

CAPÍTULO CUARTO

DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA A LA LUZ DE LA EFICIENCIA Y LA EQUIDAD

I. CARACTERÍSTICAS CONSTITUCIONALES DE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

Hasta el momento hemos visto que la asistencia jurídica gratuita, concebida como una actividad prestacional que debe ser garantizada por parte del Estado, logra justificarse sobre la base de criterios estrictamente económicos y de equidad que redundan en la maximización del bienestar social a través de la promoción del acceso generalizado a los sistemas de solución de conflictos jurídicos y, en un sentido estricto, a los esquemas constitucionales adoptados de impartición de justicia. Ahora se hace pertinente tratar de conciliar lo antes analizado con lo preceptuado por la Constitución Española (en adelante CE) tanto por lo que se refiere a la asistencia jurídica gratuita propiamente hablando, como a la exigencia de introducir criterios de eficiencia y de equidad en el cumplimiento de las tareas y los objetivos públicos que la propia Constitución establece.

Nuestro punto de partida lo constituye, como no podía ser de otra forma, el artículo 119 CE, mismo que, como cabe recordar, establece que “La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley, y, en cualquier caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”.

Al respecto, es necesario advertir que el citado precepto constitucional se inserta dentro del título VI, “Del Poder Judicial” y no así, como cabría esperar, dentro del título I, “De los derechos y de-

beres fundamentales”, dentro del cual se contemplan los derechos fundamentales y libertades de los individuos, así como algunas de las instituciones más representativas del Estado social de derecho, como son los llamados “principios rectores de la política social y económica”; sin embargo, la exclusión de la asistencia jurídica gratuita del título I de la Constitución y, en consecuencia, de los mecanismos de protección y garantía a que se refiere el artículo 53 CE, no es óbice para considerarla como un verdadero derecho subjetivo de naturaleza pública y social, de rango constitucional, cuyo alcance tiene un contenido real y efectivo, mismo que deviene no sólo de su propia inclusión en el texto fundamental, sino también de su carácter instrumental que permite ejercer de manera efectiva el derecho fundamental de tutela judicial (artículo 24 CE) y, por ende, los demás derechos consagrados por el sistema jurídico.

Para desarrollar esta idea, misma en la que se condensa la dimensión constitucional de la asistencia jurídica gratuita y que atiende básicamente a la fuerza normativa que se deriva de su inclusión en el artículo 119 constitucional, es necesario destacar algunos aspectos fundamentales que la caracterizan: en primer lugar, su carácter prestacional, cuyo presupuesto de efectividad descansa primordialmente en las disponibilidades presupuestarias y en la idea de que su contenido es moralmente recto; en segundo lugar, su naturaleza instrumental (con especial énfasis en su relación con el derecho fundamental de tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 constitucional, cuyo corolario descansa en el derecho de acceso a la justicia), y finalmente, su carácter de derecho de configuración legal y, por ende, de fácil mutabilidad. Todo lo cual nos lleva a considerar a la asistencia jurídica gratuita como un derecho subjetivo, cuya nota característica, misma que le otorga el carácter de “social”, consiste en que es un derecho de prestación en su sentido estricto, esto es, en palabras de Álvarez Ledesma, que no sería necesario si todos tuvieran la suficiente capacidad económica para acceder al sistema de medios jurisdiccionales y no jurisdiccionales por virtud de los cuales las instituciones del Estado prevén, amparan y sancionan cualquier acto u omisión que pudiera vulnerar

o vulnere sus intereses jurídicamente tutelados, con igualdad de armas frente a su adversario.³⁷⁵

1. *Su carácter prestacional*

En la dogmática constitucional española prácticamente existe el consenso de incluir en el catálogo de los derechos sociales a lo que la propia CE denomina “principios rectores de la política social y económica”, esto es, vivienda, educación, sanidad, sistema de pensiones y jubilaciones, entre otros. Pero pocas veces, o incluso ninguna, incluyen dentro del catálogo de los derechos sociales a la asistencia jurídica gratuita, lo cual resulta comprensible si consideramos su ubicación dentro de la estructura de la propia Constitución.³⁷⁶ Ello, ciertamente, no implica que le nieguen tal carácter, sino tan sólo que la omitan en una enumeración enunciativa mas no limitativa. Por el contrario, tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como la dogmática especializada en analizar esta institución, básicamente siempre dentro de un enfoque marcadamente jurídico procesal, no dudan en asignarle el carácter de derecho social con un claro contenido prestacional.

Este calificativo de derecho social aplicado a la asistencia jurídica gratuita es admisible si tomamos en consideración lo dispuesto en nuestro primer capítulo, en el sentido de que la asistencia jurídica gratuita, tal como se encuentra regulada en el sistema jurídico español hoy vigente, sólo puede entenderse en el marco de las transformaciones del Estado social de derecho y, con ello, en el propio concepto de los derechos sociales. Ciertamente, la determinación de este último concepto no es sencillo, pues, como advierte Prieto

³⁷⁵ Álvarez Ledesma, Mario, “Acceso a la justicia”, *Derecho y Justicia. Cuadernos de Trabajo, Tecnológico de Monterrey*, núm. 17, abril de 2007, p. 5.

³⁷⁶ Cabe decir que Cascajo Castro, José Luis, “La voz «Estado social y democrático de derecho»”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 12, mayo-agosto de 1992, p. 18, constituye una clara excepción a lo antes dicho, toda vez que hace alusión expresa a la relación entre la idea del Estado social de derecho y la consecuente regulación jurídica de las oportunas garantías materiales que exige el ejercicio y disfrute de un derecho constitucional, como es, precisamente, el de asistencia de letrado en los procesos judiciales.

Sanchís, “los criterios que se suelen ofrecer para delimitar los perfiles de los derechos sociales son tan variados como heterogéneos, dando lugar cada uno de ellos a listas o elencos diferentes”.³⁷⁷

Sin embargo, a pesar de la gran diversidad de enfoques y de posturas, a veces encontradas, respecto de la delimitación de los derechos sociales y especialmente respecto de su carácter normativo, todos ellos admiten un común denominador, usualmente plasmado a través de un análisis comparativo respecto de los derechos civiles y políticos, esto es, los derechos fundamentales tradicionales. En este sentido, la diferencia más palpable entre ambas categorías consiste en el hecho de que su reconocimiento jurídico al más alto nivel, no sólo es posterior al desarrollo técnico-jurídico de estos últimos, sino que además su propia conceptualización y consiguiente positivización se encuentra estrechamente vinculada al reconocimiento de ciertas necesidades materiales surgidas por el reparto desigual de la riqueza. Con los derechos sociales, afirma Cascajo Castro, “se pretende superar la teoría liberal del Estado de derecho, para hacerse eco de las concepciones institucional y axiológica de los derechos fundamentales, que buscan arbitrar garantías materiales más consistentes para la tutela de los mismos”.³⁷⁸

³⁷⁷ Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, 1995, p. 12. En el mismo sentido se ha pronunciado Cascajo Castro, José Luis, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 47, al afirmar que: “Quien se aproxime al estudio de la figura de los derechos sociales, desde una perspectiva dogmática, tiene la impresión de encontrarse con uno de los conceptos más inciertos y menos unívocos del derecho público...”. “Parece, en principio, que se trata de una ambigua figura empírica, con particular contenido sociológico y económico, de la que resulta difícil precisar su significado jurídico”. También, sobre “la multivocidad ideológica” y las diversas alternativas que admite la incorporación del vocablo “social” en la Constitución Española de 1978, puede consultarse Garrorena Morales, Ángel, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 29 y ss., así como Benda, Ernesto et al., *Manual de derecho constitucional*, 2a. ed., Madrid/Barcelona, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001, p. 524. Si bien este último también se pronuncia sobre la diversidad de interpretaciones y enfoques que admite el vocablo “social”, advierte que “tales diferencias de interpretación no suponen que existan encontrados antagonismos, tan sólo que hay diversidad de posiciones y acentos”.

³⁷⁸ Cascajo Castro, José Luis, “La voz...”, *cit.*, p. 2.

En otras palabras, los derechos sociales se constituyen en verdaderas garantías constitucionales frente a la desigualdad y, en ese sentido, son una proyección del principio de igualdad sustancial plasmado en el artículo 9.2 de la CE y de la prohibición del trato discriminatorio que consagra el artículo 14.³⁷⁹

Cabe decir que la concepción de los derechos sociales, en los que sobresalen los intereses públicos,³⁸⁰ supone necesariamente la existencia del Estado como forma de organización política que garantiza no sólo la satisfacción de necesidades básicas, sino el fortalecimiento de las clases más débiles históricamente reconocidas. De esta forma, en expresión de Prieto Sanchís, la determinación de los derechos sociales depende en gran medida del grado de desarrollo de las fuerzas productivas, del nivel de riqueza alcanzado por el conjunto social, de la escasez relativa de ciertos bienes, e incluso de la sensibilidad cultural que convierte en urgente la satisfacción de algunas necesidades. Así pues, como continúa indicando el citado autor, no estamos en presencia de derechos racionales, de pretensiones que puedan postularse a favor de todo individuo cualquiera que sea su situación social, sino de derechos históricos cuya definición requiere una decisión previa acerca del reparto de los recursos y de las cargas sociales que obviamente no pueden adoptarse en abstracto ni con un valor universal.³⁸¹ Así, de acuerdo con Prieto Sanchís:

³⁷⁹ Garrorena Morales, Ángel, *op. cit.*, pp. 48 y ss., destaca que la aceptación de la igualdad, concebida como una corrección de las desigualdades sociales, prevista por los artículos 9.2 y 14 de la CE, puede considerarse como una de las primeras proyecciones de la calificación de “Estado social” en el texto constitucional y, sin lugar a dudas, constituye uno de los valores superiores llamados a inspirar el ordenamiento jurídico. Por su parte, Cascajo Castro destaca, de manera acorde a la jurisprudencia de los primeros años del Tribunal Constitucional, que la voz de Estado social de derecho, prevista en el artículo 1.1 CE, constituye un principio de carácter abierto e informador, “que encuentra con mucha frecuencia su primer y más próximo correlato en el mandato constitucional expresado en el artículo 9.2 del texto vigente”. *Ibidem*, p. 23.

³⁸⁰ Véase Cascajo Castro, José Luis, *La tutela constitucional...*, *cit.*, pp. 29 y 30.

³⁸¹ Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales...”, *cit.*, pp. 14 y ss.

... los derechos sociales no pueden definirse ni justificarse sin tener en cuenta los fines particulares, es decir, sin tener en cuenta entre otras cosas las necesidades...; y, por ello tampoco son concebibles como derechos universales en el sentido de que interesen por igual a todo miembro de la familia humana, ya que se formulan para atender carencias y requerimientos instalados en la esfera desigual de las relaciones sociales.³⁸²

Evidentemente, esta conceptualización de los derechos sociales no implica que sea el Estado quien asuma de manera directa la satisfacción de las necesidades materiales de los individuos situados en una posición desaventajada y, de manera general, tampoco asume que los derechos sociales tengan necesariamente un contenido prestacional. Simplemente se caracterizan por representar las aspiraciones para fortalecer la posición de aquellos individuos que se consideran en situación de desventaja, de tal forma que en este sentido *lato*, los derechos sociales pueden llegar a constituir tanto obligaciones positivas del Estado (de carácter prestacional o asistencial) como obligaciones negativas o de abstención y, en este sentido, con una configuración semejante a la de los derechos de libertad tradicionales; sin embargo, es verdad que uno de los rasgos que usualmente se utilizan para caracterizar a los derechos sociales consiste precisamente en su contenido prestacional, pues es este rasgo el que logra evidenciar, fuera de todo margen de duda, las transformaciones que sufre la posición del Estado liberal decimonónico frente al Estado social, mismo que implica una participación activa frente a los particulares.

En palabras de Alexy, “los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que —si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente— podría obtenerlo también de particulares”.³⁸³ De esta forma, de acuerdo con García-Pelayo, ahora no se trata sólo de la distribución de potestades o derechos

³⁸² *Ibidem*, p. 17.

³⁸³ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 482.

formales, o premios o castigos, ni tampoco de crear el marco general de la distribución de los medios de producción, sino que se trata también “de un Estado de prestaciones que asume la responsabilidad de la distribución y redistribución de bienes y servicios económicos”.³⁸⁴ De ahí que el cumplimiento de estos derechos de carácter prestacional dependa en gran medida de la capacidad financiera del Estado, pues “para distribuir permanentemente algo no sólo hay que tener poder de disposición sobre ese algo, sino también asegurar su producción y reproducción”.³⁸⁵

Así pues, los derechos sociales difícilmente pueden hacerse efectivos de manera directa por el solo mandato constitucional, toda vez que requieren de un desarrollo legislativo que organice propiamente todo el sistema de prestación, que va desde la asignación presupuestaria de los recursos financieros necesarios para su implementación hasta la distribución, sea entre los poderes públicos o los propios particulares, de las tareas encomendadas para cumplir con los fines perseguidos por tales derechos. En palabras de Prieto Sanchís, “estos... derechos requieren un previo entramado de normas de organización... que a su vez generan una multiplicidad de obligaciones jurídicas de distintos sujetos, cuyo cumplimiento conjunto es necesario para la plena satisfacción del derecho”.³⁸⁶ Esto es, que necesariamente se constituyen en derechos de configuración legal, sujetos a las disponibilidades presupuestarias del Estado.

Ciertamente, la sola caracterización de los derechos sociales como derechos prestacionales ha generado cierta reticencia por parte de la doctrina constitucional, pues ni todos los derechos sociales tienen un contenido prestacional, ni todos los derechos con contenido prestacional admiten el carácter de social, por lo que gran parte de ella se ha avocado a establecer con precisión la distinción entre derechos sociales en sentido amplio y derechos prestacionales de carácter social en un sentido restringido.³⁸⁷

³⁸⁴ García-Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2a. ed., Madrid, Alianza Editorial, 1991, p. 35.

³⁸⁵ *Idem*.

³⁸⁶ Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales...”, *cit.*, p. 19.

³⁸⁷ *Ibidem*, pp. 9 y ss.

Sin embargo, obviando las grandes disquisiciones que se han presentado respecto de la conceptualización de los derechos sociales frente a los derechos civiles y políticos, podemos afirmar categóricamente que la asistencia jurídica gratuita es tanto un derecho social *lato sensu* como un derecho social de contenido prestacional. Se trata de un derecho social en tanto que su origen obedece necesariamente al reconocimiento de una necesidad concreta que interesa a personas claramente especificadas, esto es, a aquellas que por su situación económica se ven incapacitadas para acceder a ciertos servicios (tanto públicos —como lo es la administración de justicia—, como privados —principalmente los servicios de asesoría y defensoría en juicio—), y, asimismo, presenta un carácter marcadamente prestacional en tanto implica una acción positiva del Estado para proveer de ciertos bienes y servicios que por razones económicas, de escasez de recursos, no pueden ser adquiridos a través del mercado.

De esta forma, no basta una simple abstención u omisión por parte del Estado, sino que es necesario que el Estado, sea a través de los poderes públicos o mediante los particulares subsidiados por el Estado, en atención a situaciones tanto de interés público como de interés privado, brinde efectivamente una prestación que, en este caso, consiste en otorgar los servicios jurídicos y técnicos necesarios, así como la exención de cuotas o cobros, para entablar y defenderse en un posible litigio en igualdad de condiciones que su contraparte. Cabe advertir que esta condición de la asistencia jurídica gratuita es, precisamente, la que nos permite observar su distanciamiento con el ya añejo concepto de “beneficio de pobreza”, mismo que descansa en un sentido de caridad cristiana, al que nos hemos referido en nuestro capítulo primero.

El derecho consagrado por el artículo 119 constitucional admite la naturaleza de derecho social con contenido prestacional, y con ello se constituye en un “derecho de naturaleza compuesta”.³⁸⁸ Parafraseando las ideas de Cascajo Castro, por una parte, se articula en una posición subjetiva de ventaja a favor del particular (en este

³⁸⁸ Cascajo Castro, José Luis, *La tutela constitucional...*, cit., pp. 52 y ss.

caso, para quien demuestre la insuficiencia de recursos para litigar), y de otro, cristaliza una garantía objetiva de carácter institucional, con su aspecto ineludiblemente organizativo, que involucra tanto a los poderes públicos como a los particulares, sea en lo individual, como prestadores de servicios o, en lo colectivo, a través de sus organizaciones gremiales.³⁸⁹

Precisamente, esta concepción de la asistencia jurídica gratuita es lo que nos permite reafirmar la posición que hemos sostenido en nuestro primer capítulo en el sentido de que la asistencia jurídica gratuita debe enmarcarse dentro del contexto del Estado de bienestar o, en términos propios de la ciencia jurídica constitucional, del Estado social de derecho. De esta forma, la asistencia jurídica gratuita se constituye, de acuerdo con Sen por lo que hace a su referencia respecto de las instituciones sociales propias del Estado de bienestar,³⁹⁰ en una libertad instrumental de las oportunidades sociales y de la seguridad protectora, que tiende a contribuir a la capacidad de las personas para vivir más libremente, para vivir como les gustaría.

Así, la asistencia jurídica gratuita implica una de tantas formas, inscritas bajo la égida de la cláusula del Estado social de derecho (previsto en el artículo 1o. de la CE), en que la Constitución Española reconoce implícitamente los límites a los que se sujeta necesariamente el mercado en la distribución de los recursos, sin que ello implique, evidentemente, una negación al sistema de economía de mercado y, con ello, a la posibilidad de que los servicios jurídicos y técnicos requeridos para un adecuado proceso judicial estén insertos en el mercado.

De hecho, como evidencia Garrorena en un estricto análisis de la doctrina constitucional, el Estado social, en cuanto Estado asistencial o prestacional, si bien interviene en la distribución de recursos (en forma de prestaciones, subvenciones, servicios, etcétera), lo hace “a costa de dejar intactas todas las contradicciones opera-

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 67.

³⁹⁰ Sen, Amartya, *Desarrollo y libertad*, trad. de Esther Tabasco y Luis Toharia, Barcelona, Planeta, 2000, pp. 57 y ss.

das en el momento de la producción o, lo que es lo mismo, todas aquellas que están ligadas de forma indisoluble al modo de ser del sistema de producción capitalista”.³⁹¹ De tal forma que el Estado, mediante la implementación de la asistencia jurídica gratuita, coadyuva con el mercado de servicios jurídicos a efecto de otorgarles un alcance claramente universal, en el sentido de que todas las personas, sea precisamente mediante el mercado o mediante la asistencia del Estado, puedan acceder a ellos.

Ahora bien, como veremos a continuación, el hecho de que la asistencia jurídica gratuita participe de la naturaleza de derecho social con contenido prestacional y que, por ende, su prestación dependa en gran medida de la disponibilidad de recursos presupuestarios, esto es, con un contenido significativamente de carácter económico, no es óbice para reconocer que la misma se encuentra en una posición peculiar si no privilegiada frente a otros derechos sociales comprendidos entre los *principios rectores de la política social y económica* del capítulo III, toda vez que, como veremos a continuación, se encuentra estrechamente vinculada a los derechos fundamentales que se consagran en el artículo 24 constitucional, entre los que se incluyen el derecho a la defensa y a la asistencia letrada, entre otros. Esto se hace especialmente relevante en cuanto a los mecanismos implementados para su protección, puesto que además de que el Tribunal Constitucional puede tener conocimiento de la misma a través del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad, cabe la posibilidad del amparo si se vincula explícitamente con los derechos consagrados por el citado artículo 24 constitucional.

2. *Su carácter instrumental*

En la concepción de los derechos fundamentales se ha cobrado recientemente conciencia de la importancia que, junto al respeto a la libertad individual, tiene el procedimiento en las decisiones estatales. En este sentido, prácticamente todas las Constituciones del

³⁹¹ Garrorena Morales, Ángel, *op. cit.*, p. 43.

mundo occidental moderno y, particularmente, la Constitución Española han recogido dentro de su texto ciertos derechos fundamentales con proyección procesal que permiten inferir el principio de que será garantizado al individuo un proceso en regla. Evidentemente, estas garantías procesales no sólo significan el respeto a todas las reglas del juego, que es algo que todo el mundo entiende, sino que además responden a la necesidad de garantizar a las partes contendientes en litigio la igualdad de armas.³⁹²

En el caso de la CE este objetivo fundamental se recoge principalmente, aunque no de manera exclusiva, en lo dispuesto por el artículo 24 constitucional, mismo que a la letra establece lo siguiente:

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

Como puede observarse, el citado precepto constitucional contempla tanto el derecho a la jurisdicción como el derecho a la defensa y a la asistencia de letrado, los cuales, entre otras cosas, conforman lo que se ha denominado genéricamente el derecho a la tutela judicial efectiva.

Evidentemente, el alcance de este derecho es muy extenso, especialmente por la amplitud que supone el calificativo de efectividad de la tutela, mismo que denota, en términos de Almagro, “la expeditividad de la tutela, o sea... las facilidades para la obtención

³⁹² Véase Benda, Ernesto *et al.*, *op. cit.*, pp. 505 y 506.

de la misma... la ausencia de obstáculos que impidan o demoren la prestación de la tutela”.³⁹³ En otras palabras, la efectividad de la tutela implica que la protección de los derechos consagrados por el orden jurídico no sea meramente retórica, simbólica o declarativa, sino que debe ser efectiva en la medida en que posibilite la corrección de la vulneración del derecho, restituya al sujeto lesionado en la integridad de su disfrute y restablezca la situación jurídica ajustada.³⁹⁴ En ese sentido, la tutela judicial efectiva abarca todas las circunstancias que pudieran presentarse desde la mera posibilidad de acceder al sistema jurisdiccional hasta, en su caso, la resolución del conflicto jurídico concreto mediante la aplicación de la ley.

Como señala Almagro, la obtención de la tutela cuya efectividad se promete se produce tan luego se consigue una resolución definitiva y firme que, si bien puede consistir en una sentencia que atienda el fondo del asunto debatido (como sería la sentencia definitiva que pone fin al conflicto jurídico), puede no llegar a hacerlo ante la carencia del cumplimiento de determinados requisitos exigidos por las leyes procesales, siempre y cuando dichos requisitos no puedan llegar a considerarse restrictivos o excesivos, de tal forma que vulneren el derecho de acceso a la justicia.³⁹⁵

³⁹³ Almagro Nosete, José, “Comentario al artículo 24”, en Alzaga Villamil, Óscar (dir.), *Comentarios a las leyes políticas: Constitución Española de 1978*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Público-EDERSA, 1983, t. III, p. 30.

³⁹⁴ Véase 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. 56.

³⁹⁵ Almagro Nosete, José, *op. cit.*, p. 29. Por otra parte, a manera de ejemplo cabe destacar lo dispuesto por la sentencia 3/1983, del 25 de enero, emitida por el Tribunal Constitucional en atención a una cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto del artículo 170 del Real Decreto legislativo 1568/1980, del 13 de junio, texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, mediante el cual se exigía a la parte perdedora en juicio de carácter laboral (referida al empleador) la consignación del importe de la condena, así como su incremento por un 20%, mismo que se constituía en un presupuesto necesario para interponer algún recurso ulterior. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional reconoce la inconstitucionalidad del incremento a que alude el citado precepto bajo la consideración de que “cualquiera que sea el destino de esta carga, su cuantía es *desproporcionada y gravosa*, y cumple una función en último extremo sancionadora con base objetiva,

En ese mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, en su conocida sentencia 19/1981, del 8 de junio de ese mismo año, en la cual manifestó que el artículo 24 CE reconoce el derecho a la jurisdicción, es decir, a promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas, en el entendido de que esa decisión no tiene por qué ser favorable a las peticiones del actor y que, aunque normalmente recaiga sobre el fondo, puede ocurrir que no entre en él por diversas razones, entre las que incluso se encuentra la falta de competencia del órgano judicial. Ello supone que el artículo 24.1 constitucional no puede interpretarse como un derecho incondicional a la prestación jurisdiccional, sino como un derecho a obtenerla siempre que se ejerza por las vías legales establecidas.³⁹⁶

Por su parte, la asistencia jurídica gratuita, como hemos señalado en repetidas ocasiones, supone un derecho constitucional que debe reconocerse a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar, a efecto de que nadie quede privado del acceso a la justicia por falta de recursos económicos. Así pues, como puede observarse, tanto el derecho a la jurisdicción como la propia asistencia jurídica gratuita tienen un objetivo en común consistente en evitar un posible estado de indefensión y, con ello, promover la materialización efectiva de otros derechos. Ambos presentan como último fundamento el derecho generalizado a la defensa de todos los demás derechos consagrados por el orden jurídico y, por ende, se les reconoce un carácter eminentemente instrumental. La asistencia jurídica gratuita se trata pues de un derecho que es concreción y garantía de ejercicio de otros derechos fundamentales.

Sin embargo, es necesario puntualizar que mientras la tutela judicial efectiva comprende la remoción de todos los obstáculos que pudieran presentarse dentro del sistema de impartición de justicia, la asistencia jurídica gratuita se reduce a la atención del obstáculo económico que supone el coste de la justicia ante la escasez de re-

y obstaculiza gravemente el derecho a la tutela judicial en su aspecto de acceso al recurso...”.

³⁹⁶ Al respecto, también pueden consultarse las SSTC 105/2008, del 15 de septiembre; 87/2000, del 27 de marzo, y 112/1996, del 24 de junio.

cursos suficientes para litigar, pero en ambos casos no debe olvidarse, para su recta interpretación constitucional, que aunque no haya en la Constitución una referencia explícita al principio de libre acceso a la justicia, éste constituye el sustrato explicativo que subyace en los artículos 24 y 119 constitucional. Ello implica que la remoción del obstáculo económico, a través de la asistencia jurídica gratuita, sea, sin lugar a dudas, un elemento necesario, mas no exclusivo, para la efectividad del derecho a la tutela judicial.

En ese sentido, si el artículo 24 de la Constitución instituye como derecho fundamental el acceso libre a los tribunales de justicia como fórmula de materialización del derecho a la tutela judicial efectiva, difícilmente podría llevarse a cabo por parte de quienes no tienen recursos suficientes para poder abonar los costes de un abogado, de un procurador o de otros profesionales, cuya participación en el proceso se hace preceptiva por exigencia legal o, en su caso, necesaria por la dificultad del proceso o por la complejidad del caso litigioso.³⁹⁷

Por su parte, el derecho a la defensa y asistencia de letrado a que se refiere el artículo 24.2, si bien tiene una connotación muy amplia en el sentido de significar que cualquier persona involucrada en un proceso jurisdiccional, sea de manera activa o pasiva, tiene derecho a la asesoría, defensa u orientación por parte de un letrado a efecto de preparar y formalizar sus pretensiones jurídicas, se relaciona de manera directa con la asistencia jurídica gratuita cuando el litigante carece de medios económicos, en cuyo caso está en posibilidad de pedir que se le nombre un abogado de turno de oficio. Sin lugar a dudas un aspecto fundamental de la asistencia jurídica gratuita consiste en el derecho a la defensa y orientación letrada de oficio a todo lo largo y en el curso del proceso, así como en los recursos jurisdiccionales legalmente pertinentes.

De esta forma, el artículo 24 y el artículo 119 de la Constitución Española se constituyen en realidades inescindibles, para las que la asistencia jurídica gratuita es un instrumento más, de singular

³⁹⁷ Véase Martín Contreras, Luis, *El derecho a la asistencia jurídica gratuita*, Barcelona, Bosch, 2009, p. 38.

importancia, con miras al cumplimiento de los fines pretendidos por el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa y asistencia de letrado, cuyo corolario no es otra cosa que el derecho de acceso a la justicia.³⁹⁸ Así pues, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional en sus sentencias 16/1994, del 20 de enero; 117/1998, del 2 de junio; 183/2001, del 17 de septiembre; 95/2003, del 22 de mayo, y 9/2008, del 21 de enero, fundamentalmente, la gratuidad de la justicia es instrumento y concreción de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la asistencia letrada, por lo que no se trata sólo de un derecho que garantice los intereses de los particulares, sino también los intereses generales de la justicia en tanto que tiende a asegurar los principios de contradicción e igualdad procesal entre las partes y a facilitar así al órgano judicial la búsqueda de una sentencia ajustada a derecho, “aunque sin duda su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar”.

Ahora bien, no obstante la estrecha relación que presentan la tutela judicial efectiva y la asistencia jurídica gratuita no debe perderse de vista que se trata de dos derechos que si bien coexisten entre sí y se relacionan en varios aspectos, especialmente por referirse al mismo “fenómeno social con relevancia jurídica” como lo es el proceso jurisdiccional, presentan un contenido material propio y, hasta cierto punto, independiente. Tan es así que mientras que la tutela judicial efectiva se dirige sin excepción a cualquier persona y hace referencia en un sentido extenso a evitar cualquier obstáculo que impida el libre acceso a la jurisdicción y a la impartición de

³⁹⁸ En el caso de la asistencia jurídica gratuita es clara la estrecha vinculación que presenta con el artículo 24 constitucional que consagra “la tutela judicial efectiva”. De hecho, la propia exposición de motivos de la LAJG reconoce dicho vínculo al mencionar como corolarios de la concepción social o asistencial del Estado democrático de derecho a los artículos 24 y 25 de la CE y, acto seguido, mencionar al artículo 119 constitucional en congruencia o “lógica coherencia” con los contenidos de estos preceptos constitucionales.

justicia (como la dilación en el proceso, la rigurosidad de los presupuestos procesales, la independencia e imparcialidad de los juzgadores, entre otros), la asistencia jurídica gratuita se reduce a un sector específico de la población como son aquellas personas que carecen de recursos suficientes para litigar y que, sólo por disposición legal, se extiende a la asesoría jurídica previa a juicio. En otras palabras, mientras que el derecho consagrado por el artículo 24 constitucional involucra todos los ámbitos relativos al debido ejercicio del derecho a la jurisdicción, la asistencia jurídica gratuita se limita a sortear el obstáculo económico que supone la litigación y, en un sentido extenso, la resolución de los conflictos jurídicos.

Esto puede explicarse en el sentido de que mientras la tutela judicial efectiva se inspira en el más alto valor de libertad y de igualdad formal (esto es, igualdad ante la ley), la asistencia jurídica gratuita se constituye en un precipitado más de la dimensión social del Estado que atiende, de manera concreta, el principio de igualdad material, cuyo elemento significativo y diferenciador consiste precisamente en *la gratuidad*. Evidentemente, como puntualiza Rodríguez García en atención tanto a consideraciones doctrinales como de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la Constitución Española no proclama en ningún momento la gratuidad de la administración de justicia,³⁹⁹ como incluso lo demuestra la reintroducción, aunque limitada, de las tasas judiciales mediante la Ley 53/2002, del 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, “sino un derecho a la gratuidad de la justicia en los casos y en la forma que el legislador determine”.

Esta situación nos lleva a considerar la tercera característica del derecho consagrado por el artículo 119 constitucional, consistente en que tal como se encuentra redactado el citado precepto constitucional, la asistencia jurídica gratuita se constituye en un derecho de configuración legal, esto es, que su organización y funcionamiento se encuentran reservados a la legislación ordinaria.

³⁹⁹ 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, p. 45.

3. *Su carácter de derecho de configuración legal*

El carácter de configuración legal de la asistencia jurídica gratuita se desprende del primer inciso del multicitado artículo 119 del texto constitucional al afirmar que “la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley”. No se trata, así pues, de un derecho absoluto e ilimitado, sino de un derecho cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio corresponde delimitarlos al legislador, atendiendo, en términos del fundamento jurídico 3o. de la sentencia 16/1994 antes comentada, “a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disposiciones presupuestarias”. En este sentido, el legislador podrá, continúa indicando la sentencia en comentario:

atribuir el beneficio de justicia gratuita a quienes reúnan las características y requisitos que considere relevantes, podrá modular la gratuidad en función del orden jurisdiccional afectado —sea penal, laboral, civil, etc.— o incluso del tipo concreto del proceso y, por supuesto, en función de los recursos económicos de los que pueda disponer en cada momento.

A lo que cabría agregar la facultad legislativa de establecer con precisión los gastos a cuya exención, sea total o parcial, se tiene derecho.

Ciertamente, el carácter de derecho de configuración legal que preceptúa el artículo 119 constitucional deviene de su propia naturaleza de derecho social y, específicamente, de su carácter prestacional, en tanto que, como establece Hesse, este tipo de derechos presentan una estructura distinta de los tradicionales derechos de libertad e igualdad.⁴⁰⁰ No se hacen ya efectivos por el hecho de que se respeten o amparen, sino que se requiere de antemano, y en cualquier caso más que en los derechos fundamentales tradicionales, acciones del Estado tendentes a realizar el programa contenido en ellos. De esta forma, para que estos últimos adquieran una

⁴⁰⁰ Hesse, Conrado, “Constitución y derecho constitucional”, en Benda, Ernesto *et al.*, *op. cit.*, p. 98.

verdadera significación práctica, de la que se deriven pretensiones jurídicas bien delimitadas e invocables ante los poderes públicos, se requiere un actuar del Estado que, en este caso, implica, al menos en un primer momento, el ejercicio de su función legislativa.

Lo anterior no significa otra cosa más que el legislador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad para delimitar y, en su caso, fijar el alcance de la prestación que la propia Constitución garantiza respecto de los derechos sociales y, concretamente, de la asistencia jurídica gratuita. De esta forma, el artículo 119 constitucional fija un marco muy flexible y de fácil mutabilidad, de modo que caben muy diversas formas de estructurar a la asistencia jurídica gratuita.⁴⁰¹ Los derechos que gozan de estas características, entre los que a nuestro parecer cabe incluir a la asistencia jurídica gratuita, “pueden sufrir modificaciones, e incluso reducirse el nivel de las prestaciones por consideraciones de política económica”.⁴⁰² Pero, como afirma Prieto Sanchís, “en ningún caso la exigencia de desarrollo legislativo vacía de contenido constitucional a este derecho prestacional, ni siquiera impide que pueda apreciarse en él una dimensión subjetiva”.⁴⁰³

De ahí que el margen de discrecionalidad que se le concede al legislador para determinar el contenido prestacional de la asistencia jurídica gratuita no sea absoluto e ilimitado, pues en cualquier caso el legislador se encuentra sujeto a los límites que establece el propio texto constitucional, esto es, que el legislador debe en cualquier caso respetar los principios y objetivos que se especifican en la propia Constitución. Dichos objetivos no sólo se encuentran dispersos

⁴⁰¹ Como ha puesto de manifiesto Rodríguez García, Nicolás, *op. cit.*, pp. 20-24, el Consejo General del Poder Judicial, a través del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha considerado que el artículo 119 constitucional no exige una reserva de ley orgánica, sino una reserva de ley ordinaria, conclusión a la que se llega interpretando los términos “desarrollo” del artículo 81, “regulación del ejercicio” del artículo 53.2 CE y “afectación” del artículo 86 CE.

⁴⁰² Véase Muñoz Machado, Santiago *et al.*, *Las estructuras del bienestar. Derecho, economía y sociedad en España*, Madrid, Fundación ONCE-Editorial Civitas-Escuela Libre Editorial, 1997, p. 30.

⁴⁰³ Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales...”, *cit.*, p. 45.

dentro del texto constitucional, sino que además, y de manera muy concreta, es necesario atender al propio análisis del artículo 119 constitucional, en su interrelación con el artículo 24 constitucional antes referido, a efecto de determinar cuál es el “contenido constitucional indisponible” de la asistencia jurídica gratuita.

En la teoría constitucional moderna se ha discutido muy prolijamente sobre cuáles son los límites que vinculan al legislador al momento de proceder a configurar un derecho constitucionalmente garantizado. Para ello se han utilizado diversas fórmulas que van desde la garantía del contenido esencial propia de la doctrina y la jurisprudencia alemana y española (como también puede observarse en el artículo 53.1 de la CE) hasta el principio de razonabilidad de las leyes que emplea la jurisprudencia constitucional en Argentina, como afirman Serna y Toller. Pero, como puntualizan dichos autores, en ambas vertientes se presenta una cierta analogía en el sentido de que “afectar el contenido esencial de un derecho es ir en contra de la regla de razonabilidad o, con otras palabras, alterar el propio derecho”.⁴⁰⁴ Así pues, en ambos casos se pretende salvaguardar un ámbito inexpugnable de ejercicio razonable de un derecho que, una vez definido en general y determinado en las circunstancias concretas, es absoluto, inexceptionable, y no puede ser dejado de lado por razones utilitarias.⁴⁰⁵ Como señalan Ser-

⁴⁰⁴ Serna, Pedro y Toller, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 45 y ss.

⁴⁰⁵ Sobre la determinación del contenido esencial de los derechos consagrados por el capítulo II, del título I, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en múltiples ocasiones. Una de las sentencias más representativas al respecto es la 11/1981, del 8 de abril, relativa al recurso de inconstitucionalidad promovido en contra de diversos preceptos del Real Decreto-Ley 17/77, del 4 de marzo de dicho año, mediante el cual se regula el derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo, no sólo por ser la primera en manifestarse respecto del contenido esencial, sino porque sienta las bases definitivas, hasta el momento, para su interpretación. De conformidad con la referida sentencia se pueden seguir dos caminos “complementarios” para la determinación del contenido esencial. El primero de ellos consiste en atender a la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho, de acuerdo con el cual “constituyen el

na y Toller, en cualquier caso se trata de “mirar hacia los límites internos de cada derecho, hacia su naturaleza, hacia el bien que protegen, hacia su finalidad y su ejercicio funcional; es atender a sus respectivos contornos y a sus esferas de funcionamiento razonable”.⁴⁰⁶

En principio, tanto la teoría del contenido esencial como el principio de razonabilidad de las leyes se posicionan enfrente del legislador que tiene como misión regular el ejercicio de algún derecho consagrado constitucionalmente.⁴⁰⁷ Su objetivo es que dicha regulación no desnaturalice o altere el derecho que la Constitución reconoce, de modo que las normas constitucionales no dependan de la ley, sino que se garantice su supremacía; sin embargo, es necesario tomar en consideración que la regla de que los derechos y garantías constitucionales no deben ser alterados no es sólo una

contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”. El segundo camino posible consiste en tratar de buscar los llamados intereses jurídicamente protegidos, de tal forma que “se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.

⁴⁰⁶ Serna, Pedro y Toller, Fernando, *op. cit.*, p. 42.

⁴⁰⁷ De hecho, como afirma Parejo Alfonso, Luciano, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, septiembre-diciembre de 1981, p. 169, la depuración técnica y la positivización de la teoría constitucional sobre el contenido esencial, concebido como una garantía constitucional resistente frente al destino propio de todo texto normativo, nace como consecuencia de la necesidad de reconstruir la vida social y política, tras la experiencia europea saldada con la última guerra mundial, sobre bases y valores que impidiesen su degradación hacia totalitarismos estatistas.

garantía específica ante el ejercicio de la función legislativa, sino también “una pauta interpretativa: puede y debe ir más allá, y debe ser respetado también por la sentencia judicial”.⁴⁰⁸

Ahora bien, por lo que se refiere a la asistencia jurídica gratuita prevista por el artículo 119 constitucional es necesario advertir que no se encuentra formalmente dentro del ámbito de aplicación de la garantía del contenido esencial prevista en el artículo 53.1 de la CE, pues ésta se destina exclusivamente para los derechos fundamentales contemplados en el capítulo segundo, del título primero, de la propia Constitución; sin embargo, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado a favor de reconocer un “contenido constitucional indisponible” respecto del artículo 119 constitucional, en analogía respecto de la garantía del contenido esencial, toda vez que se sitúa frente al legislador con el objeto de establecer ciertos límites a su capacidad organizativa, a efecto de no desnaturalizar los intereses tutelados por la propia norma constitucional.⁴⁰⁹

Al respecto, resulta ilustrativo mencionar de nueva cuenta la sentencia 16/1994 del Tribunal Constitucional,⁴¹⁰ de acuerdo con la cual el contenido constitucional indisponible de la asistencia jurídica gratuita se encuentra en el segundo inciso del artículo 119

⁴⁰⁸ Serna, Pedro y Toller, Fernando, *op. cit.*, pp. 54 y 55. Como los mismos afirman: “... lo que se debe advertir es que la determinación del contenido esencial puede y debe operar como pauta para resolver los aparentes conflictos entre derechos, más allá de su alcance como garantía específica, lo cual no sólo no se opone a lo dispuesto constitucionalmente, sino que resulta consonante con una interpretación sistemática de la Constitución y con una visión realista sobre lo que de hecho pueden hacer los jueces cuando aplican las normas constitucionales...”.

⁴⁰⁹ Ya en otras ocasiones, el propio Tribunal Constitucional ha establecido una extensión jurisprudencial de la teoría del contenido esencial a los principios rectores de la política social y económica, previstos en el capítulo tercero, del título primero, mediante el reconocimiento de un núcleo indisponible para el legislador. Al efecto puede consultarse la STC 206/1997, del 27 de noviembre, a propósito del sistema de seguridad social.

⁴¹⁰ Sobre el contenido y alcance de esta sentencia del Tribunal Constitucional véase 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.), *Justicia gratuita*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp. 298 y ss.

constitucional al proclamar que “en todo caso” la gratuidad se reconocerá “a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”. Como se hace notar en dicha sentencia:

... este inciso recurre a un concepto normativo relativamente abierto o indeterminado, una cláusula general, «insuficiencia de recursos para litigar», cuya concreción también corresponde al legislador dentro del amplio margen de libertad de configuración que es propio de su potestad legislativa... Con todo, a pesar de la indeterminación de la cláusula utilizada, la fórmula constitucional, «en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar», encierra un núcleo indisponible que, sin necesidad de definirlo de forma exhaustiva, supone, sin duda, que la justicia gratuita debe reconocerse a quienes no puedan hacer frente a los gastos originados por el proceso (incluidos los honorarios de los Abogados y los derechos arancelarios de los Procuradores, cuando su intervención sea preceptiva o necesaria en atención a las características del caso) sin dejar de atender a sus necesidades vitales y a las de su familia, al objeto de que nadie quede privado del acceso a la justicia por falta de recursos económicos. Dicho en otras palabras, deben sufragarse los gastos procesales a quienes, de exigirse ese pago, se verían en la alternativa de dejar de litigar o poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia personal o familiar.⁴¹¹

Así, como puede observarse en dicha sentencia, el Tribunal Constitucional no establece concretamente en qué consiste el contenido mínimo indisponible del derecho a la asistencia jurídica gratuita, sino que se limita a vincularlo con el derecho a la jurisdicción y su corolario, esto es, el acceso a la justicia, a efecto de que el Estado se asegure, en cualquier caso, de que la pobreza y el coste de la litigación no se constituyan en obstáculos para su ejercicio.

⁴¹¹ El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, y siempre en el mismo sentido, sobre el contenido constitucional indisponible que se deriva del artículo 119 constitucional, como puede observarse en las SSTC 117/1998, del 2 de junio; 144/2001, del 18 de julio; 183/2001, del 17 de septiembre; 95/2003, del 2 de mayo; 180/2003, del 13 de octubre; 127/2005, del 23 de mayo; 217/2007, del 8 de octubre, y 9/2008, del 21 de enero.

De hecho, el máximo órgano constitucional expresamente elude el compromiso de definir específicamente cuál es ese contenido indisponible argumentando el carácter innecesario de tal tarea, lo cual se torna comprensible si atendemos a la característica de pluralidad y de adaptación histórica que circundan a esta institución. Como la propia sentencia lo hace notar, la configuración legal de la asistencia jurídica gratuita debe sujetarse a los “intereses públicos y privados implicados y a las concretas disposiciones presupuestarias”.

De esta manera, el problema de la determinación del contenido mínimo indisponible de la asistencia jurídica gratuita se desplaza a la determinación del criterio que nos permita establecer cuándo existe una verdadera “insuficiencia” de recursos para litigar que puedan originar un estado de indefensión o la falta de acceso a la justicia, prohibidos por el artículo 24.1 constitucional. Partiendo de este criterio interpretativo será el legislador quien, al menos en un primer momento, determine cuándo se presenta esta insuficiencia, así como los medios necesarios para acreditarla.⁴¹²

De ahí que si bien el legislador no tiene un poder omnímodo para legislar en materia de asistencia jurídica gratuita, a efecto de no desnaturalizar su finalidad, sí cuente con un amplio margen de discrecionalidad para desarrollar su libertad de configuración social, a efecto de asegurar el principio del pluralismo político proclamado en el artículo 1.1 de la Constitución y, por ende, con-

⁴¹² El entonces magistrado del Tribunal Constitucional, don Julio Diego González Campos, en un voto particular formulado con motivo de la STC 16/1994, misma que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad, acertadamente manifestó que si se considera la “insuficiencia de recursos para litigar” del artículo 119 CE, resulta evidente que esta noción por su generalidad y amplitud, no puede ser concretada únicamente mediante un quantum objetivo, tal como lo hacía el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, vigente en ese entonces. De tal forma que el legislador debe tener en cuenta también el elemento subjetivo constituido por las circunstancias personales y familiares del solicitante, pues son estas las que determinan efectivamente la insuficiencia de recursos para litigar. Cabe advertir que dicho voto particular fue formulado de manera previa al esquema acogido mediante la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, de ahí que amerite una mención especial.

gruente con la propia concepción de la Constitución como un “sistema abierto de reglas y principios”.⁴¹³

De esta forma, el hecho de que el artículo 119 constitucional exija la necesaria implementación de la asistencia jurídica gratuita, garantizando un mínimo indisponible, pero, a su vez, remitiendo su regulación detallada a la legislación ordinaria, presenta claras ventajas, especialmente por lo que se refiere a la posibilidad de adecuarla a la realidad histórica, esto es, a las exigencias tanto sociales, políticas y económicas que han sido heredadas del pasado y que se reflejan en el presente, tomando en consideración las posibilidades fácticas del Estado. De tal forma que la apertura del artículo 119 constitucional permite dotar de ciertos presupuestos de efectividad a la propia asistencia jurídica gratuita, pues, como señala Hesse, cuando la Constitución no es capaz de hacerse con la realidad de un orden configurador y formador de una realidad viva histórica está destinada al fracaso, esto es, en sus palabras “cuando intente aferrarse a formas históricamente superadas o cuando, por el contrario, se proponga una utopía, fracasará inevitablemente ante la realidad”.⁴¹⁴

Sin embargo, la fácil mutabilidad de la asistencia jurídica gratuita y, con ello, el hecho de que pase a depender de las normas

⁴¹³ Al respecto, Hesse, Conrado, *op. cit.*, p. 6, destaca que “... las normas constitucionales no son completas ni perfectas. Amplios sectores... únicamente están ordenados mediante disposiciones de mayor o menor amplitud e indeterminación y algunos ni siquiera quedan ordenados. La Constitución no es un sistema cerrado ni omnicompreensivo; no contiene una codificación, sino un conjunto de principios concretos y elementos básicos del ordenamiento jurídico de la comunidad, para el que ofrece una norma marco. En este sentido es un ordenamiento *abierto*”. En el mismo sentido, Bustos Gisbert, Rafael, *La Constitución red: un estudio sobre la supraestatalidad y constitución*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 2005, p. 47, dice que la noción de “Constitución abierta” resulta adecuada para la Constitución vigente en España por cumplir adecuadamente con los objetivos del Estado democrático constitucional, tanto porque establece principios de legitimidad material caracterizadores del Estado y de las sociedades actuales, como por permitir incluir en su orden material las bases para hacer posible la lucha partidocrática entre proyectos alternativos de realización de los fines constitucionales, esto es, que pueda permanecer abierta al tiempo.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 8.

que la regulan o “limitan”, no deja de representar un cierto riesgo, puesto que además de que “una de las funciones secundarias que tiene la ley es el establecer límites a los *Derechos Fundamentales*, es decir, señalar las áreas donde ya no tiene aplicación la protección del derecho fundamental”,⁴¹⁵ también es importante considerar que el reenvío del desarrollo de la asistencia jurídica gratuita al proceso legislativo supone confiar la materialización de uno de los objetivos propios del Estado social a la dinámica política.⁴¹⁶ De ahí que la atemperación del riesgo que todo ello implica quede en manos de la conducta de las personas que participan en la vida constitucional, la disponibilidad de los dirigentes políticos y de los gobernados a aceptar como moralmente imperativo el contenido de la Constitución. Ello depende, de acuerdo con Hesse, de que el orden positivizado por la Constitución se considere, entre otras cosas, como “moralmente recto”.⁴¹⁷

II. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 31.2 CONSTITUCIONAL POR LO QUE SE REFIERE A LA EFICIENCIA Y LA EQUIDAD EN LA ASISTENCIA JURÍDICA

La adopción del modelo de Estado social de derecho y, con ello, la inclusión de derechos de contenido prestacional, como la asistencia jurídica gratuita, ha hecho que cobren especial trascendencia en el texto constitucional ciertos criterios que deben informar la actuación positiva del Estado. Así, ya no se trata sólo de dirigir la actividad del Estado mediante controles meramente de legalidad, esto es, que se produzca en apego a la normativa vigente, sino que además se introducen principios y objetivos que tratan de encauzar la utilización de los recursos públicos, a efecto de que ésta se realice mediante el empleo de los menores recursos posibles, logrando los objetivos perseguidos y optimizando el empleo de recursos en la

⁴¹⁵ Gómez Alcalá, Rodrigo Vidal, *La ley como límite de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, 1997, p. 194.

⁴¹⁶ Véase García Herrera, Miguel Ángel, “El fin del Estado social”, *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, núm. 118-119, 1994, p. 138.

⁴¹⁷ Hesse, Conrado, *op. cit.*

consecución de sus fines. Esto conlleva, evidentemente, la inclusión de criterios que orienten la asignación y redistribución de los recursos públicos, a efecto de cumplir con ciertas máximas que socialmente se consideran deseables. Ciertamente, estas máximas presentan un importante contenido moral, pero también implican la aceptación, a través de su positivización, de criterios que han sido tomados directamente de la economía (como la eficiencia), especialmente si consideramos que el objetivo de esta ciencia es conducirnos al mejor aprovechamiento de los recursos escasos.

En este sentido, la Constitución Española de 1978 introduce por primera vez, pues como afirma Borgia Sorrosal, no existe ninguna referencia explícita en los textos constitucionales anteriores,⁴¹⁸ los criterios de eficiencia, economía y equidad. Así, el artículo 31.2 de la CE dispone textualmente que “El gasto público realizará una asignación *equitativa* de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de *eficiencia* y economía”.⁴¹⁹

La inclusión de este apartado en el artículo 31 constitucional obedeció a la enmienda 674 presentada por el entonces senador D. Enrique Fuentes Quintana, quien, en representación del grupo independiente, expresó la necesidad de contemplar la actividad financiera en su totalidad, tanto desde la perspectiva del ingreso como del gasto. En la sesión celebrada por la Comisión de Constitución en el Senado, el martes 29 de agosto de 1978, Fuentes Quintana justificó la citada enmienda en los siguientes términos:⁴²⁰ “El propósito de la enmienda que consiste en añadir un segundo

⁴¹⁸ Borgia Sorrosal, Sofia, “Los principios constitucionales de eficiencia y economía en la programación y ejecución de los gastos públicos”, *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 36, 2004, pp. 43-45. Después de un análisis comparado de las Constituciones europeas, la autora llega a la conclusión de que “al igual que en la Constitución Española de 1978, Austria y Alemania recogen en sus Textos Constitucionales la necesidad de atender a criterios de economía y eficiencia en la asignación del gasto público. Sin embargo, la Constitución de 1978 es la única Constitución dentro de la Comunidad Europea que habla del gasto público como un derecho de los ciudadanos. Eso sí, un derecho que no goza de una protección especial como ocurre con otros derechos reconocidos por la Constitución”.

⁴¹⁹ Las cursivas son nuestras.

⁴²⁰ *Cfr. Diario de Sesiones del Senado*, núm. 45, 1978, pp. 1989 y ss.

apartado al artículo 29 [ahora 31] está basada en dos principios fundamentales: en un deber de coherencia y en una obligación de la trascendencia que el gasto público tiene en las comunidades contemporáneas”.

De conformidad con la citada enmienda, el deber de coherencia obedece a la idea de que la Hacienda “no solo tiene la mano del impuesto para recaudar el conjunto de fondos que necesita con objeto de satisfacer las necesidades públicas y atender a los gastos, sino la mano del gasto público que completa, como es lógico, la mano de la imposición”.

Así pues, como afirma Fuentes Quintana, “constituye una incoherencia separar estas manos, ya que la Hacienda podría destruir con la mano del gasto público lo que ha construido y edificado con la mano del impuesto”. Cuando en el precepto en comento se señala que el gasto público debe obedecer a una asignación equitativa de los recursos lo que se está tratando, en términos del propio Fuentes Quintana, es “que el ciudadano concreto tenga el derecho al acceso al conjunto de suministros, de bienes públicos que ha conseguido o, mejor, que ha conseguido el Estado poder satisfacer gracias a la mano correspondiente de los ingresos”.

Ahora bien, el segundo principio que informa la enmienda a que nos referimos es el de la trascendencia que ha adquirido el gasto público. Como puntualiza Fuentes Quintana, si se analiza el texto constitucional se observa que por el conjunto de derechos que el mismo concede a los ciudadanos “se comprueba que en adelante el gasto público tendrá, lógicamente, que aumentar”. Así pues, de conformidad con el senador de la Comisión de Constitución, el ciudadano no sólo tiene derecho a que prepondere la equidad en la distribución del gasto público, sino también a que su programación, su presupuestación y su control tengan lugar con arreglo a los principios de economicidad y eficiencia. En sus palabras:

La economicidad y eficiencia deben ser mandatos obligados para el gasto público y para el gasto privado y, naturalmente, son derechos de los individuos, porque en la medida en que el Estado despilfarre

el contenido del conjunto en sus gastos públicos, es evidente que lo que está haciendo es malbaratar el conjunto, no defender el conjunto de los derechos individuales de los ciudadanos.⁴²¹

Hasta la citada enmienda, el tradicional silencio de las Constituciones anteriores sobre este aspecto lograba explicarse por el hecho de que con anterioridad las decisiones sobre el gasto público tenían exclusivamente un carácter político, por lo que no eran susceptibles de someterse a control jurídico y, por ello, solamente se arbitraba un control formal de legalidad;⁴²² sin embargo, en la actualidad, como afirma Menéndez Moreno, “es evidente que existe una preocupación social y doctrinal sobre el qué y el cuánto del gasto público, dada su extraordinaria dimensión”.⁴²³ Así, la inclusión de objetivos sociales en la Constitución y, concretamente, la implementación de medidas suficientes que doten de contenido material dichos objetivos, ha supuesto la imperiosa necesidad de introducir criterios redistributivos que orienten la actividad del Estado, a efecto de hacer posible el acceso al mayor número de personas a determinadas prestaciones y servicios considerados como necesarios por la sociedad o, simplemente, para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos.

De esta forma, la inclusión de una gran diversidad de derechos en el texto fundamental que implican una erogación pública, a través de transferencias o subsidios, ha propiciado la necesidad de establecer las bases sobre las que se deben efectuar dichos gastos. Es precisamente en este contexto en el que se sitúa el artículo 31.2 constitucional, mismo que contempla “un derecho de todos los

⁴²¹ *Idem.*

⁴²² Véase Menéndez Moreno, Alejandro, *Derecho financiero y tributario. Parte general: lecciones de cátedra*, 8a. ed., Valladolid, Lex Nova, 2007, pp. 87 y 88. Por su parte, Bayona de Perogordo, Juan José, *El derecho de los gastos públicos*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1991, pp. 112 y 237, comparte la opinión de Griziotti “en cuanto al carácter político de la decisión acerca de las necesidades públicas a satisfacer, pero, sin que ello suponga eliminar otras consideraciones del fenómeno y —lo que es más importante— sin que el reconocimiento de esta naturaleza suponga, en ningún caso, su exclusión del ámbito del Derecho...”.

⁴²³ *Idem.*

ciudadanos al gasto, pero no a cualquier tipo de gasto, sino a uno cuya programación y ejecución se hagan respetando los principios de economía y eficiencia”,⁴²⁴ a lo cual cabe añadir el carácter equitativo de su asignación y redistribución.

En palabras de Piña Garrido, lo que la Constitución ordena es que los recursos públicos sean distribuidos equitativamente, en primer lugar, y de forma económica, eficiente y eficaz (este último a través de la aplicación del artículo 103.1), en segundo. De este modo no es posible llevar a cabo cualquier tipo de asignación de recursos públicos atendiendo únicamente a consideraciones de justicia material, sin prestar atención a los condicionantes de economía, eficiencia y eficacia. En este sentido, la exigencia que deriva del artículo 31.2 CE afecta no sólo a los fines a los que pueden o deben destinarse los recursos públicos, sino también a la forma o procedimiento que debe emplearse para decidir cuáles son esos fines, qué recursos se asignan a cada uno de ellos, cómo se gestionan y cómo se controla el destino efectivo que se les ha dado.⁴²⁵ De esta forma, el Estado (a través de sus órganos) no es completamente libre para destinar los recursos públicos obtenidos a través de su sistema impositivo, pues, como veremos a continuación, se encuentra vinculado por los principios de eficiencia (economía) y equidad que se constituyen en un verdadero mandato constitucional.

1. *Su conceptualización como principios constitucionales*

A nuestro juicio, la eficiencia y la equidad pueden válidamente considerarse como verdaderos principios constitucionales, toda vez que implican “pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible y, por ello, se constituyen en causas de justifi-

⁴²⁴ Borgia Sorrosal, Sofía, *op. cit.*, p. 43.

⁴²⁵ Piña Garrido, María Dolores, “La presupuestación y el control del gasto público desde el punto de vista de los principios de economía, eficacia y eficiencia del art. 31 de la Constitución Española”, *Huarte de San Juan, Derecho*, núm. 3 y 4, 1996 y 1997, pp. 182 y 183.

cación de una regulación”.⁴²⁶ En este sentido, siguiendo para ello la definición que presenta Zagrebelsky respecto de los principios constitucionales en general, podríamos decir que la eficiencia y la equidad previstas en el artículo 31.2 constitucional establecen una orientación general que ha de seguirse en todos los casos en los cuales pueden presentarse,⁴²⁷ o bien, conforme a la definición de Alexy, se trata de principios que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Así, de conformidad con este último autor, “son mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas sino también de las posibilidades jurídicas”.⁴²⁸

Los principios no regulan directamente una materia, determinando una prescripción concreta para supuestos específicos, sino que establecen orientaciones generales que deben seguirse por todos los casos que puedan producirse. En suma, se trata de normas que no determinan con precisión las condiciones de su aplicación. De esta forma, dichos principios necesitan de una posterior actividad de concreción que los relacionen con los casos específicos, pues, como bien afirma Bustos Gisbert, éstos tienen un carácter

⁴²⁶ Bustos Gisbert, Rafael, *op. cit.*, p. 39. Como señala el autor, esta es la definición que adopta Larenz respecto de los principios constitucionales; sin embargo, de acuerdo con aquél (*ibidem*), hay cuatro formas de entender los principios constitucionales: “En primer lugar, se conciben como ideas fundamentales de la organización política del Estado que siempre presentarán un contenido plenamente conforme con la Constitución. En segundo lugar, también se consideran principios las ideas básicas sobre las que se articulan determinadas instituciones. En tercer lugar, pueden entenderse los principios como mandatos de optimización, caracterizados porque su cumplimiento depende de las circunstancias jurídicas y fácticas existentes. Por último, los principios pueden ser también ideas básicas de justicia”.

⁴²⁷ Zagrebelsky, Gustavo, “La Constitución y sus normas”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2000, pp. 83 y 84.

⁴²⁸ Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, trad. de Manuel Atienza, *DOXA*, núm. 5, 1988, p. 143.

de abstracción y generalidad muy acusados.⁴²⁹ Por ello, en términos de este autor, la definición de su contenido no resultará nunca unívoca, serán susceptibles de diferentes lecturas, lo cual “suscitará especiales problemas al concretar el contenido de los principios en auténticas reglas jurídicas de aplicación directa”.⁴³⁰

De ahí que Prieto Sanchís considere que existe una cierta paradoja derivada de la adopción de los principios constitucionales

porque, de un lado, puede interpretarse como un llamamiento al desarrollo de la discrecionalidad o del poder creador de la judicatura, pero, de otro, parece encauzar o limitar esa misma discrecionalidad o poder [toda vez que suponen la cristalización de los valores que dotan de sentido y encierran el ordenamiento y que, de no existir, tendrían que ser creados por los órganos de aplicación del Derecho].⁴³¹

Ciertamente, al tratarse de principios constitucionales, la exigibilidad de la eficiencia y de la equidad prevista en el artículo 31.2 constitucional, así como el papel que les correspondería desempeñar al momento de llegar a determinadas decisiones jurídicas, admite diversas interpretaciones.

De conformidad con Dworkin, son dos las posturas que tratan este aspecto: la primera, considera que los principios constitucionales son algo lógico y cualitativamente distinto de las normas jurídicas y, por ende, aquéllos no pueden ser obligatorios de la misma manera que éstas; la segunda, siendo probablemente la postura más extendida y la que compartimos dada la fuerza normativa que enfatiza, sostiene que los principios constitucionales constituyen verdaderas normas jurídicas de rango constitucional, a pesar de que tienen una estructura normativa diferente al resto de las normas jurídicas.⁴³²

⁴²⁹ Bustos Gisbert, Rafael, *op. cit.*, p. 41.

⁴³⁰ *Idem.*

⁴³¹ Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 136.

⁴³² Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2002, p. 80.

Así pues, de conformidad con esta segunda postura, los principios constitucionales, y con ellos la eficiencia y la equidad previstas por el artículo 31.2 constitucional, no constituyen meras normas de carácter programático, pues si bien tienen una estructura diferente a las normas jurídicas de eficacia directa, configuran parte del marco constitucional que el legislador ordinario debe respetar al regular en detalle cualquier institución que tenga por objeto el cumplimiento de un derecho que implique la utilización de recursos públicos;⁴³³ sin embargo, el significado que se les asigne carecerá de una interpretación concreta y uniforme que apunte necesariamente en un solo sentido.

2. *Su significado en la dogmática jurídica*

El carácter polisémico tanto de la eficiencia como de la equidad ya ha sido puesto de manifiesto con anterioridad y, como hemos podido observar, su conceptualización escapa de la exclusividad del ámbito jurídico. Probablemente esta situación logra explicar por qué la dogmática jurídica, ya sea dentro del ámbito del derecho tributario y financiero o dentro del ámbito del derecho constitucional, omite en gran medida profundizar sobre el contenido y alcance de estos conceptos. De hecho, en los manuales de derecho financiero y tributario son muy pocas las referencias respecto de los principios que consagra el artículo 31.2 de la Constitución. La mayoría de ellos al hablar de estos principios constitucionales se centran fundamentalmente en los principios relativos a los ingresos; como

⁴³³ De hecho, a pesar del carácter general de abstracción de dichos principios, la Constitución les brinda cierta protección, toda vez que atendiendo a los artículos 53 y 161.1 a) de la CE cabría la posibilidad de interponer recurso de inconstitucionalidad contra las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley que incumplan el mandato constitucional previsto en el artículo 31.2; sin embargo, como apunta Borgia Sorrosal, Sofía, *op. cit.*, p. 47: "... la limitación subjetiva que hace el artículo 162.1 a) acerca de quiénes pueden interponer este recurso y la imposibilidad de los ciudadanos de presentar en esta materia el recurso de amparo, reducen mucho las posibilidades que tienen éstos de hacer valer este derecho que les reconoce la Constitución".

el principio de generalidad, igualdad, progresividad, no confiscatoriedad y capacidad económica. Más acusada es aún la omisión en la que incurren aquellos que se especializan propiamente en el estudio de los derechos sociales, lo cual es injustificado si tomamos en consideración que la ejecución de cualquier derecho prestacional implica necesariamente un gasto público, mismo que debe efectuarse de la manera más eficiente posible y en atención a objetivos de equidad previamente especificados.

De igual forma, tras una revisión de sus sentencias, podemos afirmar que el Tribunal Constitucional en ningún caso trata el tema de forma directa. Si bien se ha ocupado de la distribución de los gastos públicos en cumplimiento del principio consagrado por el artículo 9.2 CE, esto es, que la igualdad en la asignación de los recursos sea real y efectiva, no ha precisado hasta ahora ni el sentido ni las consecuencias jurídicas del artículo 31.2 de la CE. Tal vez, en una interpretación extensiva y, obviamente, de manera indirecta, los principios comprendidos por el citado precepto constitucional podrían considerarse incluidos en la STC 77/1985, del 27 de junio, cuando señala que los distintos poderes "... han de conjugar no sólo los diversos valores y mandatos constitucionales entre sí, sino también tales mandatos con la insoslayable limitación de los recursos disponibles". De igual forma, la STC 86/1985, del 10 de julio, establece que "... la acción prestacional de los poderes públicos ha de encaminarse a la procuración de la objetiva igualdad y efectividad en el disfrute de los derechos que ha consagrado la Constitución". Pero en ningún caso el máximo tribunal ha profundizado sobre cuál es la interpretación que debe concedérsele a tales principios. Evidentemente, esto tiene una relativa importancia en tanto que nos lleva a la necesidad de acudir a definiciones extrajudiciales.

Ahora bien, dentro de las escasas referencias que existen sobre el tema en materia jurídico financiera, que finalmente es la que más se ha ocupado del análisis artículo 31.2 CE, cabe mencionar la definición que nos presenta Menéndez Moreno respecto de la eficiencia, en el sentido de que su significado (al igual que el de economía)

consiste en que las decisiones gubernamentales sobre la utilización de los recursos públicos se haga con el mejor criterio económico y social posible y con la debida selección de las necesidades más prioritarias. Este principio conlleva a la necesidad de relacionar los medios empleados para la consecución de ciertos fines con los resultados obtenidos.⁴³⁴ Su verificación se hará fundamentalmente evaluando las decisiones de política pública que implique la utilización de recursos públicos, desde su implementación legislativa hasta su ejecución. Por su parte, García de la Mora y Martínez Lago señalan que la eficiencia (conjuntamente con el principio de economía) es un mero principio económico, instrumental, de buena administración, de racionalidad en la gestión de los recursos públicos.⁴³⁵ Para Gonzalo y González:

la voz eficiencia —que implica necesariamente el atributo de la eficacia— evoca la ausencia de despilfarro en un doble sentido, de modo que, dada una determinada tecnología: bien con los recursos disponibles logre obtenerse un resultado máximo, en términos de utilidad o de producto; bien pretendiendo lograr un resultado fija-

⁴³⁴ Menéndez Moreno, Alejandro, *op. cit.*, p. 89. La dogmática jurídica en materia financiera hace una distinción de los principios de economía y eficiencia, a pesar de que acepta que ambos se tratan de criterios de racionalidad económica que limitan las decisiones financieras. Para este autor, la eficiencia relaciona los medios empleados con los resultados obtenidos, mientras que el principio de economía hace referencia a la relación de los medios empleados con los objetivos perseguidos. De igual forma, esta distinción se presenta en Piña Garrido, María Dolores, *op. cit.*, p. 182, para quien el principio de economía hace referencia a la utilización de los menores recursos posibles y el principio de eficiencia se refiere a la optimización del empleo de recursos en la consecución de los fines. Así pues, mientras que la eficiencia supone que los medios, escasos y limitados, con los que cuenta el Estado para la consecución de sus fines, deben ser utilizados de la manera más idónea y eficaz posible, el principio de economía implica un mínimo coste y un máximo beneficio posible; sin embargo, a pesar de los esfuerzos doctrinales de la doctrina jurídica financiera, la distinción entre ambos principios sigue siendo poco clara, pues el término economía puede llegar a ser tan amplio como lo es el de eficiencia.

⁴³⁵ García de la Mora, Leonardo y Martínez Lago, Miguel Ángel, *Lecciones de derecho financiero y tributario*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2002, t. I, p. 67.

do de antemano, ello se consiga incurriendo en un coste o consumo mínimo de los recursos.⁴³⁶

Las anteriores concepciones de la eficiencia tienen un carácter muy general y poco se adentran en el concepto de eficiencia al que hace referencia la teoría económica. Como cabe recordar la eficiencia en un sentido estrictamente económico admite diversas acepciones, siendo quizá más alambicada o sutil la eficiencia a que hace referencia la “economía del bienestar”. Como afirma Gonzalo y González

si, en general, puede decirse que la Economía se centra en el estudio de cómo conseguir la mejor, u óptima, aplicación de los recursos escasos, la economía del bienestar analiza el propio concepto de óptimo; así como los criterios que permitan afirmar que una determinada política, o cualquier otro acontecimiento, aumentan o disminuyen el bienestar social.⁴³⁷

Como hemos visto en su oportunidad, el concepto central para el término de eficiencia en la asignación de los recursos es, precisamente, el de la eficiencia en el sentido de Pareto.

Así, como puede observarse, el concepto de eficiencia a que se refiere el artículo 31.2 constitucional carece de una significación jurídica propia, por lo cual nada impide que su sentido técnico y la interpretación de su contenido vengan determinados por la teoría económica.

Por lo que hace al principio de equidad, Menéndez Moreno indica que el mismo equivale al principio de justicia material en la utilización de los recursos públicos y, por ende, propugna por el tratamiento igual de los iguales, por la igualdad de acuerdo con las capacidades económicas de las personas en el sentido de que la carencia de recursos debe determinar las correspondientes medidas

⁴³⁶ Gonzalo y González, Leopoldo, “Justicia y eficiencia impositivas en la constitución de 1978”, *ICADE: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 58, enero-abril de 2003, p. 205.

⁴³⁷ *Ibidem*, p. 206.

de gasto público dirigidas a corregir dichas carencias.⁴³⁸ De esta forma, la equidad determinará concretamente que las decisiones en el ámbito del gasto público se inspiren en los derechos sociales previstos en la Constitución. Como apunta Bayona de Perogordo, la asignación equitativa de los recursos públicos comporta, al menos, tres exigencias fundamentales: en primer lugar, garantizar una satisfacción mínima de las necesidades públicas; en segundo lugar, la ausencia de discriminación, misma que incluye la diversidad de situaciones en relación con una misma necesidad pública, y en tercer lugar, la interdicción de la arbitrariedad.⁴³⁹ Así, la asignación equitativa de los recursos (y de manera más amplia la justicia en el gasto público) es aquella que

se adecua a los valores dominantes en la sociedad, el adecuado a la voluntad general allí donde ésta puede ser expresada o al interés general dictado por la persona o grupo social que detente el poder de la comunidad políticamente organizada. Con todas las reservas que se consideren oportunas, podemos aventurar que la existencia de una norma constitucional refleja una expresión de la voluntad general o del consenso obtenido desde las diversas convicciones del grupo social.⁴⁴⁰

Se trata, por tanto, de un principio vinculante para los poderes públicos que ha de operar, inicialmente, en la determinación de las necesidades públicas que la propia Constitución especifica a través de la inclusión en su texto de los derechos sociales. Pero el hecho de que la Constitución constituya un amplio catálogo de derechos sociales de los cuales podrían desprenderse, al menos en principio, cuáles son estas necesidades públicas, no impide que la propia Constitución deje un amplio margen de discrecionalidad para los operadores del derecho, en especial, para el legislador ordinario. En ese sentido, el problema para determinar cuándo una determinada decisión gubernamental cumple adecuadamente con

⁴³⁸ Menéndez Moreno, Alejandro, *op. cit.*, p. 88.

⁴³⁹ Bayona de Perogordo, Juan José, *El derecho...*, *cit.*, p. 190.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, pp. 190 y 191.

el criterio de equidad en la asignación de los recursos sigue presentando problemas en sus aporías.

Ciertamente, como hemos visto a lo largo del desarrollo de esta obra, los criterios de eficiencia y equidad (aun en el campo de la economía) no son unívocos, de tal forma que aún dentro de las escasas referencias al tema que se encuentran en la dogmática jurídica, existen una multiplicidad de criterios que no acaban por resolver el problema terminológico de la eficiencia y la equidad; sin embargo, todos presentan ciertos puntos de común acuerdo consistentes tanto en el hecho de que la eficiencia y la equidad obedecen a principios diferenciables entre sí, aún cuando no traten de manera profunda la posible tensión (o contraposición) entre ambos, así como en el hecho de que la eficiencia y la equidad, llamados “criterios” por el artículo 31.2 de la Constitución, constituyen verdaderos principios constitucionales, con la fuerza vinculante que esto supone.

De todo lo anterior podemos colegir que tanto la eficiencia como la equidad a que hace referencia el artículo 31.2 constitucional admiten diversas interpretaciones y, por ende, su conceptualización sale del campo exclusivo del derecho. Por ese motivo, su significado, alcance y las posibles tensiones entre ambas debe necesariamente abordarse tomando en consideración las aportaciones que sobre los mismos ha hecho la teoría económica, sin perder de vista que cuando se trata de aplicarlos a la actuación gubernamental y, en concreto, por lo que a nosotros interesa, a la determinación de ciertas políticas públicas que impliquen la efectividad de los derechos sociales con contenido prestacional, es necesario tener en cuenta que tanto la eficiencia como la equidad, por el solo hecho de haber sido incluidos en el texto de la norma fundamental con carácter de principios constitucionales, tienen un carácter normativo y sujetan a todos los poderes públicos.⁴⁴¹

⁴⁴¹ Actualmente, la postura más avalada respecto del carácter normativo de la Constitución consiste en considerar que todos los preceptos constitucionales, incluyendo los relativos al capítulo III de la CE, enuncian efectivas normas jurídicas, son algo más que meras normas programáticas en su sentido tradicional (esto es, que se les niega toda aplicabilidad judicial). De hecho, el Tribunal Constitu-

No se tratan de meras normas vagas, sino de principios que, como diría Alexy, plantean una tarea de optimización, cuya concreción debe ser realizada, ante todo, por el legislador, pero también por los aplicadores del derecho cuando su desarrollo conduzca a resultados obligados en un contexto operativo previamente definido.⁴⁴² En este mismo sentido se pronuncia Prieto Sanchís cuando dice que “la constitucionalización de un amplio catálogo de principios y, en general, su recepción en normas expresas no tiene sólo un significado programático o de manifestación pública del orden de valores en que descansa el sistema, sino que ofrece también una virtualidad práctica indudable...”.⁴⁴³ De igual forma, ya con una referencia explícita a los principios de eficiencia y equidad previstos por el artículo 31.2 constitucional, Bayona de Perogordo concluye lo siguiente:

... la inclusión de estos principios jurídicos no sirve únicamente como recordatorio de posibles tareas normativas a emprender en un futuro ilimitado, sino que constituye, por el contrario, una exigencia actual y directa para los distintos órganos y poderes del Estado, quienes deben arbitrar los medios normativos y ejecutivos precisos para dotar a dichos principios de una plena y directa eficacia jurídica.⁴⁴⁴

cional se ha manifestado, a través de la magistral ponencia presentada por don Tomás y Valiente en la conocida sentencia 16/1982, del 28 de abril, relativa a un recurso de amparo derivado de un proceso penal, en el sentido de que “la Constitución lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella (arts. 9.1 y 117.1 de la C.E.)”.

⁴⁴² Véase Alexy, Robert, “Sistema jurídico...”, *cit.*, p. 144.

⁴⁴³ Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas...*, *cit.*, pp. 135 y 136.

⁴⁴⁴ Bayona de Perogordo, Juan José, “Notas para la construcción de un derecho de los gastos públicos”, *Presupuesto y Gasto público*, núm. 2, 1979, p. 70.

3. *Aplicabilidad del artículo 31.2 a la asistencia jurídica gratuita*

Ahora bien, trasladando este esquema conceptual al tema que nos ocupa, conviene considerar hasta dónde los principios de eficiencia y equidad previstos por el artículo 31.2 constitucional se relacionan con el derecho de asistencia jurídica gratuita contemplado en el artículo 119 constitucional. Al respecto, es necesario advertir que si bien es cierto que dichos conceptos se prevén como principios rectores del gasto público, también lo es que éste debe estar encaminado a la satisfacción de las necesidades públicas previamente consideradas dentro del marco que establece la propia norma fundamental.

En este sentido, de conformidad con Bayona de Perogordo (1979: 67)

el gasto público consiste en la satisfacción de las necesidades de la comunidad políticamente organizada de que se trata, siendo los entes públicos únicamente los agentes encargados de ejecutar esta satisfacción mediante el correspondiente procedimiento funcionalizado. Por encima de esta relación, el gasto público y las necesidades que con él se satisfacen experimentan una aproximación que conduce a la misma confusión de ambos términos en una visión más rica e integradora del gasto público como necesidad pública, entendido el concepto en un nivel institucional.

De ahí que, a nuestro juicio y de conformidad con la postura sustentada por Bayona de Perogordo, sea posible extender la aplicación de los principios de eficiencia y equidad a otros ámbitos como la asistencia jurídica gratuita. En principio, ésta, al igual que otros derechos sociales, constituye el reflejo de una necesidad pública (sea de naturaleza individual o social) cuya satisfacción se efectúa necesariamente mediante el empleo de fondos públicos. No olvidemos que en la actualidad un rasgo distintivo de este derecho, frente a su posición inicial con un sentido meramente de caridad, es precisamente su financiación por parte del Estado, a efecto de satisfacer ciertas carencias que si bien afectan al individuo de escasa capacidad económica, también afectan a toda una colectividad.

Se trata, en definitiva, de un derecho que constituye una función redistributiva del Estado de carácter imperativo (por mandato expreso de la Constitución) y, como tal, implica la utilización de fondos públicos, por lo que, en cualquier caso, debe obedecer los principios plasmados por el artículo 31.2 constitucional.

Además, los principios de eficiencia y equidad, como hemos visto con anterioridad, forman parte del modelo del Estado social de derecho, cuya positivización obedece a la necesidad de garantizar que los limitados recursos públicos no se distribuyan arbitrariamente, sino que se concentren en actividades prioritarias que, en un momento dado, impliquen la satisfacción de las personas más necesitadas y, en general, que incrementen el bienestar de la sociedad a través de la búsqueda de óptimos sociales. Se trata de evitar que “quienes no tienen necesidad se aprovechen del Estado social”.⁴⁴⁵

De ahí que el equitativo reparto del gasto público y su eficiente implementación, a través de su programación y ejecución, tengan un papel relevante en la efectividad de la asistencia jurídica gratuita, pues, en congruencia con lo antes visto, estos principios deben informar tanto la elección del modelo de asistencia jurídica, esto es, los mecanismos adoptados para su prestación, como los límites y alcances de su cobertura, a efecto de optimizar la utilización de los recursos disponibles sin privar de este derecho a quienes, efectivamente, carecen de recursos suficientes para litigar.

Sólo en este contexto puede explicarse la adopción de los principios de eficiencia y equidad por la Constitución, pues de no ser así, se trataría de conceptos meramente programáticos y carentes de importancia fáctica, toda vez que se trata de conceptos que por sí solos no tienen un significado propio y que, en consecuencia, para su efectividad, deben vincularse a otros principios o derechos. De hecho, como cabe observar, nunca el legislador o el Tribunal Constitucional les han otorgado un valor autónomo, esto es, que hayan sido invocados como fundamento único de la legislación o del fallo correspondiente.

⁴⁴⁵ Benda, Ernesto *et al.*, *op. cit.*, p. 548.

Ciertamente, dado el carácter abstracto y general de estos principios, así como por la apertura de la Constitución en un sistema pluralista, existe el riesgo de que los mismos acaben por identificarse con las preferencias conceptuales o morales subjetivas del aplicador, pero, atendiendo a la paradoja de Prieto Sanchís, también sirven de cortapisa para el legislador. Parafraseando a Entrena Cuesta, aunque la Constitución deba ser lo suficientemente ambigua o permisiva para que puedan funcionar con ella todas las opciones de gobierno posibles en un país, lo cierto es que la aplicación de los principios de eficiencia y equidad en el cumplimiento del artículo 119 constitucional no puede someterse a mutaciones o subversiones a raíz de cada consulta electoral. No se pueden alterar los fundamentos esenciales para dar la certidumbre de una prestación constitucionalmente consagrada conforme a los principios que la propia Constitución ordena.⁴⁴⁶

Por último, es necesario enfatizar que la aplicación de los principios de eficiencia y equidad en una institución de corte social como la asistencia jurídica gratuita, en donde pareciera primar la búsqueda de la igualdad material, se corresponde con la postura que hemos adoptado inicialmente y que no es otra que la señalada por Muñoz Machado, en el sentido de que los objetivos perseguidos no se limitan a meras consideraciones éticas o de justicia social propias del Estado social, sino que, asimismo, se entremezclan con objetivos de eficiencia.⁴⁴⁷ De hecho, siguiendo al mismo autor, el Estado social o Estado de bienestar “busca el equilibrio entre las reglas fundamentales de la economía de mercado y ciertas garantías sociales”, donde la eficiencia y la equidad tienen cada una por lo que les toca un papel preponderante.⁴⁴⁸ La respuesta a cómo se alcanza el equilibrio deseado no está exenta de serios problemas, más aún si tomamos en consideración que los particulares partici-

⁴⁴⁶ Entrena Cuesta, Ramón, “El principio de libertad de empresa”, en Garrido Falla, Fernando (coord.), *El modelo económico en la Constitución Española*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1981, vol. I, p. 109.

⁴⁴⁷ Véase Muñoz Machado, Santiago *et al.*, *Las estructuras del bienestar...*, *cit.*, pp. 7 y ss.

⁴⁴⁸ *Idem.*

pan en la efectiva prestación de este servicio y en la determinación de quiénes pueden constituirse en beneficiarios.

Esta interrogante no se encuentra resuelta ni por la doctrina jurídica ni por la jurisprudencia, sino que ha sido tratada a través de la legislación y su reglamentación, sea en la propia adopción de un modelo de asistencia jurídica residual (sólo para las personas más necesitadas) que no rivalice con el mercado de servicios jurídicos o de procuración, es decir, a través de normas de inferior jerarquía que expresamente hagan alusión a dichos principios, lo cual no es óbice para considerar que el Tribunal Constitucional no podrá enjuiciar el aspecto cuantitativo de la satisfacción de una necesidad pública bajo los principios de eficiencia y equidad, sino la nula atención que tales principios constitucionales recibiesen por los poderes encargados de satisfacerlos.

Así pues, la eficiencia y la equidad en la asistencia jurídica gratuita se constituyen en verdaderos mandatos que obligan al quehacer legislativo y reglamentario, cuya función no se agota en la sola administración y distribución de los fondos públicos que le han sido asignados, sino que, a nuestro entender, estos principios constitucionales inspiran la totalidad del diseño adoptado para su previsión.

A. Implicaciones derivadas de la aceptación de la eficiencia y la equidad como principios que informan a la asistencia jurídica gratuita

La aceptación de la eficiencia y la equidad como límites impuestos por la propia norma fundamental en la adopción del esquema de asistencia jurídica gratuita conlleva serias implicaciones que son necesarias tener en consideración.

La primera de ellas, y por cierto la más evidente dado el texto del artículo 119 constitucional, hace referencia al propio objetivo perseguido por la asistencia jurídica gratuita, consistente en el hecho de que nadie puede ser privado de este beneficio si acredita insuficiencia de recursos para litigar. Como afirma Pastor Prieto “la justificación de este subsidio para quienes carecen de medios es de tipo distributivo o de equidad; está basada en el deseo de garantizar que quien carece de medios no se vea por ello privado del acceso a

la justicia o sufra desigualdad en el proceso frente a quien sí dispone de recursos”.⁴⁴⁹ Pero también obedece, de acuerdo con lo antes visto, a la necesidad de subsanar las carencias o imperfecciones del mercado de servicios legales, de los mercados contingentes y de los mercados crediticios. En otros términos, éstos constituyen un claro ejemplo de mercados incompletos cuya ineficiencia consiste en la imposibilidad de trasladar los recursos a todos aquellos que más lo valoran.

La segunda de estas implicaciones consiste en que la configuración legal de la asistencia jurídica gratuita sólo será válida, esto es, conforme al texto constitucional, si la misma obedece al criterio de eficiencia. Esto significa que su validez dependerá de que no sea posible demostrar que existen alternativas reales que impliquen mejoras en términos de eficiencia en el sentido de Pareto. Si existen otras alternativas demostrables que impliquen mejoras de eficiencia, el legislador deberá tomarlas en consideración. Evidentemente, esta premisa incluye tanto la eficiencia en el proceso productivo de la asistencia jurídica gratuita, es decir, en el modelo adoptado para su prestación efectiva, como la eficiencia en la asignación de los recursos que hayan sido destinados para tales efectos.

Mientras que la eficiencia productiva en la asistencia jurídica gratuita es aquella que debe estar configurada de tal forma que no se pueda producir la misma cantidad y calidad de asistencia jurídica empleando una combinación de insumos de menor costo, en su caso, que no se pueda generar una mayor producción de asistencia utilizando la misma combinación de insumos (esto es, con los recursos dados); la eficiencia en la asignación implica que debe ser imposible cambiar la asignación para que por lo menos una persona mejore su situación sin empeorar la situación de otra.

Ciertamente, la eficiencia en la asignación de recursos es de muy difícil realización, especialmente tratándose de un mecanismo redistributivo como la asistencia jurídica gratuita, pues objetivamente no se puede demostrar que su implementación no genera

⁴⁴⁹ Pastor Prieto, Santos, *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Madrid, Editorial Civitas, 1993, p. 132.

ninguna afectación a alguien. De ahí que, como hemos observado con anterioridad, sea válido suponer que la asistencia jurídica gratuita cumple con el objetivo de eficiencia si los beneficios sociales netos que genera su provisión exceden tanto los costes totales que el sector público asume, como las pérdidas sociales derivadas de su prestación.

Con base en lo anterior, la eficiencia puede concebirse como un límite racional, establecido por la propia Constitución, para configurar la asistencia jurídica gratuita, de tal forma que el legislador no sólo opte por elegir la mejor alternativa viable de acuerdo con las disponibilidades presupuestarias, sino que además esté en posibilidad de determinar los límites y alcances de esta institución en atención al análisis coste-beneficio de la misma.

Finalmente, una tercera implicación, derivada de las dos anteriores, consiste en que la eficiencia y la equidad se constituyen en principios que deben informar conjuntamente a la asistencia jurídica gratuita.

Más allá de las consideraciones que usualmente se suelen imputar por la teoría económica a la relación entre la eficiencia y la equidad, en el sentido de que la equidad puede generar importantes incrementos de eficiencia, toda vez que la inequidad tiene un impacto negativo en el producto social si se violan ciertos convencionalismos socialmente adoptados (esto es, que generan una generalizada indignación moral en la mayoría de los miembros de una comunidad o que, incluso, generan importantes deseconomías externas que redundan en un impacto social negativo),⁴⁵⁰ es necesario tomar en consideración que la eficiencia en la selección del modelo y las características de la asistencia jurídica gratuita está necesariamente relacionada con la restricción, previamente planteada, consistente en que nadie que demuestre insuficiencia de recursos para litigar puede ser privado del beneficio de asistencia jurídica.

Esta última se constituye en un límite infranqueable para el legislador, de tal forma que los argumentos de eficiencia que podrían

⁴⁵⁰ Cfr. Acocella, Nicola, *The Foundations of Economic Policy, Values and Techniques*, trad. de Brendan Jones, Cambridge University Press, 1998, p. 261.

justificar tal o cual alternativa relativa a la adopción de determinadas formas de asistencia jurídica gratuita, estarán necesariamente sujetos a esta restricción.

Así pues, al menos en principio, en la asistencia jurídica gratuita no cabe una abierta rivalidad entre los criterios de eficiencia y equidad, pues mientras que el primero busca obtener mejoras en el diseño de la asistencia jurídica gratuita que redunden en la maximización de la utilización de los recursos destinados a su propia configuración; el segundo, a través del análisis del artículo 119 constitucional (y en atención a lo antes dicho respecto de su contenido esencial), impone un claro límite consistente en que ninguna persona que acredite insuficiencia de recursos para litigar podrá quedar excluida de este beneficio para defender sus intereses jurídicamente tutelados. En otras palabras, mientras que la equidad se identifica con el propio objetivo social perseguido por la norma constitucional en íntima relación con el principio de igualdad material consagrado por el artículo 9.2 de la Constitución, la eficiencia se constituye en un criterio útil para la evaluación del diseño y funcionamiento de la asistencia jurídica gratuita.

Ciertamente, es necesario aclarar que la no rivalidad de principios de eficiencia y equidad en la asistencia jurídica gratuita sólo será verídica si el criterio de equidad adoptado se reduce a facilitar el acceso a la justicia de los más necesitados, es decir, si se identifica con el mínimo indisponible previsto por el artículo 119 constitucional, pues es bien sabido que a otros niveles, la eficiencia y la equidad pudieran llegar a tener un efecto encontrado.

Como pone de manifiesto Pastor Prieto, a menudo, la consecución de mejoras de eficiencia en el sistema de impartición de justicia exige sacrificios de equidad, y por su parte, alcanzar ciertos resultados calificados como equitativos (redistributivos) comporta sacrificios en el bienestar social (eficiencia).⁴⁵¹ Una situación paradigmática la constituyen aquellas medidas que, como la propia asistencia jurídica gratuita, pretenden favorecer el acceso a la justicia a costa de una mayor demanda de tutela judicial y, con ella,

⁴⁵¹ Véase Pastor Prieto, Santos, *¡Ah de la justicia!..*, cit., p. 38.

una mayor congestión y dilación en los procedimientos, de ahí la importancia de delimitar claramente a los posibles beneficiarios de esta prestación.⁴⁵²

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, esto es, la asistencia jurídica gratuita en los términos del artículo 119 constitucional, la aplicación del criterio de eficiencia no puede en ningún caso contravenir el mínimo indisponible del citado precepto, mismo que se dirige a garantizar esta prestación a aquellos que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, de tal forma que es el propio constituyente, en principio, quien evita una posible contradicción de criterios.

De ahí que el problema de empatar los criterios de eficiencia y equidad en la propia configuración de la asistencia jurídica gratuita quede encomendada a la función legislativa. Será el legislador quien, a través del desarrollo legislativo de la asistencia jurídica gratuita, haga de la eficiencia y la equidad una realidad.

En el próximo subapartado utilizaremos ciertas pautas que nos permitan verificar el cumplimiento de criterios de eficiencia y equidad en el diseño legal de la asistencia jurídica gratuita, sin que con

⁴⁵² En Sarraceno, Margherita, "Access to Justice and Litigation Trade-off: A Theoretical Analysis", *paper presented in the Seminar 6: Access to Justice. Microjustice and other approaches to enhance the effectiveness of the law*, University of Amsterdam, Amsterdam Center for Law and Economics, abril de 2008, pp. 1 y ss., se observa un estudio muy interesante respecto del posible *trade-off* entre el acceso a la justicia y la litigación, desde la perspectiva del análisis económico. De conformidad con el mismo, señala que la proposición de que "el incremento de acceso a la justicia genera un incremento en la demanda de tutela judicial" siempre será cierta si no consideramos los efectos negativos en el bienestar social de los conflictos que dejan de ser resueltos y los problemas jurídicos resueltos de manera violenta. De esta forma, Sarraceno sugiere incluir estas dos variables como elementos necesarios en el modelo económico, a efecto de valorar efectivamente el coste social. Las implicaciones que sugiere la introducción de estos elementos para valorar el coste social la llevan a concluir que sólo aquellas políticas que se adopten para reducir la litigación, sin detrimento del acceso a la justicia o, en sentido contrario, aquellas que se adopten para fomentar el acceso a la justicia sin afectar el nivel de litigación, tienen resultados benéficos contundentes. Pero las políticas que opten por desincentivar la litigación a costa de crear mayores obstáculos al acceso a la justicia pueden tener un efecto negativo en el bienestar social. Por lo tanto, el resultado es ambiguo.

ellas se pueda alterar el contenido mínimo indisponible fijado por la propia norma fundamental.

Cabe aclarar que las pautas que hemos seleccionado si bien no son exhaustivas sí son claramente representativas para destacar las ideas que hemos expuesto con anterioridad. Estas pautas son: el carácter subsidiario de la asistencia jurídica gratuita, su carácter residual, los criterios de selección de los beneficiarios y la proporcionalidad de la cuantía del servicio prestado en atención a la incapacidad económica de los solicitantes.

B. Algunas características relevantes de la asistencia jurídica que nos permiten identificar el cumplimiento de los mandatos de eficiencia y equidad

Una primera característica obedece al carácter subsidiario de la asistencia jurídica gratuita. En primera instancia, los servicios de orientación y asesoría jurídica antes y durante un procedimiento jurisdiccional están confiados al mercado. Lo mismo acontece con otros servicios necesarios para llevar a buen término un procedimiento jurisdiccional, tales como los servicios de representación jurídica o de asesoría técnica o peritaje, entre otros.

Ello significa que la asistencia jurídica gratuita no viene a sustituir el funcionamiento del mercado, sino que se deja como un mecanismo alternativo para aquellos casos en los que existe una clara incapacidad por alguna de las partes involucradas en un conflicto jurídico de absorber el coste de los servicios de asesoría u orientación jurídica o, en su caso, el coste total de litigar.

Así pues, el punto de partida para la solución de un conflicto jurídico descansa en el mercado, por lo que la asistencia jurídica gratuita sólo se constituye en un mecanismo subsidiario que sirve para subsanar las propias ineficiencias del mercado o deficiencias en la distribución de los recursos que el mismo genera. Evidentemente, si existieran mercados completos (crediticios o contingentes) y una distribución equitativa de la riqueza, la asistencia jurídica gratuita no tendría razón de ser.

De esta forma, la asistencia jurídica gratuita, como parte del Estado de bienestar, debe situarse necesariamente en el contexto de la

economía de mercado. Su función se limita a modificar el funcionamiento de las fuerzas del mercado en aspectos muy limitados, pues en ningún caso pretende suplantar al mismo.

De ahí se sigue necesariamente una segunda característica de la asistencia jurídica gratuita consistente en su carácter residual. Su tarea consiste en dotar de “mínimos” que garanticen la satisfacción de una necesidad considerada por el propio constituyente como elemental, como lo es el acceso a la justicia. Si efectivamente la característica funcional del Estado de bienestar consiste en minimizar la inequidad, la función de la asistencia jurídica gratuita debe estar dirigida a satisfacer verdaderas necesidades más que simples caprichos.

En otras palabras, si como hemos sostenido, la asistencia jurídica gratuita encuentra su fundamento tanto en las imperfecciones del mercado y en la distribución inequitativa de la riqueza y, por ende, adquiere un carácter subsidiario, sería razonable suponer que la asistencia jurídica gratuita tiene necesariamente un carácter residual, por lo que debe estar dirigida a quienes verdaderamente necesitan de esta prestación para acceder al sistema de justicia y no a cualquiera que la solicite. Como apunta Barr, “these traditional arguments give little justification... for large scale, publicly organized welfare-state services; and to the extent that they support such institutions at all, they justify only a residual welfare state”.⁴⁵³

De hecho, una postura contraria que argumente la necesidad de una prestación de asistencia jurídica gratuita generosa o llevada al extremo de la universalidad, podría generar serios efectos negativos en el bienestar social, como lo demuestra la teoría económica a través del análisis del problema del riesgo moral y de la congestión y dilación en los procedimientos jurisdiccionales, a los que ya nos hemos referido con anterioridad.

Esto es así, porque la asistencia jurídica gratuita crea necesariamente un entorno de incentivos específicos que induce cambios en el comportamiento de los individuos que se enfrentan a un conflicto

⁴⁵³ Barr, Nicholas, *The Economics of the Welfare State*, California, Stanford University Press, 1998, p. 81.

to jurídico. En concreto, la gratuidad de la justicia afecta la decisión de litigar o de llegar a un acuerdo, de tal forma que supone un poderoso incentivo para la adopción de la primera decisión (y, por ende, conlleva un incremento en la demanda de tutela judicial), en detrimento de la segunda.⁴⁵⁴

Cabe decir que este incremento en la demanda de tutela judicial atribuible a la presencia del riesgo moral en la asistencia jurídica gratuita se traduce en un claro coste económico, de tal forma que si se adopta una política generosa, el coste social es mayor y puede llegar, incluso, a rivalizar con otros objetivos sociales asociados al sistema de impartición de justicia, como la reducción de la congestión en los tribunales y la dilación en los procedimientos.

Evidentemente, ello no implica que deba dejar de prestarse asistencia jurídica gratuita (de hecho, existe una imposibilidad jurídica para ello derivada del multicitado artículo 119 constitucional), sino que su prestación debe ser de tal forma (limitada) que el coste social sea igual o menor a los beneficios sociales obtenidos con la misma.⁴⁵⁵

De igual forma, es necesario señalar que una política generosa de asistencia jurídica gratuita no sólo sería fuente de graves ineficiencias y de la afectación de los mercados asociados a la resolución de conflictos jurídicos, sino que también atentaría contra el sentido más elemental de equidad, pues no debemos olvidar que la asistencia jurídica gratuita, al ser cubierta con fondos públicos, depende del sistema impositivo, por lo que cada uno de los contribuyentes del sistema estaría subsidiando indirectamente a todos aquellos que indebidamente se beneficiaran con esta prestación.

Un aspecto íntimamente relacionado con lo anterior lo encontramos en la llamada “tragedia de los comunes” (atribuida a Har-

⁴⁵⁴ Véase Posner, Richard A., “An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 2, núm. 2, junio de 1973, pp. 417 y ss.; Kaplow, Louis, “Private versus Social Costs in Bringing Suit”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 15, núm. 2, junio de 1986, p. 372; Pastor Prieto, Santos, *¡Ah de la justicia!.., cit.*, pp. 35 y 36; entre otros.

⁴⁵⁵ La relación entre el costo social y el beneficio marginal de proveer asistencia jurídica gratuita ya ha sido tratada a profundidad en nuestro capítulo tercero.

din en 1968), misma que se desarrolla en atención a ciertos bienes de acceso abierto, pero parcialmente rivales, como es el caso de la asistencia jurídica gratuita. De conformidad con esta teoría, el hecho de que este beneficio careciera de restricciones generaría un grave problema de eficiencia en la asignación de los recursos, pues se produciría una demanda excesiva del misma provocada por la búsqueda de la satisfacción de intereses exclusivamente personales, situación que acabaría por generar una afectación en detrimento de todos, incluso de aquellos que más lo necesitan.

Una tercera característica de la asistencia jurídica gratuita que podría redundar en mejoras de eficiencia y equidad, y que va de la mano con su carácter residual, atiende a los criterios de selección de los beneficiarios, a efecto de acreditar la insuficiencia (o suficiencia) de recursos para litigar.

En concreto, la doctrina jurídica suele reconocer dos formas de selección: el criterio objetivo y el criterio subjetivo. Mientras que el criterio objetivo obedece a una regla específica que fija los estándares que deben guiar la determinación de la carencia económica de los usuarios, usualmente previsto a través de límites mínimos y máximos en razón del ingreso del solicitante; el elemento subjetivo permite valorar las circunstancias particulares de quien solicita el beneficio de asistencia jurídica gratuita, tales como su estado de salud, el número de personas a su cargo, las obligaciones económicas que pesen sobre él, el modo de vida, entre otras.⁴⁵⁶

⁴⁵⁶ La Ley 1/1996, del 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, adopta tanto el elemento objetivo como el subjetivo, a efecto de delimitar quienes son acreedores al derecho de asistencia jurídica gratuita. El elemento objetivo está previsto en su artículo 3o., mismo que dispone que se concederá el derecho de asistencia jurídica gratuita a las personas físicas que obtengan unos ingresos económicos que computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar no superen el doble del salario mínimo interprofesional vigente [ahora del IPREM] en el momento de efectuar la solicitud. Por su parte, el elemento subjetivo se contempla en el artículo 5o., de conformidad con el cual se puede conceder el derecho de asistencia jurídica cuando el solicitante supere el tope del doble del salario mínimo interprofesional [ahora del IPREM], siempre que no rebase el cuádruplo del salario mínimo interprofesional, atendidas las circunstancias familiares del solicitante, como el número de personas a su cargo, estado de

Así pues, mientras que el criterio objetivo fija un límite de aplicación general para determinar quién efectivamente puede acceder a la asistencia jurídica gratuita y, *a contrario sensu*, quién no tiene derecho a dicho acceso (por considerar que se trata de personas que tienen la capacidad económica suficiente para afrontar el coste de la justicia con recursos propios), el elemento subjetivo permite suavizar los efectos derivados del criterio objetivo, a efecto de que las particularidades de cada individuo puedan ser valoradas.

Evidentemente, estos criterios desempeñan una doble función. En primer lugar, el criterio objetivo cumple con la función de orientar en el ejercicio de sus funciones a los órganos encargados de determinar la procedencia de la asistencia jurídica gratuita (que en el caso español se encomienda a las comisiones de asistencia jurídica gratuita), lo que de paso ha servido para limitar sus facultades y controlar sus decisiones. Y en segundo lugar, el criterio subjetivo sirve, por una parte, para conceder el beneficio de justicia gratuita a quien rebase el límite objetivo, si sus circunstancias así lo ameritan, y por la otra, sirve para negar el beneficio de asisten-

salud, obligaciones económicas que pesen sobre él, coste del proceso, etcétera. Asimismo, en un sentido negativo, el elemento subjetivo se hace presente en el artículo 4o., de acuerdo con el cual se podrá denegar el derecho de asistencia jurídica gratuita cuando el solicitante no supere el doble del salario mínimo interprofesional, pero por cualquier signo externo o por su modo de vida se deduce que el solicitante tiene medios superiores a los declarados. A este respecto, la circunstancia de ser propietario de la vivienda que resida habitualmente el solicitante no constituirá, por sí misma, un obstáculo para el reconocimiento del derecho, siempre que no sea lujosa. De igual forma, en relación con la determinación de los beneficiarios de la asistencia jurídica gratuita, es necesario mencionar que la citada ley establece claras excepciones en las cuales no se tomará en consideración el límite impuesto por el artículo 5o. Estas excepciones son: 1) tratándose de los ascendientes de una familia numerosa de categoría especial, de conformidad con la Ley de Protección a las Familias Numerosas, en cuyo caso siempre se concederá el derecho a litigar gratuitamente, y 2) aquellas personas que por disposición legal no tienen que acreditar la insuficiencia de recursos para litigar (tales como la Cruz Roja Española, las asociaciones de consumidores y usuarios, las entidades gestoras y servicios comunes de la seguridad social y, en el orden jurisdiccional social, los trabajadores y beneficiarios de la seguridad social, tanto para la defensa en juicio como para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procesos concursales).

cia jurídica gratuita a quien declare un ingreso inferior al mínimo establecido por la ley, si por sus condiciones de vida se presume fundadamente que cuenta con recursos suficientes para litigar.⁴⁵⁷

Ahora bien, cabría preguntarse hasta dónde la imposición de límites para determinar el acceso a la asistencia jurídica gratuita vulnera el objetivo prioritario de esta institución.⁴⁵⁸ En principio, es necesario decir que la fijación de estos límites constituye un contenido permitido expresamente en el artículo 119 constitucional, pues, como hemos visto, la regulación de la asistencia jurídica gratuita se delega al legislador ordinario.

Sin embargo, para que el mismo sea conforme a la norma constitucional es necesario que el establecimiento de dicho límite no sea arbitrario, sino que responda efectivamente a la consecución de un fin ulterior justificado, toda vez que el mismo podría llegar a restringir el ámbito protector (o núcleo esencial) del derecho constitucional a la asistencia jurídica gratuita y a la tutela judicial efectiva.

En este sentido, el legislador ordinario no puede restringir injustificadamente la extensión del derecho de los particulares a recibir asistencia jurídica gratuita. Las limitaciones que imponga a efecto de reducir el número de beneficiarios, en este caso a través de criterios objetivos que sugieran una suficiencia de recursos para litigar, deben basarse en una finalidad debidamente justificada.

Esta finalidad ulterior viene determinada, desde nuestra particular perspectiva, por los principios de eficiencia y equidad a los que alude la propia Constitución, en el sentido de que si bien nadie

⁴⁵⁷ Véase Rodríguez García, Nicolás, *op. cit.*, pp. 90 y 91.

⁴⁵⁸ Cabe decir que el Tribunal Constitucional, en su sentencia 16/1994, del 20 de enero, ya se ha pronunciado respecto del criterio objetivo como presupuesto económico en la concesión del derecho. Al respecto, ha dicho que el límite del doble del salario mínimo interprofesional [ahora medido conforme al IPREM] que fija la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, es respetuoso del contenido indisponible del artículo 119 constitucional, pues con un ingreso superior a ese límite se cubren suficientemente los gastos que puede requerir una familia para mantener el nivel de subsistencia personal y familiar, lo que permite atribuir la gratuidad de la justicia a la práctica totalidad de personas que se verían imposibilitadas de litigar por falta de recursos, en tanto que las excluidas también cabe suponer que en su práctica totalidad podrán hacer frente a los gastos procesales.

puede ser privado del acceso a la justicia por carecer de recursos suficientes para litigar (mandato que constituye el núcleo indisponible del artículo 119 constitucional), la prestación de asistencia jurídica gratuita no debe ser arbitraria que atente contra otros objetivos sociales de las políticas públicas. La fijación de límites para determinar quienes presentan una verdadera carencia, misma que justifica la gratuidad de esta prestación, obedece a la idea de evitar que los particulares saquen un provecho indebido del Estado a través de la interposición de solicitudes injustificadas que provoquen la congestión del sistema jurisdiccional o, en su caso, que produzcan un incremento desmedido en el coste asumido por el Estado.

En otros términos, la fijación de límites por el legislador a efecto de determinar quiénes deben ser acreedores a la asistencia jurídica gratuita tiene por objeto crear un baremo (objetivo) para juzgar la capacidad económica del solicitante, a efecto de verificar si efectivamente requiere de esta prestación. Así, en términos económicos, este límite objetivo pretende constituirse en un claro instrumento para evitar problemas de selección adversa.

Este límite objetivo si bien tiene una incidencia directa en la depuración cualitativa de las solicitudes sobre asistencia jurídica, también es verdad que no puede constituirse en el único instrumento que se utilice para la consecución de tal fin.

De hecho, para que la reducción de los problemas de selección adversa sea una realidad, es necesario contar con mecanismos que permitan el control efectivo de los órganos encargados de determinar la procedencia de la prestación sobre la veracidad y autenticidad de la información proporcionada por los solicitantes. Sólo de esta forma podrá garantizarse que los resultados obtenidos de la valoración de la capacidad económica de los solicitantes dependa de los órganos dictaminadores más que de la conducta espontánea de los particulares.

Estas últimas consideraciones nos llevan a sustentar la necesaria inclusión de criterios subjetivos en la valoración de la situación económica de los particulares que solicitan la asistencia jurídica gratuita, de tal forma que sea posible atender a sus circunstancias particulares. Así pues, mientras que el criterio objetivo sirve como

baremo de origen (pues establece una clara presunción *iuris tantum*), el criterio subjetivo permite una mayor capacidad de análisis de la situación real del solicitante.

Una medida adicional a las antes propuestas a efecto de disminuir los problemas de selección adversa podría ser aquella que se dirija a sancionar a quienes presenten solicitudes de asistencia jurídica gratuita para la defensa de causas temerarias o que, en su caso, pretendan viciar la información real de su capacidad económica a través de actos fraudulentos. La idea de una sanción de esta naturaleza no es otra más que generar claros desincentivos para que se produzcan este tipo de conductas.

Una cuarta característica, íntimamente vinculada con las anteriores, consiste en la posibilidad de diversificar la cantidad del servicio prestado, de tal forma que la cuantía de la prestación corresponda proporcionalmente a la incapacidad económica de quien la solicita. En otras palabras, esta característica consiste en la posibilidad de que la gratuidad no sólo sea total sino también parcial, en atención a las circunstancias particulares de quien la solicita.

En principio, suponemos que la diversificación de la cuantía de la prestación (entiéndase también como la reducción del coste del litigio para el solicitante de asistencia jurídica gratuita) conlleva claros beneficios, mismos que redundan en una mejor asignación y distribución de los recursos disponibles para brindar asistencia jurídica gratuita, así como la posibilidad de subir el límite objetivo impuesto por el legislador.

Si la cuantía de la prestación se encuentra diversificada de tal forma que reciban más quienes más lo necesitan y menos quienes menos lo necesitan, no sólo habrá un reparto más equitativo del gasto público, sino que además, dada la restricción presupuestaria, se podrá incrementar el número de personas que tengan acceso a esta prestación (aunque sea con un carácter parcial), pues no debemos olvidar que el beneficio que se le otorgue a una persona necesariamente implica la reducción de las posibilidades que tiene otra.

Además, la diferenciación de la cuantía de la prestación promueve la eficiencia en la asignación de los recursos, pues las curvas de indiferencia de los solicitantes de asistencia jurídica gratuita son

distintas. No todos valoran de igual forma el beneficio. De acuerdo con esto, una persona con mayor capacidad económica (aunque limitada a tal grado que cumpla con el presupuesto necesario para constituirse en beneficiaria del servicio de asistencia jurídica gratuita) obtendrá una menor utilidad o beneficio de esta prestación que otra con una menor capacidad económica. En este sentido es válido afirmar, en términos de eficiencia, que la gratuidad total se le conceda a quien más la valora. De ahí que esta diferenciación en la cuantía de la prestación, a través de la gratuidad parcial, se justifique en términos de eficiencia.

Sin embargo, para que la diversificación de la cuantía sea eficiente y, a su vez, equitativa, su determinación no sólo debe depender de la capacidad económica del beneficiario asistencia jurídica, sino también debe tomar en consideración la naturaleza del conflicto jurídico que se pretende resolver, así como la complejidad del caso planteado. La complejidad del conflicto y el procedimiento jurisdiccional que le corresponde tienen un impacto directo en el coste total de litigar. No es lo mismo litigar un conflicto de naturaleza mercantil a través del juicio ejecutivo mercantil que un conflicto del orden penal. De ahí que la cuantificación del beneficio o reducción de gastos deba obedecer al tipo de conflicto de que se trate.

Podría pensarse que la diversificación de la cuantía, misma que conlleva una determinación particularizada de la situación económica de los solicitantes, genera un incremento en los costes administrativos de la autoridad encargada de especificar la cuantía, dada la presencia de problemas de información asimétrica y la escasez de incentivos de los particulares para revelar verazmente la información con que cuentan.

Sin embargo, es importante tener presente que dicha situación económica debe conocerse por la autoridad (en este caso, por las comisiones de asistencia jurídica) desde el momento en que se procede a verificar el cumplimiento de los presupuestos necesarios para determinar quién es efectivamente acreedor al beneficio de justicia gratuita. De tal forma que, bajo este supuesto, la inclusión de prestaciones diferenciadas entre los beneficiarios no representan,

ceteris paribus, un coste adicional significativo. En otras palabras, los problemas de información asimétrica que pudieran presentarse no son exclusivos de la determinación y diversificación de la cuantía correspondiente, sino que también se hacen presentes desde la sola determinación de quién cumple con los presupuestos necesarios para constituirse en beneficiario de la asistencia jurídica gratuita, más aún si tomamos en consideración la inclusión del elemento subjetivo como criterio valorativo para dicha determinación.

Para concluir este subapartado es necesario especificar que el carácter subsidiario de la asistencia jurídica gratuita, su carácter residual, los criterios de selección para el otorgamiento de la prestación, así como la diversificación de la cuantía en razón de la capacidad económica de los beneficiarios, son sólo algunas de las pautas que nos sirven para fundamentar la presencia de criterios de eficiencia que deben inspirar el diseño normativo de la asistencia jurídica gratuita. Existen muchas más que deben tomarse en consideración y que de alguna manera se encuentran ya expresadas en nuestro texto, como la necesidad de la remuneración de los prestadores de servicios jurídicos y demás profesionales o técnicos que participan en el litigio, su extensión a los diversos órdenes jurisdiccionales, así como su inclusión para los mecanismos alternativos de solución de conflictos,⁴⁵⁹ por citar a algunas de las más importantes.

C. El reconocimiento expreso de la eficiencia por parte del legislador

Una vez analizadas algunas de las pautas que deben regir la configuración legal de la asistencia jurídica gratuita, no quisiera dejar de destacar el reconocimiento expreso que hace el legislador respecto de la eficiencia en la asistencia jurídica gratuita. Esto puede observarse en el artículo 22 de la Ley 1/1996, del 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, que a la letra dice:

⁴⁵⁹ De acuerdo con lo antes visto, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden contribuir no sólo a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de las personas en situación de pobreza, sino también para descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia.

Los Consejos Generales de la Abogacía Española y de los Colegios de Procuradores de los Tribunales de España y sus respectivos Colegios regularán y organizarán, a través de sus Juntas de Gobierno, los servicios de asistencia letrada y de defensa y representación gratuitas, garantizando, en todo caso, su prestación continuada y atendiendo a criterios de *funcionalidad y de eficiencia* en la aplicación de los fondos públicos puestos a su disposición.⁴⁶⁰

De igual forma, el artículo 26.3 de su reglamento, aprobado por Real Decreto 996/2003, del 25 de julio, señala que la organización de los servicios de asistencia letrada y de defensa y representación deberá garantizar la continuidad y, cuando el censo de profesionales lo permita, la especialización por órdenes jurisdiccionales, atendiendo a criterios de eficiencia y funcionalidad en la aplicación de los fondos públicos puestos a su disposición, velando por la distribución objetiva de turnos y medios.

Así, como puede observarse, la eficiencia se constituye, sin lugar a dudas, en un principio ordenador de la administración de los fondos públicos asignados para hacer de la asistencia jurídica gratuita una realidad. Aunque, como hemos asentado en reiteradas ocasiones, la inclusión de la misma no debe agotarse en la sola administración y distribución de los fondos públicos que le han sido asignados, sino que, a nuestro entender, este principio constitucional inspira la totalidad del diseño adoptado para su previsión, siempre que garantice que la asistencia jurídica gratuita de las personas de escasos recursos económicos no descansa de nueva cuenta en el *munus honorificum* de los profesionales del derecho.

⁴⁶⁰ Las cursivas son nuestras.