

CAPÍTULO PRIMERO

EL PROCESO EVOLUTIVO DE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

I. 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*), 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 tradicionales libertades individuales y en donde el Estado, de acuerdo con Mishra, 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.²

En términos de García Herrera, 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 bene-

² 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, pp. 41 y 42.

ficios no dependiera de la posición en el mercado y de las condiciones desiguales de partida.³

Esto logra explicar que esta transformación supusiera, como señala García Pelayo, 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.⁴

De esta forma, también en términos de García-Pelayo, 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, etcétera, de tal forma que el Estado no podía permanecer indiferente a los supuestos mecanismos autorreguladores de la sociedad.⁵ Así, mientras que en otros tiempos, de acuerdo con Benda, 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 corres-

³ García Herrera, Miguel Ángel, “El fin del Estado social”, *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, núm. 118-119, 1994, p. 137.

⁴ García-Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2a. ed., Madrid, Alianza Editorial, 1991, pp. 18 y 19.

⁵ *Ibidem*, pp. 22 y 23.

pensabilidad de las condiciones sociales tanto de la sociedad como del Estado.⁶ La novedad en el diseño político consistía, al decir de García Herrera, en “la pretensión de redefinir las relaciones entre economía y política, entre poder y mercado y, como consecuencia de ellas, introducir mecanismos correctores a nivel jurídico-constitucional acordes con la nueva orientación”.⁷

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,⁸ 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, 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

⁶ Benda, Ernesto *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, 2a. ed., Madrid/Barcelona, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001, p. 528.

⁷ García Herrera, Miguel Ángel, “El fin del Estado social...”, *cit.*, p. 136.

⁸ 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, Ernst, “Problemas constitucionales del Estado social”, en Abendroth, Wolfgang *et al.*, *El Estado social*, trad. de José Puente Egido, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 51 y ss. En esta obra se 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.

en la organización política, económica y social.⁹ Así pues, como advierte Pérez Ayala, esta 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.¹⁰

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.¹¹

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.

⁹ Zagrebelsky, Gustavo, “La Constitución y sus normas”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2000, pp. 87 y 88.

¹⁰ Pérez Ayala, Andoni, “Los orígenes del constitucionalismo social. Una aproximación desde una perspectiva histórico-comparativa”, en García Herrera, Miguel Ángel (coord.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1997, p. 352.

¹¹ Las ideas sobre el proceso evolutivo de la asistencia jurídica gratuita en sus dos etapas, aunque con especial referencia al caso de Inglaterra, han sido previamente desarrolladas en Maqueo, María, “¿Profundización o retroceso en la asistencia jurídica gratuita?”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLV, núm. 133, enero-abril de 2012, pp. 141-164.

En palabras de Goriely, 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.¹²

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 cristiana,¹³ para dar paso a la necesaria participación del Estado como garante de la efectividad de esta institución.

¹² Goriely, Tamara, "Making the Welfare State Work: Changing Conceptions of Legal Remedies Within the British Welfare State", en Regan, Francis *et al.*, *The Transformation of Legal...*, *cit.*, 1999, pp. 88 y ss.

¹³ Como puede observarse en Cappelletti, Mauro, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (cuatro estudios de derecho comparado)*, trad. de Héctor Fix-Fie-

Como señalan Cappelletti y Garth, en una postura claramente ejemplificativa del pensamiento social de la época postbélica, 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.¹⁴

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, la modificación de este régimen tradicional se inició, fundamentalmente, en Inglaterra en 1949, por conducto de un Programa de Ayuda y Asesoramiento Jurídico, cuya 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 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 fe-

rrero, México, Porrúa, 1993, p. 93: “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*”.

¹⁴ Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant (dirs.), *Accès a la Justice et Etat-Providence*, Paris, Economica, 1984, p. 33.

derativas para prestar servicios públicos de asesoramiento jurídico a las personas de escasos recursos.¹⁵

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 sus primeras manifestaciones fueron 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).¹⁶

Durante este periodo, en términos generales, podemos decir, siguiendo para ello a Francis Regan, 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.¹⁷

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 señala que,

¹⁵ Fix-Zamudio, Héctor, “Eficacia de los instrumentos protectores de los derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. II, 2002, pp. 16 y ss.

¹⁶ Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, *op. cit.*, p. 94.

¹⁷ Regan, Francis, “Why Do Legal Aid Services Vary Between Societies?”, en Regan, Francis *et al.*, *The Transformation of Legal...*, *cit.*, pp. 179 y ss.

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.¹⁸ Sin el primero, los gobiernos hubieran continuado descansando en los esfuerzos voluntarios de los profesionales del derecho.¹⁹

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 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.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 184 y 185.

¹⁹ 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.

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, “concierne 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 *mass wrongdoer*.²⁰

II. 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

²⁰ Cappelletti, Mauro, *Dimensiones de la justicia...*, cit., pp. 92 y 93.

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, si bien respecto de las estructuras del Estado de bienestar en general, no está exenta de cargas ideológicas y de posicionamientos apriorísticos.²¹

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, 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”.²²

De hecho, como admite Parejo Alfonso, 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,²³ situación que va de la mano, por supuesto, con el “paulatino e incesante cuestionamiento del papel de lo público en el actual contexto socioeconómico”.²⁴

Así pues, el modelo de Estado que tanto apoyo había inicialmente concitado, está sujeto, sin duda alguna, a un proceso de trans-

21 García Herrera, Miguel Ángel, “El fin del Estado social...”, *cit.*, p. 135.

22 Benda, Ernesto *et al.*, *op. cit.*, p. 523.

23 Parejo Alfonso, Luciano, “Estado social y Estado de bienestar a la luz del orden constitucional”, en Muñoz Machado, Santiago *et al.*, *Las estructuras del bienestar. Propuesta de reforma y nuevos horizontes*, Madrid, Fundación ONCE-Editorial Civitas-Escuela Libre Editorial, 2002, p. 795.

24 García Herrera, Miguel Ángel, “El fin del Estado social...”, *cit.*, p. 133.

formación en el que existe, de acuerdo con García Herrera, una quiebra de la dinámica que ha inspirado y alimentado el funcionamiento y desarrollo del propio modelo. Este cambio, según el propio autor,²⁵ 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 otras.²⁶

Además, como advierte Cantaro, “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”,²⁷ 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, 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,²⁸ no puede menos que repercutir en los esquemas institucionales del modelo de asistencia jurídica gratuita.²⁹

²⁵ *Ibidem*, pp. 138 y ss.

²⁶ De acuerdo con Dogliani, Mario, “Los problemas del constitucionalismo en la crisis del Estado social”, en García Herrera, Miguel Ángel (coord.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 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 derribamiento de los regímenes del Este europeo”.

²⁷ Cantaro, Antonio, “El declive de la «constitución económica del Estado social»”, en García Herrera, Miguel Ángel (coord.), *El constitucionalismo moderno...*, *cit.*, p. 177.

²⁸ García, Herrera, Miguel Ángel, “El fin del Estado social...”, *cit.*, p. 141.

²⁹ 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

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 gratuita;³⁰ 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.

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

comparativo de esta institución en algunos países industrializados. Sobre el particular, véase Hansen, Ole, "A Future for Legal Aid?", *Journal of Law and Society*, vol. 19, núm. 1, primavera, 1992, pp. 85-100. En este artículo se pone de manifiesto como el proceso evolutivo de la asistencia jurídica gratuita en los últimos años se ha ido separando del objetivo específico inicial que incorpora tanto a las personas de escasos recursos como aquéllas de ingresos moderados. De acuerdo con el citado autor, el principio que subyace en los últimos años consiste en "the conditional welfare of the few".

³⁰ 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.

Estados Unidos, Canadá, Australia o Inglaterra, por citar sólo a algunos,³¹ han adoptado políticas de asistencia jurídica orientadas a la reducción o, incluso, a la abolición de su prestación en ciertas materias.

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 provi-

³¹ 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, John, "The Decline of Legal Services Corporation: It's ideological, stupid!", en Regan, Francis *et al.*, *The Transformation of Legal...*, *cit.*, pp. 41-63; 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 Regan, Francis, "Why Do Legal...", *cit.*, 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, Michael, "The Government's Plans on Legal Aid and Conditional Fees", *The Modern Law Review Limited*, vol. 64, núm. 4, julio de 1998, pp. 538 y ss., cabe mencionar el discurso en Cardiff de Lord Irvine, del 18 de octubre de 1997 ante la Conferencia anual de la *Law Society*, concretamente en su primer pronunciamiento como Lord Cancellor. Este discurso 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 a Thorp, Arabella y Richards, Patsy, "The Access to Justice Bill: Legal Aid. Bill 67 of 1998-99", *Library of House Commons, Research Paper 99/33*, del 22 de marzo de 1999, pp. 29 y ss.

sión 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 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 discuta 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.³² 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, con un claro carácter selectivo y desigual.³³

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.

³² Goriely, Tamara, "Rushcliffe Fifty Years on: The Changing Role of Civil Legal Aid within the Welfare State", *Journal of Law and Society*, vol. 21, núm. 4, diciembre de 1994, pp. 546 y ss.

³³ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2001, p. 16.

III. 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 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, 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,³⁴ 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 3o., 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 del 4 de noviembre de 1950 (ratificado por España el 26 de septiembre de 1979, y publicado en el BOE del 10 de octubre del mismo año), en su artículo 6o., intitulado “Derecho a un proceso equitativo”, contempla en su párrafo 3o., inciso c), el derecho de todo acusado a defenderse por sí mismo o a ser asistido gratuitamente por un

³⁴ Neumayer, Eric, “Do International Human Rights Treaties Improve Respect for Human Rights?”, *The Journal of Conflict Resolution*, vol. 49, núm. 6, diciembre de 2005, p. 925.

abogado de oficio, “cuando los intereses de la justicia lo exijan”.³⁵ 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 interpretado de manera conjunta con lo dispuesto por el texto íntegro del artículo 6o.,³⁶ siendo de especial relevancia para este tema el párrafo 1o., 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, 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.³⁷ 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 6o. de la Convención, que contribuyeron no sólo a extender su aplicabilidad dentro

³⁵ Una disposición homóloga se encuentra localizada 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”.

³⁶ *Cfr.* Tata, Cyrus, “Comparing Legal Aid Spending: The Promise and Perils of a Jurisdiction-Centred Approach to (International) Legal Aid Research”, en Regan, Francis *et al.*, *The Transformation of Legal...*, *cit.*, p. 135.

³⁷ Irurzun, 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, p. 40.

del ámbito penal (incluyendo la etapa previa a la detención o por la sola privación de la libertad),³⁸ sino también a vincular a la asistencia jurídica gratuita con la tutela judicial efectiva y, en consecuencia, con el acceso a la justicia.

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.³⁹

Sobre el particular destaca, sin lugar a dudas, el caso *Airey vs. Irlanda*, resuelto en sentencia del 9 de octubre de 1979, en el cual la Corte Europea, con fundamento en el artículo 6o., párrafo 1o., 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 6o. 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

³⁸ *Cfr.* Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del 8 de febrero de 1996, en el asunto *Jhon Murray vs. el Reino Unido*.

³⁹ Véase Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

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 6o., párrafo 1o., de la Convención (por lo que ya no interesaría el análisis de la aplicabilidad del párrafo 3o. 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 6o., párrafo 1o., 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, constituye un factor fundamental para la introducción, en 1980, de un esquema de asistencia legal financiada públicamente,⁴⁰ 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 efec-

⁴⁰ Whyte, Gerry, *Social inclusion and the legal system. Public interest law in Ireland*, Dublin, Institute of Public Administration, 2002, p. 249.

tivo acceso a la justicia. Todo depende, a juicio de la Corte, de las circunstancias.⁴¹ 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 actualidad, como puede observarse en el caso *P., C. y S. vs. 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 6o., párrafo 1o. del mismo ordenamiento. En ese sentido, considera en su resolución final que el Reino Unido efectivamente ha vulnerado el artículo 6o. de la Convención, toda vez que no proporcionó asistencia jurí-

⁴¹ En un asunto de naturaleza penal, el caso *Pakelli vs. Alemania*, resuelto en sentencia del 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 6o., párrafo 3o., 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.

dica 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 letrada.⁴²

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 6o. 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 vs. Italia*, resuelto en sentencia del 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, éste 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 inadmisibles

⁴² La misma línea argumentativa se presenta en el caso *Steel y Morris vs. el Reino Unido*, resuelto en sentencia del 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.

la apelación promovida por el sr. Artico. El principal argumento emitido por el gobierno italiano en su defensa consistió en que el artículo 6o., párrafo 3o., 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 6o. de la Convención.

Este mismo sentido ha sido sostenido en reiteradas ocasiones por el Tribunal, como puede observarse tanto en el caso *Pakelli vs. Alemania*, resuelto en sentencia del 25 de abril de 1983, como en

el caso *Daud vs. Portugal*, del 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 lo 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 6o., párrafo 3o., 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 destacarse por haber sentado un importante precedente en el desarrollo jurisprudencial de la asistencia jurídica gratuita es el caso *Van der Mussele vs. Bélgica*, resuelto en sentencia del 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 6o., párrafo 3o., inciso c) y, en materia civil, de la interpretación del artículo 6o., párrafo 1o.,

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, “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”.⁴³ 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 vs. Suiza*, resuelto en sentencia del 24 de mayo de 1991, toda vez que se

⁴³ Parejo Alfonso, Luciano, “Estado social y Estado de bienestar...”, *cit.*, p. 849.

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 imponerse;⁴⁴ 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 posiciones.⁴⁵

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 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

⁴⁴ En el caso *Benham vs. el Reino Unido*, resuelto en sentencia del 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.

⁴⁵ 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 91-96 de su Reglamento del 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 3o., 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 del 19 de junio de 1991 y del 2 de mayo de 1991, respectivamente.

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, de acuerdo con el 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 con la mera designación de un abogado, sino que comporta obligaciones positivas que se extienden a asegurarse de su efectividad, por ejemplo, en el supuesto de que caiga enfermo o eluda sus responsabilidades.⁴⁶ 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 6o. 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 cobertura,⁴⁷ 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 6o. 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 Es-

⁴⁶ Arangüena Fanego, Coral, *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, Madrid, Lex Nova, 2005, p. 398.

⁴⁷ De acuerdo con Tata, Cyrus, *op. cit.*, 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.

tados 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 parte,⁴⁸ 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 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.

⁴⁸ Como se observa en Bustos Gisbert, Rafael, *La Constitución red: un estudio sobre la supraestatalidad y constitución*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 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.

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 ocasiones,⁴⁹ constituye un principio general del derecho 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 han sido escasas sus resoluciones en materia de asistencia jurídica gratuita.⁵⁰ De ahí que su desarrollo en el plano internacional se avoque fundamentalmente al análisis de la jurisprudencia emitida por la Corte Europea de Derechos Humanos.⁵¹

⁴⁹ Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia del 13 de marzo de 2007 (caso Unibet); del 3 de septiembre de 2008 (caso Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión), y del 16 de julio de 2009 (caso Mono Car Styling S. A.).

⁵⁰ *Cf.*: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) del 22 de diciembre de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Kammergericht Berlín-DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft mbH/Bundesrepublik Deutschland.

⁵¹ 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 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 esta-

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 Carta.⁵² Aunque siempre, y conviene destacarlo, bajo la premisa de la escasez de recursos del justiciable.

IV. 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 consideraciones de carácter ético o moral, o conforme a la tradición española,

blecidos en el propio acuerdo. Existe también un Convenio de la Haya destinado a facilitar el acceso internacional a la justicia, firmado en 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 asistencia jurídica gratuita en el territorio de los otros Estados parte del Convenio, en las mismas condiciones que si residieran en él.

⁵² Como se observa en Arangüena Fanego, Coral, *op. cit.*, pp. 12 y ss., 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).

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 fundamental.⁵³

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 que asuman de forma gratuita la defensa de los llamados pobres”,⁵⁴ según lo advierte Bachmaier.⁵⁵

Este cambio, en expresión de Martín Contreras, eleva a derecho social lo que hasta entonces había sido un mero beneficio que el Estado facilitaba de manera graciosa.⁵⁶

⁵³ No sin antes advertir que la figura del defensor del pobre es casi tan antigua como la propia función de la defensa jurídica. Sobre la historia de la gratuidad de la justicia en España, véase Carnicer Díez, Carlos, “Organización de la defensa por turno de oficio”, en Pacheco Guevara, Andrés (dir.), *Justicia gratuita*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp. 45-78.

⁵⁴ Bachmaier, Lorena, *La asistencia jurídica gratuita*, Granada, Comares, 1997, p. 1.

⁵⁵ 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. 2o. 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, del 17 de mayo de 1958, y el art. 30 de la Ley Orgánica del Estado, del 10 de enero de 1967, siendo el precepto constitucional vigente el art. 119 de la Constitución de 1978...”. Gómez Colomer, Juan-Luis, *El beneficio de pobreza. La solución española al problema de acceso gratuito a la justicia*, Barcelona, Bosch, 1982, pp. 413 y 414.

⁵⁶ Martín Contreras, Luis, *El derecho a la asistencia jurídica gratuita*, Barcelona, Bosch, 2009, p. 31.

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 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, nos remontamos a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, título V (“De la defensa por pobre”, artículos 179-200), 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.⁵⁷

De esta forma, la actividad del Estado, a través del propio aparato judicial, se limitaba a determinar quiénes cumplían con los

⁵⁷ Carnicer Díez, Carlos, *op. cit.*, pp. 48 y ss.

presupuestos necesarios para ser beneficiarios de la justicia gratuita; sin embargo, como señala Rodríguez García, 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 funcionarían como presupuesto necesario para la concesión del beneficio.⁵⁸

No es sino hasta la Ley 34/1984, del 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 de la reforma,⁵⁹ 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, 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

⁵⁸ Rodríguez García, Nicolás, *Justicia gratuita: un imperativo constitucional (doctrina, jurisprudencia, legislación y formularios, con especial referencia a los procesos de amparo constitucional)*, Granada, Comares, 2000, pp. 10 y ss.

⁵⁹ 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, 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. Véase Bachmaier, Lorena, *op. cit.*, p. 6.

la justicia gratuita seguía descansando sobre los profesionales que participaban en el proceso jurisdiccional.⁶⁰

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 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 devenía de los escasos incentivos económicos que recibían los profesionales que participaban en el proceso judicial.⁶¹ Como señala Bachmaier, en 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.⁶²

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, que incluso aquellos que disponían de medios económicos suficientes para litigar solicitaban el beneficio de justicia gratuita, dado que dicha solicitud no suspendía el procedimiento y se nombraba *ipso facto* al

⁶⁰ Dentro de las principales innovaciones que introduce la citada Ley 34/1984 destacan las siguientes: 1) La sustitución del llamado «beneficio de pobreza» por el de «justicia gratuita», aún 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. Véase Rodríguez García, Nicolás, *op. cit.*, pp. 12 y ss.

⁶¹ Véase Carnicer Díez, Carlos, *op. cit.*, pp. 50 y ss.

⁶² Bachmaier, Lorena, *op. cit.*, p. 5.

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.⁶³

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 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”.⁶⁴

Ante este panorama las protestas y la necesidad de modificar el sistema no se hicieron esperar. Así, en 1994 las partidas presupuestarias asignadas al turno de oficio⁶⁵ para el conjunto del Estado

⁶³ *Ibidem*, p. 6.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 8.

⁶⁵ De conformidad con Bachmaier y en alusión al *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 67, 1994, pp. 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 abogados y de procuradores, por módulos y no ya por el número de casos asignados.

sufrieron un incremento muy significativo; sin embargo, el problema de fondo no había sido resuelto. 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.⁶⁶

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, del 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), el Anteproyecto de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita de 1991 y el Anteproyecto de enero de 1995,⁶⁷ así como el Real Decreto 108/1995, del 27 de enero, sobre Medidas para Instrumentar la Subvención Estatal a la Asistencia Jurídica Gratuita,⁶⁸ conformaron el proceso de gestación de la Ley 1/1996, del 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, reformada por la Ley 16/2005, del 18 de julio,⁶⁹ así como de su Reglamento, apro-

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 8 y ss.

⁶⁷ *Cf.* La exposición de motivos de la Ley 1/1996, del 10 de enero. Para un análisis detallado del citado Anteproyecto de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita de 1995 consúltese a Carnicer Díez, Carlos, *op. cit.*, pp. 75 y ss.

⁶⁸ Al respecto, véase a 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, p. 147 y a Carnicer Díez, Carlos, *op. cit.*, p. 68. De conformidad con este último, “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 [Estatuto General de la Abogacía Española]”.

⁶⁹ La Ley 16/2005, del 18 de julio, por la que se modifica la Ley 1/1996, del 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

bado por Real Decreto 996/2003, del 25 de julio, que darían lugar a la situación actual de esta institución en España.⁷⁰

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 procesal,⁷¹ la nueva ley crea un sistema legal de justicia gratuita unificado. En otras palabras, la justicia gratuita se centraliza en un sólo cuerpo

objeto que en origen le motivó (como la incorporación al derecho interno de la Directiva 2003/8/CE del Consejo, del 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita) 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.

⁷⁰ El Reglamento que desarrolló originalmente la citada Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, fue aprobado por el Real Decreto 2103/1996, del 20 de septiembre, modificado por el Real Decreto 1949/2000, del 1o. de diciembre, y por el Real Decreto 1162/2001, del 26 de octubre. Tras la introducción de un proceso especial de enjuiciamiento rápido de determinados delitos por la Ley 38/2002, del 24 de octubre, se hizo necesario un nuevo reglamento, mismo que corresponde al actual Real Decreto 996/2003, del 25 de julio; sin embargo, con motivo de la LO 1/2004, del 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que modificó el apartado 5o. del artículo 3o. 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, del 2 de diciembre.

⁷¹ La justicia gratuita se regulaba principalmente en los artículos 13-50 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 118-140, 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, del 7 de abril. Finalmente, en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, en el artículo 132 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, del 27 de diciembre de 1956. Al respecto, véase Bachmaier, Lorena, *op. cit.*, p. 9 y Martín Contreras, Luis, *op. cit.*, pp. 34 y 35.

normativo, aplicable a todos los procesos regulados en los distintos órdenes jurisdiccionales (civil, penal, contencioso-administrativo y social), e incluso, como enfatiza Rodríguez García, para el recurso de amparo constitucional, sin perjuicio de atender las propias particularidades de cada orden jurisdiccional.⁷²

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 “no aparecen claras las razones por las cuales la necesidad económica de una persona haya de ser valorada de forma diferente en función del tipo de proceso de que se trata”.⁷³ De ahí que esta innovación pretenda fomentar una más igualitaria concesión de la justicia gratuita.

⁷² Rodríguez García, Nicolás, *op. cit.*, pp. 25 y 26. Como señala este autor, 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*”.

⁷³ Bachmaier, Lorena, *op. cit.*, p. 12.

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 presentadas.⁷⁴

Como destaca Rubio de Medina, 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.⁷⁵

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 expe-

⁷⁴ Cfr. Cid Cebrián, Miguel, “Aspectos actuales de la justicia gratuita con una referencia final a las personas jurídicas y uniones sin personalidad”, en Pacheco Guevara, Andrés (dir.), *op. cit.*, p. 325.

⁷⁵ Rubio de Medina, María Dolores, *El beneficio de justicia gratuita*, Barcelona, Bosch, 2001, p. 7.

diente y evalúen el cumplimiento de los presupuestos necesarios para la concesión del beneficio. Aunque, como advierte Rodríguez García, 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.⁷⁶

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 gratuita.⁷⁷ En otras palabras, se pretende rigORIZAR el sistema para seleccionar a los beneficiarios del mismo o, como señala Rodríguez García, 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

⁷⁶ Rodríguez García, Nicolás, *op. cit.*, p. 30.

⁷⁷ De acuerdo con Bachmaier, Lorena, *op. cit.*, p. 52: “... 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”.

efectividad del derecho que se tutela con esta institución sino más bien limitan aún más su concesión”.⁷⁸

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. Éste era un derecho completamente ignorado por el régimen jurídico español hasta el Real Decreto 108/1995, del 27 de enero, que lo introduce por primera vez, tras continuas reclamaciones desde diversos ámbitos.⁷⁹ 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”.⁸⁰

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 80%) 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

⁷⁸ Rodríguez García, Nicolás, *op. cit.*, p. 210.

⁷⁹ Véase a Bachmaier, Lorena, *op. cit.*, p. 14.

⁸⁰ *Idem.*

ocasiones, los gastos periciales y la obtención de documentos oficiales representan una carga onerosa, especialmente para los litigantes de escasos recursos.

Así, 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 “ese carácter social del reconocimiento de este derecho...”⁸¹

Con ello, además, la nueva ley recoge una de las principales críticas de la doctrina, respecto del alcance efectivo de la gratuidad de la justicia.⁸²

Sin embargo, como pone de manifiesto Cid Cebrián 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,⁸³ tales como la exención a las indemnizaciones de testigos⁸⁴ o, en su caso, gastos de exhortos, traslados del interesado, entre otros. De ahí que el beneficio de justicia gratuita sólo pueda entenderse en

⁸¹ Martín Contreras, Luis, *op. cit.*, p. 139.

⁸² *Cf.*: Gómez Colomer, Juan-Luis, *op. cit.*, quien de manera temprana enfatiza las carencias en esta materia.

⁸³ Cid Cebrián, Miguel, *op. cit.*, p. 324.

⁸⁴ De acuerdo con Martín Contreras, Luis, *op. cit.*, p. 169: “... en el artículo 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 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...”.

forma relativa, ya que si bien reduce de manera importante el coste de litigar no implica una gratuidad absoluta.⁸⁵

4. El criterio para determinar quiénes son beneficiarios de la justicia gratuita permanece sustancialmente inalterado 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),⁸⁶ sin embargo, la Ley 1/1996 permite que, a pesar

⁸⁵ De conformidad con Méndez, Juan, “El acceso a la justicia, un enfoque desde los derechos humanos”, en Thompson, José (coord.), *Acceso a la justicia y equidad. Estudio en siete países de América Latina*, San José, Banco Interamericano de Desarrollo-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 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.

⁸⁶ 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, del 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, publicado en el BOE del 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 estrictamente laboral (para determinar la retribución salarial mínima, las garantías salariales, el Fondo de Garantía Salarial, etcétera). 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

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 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”,⁸⁷ 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 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, la ley es clara en restringir la libertad para que cualquier persona jurídica pueda obtener este derecho para acceder a los Tribunales en la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

artículo 2o. 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.

⁸⁷ Trocker, Nicoló, *Processo Civile e Costituzione (Problemi di Diritto tedesco e italiano)*, Milano, Giuffrè Editore, 1974, p. 309.

Por otra parte, cabe decir que el texto original de la Ley 1/1996, del 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 institución.⁸⁸

Afortunadamente, mediante la Ley 16/2005, del 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 2o., inciso e), de la citada ley).

Al respecto, Martín Contreras 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

⁸⁸ El Tribunal Constitucional, mediante la sentencia 95/2003, del 22 de mayo, declaró inconstitucional la referencia que hacía el texto original del artículo 2o. de la LAJG, mismo que contempla el ámbito personal de aplicación del derecho, respecto de los extranjeros que residan “legalmente” en España.

no gocen de recursos suficientes”,⁸⁹ todo ello en aras de evitar una indefensión proscrita en los principales 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, del 27 de enero de 1977 (ratificado por España en instrumento del 14 de noviembre de 1987) o, en su caso, el Convenio de la Haya de Acceso Internacional a la Justicia, del 25 de octubre de 1980.⁹⁰ 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 2o., inciso f), de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, a pesar de que en la práctica “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”.⁹¹

Otro aspecto relevante de acuerdo con el 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, del 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ha venido a modificar el apartado 5o., del artículo 3o., 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 género.⁹² De tal

⁸⁹ Martín Contreras, Luis, *op. cit.*, pp. 46 y 47.

⁹⁰ *Idem.*

⁹¹ *Idem.*

⁹² El nuevo régimen establecido por la LO 1/2004, del 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

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 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 procedimientos.⁹³ De ahí que sea la prestación de los servicios jurídicos

el Real Decreto 1455/2005, del 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.

⁹³ Siguiendo en este punto a Gómez Colomer, Juan-Luis, *op. cit.*, pp. 229 y ss., cabe decir que la tasa judicial, innovación del Decreto del 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

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 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 oficio.⁹⁴ 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

de satisfacer la póliza para la Asociación Mutuo Benéfica de Funcionarios de la Administración de Justicia; sin embargo, la llamada ley de acompañamiento del 2002 (Ley 53/2002, del 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.

⁹⁴ 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, según el artículo 45 del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España, aprobado por el Real Decreto 1281/2002, del 5 de diciembre.

dos 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, del 10 de enero (capítulo IV) y el Real Decreto 2103/1996, del 20 de septiembre (capítulo III).⁹⁵

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, vigilancia⁹⁶

⁹⁵ De conformidad con Rubio de Medina, María Dolores, *op. cit.*, pp. 45-49: “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”. 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.

⁹⁶ 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 del 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 *BOE* el 17 de junio de 1997, o la Orden del 23 de septiembre de 1997, sobre tramitación de las solicitudes de asistencia jurídica gratuita en el ámbito de la jurisdicción penal, publicado en el *BOE* el 3 de octubre del mismo año.

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 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 6o. 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 Notarial,⁹⁷ y se reduce considerablemente, en un 80%, el pago de derechos arancelarios

⁹⁷ 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.

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 costas.⁹⁸ Cabe decir que la posible recuperación del Estado ante estos supuestos

⁹⁸ 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. Al respecto, véase a 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 Moreno Catena, Víctor (dirs.), *El coste de la justicia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2002, Cuadernos de Derecho Judicial XV-2001, p. 101. De conformidad con esta autora, 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

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.

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

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”.

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, del 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%, como al propio beneficiario que erogó la cantidad restante.

Como destaca Bachmaier, 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”.⁹⁹ 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.¹⁰⁰ 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.

⁹⁹ Bachmaier, Lorena, *op. cit.*, p. 153.

¹⁰⁰ *Idem.*

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% 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, 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.¹⁰¹ Anteriormente se requería un reconocimiento judicial, pero en la actualidad parecería razonable que tal circunstancia sea acreditada ante el mismo órgano que reconoció el derecho a la justicia gratuita, porque 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.¹⁰²

¹⁰¹ Gómez Colomer, Juan-Luis, *op. cit.*, p. 286.

¹⁰² *Cf.* Bachmaier, Lorena, *op. cit.*, p. 156.

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 se encuentre 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 rigoriza 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 “opta definitivamente por el sistema tradicional de defensa por turno de oficio”.¹⁰³ 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.

¹⁰³ Carnicer Díez, Carlos, *op. cit.*, p. 75.