genera un incremento en los costes administrativos de la autoridad encargada de especificar la cuantía, dada la presencia de problemas de información asimétrica y la escasez de incentivos de los particulares para revelar verazmente la información con que cuentan.

Sin embargo, es importante tener presente que dicha situación económica debe conocerse por la autoridad (en este caso, por las Comisiones de Asistencia Jurídica) desde el momento en que se procede a verificar el cumplimiento de los presupuestos necesarios para determinar quién es efectivamente acreedor al beneficio de justicia gratuita. De tal forma que, bajo este supuesto, la inclusión de prestaciones diferenciadas entre los beneficiarios no representan,

ceteris paribus, un coste adicional significativo. En otras palabras, los problemas de información asimétrica que pudieran presentarse no son exclusivos de la determinación y diversificación de la cuantía correspondiente sino que también se hacen presentes desde la sola determinación de quien cumple con los presupuestos necesarios para constituirse en beneficiario de la asistencia jurídica gratuita, más aún si tomamos en consideración la inclusión del elemento subjetivo como criterio valorativo para dicha determinación.

Para concluir este subapartado es necesario especificar que el carácter subsidiario de la asistencia jurídica gratuita, su carácter residual, los criterios de selección para el otorgamiento de la prestación, así como la diversificación de la cuantía en razón de la capacidad económica de los beneficiarios, son sólo algunas de las pautas que nos sirven para fundamentar la presencia de criterios de eficiencia que deben inspirar el diseño normativo de la asistencia jurídica gratuita. Existen muchas más que deben tomarse en consideración y que de alguna manera se encuentran ya expresadas en el texto de esta tesis, tales como la necesidad de la remuneración de los prestadores de servicios jurídicos y demás profesionales o técnicos que participan en el litigio, su extensión a los diversos órdenes jurisdiccionales, así como su inclusión para los mecanismos alternativos de solución de conflictos¹⁹⁹, por citar a algunas de las más importantes.

¹⁹⁹ De acuerdo con lo antes visto, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un Tribunal, pueden contribuir no sólo a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de las

2.3.3 El reconocimiento expreso de la eficiencia por parte del legislador

Una vez analizadas algunas de las pautas que deben regir la configuración legal de la asistencia jurídica gratuita, no quisiera dejar de destacar el reconocimiento expreso que hace el legislador respecto de la eficiencia en la asistencia jurídica gratuita. Esto puede observarse en el artículo 22 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, que a la letra dice:

Los Consejos Generales de la Abogacía Española y de los Colegios de Procuradores de los Tribunales de España y sus respectivos Colegios regularán y organizarán, a través de sus Juntas de Gobierno, los servicios de asistencia letrada y de defensa y representación gratuitas, garantizando, en todo caso, su prestación continuada y atendiendo a criterios de *funcionalidad y de eficiencia* en la aplicación de los fondos públicos puestos a su disposición²⁰⁰.

De igual forma, el artículo 26. 3 de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, señala que la organización de los servicios de asistencia letrada y de defensa y representación deberá garantizar la continuidad y, cuando el censo de profesionales lo permita, la especialización por órdenes jurisdiccionales, atendiendo a criterios de eficiencia y funcionalidad en la aplicación

personas en situación de pobreza, sino también para descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia.

²⁰⁰ Las cursivas son nuestras.

de los fondos públicos puestos a su disposición, velando por la distribución objetiva de turnos y medios.

Así, como puede observarse, la eficiencia se constituye, sin lugar a dudas, en un principio ordenador de la administración de los fondos públicos asignados para hacer de la asistencia jurídica gratuita una realidad. Aunque como hemos asentado en reiteradas ocasiones la inclusión de la misma no debe agotarse en la sola administración y distribución de los fondos públicos que le han sido asignados, sino que, a nuestro entender, este principio constitucional inspira la totalidad del diseño adoptado para su previsión, siempre que garantice que la asistencia jurídica gratuita de las personas de escasos recursos económicos no descansa de nueva cuenta en el *munus honorificum* de los profesionales del derecho.

CONCLUSIONES

La asistencia jurídica gratuita, concebida como un derecho social de contenido prestacional a cargo del Estado, ha logrado consolidarse como el mecanismo *ad hoc* para garantizar que ninguna persona pueda quedar en estado de indefensión o verse privada de la posibilidad de acceder al sistema de impartición de justicia por su situación económica. Así, se deja a un lado la idea propia del *laissez faire* que hacía de esta institución una mera obra de caridad por parte de los profesionales del derecho (aunado a la labor de los procuradores) para dar paso a una institución en la que logra fortalecerse la corresponsabilidad de las condiciones sociales entre el Estado y la sociedad.

La asistencia jurídica gratuita logra vincularse de esta forma con las propias estructuras del Estado de Bienestar, a efecto de constituirse no sólo en un claro instrumento del derecho fundamental de tutela judicial efectiva y, concretamente, del derecho a la jurisdicción y a la defensa y asistencia de letrados (que garantizan la propia efectividad del conjunto de derechos individuales y sociales), sino que también se constituye en una forma de proveer al bienestar social de los particulares.

Esta nueva dimensión de la asistencia jurídica gratuita que propugna por una participación más activa del Estado en ámbitos tradicionalmente confiados a los particulares, nos lleva a la necesidad de adoptar ciertos criterios legitimadores del actuar del

mismo que permitan valorar la conveniencia de contar con servicios de asistencia jurídica gratuita adecuados.

Estos criterios, adoptados para la valoración de cualquier política pública, que pueden configurarse y presentarse de modo muy diverso, pueden también formularse desde la óptica clásica de la eficiencia y la equidad, a efecto de verificar si su implementación y el alcance que se les concede redundan efectivamente en incrementos de bienestar social.

En otras palabras, los fundamentos en los que descansa la inclusión de la asistencia jurídica gratuita no residen ya de manera exclusiva en consideraciones propias de la justicia, aún cuando innegablemente constituye uno de sus fines primordiales, sino que además se hace necesario atender a los efectos económicos que conlleva su implementación.

Si bien uno de los objetivos del Estado social, y concretamente del Estado español, es la búsqueda de la justicia a través del principio de igualdad material entre los miembros de la sociedad y específicamente a través de un acceso universal a los mecanismos jurisdiccionales de solución de conflictos jurídicos (lo cual se identifica con un objetivo de equidad que genera efectos redistributivos deseables), también es preciso procurar que los objetivos públicos se consigan de forma compatible con un uso eficiente de los recursos. En este sentido, no es suficiente decir que la asistencia jurídica gratuita promueve la igualdad cuando existe

una diferenciación en el reparto de los recursos iniciales entre los miembros de la sociedad, sino que además se requiere justificar su implementación en términos de un bienestar social que abarca tanto argumentos de equidad como de eficiencia.

Como se ha argumentado en el trabajo precedente, gran parte del problema que circunda al acceso a la Justicia no sólo obedece a razones ya aportadas en el enfoque más tradicional, mismo que descansa en el elevado coste total de litigar, sino que además admite una justificación desde la perspectiva económica consistente en la existencia de incertidumbre en los servicios de impartición de justicia, misma que se traduce en la ausencia de mercados contingentes universales y, por ende, en la imposibilidad de relacionar las preferencias de los individuos con los bienes y servicios asociados a la solución de los conflictos jurídicos.

A lo anterior se suma el carácter también incompleto de los mercados crediticios, que terminan por excluir a quienes para acceder a los mecanismos de solución de conflictos requieren primero convertirse en deudores de los recursos necesarios para costearse el posible litigio. Así, la asistencia jurídica gratuita puede reinterpretarse como una forma de seguro público que transfiere recursos de los contribuyentes hacia los beneficiarios de la misma, donde el riesgo asegurado no es la presencia del conflicto mismo sino la carencia de recursos económicos con los que costear la solución jurídica al mismo, de tal forma que la asistencia jurídica gratuita se constituye en una posible forma de subsanar tales carencias.

Este argumento cobra una mayor fuerza si consideramos que ni los seguros legales privados, ni los diversos esquemas de cobro de honorarios, así como tampoco el sistema *pro bono* (mismo que reintroduciría el concepto del beneficio de pobreza bajo un espíritu de caridad cristiana) pueden considerarse como mecanismos perfectamente sustitutos de la asistencia jurídica gratuita. Lo cual, evidentemente, no es óbice para considerar una adecuada combinación de los mismos a efecto de ampliar la cobertura de los beneficiarios a través de la creación de medios que fomenten el acceso a la justicia a un mayor segmento de la sociedad.

Íntimamente vinculado al problema de la ausencia de mercados contingentes y a la creación de obstáculos para acceder a la justicia se encuentra la presencia de información imperfecta en la relación entre los abogados y sus clientes. Este problema, caracterizado como un fallo del mercado, no sólo presenta un impacto directo en los mecanismos adoptados para la fijación de los honorarios y, en consecuencia, encarece los costos del servicio que garantiza cierta cantidad y calidad, sino que además acaba por excluir a las personas que presentan una mayor aversión al riesgo, siendo precisamente aquéllas que disponen de más bajos recursos.

Así, de acuerdo con los argumentos anteriores hemos afirmado que la implementación del servicio de asistencia jurídica gratuita no solo se asocia a su papel redistributivo en plena congruencia con los objetivos de igualdad material y en cumplimiento de los derechos

fundamentales esenciales para la propia efectividad del Estado social de derecho, sino que también se constituye en una clara respuesta a los problemas que se asocian a las imperfecciones del mercado en la asignación de los recursos.

Ahora bien, por lo que hace a los efectos de la asistencia jurídica gratuita, tenemos que reconocer que si bien genera beneficios sociales y privados, derivados tanto de su función como promotora del acceso a la justicia como por sus efectos en la solución de conflictos jurídicos, también presenta costes sociales.

Un aspecto ampliamente debatido por la teoría económica respecto de cualquier subsidio o transferencia que implique, como es nuestro caso, la gratuidad, consiste precisamente en la alteración al entorno de incentivos en la toma de decisiones de las personas susceptibles de constituirse en beneficiarias de esta prestación. En concreto, la asistencia jurídica gratuita conlleva, bajo el supuesto de racionalidad de los agentes económicos, el incremento de la demanda de tutela judicial y con ella, la mayor presión sobre la congestión de los tribunales y la dilación en los procedimientos.

En relación con estos problemas, dos son los aspectos que más destacan. El primero, *ex ante* al conflicto jurídico, hace referencia a los incentivos que se generan para la comisión de conductas ilícitas o antijurídicas. Es de suponer que siendo la asistencia jurídica gratuita una forma de disminución del coste privado de litigar (y, por ende, del coste total que se asume por la comisión de ilícitos), genere

desincentivos en los potenciales beneficiarios para evitar la comisión de estas conductas. Este resultado ha sido ampliamente tratado en el caso de los seguros privados (Posner, Polinsky, Shavell, entre otros), especialmente en materia de la responsabilidad por ilícitos culposos, y nada impide que podamos trasladar estos resultados a la asistencia jurídica gratuita dado que, como hemos dicho anteriormente, la misma puede reinterpretarse como un mecanismo de seguro público. Sin embargo, cabe advertir que este resultado y su aplicación a la asistencia jurídica gratuita sólo serán concluyentes en el supuesto de que los potenciales beneficiarios de la misma sean culpables o responsables de tal conducta, pues en el supuesto contrario, la generación de incentivos perversos no tendría aplicación alguna. Así pues, el riesgo moral desde esta perspectiva constituye un problema parcial, aunque igualmente significativo.

El segundo, *ex post* al nacimiento del conflicto jurídico, hace referencia a las decisiones del potencial beneficiario a la asistencia jurídica gratuita respecto de la forma de dar solución al conflicto. La teoría del riesgo moral conduce al argumento de que la disminución del coste del servicio asegurado provoca una pérdida intangible derivada de la propensión de ciertos individuos para utilizar dicho servicio, lo cual redundará en el incremento de la demanda de tutela judicial y, consecuentemente, en el incremento del coste público del sistema de impartición de justicia.

Hemos logrado identificar dos vías para minimizar este problema del riesgo moral. La primera de ellas obedece a los mecanismos propios

de la racionalización del servicio (criterios estrictos de elegibilidad de los usuarios, cobertura parcial de los costes asociados al litigio, entre otros), mientras que la segunda hace referencia a la inclusión de la asistencia jurídica gratuita en los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Esta última vía quebrantaría la relación de sustitución que actualmente tiene el sistema jurisdiccional frente a los mecanismos alternativos, y tendría como objetivo lograr que el abaratamiento de aquél, a través de la asistencia jurídica gratuita, no desincentivara la utilización de éstos.

Lo cierto es que el efecto a largo plazo de la asistencia jurídica gratuita sobre el incremento de la demanda de tutela judicial y, con ella, la mayor congestión de los tribunales y la dilación de los procedimientos resulta indeterminado. Si bien es cierto que la gratuidad de la Justicia puede generar incrementos a corto plazo en la demanda, también lo es que una mayor demanda traerá consigo problemas de congestión y dilación de los procedimientos, mismos que, a su vez, se constituyen en racionalizadores de la demanda de tutela judicial. La congestión y dilación de los procedimientos representan una parte importante de los costes que asumen los particulares en la litigación.

Otro aspecto negativo que deriva de la gratuidad de la justicia consiste en la posible presentación de demandas infundadas o temerarias, situación ante la que hemos identificado algunos mecanismos correctores. El primero de ellos consiste precisamente en evitar la gratuidad en estos casos, y no sólo mediante la

limitación de la aplicación de fondos públicos sino también a través de la imposición de sanciones. Estas medidas se ven favorecidas a través de la inclusión de la orientación y asesoría previa a juicio como una forma de influir en la toma de decisiones de los particulares respecto de llevar o no su asunto a juicio.

Así pues, de acuerdo con lo aquí expuesto, podemos observar que el análisis realizado en este trabajo constituye una reflexión sobre los elementos de eficiencia presentes en la definición y en la necesaria delimitación de la asistencia jurídica gratuita. De tal forma que la eficiencia no sólo se constituye en una vía de justificación para la creación y mantenimiento de esta institución, sino que, además, contribuye a su propia concreción. Cabe advertir que el contenido de esta tesis representa una exposición sistemática y analítica de los principales argumentos e ideas que nos permiten demostrar un equilibrio cualitativo más que específico. La demostración de esto último habría requerido de la contrastación de hipótesis con base en información obtenida, en gran medida, a través de estudios empíricos. Ciertamente éste no ha sido el objetivo perseguido en la presente tesis.

En el plano constitucional español, el Constituyente de 1978 plasma este objetivo de equilibrio cualitativo entre la definición y la delimitación de la asistencia jurídica gratuita al establecer, por un lado, el contenido mínimo indisponible del derecho mediante el artículo 119 de la Constitución, que debe interpretarse según la propia exigencia de introducir criterios de eficiencia y equidad en el

cumplimiento de las tareas y objetivos públicos que la propia Norma Fundamental establece en su artículo 31.2.

Así, como hemos detallado en su momento, la asistencia jurídica gratuita no constituye un derecho absoluto e ilimitado, sino que se trata de un derecho social de naturaleza prestacional cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio corresponde delimitar al legislador. Así pues, éste tiene un amplio margen de discrecionalidad para definir y, en su caso, fijar el alcance de la prestación de asistencia jurídica que la propia Constitución garantiza. Debe entenderse que el artículo 119 constitucional fija un marco muy flexible y de fácil mutabilidad, de modo que caben muy diversas formas de estructurar una asistencia jurídica gratuita compatible con la Constitución, que garantice un efectivo acceso a la tutela judicial de las personas que carecen de recursos suficientes para litigar.

Esto último implica que en términos de la Constitución de 1978 es posible adoptar diversos esquemas para la provisión de asistencia jurídica gratuita (sea a través de mecanismos públicos o privados), cabe la imposición de tasas judiciales siempre que estén consideradas en los gastos que asume el Estado a través de esta prestación, puede admitirse la financiación total y parcial del costo total de litigar de manera proporcional a la capacidad económica del beneficiario, y se permite la orientación y asesoría previa a juicio e, incluso, su omisión (aunque esto por los motivos arriba expuestos no sea recomendable), entre otros aspectos relevantes.

Sin embargo, el contenido mínimo indisponible del artículo 119 constitucional y específicamente su relación con el derecho fundamental de tutela judicial efectiva, impiden la restricción de esta prestación a ciertos ámbitos jurisdiccionales. Siendo la asistencia jurídica gratuita el mecanismo *ad hoc* para garantizar el acceso a la justicia de las personas de escasos recursos y, además, tomando en consideración el sentido de la exigencia de igualdad material conforme al artículo 14 de la Norma Fundamental, el legislador tiene la obligación de abarcar cualquier orden jurisdiccional a través del cual los particulares puedan hacer efectivos sus intereses jurídicamente tutelados. Este contenido mínimo indisponible se sustrae así de cualquier interpretación restrictiva en términos de eficiencia que pudiera presentarse. Ésta es, sin duda, una de las limitaciones más importantes a las que se encuentra sujeto el legislador, que supera el vetusto tratamiento de la asistencia jurídica gratuita desde la perspectiva exclusiva y prioritaria de la defensoría de oficio en los asuntos del orden penal.

Esta última exigencia constitucional trae a colación el problema de compatibilizar los objetivos de eficiencia y equidad. Como hemos argumentado a lo largo del desarrollo de esta tesis, existen suficientes espacios en el tratamiento de esta cuestión en los cuales la eficiencia no es necesariamente ajena a la equidad, y en los que ambos conceptos se constituyen en herramientas necesarias para la instrumentación del derecho de asistencia jurídica gratuita.

En cuanto a su relación y, concretamente por lo que hace al contenido mínimo indisponible del artículo 119 constitucional, hemos afirmado que no existe una verdadera oposición de criterios. La implementación de la asistencia jurídica gratuita, en los términos plasmados por la Constitución, no necesariamente conlleva situaciones ineficientes, toda vez que la mera exigencia constitucional que garantiza su prestación en cualquier orden jurisdiccional cuando se demuestra la insuficiencia de recursos para litigar, hace que la sociedad esté en mejor posición de lo que estaría en el caso de no existir o de estar seriamente limitada a ciertos órdenes jurisdiccionales, lo que conduciría a que los beneficios sociales derivados de la prestación de asistencia jurídica gratuita fueran superiores a sus costes sociales, como hemos visto con anterioridad.

Así pues, es válido suponer que el logro de objetivos de eficiencia y equidad no necesariamente supone un conflicto en los términos señalados por la Constitución y cuando se analizan en términos de bienestar social.

Sin embargo, es necesario advertir que tratándose de un derecho de configuración legal, la efectividad de la eficiencia y la equidad como principios rectores de la asistencia jurídica gratuita queda encomendada a la tarea del legislador ordinario. Los resultados de su funcionamiento, por tanto, no dependen propiamente del análisis del orden constitucional sino de la ley especial que la regula.

Al respecto, hemos tratado de identificar algunos indicadores generales para garantizar que el diseño normativo de la asistencia jurídica gratuita cumpla con el equilibrio entre los mandatos de eficiencia y equidad presente en la Constitución.

Así, en atención al contenido de la Constitución española en esta materia, la equidad se materializa en el hecho de que nadie que demuestre insuficiencia de recursos para litigar puede quedar impedido de acceder a la justicia. De tal forma que el legislador o, en su defecto, el Tribunal Constitucional, deben garantizar esta prestación de asistencia jurídica gratuita para cualquier persona carente de recursos para litigar y en cualquier orden jurisdiccional, dándose así cumplimiento a la máxima de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

En términos generales esta es la posición que ha adoptado el legislador, con la intervención del Tribunal Constitucional respecto de la situación (anteriormente de exclusión) de los extranjeros. Sin embargo, en el sistema legal vigente en España existen dos casos en los que se trasciende el sentido de equidad previamente señalado, mismo que hace referencia a la desigualdad económica de las personas. El primero de ellos tiene un carácter restrictivo y se refiere a la prestación de asistencia jurídica en el orden administrativo a los extranjeros, situación que como hemos visto en el desarrollo de la tesis ha sido subsanada no por la legislación sino por la práctica misma. El segundo, por el contrario, amplía el sentido de equidad adoptado en esta materia a efecto de incluir la llamada “ley del más

débil” o “equidad de género”, y es el caso de las mujeres víctimas de violencia de género. En este último caso se prevé una asesoría y asistencia jurídica de manera inmediata, de tal forma que no es necesaria la acreditación de la insuficiencia de recursos para litigar.

Ahora bien, por lo que hace a la eficiencia en la asistencia jurídica gratuita, resultan de particular relevancia su carácter subsidiario frente a las capacidades del mercado, su carácter residual en oposición a un esquema universal que dote de mínimos que garanticen la satisfacción de una necesidad pública, los criterios de selección de los beneficiarios que permitan no sólo crear estándares o baremos objetivos sino que también atiendan a las circunstancias particulares de los beneficiarios, la diversificación de la cuantía en razón de la capacidad económica del beneficiario, la remuneración de los prestadores del servicio a efecto de garantizar la calidad del servicio prestado a través de esquemas de incentivos, la inclusión de esta prestación en los mecanismos alternativos de solución de conflictos, entre otros. El principal objetivo pretendido por el legislador en la adopción de estas medidas es el de introducir precauciones para abatir los principales costes sociales que se derivan de la implementación de la asistencia jurídica gratuita, de forma compatible, en principio, con el objetivo de eficiencia en el uso de los recursos públicos propugnado en la Constitución. Entre las medidas adicionales que podrían avanzar en esta línea se encuentra, según se ha argumentado en el trabajo, la inclusión de esta prestación en los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

La adopción de estas medidas, que ciertamente no pretenden ser exhaustivas pero que sirven de criterios orientativos en el desarrollo de las ideas expuestas en la tesis, no constituye más que el reflejo de la necesaria atención de la eficiencia y la equidad como criterios valorativos que determinan el alcance y configuración de la asistencia jurídica gratuita, en el contexto del Estado social de derecho.

Estas pautas no son otra cosa que los límites impuestos por la adopción de los criterios antes indicados, sin los cuales la asistencia jurídica gratuita sería ineficiente en el sentido de que los costes sociales podrían ser superiores a los beneficios sociales, rivalizaría con otras políticas públicas que pretenden promover el acceso a la justicia y, además, podría incluso dar lugar a situaciones inequitativas.

Consideramos por tanto que el desarrollo de la asistencia jurídica gratuita es susceptible de tomar en consideración los criterios de eficiencia y equidad como límites en el alcance de su cobertura, pues en cualquier caso no se trata de un derecho fundamental *per se*, sino de un instrumento o mecanismo a través del cual se da cumplimiento al derecho fundamental de tutela judicial efectiva que por su propia naturaleza tiene un carácter universal e inalienable.

BIBLIOGRAFÍA

ACOCELLA, Nicola, *The foundations of Economic Policy, values and techniques*, translated from the Italian by Brendan Jones, (Cambridge University Press, 1998).

AKERLOF, George A., “The Market for ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, Num. 3, (Aug., 1970), pp. 488-500.

ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, tr. de Ernesto Garzón Valdés, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993).

ALEXY, Robert, “Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica”, tr. de Manuel Atienza, *DOXA*, núm. 5, (1988), pp. 139-151.

ALBI, Emilio, *Público y Privado: un acuerdo necesario*, (Barcelona: Ariel, 2000).

ALBI, Emilio, “¿Qué sector público necesitamos?”, en *Estado y economía: elementos para un debate*, (España: Fundación Banco Bilbao Vizcaya, 1995), pp. 17 – 44.

ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I., “Acceso a la Justicia”, *Derecho y Justicia. Cuadernos de Trabajo, Tecnológico de Monterrey*, núm. 17, (Abril, 2007), pp. 2-32.

ALZAGA VILLAMIL, Oscar (Dirección y prefacio), *Comentarios a las Leyes Políticas: Constitución Española de 1978*, Tomo III, (Madrid: Revista de Derecho Público, EDERSA, 1983).

ARANGÜENA FANEGO, Coral (Coord.), *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea*, (Madrid: Lex Nova, 2007).

ARROW, Kenneth J., *Social Choice and Individual Values*, (New York: John Wiley & Sons, 1951).

ARROW, Kenneth J., “Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care”, *The American Economic Review*, Vol. 53, (Dec., 1963), pp. 941-973.

ARROW, Kenneth J., “The economics of Moral Hazard: Further Comment”, *The American Economic Review*, Vol. 58, Num. 3, Part 1, (Jun., 1968), pp. 537-539.

ARROW, Kenneth J., “The organization of economic activity: issues pertinent to the choice of market vs. nonmarket allocation”, *The Analysis and Evaluation of Public Expenditures: The PPB System*, (Washington, D.C.: Joint Economic Committee, 91st Congress, 1969), pp. 47-64.

ARROW, Kenneth J. And Robert C. Lind “Uncertainty and the Evaluation of Public Investment Decisions”, *The American Economic Review*, Vol. 60, Num. 3, (Jun., 1970), pp. 364-378.

ATKINSON, Anthony B. y Joseph STIGLITZ, *Lecciones sobre Economía Pública*, prólogo y traducción de Francisco Domínguez del Brío, (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1988).

AYALA ESPINO, José Luis, *Límites del Mercado y Límites del Estado, Ensayos sobre economía política del Estado*, (México: Instituto Nacional de Administración Pública, A.C., 1992).

BACHMAIER, Lorena, *La Asistencia Jurídica Gratuita*, (Granada: Comares, 1997).

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, “Constitución y Ordenamiento Jurídico”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, (México: Porrúa/UNAM, 2000), pp. 177-201.

BALASSA, Bela A., “Success criteria for economic systems”, en Morris BORNSTEIN (ed.), *Comparative Economic Systems, Models and Cases*, (Homewood: Richard D. Irwin, 1965).

BARR, Nicholas, “Economic Theory and the Welfare State: A Survey and Interpretation”, *Journal of Economic Literature*, Vol. 30, Num. 2, (June, 1992), pp. 741-803.

BARR, Nicholas, *The Economics of the Welfare State*, (California: Stanford University Press, 1998).

BAUMOL, William J., "On Taxation and the Control of Externalities", *The American Economic Review*, Vol 62, Num. 3, (Jun., 1972), pp. 307-322.

BAUMOL, William J., "Applied Fairness Theory and Rationing Policy", *The American Economic Review*, Vol. 72, Num. 4, (Sep., 1982), pp. 639-651.

BAYONA DE PEROGORDO, J.J., *El derecho de los gastos públicos*, (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1991).

BAYONA DE PEROGORDO, J.J., "Notas para la construcción de un Derecho de los gastos públicos", *Presupuesto y Gasto público*, núm. 2, (1979), pp. 65-80.

BENDA, Ernesto, *et. al.*, *Manual de Derecho Constitucional, Segunda edición*, (Madrid/Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2001).

BERGSON, Abram, "A reformulation of certain aspects of welfare economics", *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 52, Num. 2, (Feb., 1938), pp. 310-334.

BOADWAY, Robin y David E. WILDASIN, *Economía del Sector Público*, tr. de José María Lozano Irueste, (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1986).

BORGIA SORROSAL, Sofia, “Los principios constitucionales de eficiencia y economía en la programación y ejecución de los gastos públicos”, *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 36-(3/2004), pp. 41-74.

BÖS, Dieter, “Comentarios”, en Arnold HEERTJE (ed.), *El Papel Económico del Estado*, tr. de Bienvenido Pascual Encuentra, (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1993).

BROWNING, Edgar K. and William R. JOHNSON, “The trade-off between equality and efficiency”, *Journal of Political Economy*, Vol. 92, Num. 2, (April, 1984).

BUCHANAN, James and Gordon TULLOCK, *The Calculus of Consent, Logical Foundations of Constitutional Democracy*, (Ann Arbor, MI: The University of Michigan Press, 1962).

BUCHANAN, James, “Positive Economics, Welfare Economics, and Political Economy”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 2, (Oct., 1959), pp. 124–138.

BUCHANAN, James, “An Economic Theory of Clubs”, *Economica*, Vol. 32, Num. 125, (Feb. 1965), pp. 1–14.

BUCHANAN, James, *The Demand and Supply of public goods*, (Chicago/London: The University of Chicago Press, 1968).

BUCHANAN, James, "Sector Público versus Sector Privado. Una crítica a la teoría del Estado-benéfico", en *El Sector Público en las Economías de Mercado (ensayos sobre el intervencionismo)*, (Madrid: Espasa-Calpe S.A., 1979).

BUSH, Robert A., "The economic significance of access to justice: An analysis of resource allocation to dispute-resolution services, in relation to public policy-making and the public interest", en Mauro Cappelletti and B. Garth (eds.), *Access to Justice. Emerging issues and perspectives*, Vol. III, (Milán: Giuffrè Editore, 1979).

BUSTOS GISBERT, Rafael, *La Constitución Red: Un estudio sobre la supraestatalidad y constitución*, (Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 2005).

CALABRESI, Guido, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", *Yale Law Journal*, Vol. 70, Num. 4, (March, 1961), pp. 499-553.

CALABRESI, Guido, "Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules. A Comment", *Journal of Law and Economics*, Vol. 11, Num. 1, (Apr., 1968), pp. 67-73.

CALSAMIGLIA, Albert, "Justicia, Eficiencia y Derecho", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, (sept.-dic., 1988), pp. 305-335.

CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen, “El coste de la justicia: Especial referencia a las costas en los procesos declarativos de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil”, en PASTOR PRIETO, Santos y Víctor MORENO CATENA (Dir.), *El coste de la justicia*, Cuadernos de Derecho Judicial XV-2001, (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2002).

CANTARO, Antonio, “El declive de la «constitución económica del Estado social», en Miguel Ángel GARCÍA HERRERA (Coord.), *El Constitucionalismo en la Crisis del Estado Social*, (Bilbao: Universidad del País Vasco, 1997).

CAPPELLETTI, Mauro y Bryant GARTH (dir.), *Accès a la Justice et Etat-Providence*, (París: Economica, 1984), p. 33.

CAPPELLETTI, Mauro, *Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo (Cuatro estudios de derecho comparado)*, tr. de Héctor Fix Fierro, (México: Porrúa, 1993).

CARNICER Díez, Carlos, “Organización de la defensa por turno de oficio” en Andrés PACHECO GUEVARA (dir.), *Justicia Gratuita*, (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995), pp. 45-78.

CASCAJO CASTRO, José Luis, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988).

CASCAJO CASTRO, José Luis, “La voz «Estado social y democrático de Derecho», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 12, (mayo-agosto, 1992), pp. 9-23.

CASTELLS, Antoni y Núria BOSCH, “El futuro del Estado del bienestar: algunas líneas de reflexión”, en Antoni Castells y Núria Bosch (Dir.), *El futuro del Estado del Bienestar*, (Madrid: Civitas, 1998).

CHASE, Sam B., “Credit Risk and Credit Rationing: A Comment”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 75, Num. 2, (May, 1961), pp. 319-327.

CHERNEW Michael, “General Equilibrium and Marketability in the Health Care Industry”, *Journal of Health Politics, Policy and Law*, Vol. 26, Issue 5, (Oct., 2001), pp. 885-897.

CID CEBRIÁN, Miguel, “Aspectos actuales de la justicia gratuita con una referencia final a las personas jurídicas y uniones sin personalidad”, en Andrés PACHECO GUEVARA (dir.), *Justicia Gratuita*, (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995).

COASE, Ronald H., “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 1, (1960).

COLEMAN, Jules L., “Economics and the Law: A Critical Review of the Foundations of the Economic Approach to Law”, *Ethics*, Vol. 94, Num. 4. (Jul., 1984), pp. 649-679.

COLEMAN, Jules L., "Justice in Settlements" in *Markets, Morals and the Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1988).

CORNES, Richard and Todd SANDLER, *The Theory of Externalities, Public Goods, and Club Goods*, (Cambridge:, University Press, 1996).

COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Derecho y Análisis Económico*, (México: ITAM/FCE, 1997).

COX, Steven, Allan C. DESERPA and William C. CANBY, Jr., "Consumer Information and the Pricing of Legal Services", *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 30, Num. 3, (Mar., 1982), pp. 305-318.

COWEN, Tyler (ed.), *Public Goods and Market Failure: A critical examination*, (Transaction Publishers, 1992).

DAHLMAN, Carl J., "The Problem of Externality", *Journal of Law and Economics*, Vol. 22, Num. 1, (Apr., 1979), pp. 141-162.

DATTA-CHAUDHURI, Mrinal, "Market Failure and Government Failure", *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 4, Num. 3, (Summer, 1990), pp. 25-39.

DEMSETZ, Harold, "The Private Production of Public Goods", *Journal of Law and Economics*, Vol. 13, Num. 2, (Oct., 1970), pp. 293-306.

DEMSETZ, Harold, “Barriers to Entry”, *American Economic Review*, Vol. 72, Num. 1, (March, 1982), pp. 47-57.

DÍAZ PULIDO, José Manuel, “Evaluación de la Equidad y los Efectos Distributivos de las Políticas Públicas”, *VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Lisboa, del 8 al 11 de octubre de 2002.

DOGLIANI, Mario, “Los problemas del constitucionalismo en la crisis del Estado social”, en Miguel Ángel GARCÍA HERRERA (Coord.), *El Constitucionalismo en la Crisis del Estado Social*, (Bilbao: Universidad del País Vasco, 1997).

DWORKIN, Ronald, “Is Wealth a Value?”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 9, (March, 1980), pp. 191-216.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, tr. de Marta Guastavino, 5ª reimpresión (Barcelona: Ariel, 2002).

EMONS, Winand, “Credence Goods and Fraudulent Experts”, *RAND Journal of Economics*, Vol. 28, Num. 1, (Spring, 1997), pp. 107-119.

ENTRENA CUESTA, Ramón, “El principio de libertad de empresa”, en GARRIDO FALLA, Fernando (Coord.), *El modelo económico en la Constitución española*, Vol. I, (Madrid: Instituto de Estudios Económicos, D.L. 1981).

FELDSTEIN, Martin S., “The Welfare Loss of Excess Health Insurance”, *Journal of Political Economy*, Vol. 81, Num. 2, part I, (March/April, 1973), pp. 251-280.

FENN, Paul, Neil RICKMAN and Alistair MCGUIRE, “Professional Liability and the Licensed Profession”, *International Review of Law and Economics*, Vol. 12, Num. 4, (Dec., 1992), pp. 479-496.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, segunda edición, (Madrid: Trotta, 2001).

FERRAJOLI, Luigi, *Sobre los Derechos Fundamentales y sus Garantías*, (México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2006).

FERRAJOLI, Luigi, “La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública”, en *Defensa Pública: Garantía de Acceso a la Justicia. III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas. Buenos Aires, República Argentina, 11, 12 y 13 de junio de 2008*, (Buenos Aires: La Ley, Ministerio Público de la Defensa, 2008).

FIX FIERRO, Héctor, *La Eficiencia de la Justicia (Una aproximación y una propuesta)*, (México: UNAM, 1995).

FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Eficacia de los Instrumentos Protectores de los Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. II, (2002), pp. 11-50.

FORSTHOFF, ERNST, “Problemas Constitucionales del Estado Social”, en WOLFGANG ABENDROTH, Ernst FORSTHOFF y Karl DOEHRING, *El Estado Social*, tr. de José Puente Egido, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986).

GARCÍA DE LA MORA, Leonardo y Miguel Ángel MARTÍNEZ LAGO, *Lecciones de Derecho Financiero y Tributario*, T. I, (Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2002).

GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel, “El fin del Estado Social”, *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, núm. 118-119, (1994), pp. 133-150.

GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, 2ª. Edición, Cuarta reimpresión, (Madrid: Alianza Editorial, 1991).

GAROUPA, Nuno and Frank H. STEPHEN, “Optimal Law Enforcement with Legal Aid”, *Economica*, Vol. 71, Num. 238, (Aug., 2004), pp. 493-500.

GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, (Madrid: Tecnos, 1984).

GIERSCH, Herbert, “Economía del Gobierno y Economía del Mercado”, en *El Sector Público en las Economías del Mercado (ensayos sobre el intervencionismo)*, (Madrid: Espasa-Calpe, 1979).

GOLDIN, Kenneth, "Equal Access vs. Selective Access: A Critique of Public Goods Theory", en Tyler COWEN (ed.), *Public Goods and Market Failures: A Critical Examination*, (U.S.A.: Transaction Publishers, 1991).

GÓMEZ ALCALÁ, Rodolfo Vidal, *La ley como límite de los Derechos Fundamentales*, (México: Porrúa, 1997).

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El beneficio de pobreza. La solución española al problema de acceso gratuito a la Justicia*, (Barcelona: Bosch, 1982).

GONZÁLEZ PILLADO, Esther y Luis D. ESPINO HERNÁNDEZ, *El coste del proceso y el derecho de asistencia jurídica gratuita*, (Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2004).

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M., "Situación y protección jurídica del ciudadano frente al gasto público", (Salamanca: Departamento de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Salamanca, 1979).

GONZALO Y GONZÁLEZ, Leopoldo, "Justicia y eficiencia impositivas en la constitución de 1978", *ICADE: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 58, (enero-abril, 2003), pp. 201-212.

GORIELY, Tamara, "Rushcliffe Fifty Years on: The Changing Role of Civil Legal Aid within the Welfare State", *Journal of Law and Society*, Vol. 21, Num. 4, (Dec., 1994), pp. 545-566.

GORIELY, Tamara, "Making the Welfare State Work: Changing Conceptions of Legal Remedies Within the British Welfare State", en Francis Regan, *et. al.*, *The Transformation of Legal Aid. Comparative and Historical Studies*, (New York: Oxford University Press, 1999).

GRIFFIN, Ronald C., "The Welfare Analytics of Transaction Cost, Externalities, and Institutional Choice", *American Journal of Agricultural Economics*, Vol 73, Num. 3, (Aug., 1991), pp. 601-614.

GRUBEL, Herbert G., "Risk, Uncertainty and Moral Hazard", *The Journal of Risk and Insurance*, Vol. 38, Num. 1, (Mar., 1971), pp. 99-106.

HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, Tr. Héctor Fix-Fierro, (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001).

HADFIELD, Gilian K., "The Price of Law: How the Market for Lawyers Distorts the Justice System", *Michigan Law Review*, Vol. 98, Num. 4, (Feb., 2000), pp. 953-1006.

HALL, Margaret and Christopher WINSTEN, "The Ambiguous Notion of Efficiency", *The Economic Journal*, Vol. 69, Num. 273, (Mar., 1959), pp. 71-86.

HANSEN, Ole, "A Future for Legal Aid?", *Journal of Law and Society*, vol. 19, Num. 1, (Spring, 1992), pp. 85-100.

HARDIN, Garret, "The tragedy of the commons", *Science*, Vol. 162, Num. 3859, (Dec.,1968, pp. 1243-1248).

HART, Albert, G., *Anticipation, Uncertainty and Dynamic Planning*, (Chicago: The University of Chicago Press, 1940).

HAYEK, F.A. *The Constitution of Liberty* (Chicago: University of Chicago Press, 1972).

HEAD, George L., "An Alternative to Defining Risk as Uncertainty", *The Journal of Risk and Insurance*, Vol. 34, Num. 2 (Jun., 1967), pp. 205-214.

HESSE, Conrado, "Constitución y Derecho Constitucional", en Eresto BENDA, *et. al.*, *Manual de Derecho Constitucional, Segunda edición*, (Madrid/Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2001).

HICKS, John R., "The foundations of welfare economics", *Economic Journal*, Vol. 49, Num. 195, (Dec., 1939), pp. 696-712.

HIERRO, Liborio L., *Justicia, Igualdad y Eficiencia*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002).

HIRSHLEIFER, J., John G. RILEY, “The Analytics of Uncertainty and Information. An Expository Survey”, *Journal of Economic Literature*, Vol. 17, Num. 4, (Dec., 1979), pp. 1375-1421.

HODGMAN, Donald R., “Credit Risk and Credit Rationing”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 74, Num. 2, (May, 1960), pp. 258-278.

HODGMAN, Donald R., “Credit Risk and Credit Rationing: A Reply”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 75, Num. 2, (May, 1961), pp. 327-329.

HOFFMAN, Elizabeth, “Public choice experiments”, in Tyler Cowen and Eric Crampton, *Market Failure or Success. The new debate*, (Cheltenham, UK/Massachusetts, USA: The Independent Institute, Edward Elgar Publishing Limited, 2002).

HOLTERMANN, S.E., “Externalities and Public Goods”, *Economica, New Series*, Vol. 39, Num. 153, (Feb., 1972), pp. 78-87.

HOTELLING, Harold, “El Bienestar General en Relación con los Problemas de Tributación y de Fijación de las Tarifas de Ferrocarriles y Servicios Públicos”, en Kenneth J. ARROW y Tibor SCITOVSKY, *Ensayos sobre Economía del Bienestar*, tr. de Eduardo Suárez y Manuel Sánchez Sarto, (México: Fondo de Cultura Económica, 1974), pp. 354-384.

IRURZUN MONTORO, Fernando, “La negociación de la Decisión Marco sobre Garantías Procesales en el Consejo de la Unión Europea”, en ARANGÜENA FANEGO, Coral (Coord.), *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea*, (Madrid: Lex Nova, 2007).

JACOBS, Rowena and Maria GODDARD, “Trade-offs in social health insurance systems”, *International Journal of Social Economics*, Núm. 29, 11/12, ABI/INFORM Global, (2002), pp. 861-875.

JAFFEE, Dwight and Thomas RUSSELL, “Imperfect Information, Uncertainty, and Credit Rationing”, *The Quarterly Journal of Economics*, MIT Press, Vol. 90, Num. 4, (Nov., 1976), pp. 651-666.

JOHNSON, Earl, Jr., “Justice and Reform: A Quarter Century Later”, en Francis Regan *et.al.* (eds.), *The Transformation of Legal Aid. Comparative and Historical Studies*, (New York: Oxford University Press, 1999).

KALDOR, Nicholas, “Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility”, *Economic Journal*, Vol. 49, Num. 195, (Sept., 1939), pp. 549-552.

KAPLOW, Louis, “An Economic Analysis of Legal Transitions”, *Harvard Law Review*, Vol. 99, Num. 3, (Jan., 1986), pp. 509-617.

KAPLOW, Louis, "Private versus Social Costs in Bringing Suit", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 15, Num. 2, (Jun., 1986a), pp. 371-385.

KAPLOW, Louis, and Steven SHAVELL, "Fairness versus Welfare", *Harvard Law Review*, Vol. 114, Num. 4, (Feb., 2001), pp. 961-1388.

KAPLOW, Louis, and Steven SHAVELL, "Notions of Fairness versus the Pareto Principle: On the Role of Logical Consistency", *The Yale Law Journal*, Vol. 110, Num. 2, (Nov., 2000), pp. 237-249.

KATZ, Avery, "Measuring the Demand for Litigation: Is the English Rule Really Cheaper?", *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 3, Num. 2, (Autumn, 1987), pp. 143-176.

KIHOLM SMITH, Janet and Steven R. COX, "The Pricing of Legal Services: A Contractual Solution to the Problem of Bilateral Opportunism", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 14, Num. 1, (Jan., 1985), pp. 167-183.

KILIAN, Matthias and Francis REGAN, "Legal expenses insurance and legal aid- two sides of the same coin? The experience from Germany and Sweden", *International Journal of the Legal Profession*, Vol. 11, Num. 3, (Nov., 2004), pp. 233-255.

KILWEIN, John, "The Decline of Legal Services Corporation: It's ideological, stupid!", en Francis Regan *et.al.* (eds.), *The*

Transformation of Legal Aid. Comparative and Historical Studies, (New York: Oxford University Press, 1999).

KIM, O., and WALKER, Martin, “The Free Rider Problem: Experimental Evidence”, *Public Choice*, Vol. 43, Num. 1, (Jan., 1984), pp. 3-24.

KITCH, Edmund W., “Los Fundamentos Intelectuales del Análisis Económico del Derecho”, en Andrés ROEMER (Comp.), *Derecho y Economía: Una Revisión de la Literatura* (México: Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas/ITAM/FCE, 2000).

KLEIN, Benjamin, “Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis: Comment”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 19, Num. 2, Conference on the Economics of Politics and Regulation, (Aug., 1976), pp. 309-313.

KORNHAUSER, Lewis A., “El Nuevo Análisis Económico del Derecho: Las Normas Jurídicas como Incentivos”, en Andrés ROEMER (Comp.), *Derecho y Economía: Una Revisión de la Literatura* (México: Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas/ITAM/FCE, 2000).

KUTTNER, Robert, *Everything for Sale. The Virtues and Limits of Markets*, (Chicago: The University of Chicago Press, 1999).

LANDES, William M., and Richard A. POSNER, “Legal Precedent: a Theoretical and Empirical Analysis”, *Journal of Law and Economics*,

Vol. 19, Num. 2, Conference on the Economics of Politics and Regulation, (Aug., 1976), pp. 249-307.

LANDES, William M., and Richard A. POSNER, "Adjudication as a Private Good", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 8, Num. 2, (Mar., 1979), pp. 235-284.

LEES, Dennis S. and R.G. RICE, "Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care: Comment", *American Economic Review*, Vol. 55, Num. 1, (March, 1965), pp. 140-154.

Legal Services Market Study. Quality in the Legal Services Industry. A Scoping Study, (UK: Department for Constitutional Affairs, August, 2005).

LEMIEUX, Pierre, "Social Welfare, State Intervention, and Vale Judgments", *The Independence Review*, Vol. XI, Num. 1, (Summer, 2006).

LIEBENSTEIN, Harvey, "Allocative Efficiency vs. X-Efficiency", *The American Economic Review*, Vol. 56, Num. 3, (Jun., 1966), pp. 392-415.

LINDBLOM, Charles E., *The market system*, (Harrisonburg: Yale University Press and New Haven & London, 2001).

LIPSEY, Richard G. and Kelvin LANCASTER, “The General Theory of Second Best”, *Review of Economic Studies*, Vol. 24, Num. 1, (Oct., 1956), pp. 11-32.

LITTLE, I.M.D., “The Foundations of Welfare Economics”, *Oxford Economic Papers, New Series*, Vol. 1, Num. 2, (Jun., 1949), pp. 227-246.

LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando, *La justicia y sus problemas en la Constitución. Justicia, jueces y fiscales en el Estado social y democrático de Derecho*, (Madrid: Tecnos, 1996).

LUECK, Dean, and Reed OLSEN, “Market and Regulatory Forces in the Pricing of Legal Services”, *Journal of Regulatory Economics*, Num. 7, (1995), pp. 63-83.

MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 4ª. Edición, (Madrid: Tecnos, 2004).

MARGOLIS, Julius, “Beneficios secundarios, economías externas y justificación de la inversión pública”, *Ensayos sobre la economía del bienestar, selección de Kenneth Arrow y Tibor Scitovsky*, (México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1974). Reproducción y traducción del artículo publicado en *The Review of Economics and Statistics*, Num. 39, (1957), pp. 284-91.

MARTÍN BRAÑAS, Carlos, “La asistencia jurídica gratuita como parte integrante del derecho de tutela judicial efectiva, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión: su unificación por Ley 1/1996, de 10 de enero”, *Documentación laboral/ Asociación de Cajas de Ahorros para relaciones laborales*, núm. 49, (1996), pp. 119-134.

MARTÍN CONTRERAS, Luis, *El Derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita*, (Barcelona: Bosch, 2009).

MÉNDEZ, Juan E., “El acceso a la justicia, un enfoque desde los derechos humanos” en José THOMPSON (Coord. Académico), *Acceso a la Justicia y Equidad. Estudio en siete países de América Latina*, (San José: Banco Interamericano de Desarrollo e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000).

MENÉNDEZ MORENO, Alejandro, *Derecho Financiero y Tributario. Parte General: Lecciones de cátedra*, 8ª. Edición, (Valladolid: Lex Nova, 2007).

MENELL, Meter S., “A Note on Private versus Social Incentives to Sue in a Costly Legal System”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 12, Num. 1, (Jan., 1983), pp. 41-52.

MISHAN, Ezra J., “Welfare Criteria for External Effects”, *American Economic Review*, Vol. 51, Num. 4, (Sept., 1961), pp. 594-613.

MISHAN, E. J., "The Futility of Pareto-Efficient Distributions", *The American Economic Review*, Vol. 62, Num. 5, (Dec., 1972), pp. 971-976.

MISHRA, Ramesh, *El Estado de Bienestar en la Sociedad Capitalista. Políticas de desmantelamiento y conservación en Europa, América del Norte y Australia*, (Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales, 1993).

MOORHEAD, Richard, "Legal Aid in the Eye of a Storm: Rationing, Contracting, and a New Institutionalism", *Journal of Law and Society*, Vol. 25, Num. 3, (Sept., 1998), pp. 365-382.

MUELLER, Dennis C., "Public Choice: A Survey", *Journal of Economic Literature*, Vol. 14, Num. 2, (Jun., 1976), pp. 395-433.

MUELLER, Dennis C., *Public Choice III*, (New York: Cambridge University Press, 2003).

MUÑOZ MACHADO, Santiago, José Luis GARCÍA DELGADO y Luis GONZÁLEZ SEARA (dirs.), *Las Estructuras del Bienestar. Derecho, economía y sociedad en España*, (Madrid: Fundación ONCE, Editorial Civitas/Escuela Libre Editorial, 1997).

MUÑOZ MACHADO, Santiago, José Luis GARCÍA DELGADO y Luis GONZÁLEZ SEARA (dirs.), *Las Estructuras del Bienestar. Propuesta de reforma y nuevos horizontes*, (Madrid: Fundación ONCE, Editorial Civitas/Escuela Libre Editorial, 2002).

MUSGRAVE, Richard A., “Provision for Social Goods”, en Julius MARGOLIS and Henri GUITTON (eds.), *Public Economics* (London: McMillan, 1969), pp. 124-144.

MUSGRAVE, Richard A. y Peggy B. MUSGRAVE, *Hacienda Pública: Teórica y Aplicada*, 5ª. ed., (Madrid/...: McGraw-Hill, 1991).

NAÏR, Sami, *El Imperio frente a la Diversidad del Mundo*, tr. de Sara Barceló y María Cordón, (Barcelona: Círculo de Lectores, S.A., 2003).

NEUMAYER, Eric, “Do International Human Rights Treaties Improve Respect for Human Rights?”, *The Journal of Conflict Resolution*, Vol. 49, Num. 6, (Dec., 2005), pp. 925-953.

NOZICK, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, (Oxford: Basil Blackwell, 1974).

NOZICK, Robert, “Distributive Justice”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 3, Num. 1, (autumn, 1973), pp. 45-126. (Este artículo se encuentra comprendido en el Capítulo 7 de su libro *Anarchy, State and Utopia* con mínimas diferencias).

NYMAN, John A., “The economics of moral hazard revisited”, *Journal of Health Economics*, Num. 18, (1999), pp. 811-824.

NYMAN, John A., “The value of health insurance: the access motive”, *Journal of Health Economics*, Num. 18, (1999a), pp. 194-199.

OKUN, Arthur, *Equality and Efficiency: The Big Tradeoff*, (Washington, D.C.: Brookings Institution, 1975).

OSTROM, Elinor, *Governing the Commons: The Evaluation of Institutions for Collective Action*, (New York: Cambridge University Press, 1990).

PACHECO GUEVARA, Andrés (dir.), *Justicia Gratuita*, (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995).

PARAMIO RODRIGO, Ludolfo, “Estado de Bienestar y Ciudadanía”, en Tomás Fernández García (Coord.), *Estado de Bienestar: Perspectivas y Límites*, (Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 1998).

PAREJO ALFONSO, Luciano, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 1, (sept.-dic., 1981), pp. 169-190.

PAREJO ALFONSO, Luciano, “Estado social y Estado de bienestar a la luz del orden constitucional”, en Santiago MUÑOZ MACHADO, José Luis GARCÍA DELGADO y Luis GONZÁLEZ SEARA (Dirs.), *Las Estructuras*

del Bienestar. Propuesta de reforma y nuevos horizontes, (Madrid: Fundación ONCE, Ed. Civitas/Escuela Libre Editorial, 2002).

PARISI, Francesco (ed.), *The economic structure of the law: the collected economic essays of Richard A. Posner*, (Cheltenham: Edward Elgar, 2000).

PASTOR PRIETO, Santos, *¡Ah de la Justicia! Política Judicial y Economía*, (Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1993).

PAULY, Mark V., "The Economics of Moral Hazard: Comment", *The American Economic Review*, Vol. 58, Num. 3, Part 1, (June 1968), pp. 531-537.

PÉREZ AYALA, Andoni, "Los orígenes del constitucionalismo social. Una aproximación desde una perspectiva histórico-comparativa", en Miguel Ángel GARCÍA HERRERA (Coord.), *El Constitucionalismo en la Crisis del Estado Social*, (Bilbao: Universidad del País Vasco, 1997).

PHELPS, Charles E., *Health Economics*, second edition (New York/Harlow/...: Addison-Wesley, 1997).

PIÑA GARRIDO, María Dolores, "La presupuestación y el control del gasto público desde el punto de vista de los principios de economía, eficacia y eficiencia del art. 31 de la Constitución Española", *Huarte de San Juan, Derecho*, núm. 3-4, (1996-1997), pp. 181-189.

POLINSKY, Mitchell A., “Controlling Externalities and Protecting Entitlements: Property Right, Liability Rule, and Tz-Subsidy Approaches”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 8, Num. 1, (Jan., 1979), pp. 1-48.

POSNER, Richard A., “An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 2, Num. 2, (Jun., 1973), pp. 399-458.

POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, 2d. Edition, (Boston/Toronto: Little, Brown and Company, 1977).

POSNER, Richard A., “The Law and Economic Analysis of Law”, *The American Economic Review*, Vol. 77, Num. 2, Papers and Proceedings of the Ninety-Ninth Annual Meeting of the American Economic Association, (May, 1987), pp. 1-13.

POSNER, Richard A., “Some Uses and Abuses of Economics in Law”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 46, Num. 2, (Dec, 1979), pp. 281-306.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992).

PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en María José Añón (Ed.), *La Universalidad de los Derechos Sociales*, (Valencia: Universitat de València, 2004).

PROVINE, Doris Marie and Carroll SERON, “Privatization of Judicial Services”, *Journal of Public Administration Research and Theory: J-PART.*, Vol. 1, Num. 3, (Jul., 1991), pp. 319-336.

RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, tr. de María Dolores González, 1a. Reimpresión a la segunda edición en español, (México: Fondo de Cultura Económica, 1997). La versión original fue publicada en 1971.

RAWLS, John, *Justice as Fairness. A restatement*, (Cambridge/London: The Belknap press of Harvard University Press, 2001).

REGAN, Francis, “Why Do Legal Aid Services Vary Between Societies?” en Francis Regan, *et. al.*, *The Transformation of Legal Aid. Comparative and Historical Studies*, (New York: Oxford University Press, 1999), pp. 179-203.

REINHARDT, Uwe E., “Can Efficiency in Health Care Be Left to the Market?”, *Journal of Health Politics, Policy and Law*, Vol. 26, Num. 5, (Oct., 2001), pp. 967-992.

RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Introducción al Derecho Administrativo Económico*, (Salamanca: Ratio Legis, 2001).

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *Justicia Gratuita: Un Imperativo Constitucional (Doctrina, jurisprudencia, legislación y formularios, con especial referencia a los procesos de amparo constitucional)*, (Granada: Comares, 2000).

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando, “Altruismo y equidad en la caverna de los economistas” en José Ignacio Sánchez Macías, Fernando Rodríguez López y Rafael Calvo Ortega (Coordinadores), *Economía, Derecho y Tributación: Estudios en homenaje a la profesora Gloria Begué Cantón*, (Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2005), pp. 433-450.

ROEMER, Andrés (Comp.), *Derecho y Economía: Una Revisión de la Literatura*, (México: Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas, ITAM y el FCE, 2000).

ROMERO, Carlos, “A Note on Distributive Equity and Social Efficiency”, *Journal of Agricultural Economics*, Vol. 52, Num. 2, (May, 2001), pp. 108-110.

ROTHSCHILD, Michael and Joseph STIGLITZ, “Equilibrium in competitive insurance markets: An essay on the economics of imperfect information”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 90, Num. 4, (Nov., 1976), pp. 629-649.

RUBIO DE MEDINA, María Dolores, *El beneficio de justicia gratuita*, (Barcelona: Bosch, 2001).

SALA-I-MARTÍN, Xavier, *Apuntes de crecimiento económico*, tr. de Elsa Vila Artado, 2a. ed., (Barcelona: Antoni Bosch, 2000).

SAMUELSON, Paul A., *Fundamentos del Análisis Económico*, tr. de Uros Basic, 3a. ed., (Buenos Aires: El Ateneo, 1971). Versión original: *Foundations of Economic Análisis*, (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1947).

SAMUELSON, Paul A., “The Pure Theory of Public Expenditure”, *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 36, Num. 4, (Nov., 1954), pp. 387-389.

SAMUELSON, Paul A., “Diagrammatic Exposition of a Theory of Public Expenditure”, *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 37, Num. 4, (Nov., 1955), pp. 350-356.

SAMUELSON, Paul, “Aspects of Public Expenditure Theories”, *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 40, Num. 4, (Nov., 1958), pp. 332-338.

SARRACENO, Margherita, “Access to Justice and Litigation Trade-off: A Theoretical Analysis”, *Papper presented in the Seminar 6: Access to Justice – Microjustice and other approaches to enhance the*

effectiveness of the law, University of Amsterdam, Amsterdam Center for Law and Economics, (April, 2008).

SCHUMPETER, J.A., *Capitalismo, Socialismo y Democracia*, Tomo I, (Barcelona: Ediciones Orbis, 1983). Versión original: *Capitalism, Socialism and Democracy*, (New York: Harper & Row, 1942).

SEN, Amartya, *Desarrollo y Libertad*, tr. de Esther Tabasco y Luis Toharia, (Barcelona: Planeta, 2000).

SEN, Amartya, “Markets and Freedoms: Achievements and Limitations of the Market Mechanism in Promoting Individual Freedoms”, *Oxford Economic Papers*, Vol. 45, Num. 4, (Oct., 1993), pp. 519-541.

SEN, Amartya, “The Impossibility of a Paretian Liberal”, *The Journal of Political Economy*, Vol. 78, Num. 1, (Jan. – Feb., 1970), pp. 152-157.

SERNA, Pedro y Fernando TOLLER, *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales. Una Alternativa a los Conflictos de Derechos*, (Buenos Aires: La Ley, 2000).

“Settling for Less: Applying Law and Economics to Poor People”, *Harvard Law Review*, Vol. 107, Num. 2, (Dec., 1993), pp. 442-459.

SHAPIRO, Carl, "Investment, Moral Hazard, and Occupational Licensing", *Review of Economic Studies*, Vol. 53, (Oct., 1986), pp. 843-862.

SHAVELL, Steven, "The Social versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System", *Journal of Legal Studies*, Vol. 11, Num. 2, (Jun., 1982), pp. 333-340.

SHAVELL, Steven, "The Level of Litigation: Private Versus Social Optimality of Suit and of Settlement", *International Review of Law and Economics*, 19, (1999), pp. 99 a 115.

STIGLER, George J., "The Economics of Information", *The Journal of Political Economy*, Vol. 69, Num. 3, (Jun., 1961), pp. 213-225.

STIGLER, George J., "The Theory of Economic Regulation", *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, Num. 1, (Spring, 1971), pp. 3-21.

STIGLITZ, Joseph, "Credit Rationing in Markets with Imperfect Information", *The American Economic Review*, Vol. 71, Num. 3. (Jun., 1981), pp. 393-410.

STIGLITZ, Joseph E., "Sobre el papel económico del Estado", en Arnold HEERTJE (ed.), *El Papel Económico del Estado*, tr. de Bienvenido Pascual Encuentra, (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1993).

STIGLITZ, Joseph, “Mejorando la eficiencia y la capacidad de respuesta del sector público: lecciones de la experiencia reciente”, *Revista de la CLAD Reforma y Democracia*, núm. 22, (Feb., 2002).

TATA, Cyrus, “Comparing Legal Aid Spending: The Promise and Perils of a Jurisdiction-Centred Approach to (International) Legal Aid Research”, en *The Transformation of Legal Aid. Comparative and Historical Studies*, pp. 133-158.

TAYLOR, James W., “The Role of Risk in Consumer Behavior”, *Journal of Marketing*, Vol. 38, Num. 2 (Apr., 1974) pp. 54-60.

THOMSON, Procter, “Government and the Market”, in Morris Bornstein, *Comparative Economic Systems, models and cases*, (Homewood: Richard D. Irwin, 1965).

THORP, Arabella y Patsy RICHARDS, “The Access to Justice Bill: Legal Aid. Bill 67 of 1998-99”, *Library of House Commons, Research Paper 99/33*, (March 22, 1999). Puede consultarse en la siguiente página de internet:

<http://www.parliament.uk/Commons/lib/research/rp99/rp99-033.pdf>

TOHARIA, José Juan, “¡Pleitos tengas!”... *Introducción a la cultura legal española*, (Madrid: CIS-Siglo XXI de España editores, 1987).

TOUMANOFF, Peter, “A Positive Analysis of the Theory of Market Failure”, *KYKLOS*, Vol. 37, Num. 4, (1984), pp. 529-541.

TROCKER, N., *Processo Civile e Costituzione (Problemi di Diritto tedesco e italiano)*, (Milano: Giuffrè Editore, 1974).

VARIAN, Hal R., “Distributive Justice, Welfare Economics, and the Theory of Fairness”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 4, Num. 3, (Spring, 1975), pp. 223-247.

VON NEUMANN, John and Oskar MORGENSTERN, *Theory of Games and Economic Behavior*, 2nd ed., (New Jersey: Princeton University Press, 1947).

WALLIS, Joe and Brian DOLLERY, *Market Failure, Government Failure, Leadership and Public Policy*, (London/New York: Macmillan Press/St. Martin's Press, 1999).

WEIMER, David and Aidan VINING, *Policy Analysis. Concepts and Practice*, 2nd Edition, (New Jersey/London: Englewood Cliff/Prentice-Hall, 1991).

WHYTE, Gerry, *Social inclusion and the legal system. Public interest law in Ireland*, (Dublin: Institute of Public Administration, 2002).

WILLIAMSON, Oliver E., “The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach”, *The American Journal of Sociology*, Vol. 87, Num. 3, (Nov., 1981), pp. 548-577.

WOLF, Charles, *Markets or Governments: Choosing between Imperfect Alternative*, (Cambridge, Mass./London: The MIT Press, 1990).

WOLINSKY, Asher, “Competition in a Market for Informed Experts Services”, *RAND Journal of Economics*, Vol. 24, Num. 3, (Aut., 1993), pp. 380-398.

ZAGREBELSKY, Gustavo, “La idea de justicia y la experiencia de la injusticia”, en ZAGREBELSKY y Carlo M. MARTINI, *La exigencia de la justicia*, tr. de Miguel Carbonell, (Madrid: Trotta, 2006).

ZAGREBELSKY, Gustavo, “La Constitución y sus normas”, en Carbonell, Miguel (Comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, (México: Porrúa/UNAM, 2000), pp. 67-92.

ZANDER, Michael, “The Government’s Plans on Legal Aid and Conditional Fees”, *The Modern Law Review Limited*, Vol. 64, Num. 4, (July, 1998).

ZERBE, Richard O., *Efficiency in Law and Economics*, (Northampton, MA.: Edward Elgar Publishing, Inc., 2001).

ZINTL, Reinhard, “Neoliberalismo y estado social”, en *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (Alicante: 1993), pp. 33-47.