

CAPÍTULO TERCERO

JUSTIFICACIÓN DE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA ANTE LAS IMPERFECCIONES DEL MERCADO

I. UNA REINTERPRETACIÓN

En principio, como pone de manifiesto Rodríguez García de acuerdo con la lectura de la exposición de motivos de la multicitada Ley 1/1996, la asistencia jurídica gratuita supone un servicio a través del cual se proveen los medios necesarios a efecto de hacer de la tutela judicial un derecho real y efectivo.²⁰⁸ De igual manera que lo que sucede con los seguros de gastos legales, la asistencia jurídica gratuita se constituye en un servicio que pretende brindar protección a todas aquellas personas que se coloquen en el supuesto normativo, preferentemente personas con insuficiencia de recursos para litigar, contra los gastos que genere la solución de un conflicto jurídico, dentro de los que destaca el coste del letrado o procurador.²⁰⁹

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

²⁰⁸ 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.

²⁰⁹ *Cfr.* Kilian, Matthias y Regan, Francis, “Legal expenses insurance and legal aid- two sides of the same coin? The experience from Germany and Sweden”, *International Journal of the Legal Profession*, vol. 11, núm. 3, noviembre de 2004, p. 234.

España, o de cualquier órgano competente para ello, el encargo de subvencionar con cargo a sus dotaciones presupuestarias la configuración y desarrollo de la asistencia jurídica gratuita. Por lo tanto, a pesar de que directamente el servicio sea prestado por la Abogacía y la Procuraduría (en el modelo *Judicare*), estamos ante un servicio público financiado igualmente por fondos públicos.

El principal motivo del presente apartado es desarrollar la idea de que la justificación del papel del Estado a efecto de promover el acceso a la justicia a través de la implementación del servicio de asistencia jurídica gratuita podría encontrarse no sólo en los objetivos asociados a su papel redistributivo (para el alivio de la pobreza, la equidad vertical u horizontal, la solidaridad social, entre otros), sino que además podría constituir una clara respuesta a los problemas que se asocian a las imperfecciones del mercado en la asignación de los recursos.²¹⁰ El punto de partida para la argumentación será la justificación del papel del Estado en la ejecución de sus políticas públicas, como lo sería la asistencia jurídica, conducente a la maximización del bienestar social a través de la asignación eficiente de los recursos y la promoción del criterio de equidad a través de sus políticas redistributivas, sin perder de vista las tres restricciones a las que necesariamente se encuentra sujeto, esto es, las preferencias de la población, la tecnología y los recursos disponibles.²¹¹

²¹⁰ Al respecto, Barr, Nicholas, *The Economics of the Welfare State*, California, Stanford University Press, 1998, p. 98, señala que una gran parte del Estado de bienestar se estatuye como una respuesta a los problemas técnicos de los mercados privados, en consecuencia, sirve no sólo a objetivos distributivos y otros objetivos de esta naturaleza, sino también a objetivos de eficiencia tales como la estabilización de rentas y la protección de los estándares de vida alcanzados ante la eventualidad de que se produzcan riesgos no susceptibles de asegurarse y a las imperfecciones del mercado de capitales.

²¹¹ La teoría económica de la elección pública introduce un nuevo enfoque respecto de los objetivos del Estado y destaca que la toma de decisiones más que obedecer a la maximización del bienestar social atiende a la tradicional búsqueda del interés particular. Esta conclusión se obtiene de añadir al análisis de la actividad del Estado su respuesta ante el electorado y otros grupos de presión, y su relación con la actividad de los burócratas. Esta forma de análisis puede llegar a

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

De esta forma, el hecho de que la prestación de servicios jurídicos descansa primordialmente en el mercado es acorde con el paradigma de la teoría económica moderna que concibe al mercado como el mecanismo idóneo o predominante (o más sencillo y menos imperfecto) para coordinar la actividad económica de la sociedad. Esto, evidentemente, no significa la negación de las funciones del Estado, ya que como destaca Buchanan “son pocos los anarquistas libertarios que argumentan que un mercado podría surgir y funcionar eficazmente con ausencia *total* de la actividad del Gobierno”,²¹² simplemente dispone que el Estado adquiere un carácter subsidiario para aquellos casos en los que el mercado es notoriamente insuficiente.

Como destaca Barr, una economía *first-best* implica cualquiera de estas dos situaciones: no hay impedimento alguno para que el

constituirse en una clara crítica a la tradicional justificación de la actuación del Estado ante las imperfecciones del mercado. Al respecto, véase Mueller, Dennis, “Public Choice: A Survey”, *Journal of Economic Literature*, vol. 14, núm. 2, junio de 1976, y *Public Choice III*, Nueva York, Cambridge University Press, 2003; Buchanan, James, “Sector público versus sector privado. Una crítica a la teoría del Estado-benéfico”, *El sector público en las economías de mercado (ensayos sobre el intervencionismo)*, Madrid, Espasa-Calpe, 1979.

²¹² Buchanan, James, *ibidem*, p. 89.

mercado asigne eficientemente los recursos, y existe una distribución óptima de los recursos iniciales; o el Estado está en posibilidad de hacer frente a los problemas de ineficiencia o mala distribución con políticas *first-best*, esto es, que no generan distorsiones (por ejemplo, los impuestos pigovianos o los impuestos acompañados de transferencias de cuota fija).²¹³ De acuerdo con los dos teoremas fundamentales de la economía del bienestar, en los que se establece una doble correspondencia entre el mercado y el óptimo de Pareto, el mercado es capaz de asignar eficientemente los recursos y con ello situarnos en una posición *first-best* si se cumplen determinadas condiciones, especialmente la existencia de mercados competitivos y universales, en cuyo caso el Estado no tendría que intervenir salvo, posiblemente, con un carácter distributivo (de acuerdo con el segundo teorema fundamental); *contrario sensu*, si las condiciones requeridas no se presentan, estaríamos en presencia de una posible justificación para la intervención del Estado en aspectos estrictamente concernientes al criterio de eficiencia.

No es nuevo en la doctrina económica el hecho de que ante una situación no eficiente se argumente la necesidad de intervención de otros mecanismos ajenos al mercado, preferentemente el Estado, que conduzcan a dicha situación. Como señala Arrow en su conocido y difundido artículo relativo a la incertidumbre, “cuando el mercado falla en alcanzar un estado óptimo la sociedad, al menos hasta cierta extensión, reconocerá la falta, y las instituciones sociales ajenas al mercado surgirán a efecto de subsanarla...” (traducción nuestra).²¹⁴

Como demuestra Arrow, existe una gran variedad de factores que imposibilitan que el mercado efectúe una asignación óptima de recursos.²¹⁵ Dentro de esos factores, según Arrow, ocupa un lugar privilegiado la carencia de mercados universales (*the lack of marke-*

²¹³ Barr, Nicholas, *The Economics of the Welfare...*, cit., pp. 69 y 70.

²¹⁴ Arrow, Kenneth, “Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care”, *The American Economic Review*, vol. 53, diciembre de 1963, p. 961.

²¹⁵ Si bien Arrow se refiere concretamente al mercado de asistencia médica o sanitaria, sus argumentos son claramente susceptibles de trasladarse a otros ámbitos, como la asistencia jurídica.

tability). En esencia, este argumento consiste en que determinados productos que incrementarían la asignación de recursos si existiesen (o si pudiesen ser adquiridos) no están disponibles en el mercado. De ello se sigue que si hay mercados incompletos que impidan a los individuos racionales relacionar sus preferencias con ciertos bienes o productos, estaríamos en presencia de una posible explicación para utilizar la mano visible del Estado a efecto de cubrir dichas carencias.²¹⁶

Los motivos por los cuales los mercados no son universales pueden concebirse desde la perspectiva analítica ya tradicional de los fallos del mercado (los mercados imperfectos, la presencia de externalidades, los bienes públicos y la información imperfecta) que desvirtúan el modelo “idealizado” del mercado; o, como sugieren Dalhman, Ostrom, Williamson y Zerbe (2001), entre otros,²¹⁷ desde el análisis de los costes de transacción.²¹⁸ Este segundo acercamiento de las imperfecciones del mercado las define como la imposibilidad derivada de los elevados costes de transacción para la realización de acuerdos o intercambios beneficiosos para las partes

²¹⁶ Cfr. Chernen, Michael, “General Equilibrium and Marketability in the Health Care Industry”, *Journal of Health Politics, Policy and Law*, vol. 26, Issue 5, octubre de 2001, p. 885.

²¹⁷ Dahlman, Carl J., “The Problem of Externality”, *Journal of Law and Economics*, vol. 22, núm. 1, abril de 1979, pp. 141-162; Ostrom, Elinor, *Governing the Commons: The Evaluation of Institutions for Collective Action*, Nueva York, Cambridge University Press, 1990; Williamson, Oliver E., “The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach”, *The American Journal of Sociology*, vol. 87, núm. 3, noviembre de 1981, pp. 548-577, y Zerbe, Richard O., *Efficiency in Law and Economics*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2001.

²¹⁸ De conformidad con Coase, Ronald, “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960, p. 15, los costes de transacción pueden identificarse en diversas etapas, entre las cuales menciona los costes de identificación entre las partes, esto es, al momento en que las partes pueden ponerse en contacto unas con otras; los costes de la negociación entre las partes a efecto de llevar a cabo una posible transacción, y los costes de ejecución del acuerdo, esto es, su puesta en práctica. Pero, como agrega Dalhman, Carl, *ibidem*, p. 148, la elaboración de una tipología de los costes de transacción resulta innecesaria, pues cada uno de los costes antes aludidos se puede reducir a las pérdidas originadas por la falta de información, sea de las oportunidades de negociación o de la calidad y otras características de los bienes susceptibles de intercambio en el mercado.

implicadas. El principal argumento de esta última postura consiste en señalar que en cualquier caso donde el mercado falla en asignar eficientemente los recursos (ante los llamados fallos del mercado) existen beneficios potenciales que se han dejado de obtener mediante el intercambio, por lo que resulta razonable analizar los costes del proceso de intercambio (típicamente referidos como costes de transacción), a efecto de explicar por qué dicho intercambio que resultaría benéfico para las partes en caso de producirse no se efectúa.²¹⁹ Cabe destacar que los dos supuestos sobre el comportamiento humano en los que descansa el análisis de los costes de transacción, mismos que le imprimen realismo y los distingue de la economía neoclásica, son al decir de Williamson:

- 1) El reconocimiento de que los agentes humanos están sujetos a ciertos límites en su racionalidad.
- 2) La suposición de que al menos algunas personas son susceptibles al oportunismo.²²⁰

Esta segunda vía de análisis presenta la ventaja de introducir los costes de transacción a los modelos económicos tradicionales de la teoría de los fallos del mercado, especialmente por lo que se refiere a dos de sus pilares fundamentales como son el poder de mercado y las externalidades.²²¹ Precisamente, los artículos de Demsetz y

²¹⁹ Como pone de manifiesto Williamson, Oliver E., *op. cit.*, p. 551, no es sino en 1969 cuando los tradicionales fallos del mercado resaltados por la extensa literatura que surgió con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial logran vincularse sin ambigüedades a los costes de transacción, gracias a las importantes aportaciones de Kenneth Arrow. Este autor en “The organization of economic activity: issues pertinent to the choice of market *vs.* nonmarket allocation”, *The Analysis and Evaluation of Public Expenditures: The PPB System*, Washington, Joint Economic Committee, 91st Congress, 1969, p. 48, señala textualmente lo siguiente: “Market failure is not absolute; it is better to consider a broader category, that of transaction costs, which in general impede and in particular cases completely block the formation of markets”.

²²⁰ *Ibidem*, p. 553.

²²¹ Según Toumanoff, Peter, “A Positive Analysis of the Theory of Market Failure”, *KYKLOS*, vol. 37, núm. 4, 1984, p. 533, cuando los costes de transacción se incorporan al análisis económico, el modelo es consistente con el comporta-

Dahlman, respectivamente, exploran esta posibilidad.²²² Su desarrollo ha sido lento, partiendo del artículo seminal de Hicks,²²³ hasta la expansión de esta perspectiva provocada principalmente por el conocido y difundido artículo “The Problem of Social Cost” de Coase.²²⁴

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

miento observado, pero las implicaciones de la ineficiencia o los fallos del mercado dejan de ser válidos. La inconsistencia metodológica de la teoría de los fallos del mercado deriva de su acrítica aceptación de un modelo incompleto que no incorpora los costes de transacción. Las ganancias potenciales de un intercambio en el mercado se aceptan, pero los costes de dicho intercambio se ignoran. El error se agrava cuando el modelo incompleto es usado generalmente para explicar la conducta actual de los individuos.

²²² Demsetz, Harold, “Barriers to Entry”, *American Economic Review*, vol. 72, núm. 1, marzo, 1982, pp. 47-57 y Dahlman, Carl, *op. cit.*, pp. 141-162.

²²³ Hicks, John, “The Foundations of Welfare Economics”, *The Economic Journal*, vol. 49, núm. 196, pp. 696-712.

²²⁴ Coase, Ronald, *op. cit.*, pp. 1-44.

Ahora bien, de acuerdo con Williamson, la forma de verificar la presencia de elevados costes de transacción puede efectuarse a través de tres dimensiones: 1) la incertidumbre; 2) la frecuencia con que las transacciones se repiten, y 3) la especificidad de la inversión que se realiza al inicio y durante la relación entre las partes sujetas a la transacción, esto es, si la inversión se efectúa para una transacción en concreto con personas específicamente señaladas. La importancia de esta última dimensión radica en que si la inversión ha sido erogada, oferente y demandante están efectivamente operando en una relación de intercambio por un considerable periodo de tiempo, a efecto de absorber los costes propios de la inversión. Un cambio en cualquiera de los elementos de la relación de intercambio originaria, como podría ser el reemplazo del prestador de un servicio profesional, implicaría una pérdida de la inversión de tiempo y dinero realizada inicialmente.²²⁵

Todo lo anterior podemos resumirlo en el siguiente razonamiento: si los costes de transacción son elevados, sea por la presencia de incertidumbre o por la especificidad de la inversión, no hay mercados universales, y si éstos existen es porque los costes de transacción se aproximan o son iguales a cero. Si no hay mercados universales para aquellos bienes o servicios que generarían utilidad para los individuos en caso de existir (lo que nos coloca en una posición ineficiente), podríamos justificar la intervención del Estado (o de otras formas de ordenación social) a efecto de suplir esta deficiencia y, con ello, conseguir mejoras en la asignación de los recursos. Éste será el sentido que principalmente adoptaremos en la presente obra, aunado evidentemente a los criterios de equidad, a efecto de llevar estas herramientas analíticas al campo de la asistencia jurídica gratuita, sin que ello sea óbice para tratar de manera más general la teoría de los bienes públicos y las externalidades, toda vez que estas últimas frecuentemente se asocian al servicio de impartición de justicia y, con ello, a la asistencia jurídica gratuita.

Pero antes de adentrarnos al objetivo arriba señalado es necesario, a efecto de clarificar nuestra exposición, tomar en considera-

²²⁵ Williamson, Oliver E., *op. cit.*, p. 555.

ción que el Estado, al igual que el mercado, presenta imperfecciones. El reconocimiento de esta situación se torna en el persistente debate entre quienes defienden la intervención del Estado (con ayuda de los modelos analíticos de la economía de mercado) ante el fracaso del mercado para obtener ciertos resultados deseables en la utilización de los recursos, por un lado, y aquéllos que sugieren que las medidas de corrección que implementa el Estado pueden representar un mal mayor, por otro. A esto último se refiere Buchanan, considerado fundador de la línea de pensamiento del *Public Choice*, en una de sus citas más famosas:

Se ha interpretado ampliamente que los análisis del «fracaso del mercado» ofrecen un caso de *prima facie* para la acción correctora del sector público más allá de los confines o límites del Estado mínimo o protector. Y estos análisis han influido, al menos en algún grado, para dar una explicación racional plausible a las muchas extensiones de las actividades gubernamentales... Sin embargo, los análisis ortodoxos del «fracaso del mercado» se han visto perjudicados muy seriamente por el error de comparar alternativas falsas. El funcionamiento de una economía organizada sobre principios de mercado se ha comparado con un modelo teórico-analítico definido por el teórico formal o el filosófico-idealista hasta hace poco tiempo, se han hecho relativamente pocos intentos para establecer la única comparación adecuada entre el proceso de mercado, tal como opera en la realidad, y el proceso correctivo gubernamental, asimismo como opera o pudiera pronosticarse que opere en la realidad también.²²⁶

De conformidad con Barr, tomando como referencia a Inman y Mueller, los puntos de discrepancia más notables entre los economistas respecto del papel del Estado frente a las imperfecciones del mercado se refieren básicamente a cuatro aspectos.²²⁷ En primer lugar, se discute la posibilidad real de que el Estado sea capaz

²²⁶ Buchanan, James, “Sector público versus sector privado...”, *cit.*, p. 92.

²²⁷ Barr, Nicholas, “Economic Theory and the Welfare State: A Survey and Interpretation”, *Journal of Economic Literature*, vol. 30, núm. 2, junio de 1992, pp. 755 y ss.

de evaluar con exactitud las pérdidas de eficiencia (o de bienestar social) y con base en ello implementar métodos adecuados que permitan subsanar las deficiencias del mercado. En segundo lugar, algunas críticas hacen referencia a la aptitud del Estado para actuar efectivamente de acuerdo con el interés público (o colectivo). Un tercer elemento de crítica, directamente relacionado con el punto anterior, ha sido la falta de motivaciones que presentan los funcionarios públicos para actuar en beneficio de terceros, incrementando el bienestar social, dejando a un lado el interés propio. Respecto de estos dos últimos elementos de crítica cabe mencionar que la teoría económica ha detectado diversos factores (imperfecciones en el funcionamiento del Estado) que dificultan la posibilidad de que el Estado tenga la capacidad de actuar conforme al interés público, incrementando el bienestar de la sociedad. Dichos factores pueden resumirse en problemas de organización (mismos que generan altos costes de transacción y burocratización), de incentivos o motivaciones y de gestión, aunado a las implicaciones de carácter político.²²⁸ Y finalmente, en cuarto lugar, el desarrollo de la teoría del *second best*²²⁹ (iniciada por los economistas Lipsey y Lancaster en 1956), ha puesto en duda la conveniencia de que el Estado enfoque

²²⁸ Si se desea profundizar respecto de las deficiencias en que pueden incurrir los gobiernos respecto de la actividad económica véase Albi Ibáñez, Emilio, *Público y privado: un acuerdo necesario*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 55-104. Con una visión quizá más negativa puede consultarse el ensayo presentado por Giersch, Herbert, “Economía del gobierno y economía del mercado”, *El sector público en las economías del mercado (ensayos sobre el intervencionismo)*, Madrid, Espasa-Calpe, 1979. Asimismo, existen diversos estudios que pretenden crear una teoría paralela a la que corresponde a los “fallos del mercado”, en los cuales se sistematizan los llamados “fallos gubernamentales”, un claro intento de lo anterior nos lo proporciona Wolf, Charles, *Markets or Governments: Choosing between Imperfect Alternative*, Cambridge, The MIT Press, 1990.

²²⁹ Como nos recuerda Kuttner, Robert, *Everything for Sale. The Virtues and Limits of Markets*, Chicago, The University of Chicago Press, 1999, p. 19: “el teorema del *Second Best* sugiere que cuando hay una multiplicidad de distorsiones en el precio y la oferta de un mercado dado, la supresión de una de las distorsiones para alcanzar un mercado puro no necesariamente mejorarán el resultado total. Un mercado *second-best* típicamente tiene formas *second-best* de responsabilidad —normas profesionales, supervisiones gubernamentales, regulaciones, y

su actuación hacia el objetivo de incrementar los niveles eficientes en un determinado ámbito del mercado. En concreto, la teoría del *second best* demuestra que si el mercado falla en un determinado sector de la economía, entonces un nivel superior de bienestar social puede alcanzarse mediante la violación deliberada de la eficiencia en el sentido de Pareto en otros sectores.²³⁰

No obstante las objeciones antes indicadas, el análisis de las imperfecciones del mercado continúa siendo un elemento fundamental para determinar la conveniencia de la intervención gubernamental. Como destaca Datta-Chaudhuri, el debate permanece inevitablemente inconcluso y los resultados analíticos de las “imperfecciones del mercado” no desaparecen de cara a la evidencia presentada respecto del deficiente desempeño de algunos Estados para obtener mejoras en el bienestar social.²³¹ De ahí que el análisis de las imperfecciones del mercado siga jugando un papel decisivo en la formulación de políticas.

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

subsidios — a las cuales las fuerzas del mercado se han adaptado” (la traducción es nuestra).

²³⁰ Según Wallis, Joe y Dollery, Brian, *Market Failure, Government Failure, Leadership and Public Policy*, London/New York, Macmillan Press/St. Martin's Press, 1999, p. 27, una crítica más a la teoría de las imperfecciones del mercado la constituye la llamada “falacia de Nirvana”, de conformidad con la cual el paradigma de las imperfecciones del mercado incluye “una metodología que confronta el orden económico actual contra una norma teórica idealizada (esto es, la eficiencia en la asignación de recursos), violando, de esta forma, el concepto fundamental del coste de oportunidad” (la traducción es nuestra).

²³¹ Datta-Chaudhuri, Mrinal, “Market Failure and Government Failure”, *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 4, núm. 3, verano, 1990, pp. 25 y 26.

estatal,²³² que a su vez se ven reflejadas en los poderes del Estado para imponer tributos, para proscribir determinadas acciones, para sancionar, así como ciertas ventajas respecto de los costes financieros donde el Estado, por sus propias características, puede reducir dichos costes en la resolución de las deficiencias del mercado.²³³ De ahí que no resulte tan aventurado partir de la idea de que ante la ausencia de mercados (lo que puede considerarse como sinónimo de su evidente fracaso en la ordenación de determinados bienes o servicios) logre justificarse la intervención del Estado o de otros mecanismos de ordenación social para suplir estas deficiencias, especialmente si, como observa Coase, un gran número de personas

²³² De acuerdo con Stiglitz, Joseph, “Sobre el papel económico del Estado”, en Heertje, Arnold (ed.), *El papel económico del Estado*, trad. de Bienvenido Pascual Encuentra, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1993, p. 37, las ventajas comparativas que presenta el Estado, considerado como organización económica, frente a otras organizaciones económicas son que: “... el Estado es una organización de carácter *universal*, y [que] tiene ciertos poderes de *coerción* de los que carecen otras organizaciones”. En el mismo sentido se pronuncia Albi Ibáñez, Emilio, “¿Qué sector público necesitamos?”, *Estado y economía: elementos para un debate*, España, Fundación Banco Bilbao Vizcaya, 1995, p. 18: “Dos características fundamentales de la organización pública, al menos en cuanto a sus componentes de las Administraciones Públicas, son la obligatoriedad de ser miembro de la misma y la capacidad de coacción que la organización pública tiene aunque sea atemperada, por ejemplo, por el principio de legalidad o por la fiscalización a la que se debe someter. Estas características esenciales de la organización pública explican, por ejemplo, la existencia del sistema tributario y ayudan a resolver, a través de la regulación o de la provisión, o producción, de bienes y servicios públicos, los problemas que se derivan de los «fallos del mercado». Son, también, punto de partida de la diversidad de intervenciones públicas regulatorias, de provisión o producción, o redistributivas que se realizan por los sectores públicos en las economías actuales”.

²³³ Con posterioridad, Stiglitz, Joseph, “Mejorando la eficiencia y la capacidad de respuesta del sector público: lecciones de la experiencia reciente”, *Revista de la CLAD Reforma y Democracia*, núm. 22, febrero de 2002, p. 7, ha destacado que si bien las ventajas comparativas del Estado le endosan poderes que las organizaciones privadas no tienen, también le imponen ciertas limitaciones. “Por ejemplo, en sociedades democráticas en las que el liderazgo está determinado por un proceso político y donde se utilizan fondos públicos coercitivamente recaudados, existe la obligación de que estos fondos sean utilizados de manera justa y equitativa”.

están involucradas y los costes de afrontar el problema a través del propio mercado o las empresas puede resultar elevado.²³⁴

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

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

Como han destacado Arrow y Mueller,²³⁵ gran parte de la función redistributiva del Estado, a través de su facultad impositiva y el ejercicio del gasto social, puede reinterpretarse como el deseo de crear un sistema de seguros ante la carencia de los mismos.²³⁶ A esta

²³⁴ Coase, Ronald, *op. cit.*, p. 18.

²³⁵ Arrow, Kenneth, “Uncertainty and Welfare...”, *cit.*, p. 947 y Mueller, Dennis, “Public Choice...”, *cit.*, pp. 45 y ss.

²³⁶ A efecto de explicar por qué ocurre la redistribución, Mueller establece cuatro hipótesis de las cuales cabe destacar la primera: la redistribución entendida como una forma de seguro público. El argumento que plantea el citado autor, originalmente vertido por Buchanan y Tullock (1962), consiste en considerar que algunas personas, bajo el supuesto que presentan *aversión* al riesgo y en un estado inicial en el que pasan de la anarquía a la sociedad civil, desconocen cuál será su situación futura respecto de los recursos que obtendrán del establecimiento de la propiedad privada. Esta situación origina que prefieran prever ciertas formas de

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

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

II. LOS MERCADOS UNIVERSALES Y EL ACCESO A LA JUSTICIA

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

Si bien la impartición de justicia es un bien económico en sí mismo (claramente identificable, tecnológicamente posible y que gene-

redistribución comunes a todos en la Constitución, de tal forma que todos queden asegurados ante una posición social poco privilegiada. En este caso, la Constitución se transforma en una especie de seguro contractual; sin embargo, como el propio Mueller señala, para justificar la intervención del Estado frente al seguro privado se requiere una explicación que contemple las imperfecciones del mercado de seguros o la existencia de ciertos costes de transacción que indiquen que la posición del mercado es inferior a la provisión estatal. Precisamente, esta línea de argumentación es la que se desarrollará en el apartado inmediato siguiente. *Idem.*

ra bienestar), la incertidumbre respecto de estos servicios se manifiesta en sus diversas etapas. La primera de ellas radica en la naturaleza de la demanda. En principio, haciendo a un lado los servicios de asesoría jurídica para fines consultivos, la demanda de justicia, con todos los *inputs* que ello conlleva, sólo genera bienestar si se está en presencia de un conflicto jurídico, lo que hace que este servicio sea impredecible e irregular. Los conflictos jurídicos, sea entre particulares o entre éstos y algún órgano del Estado, en la gran mayoría de las ocasiones dependen de situaciones contingentes, tienen una naturaleza eventual cuya certidumbre se presenta hasta el momento en que el mismo se exterioriza. El conflicto lo origina una situación de hecho, con trascendencia jurídica, insegura y perjudicial a los intereses públicos o privados que puede o debe ser satisfecha, jurídicamente, por medio de la aplicación coercitiva e imparcial de la ley. Simplemente a manera de ejemplo pensemos en el incumplimiento de un contrato, un despido injustificado, la causación de daños y lesiones en un accidente automovilístico, la negación de un permiso por autoridad administrativa, entre otros.

Una segunda manifestación de la incertidumbre podemos observarla respecto de la calidad de los servicios profesionales requeridos para la solución adecuada del conflicto jurídico. Por una parte, se requiere del consejo y la asesoría de un letrado para conocer específicamente cuáles son los derechos que asisten al litigante, así como para determinar las posibilidades reales de éxito. Pero, además, también se requiere de su pericia para efecto de determinar la vía adecuada para la solución del conflicto o, en su caso, llevar adecuadamente el proceso judicial, esto es, con un claro conocimiento de la autoridad competente, las etapas del procedimiento, los plazos previstos por la ley, las pruebas pertinentes y los recursos legales procedentes. Esto nos lleva a la idea de que la forma en que el conflicto se desenvuelva y se resuelva depende en gran medida de la experiencia y el conocimiento de los profesionales del derecho; sin embargo, la calidad de los servicios profesionales contratados sólo puede determinarse con exactitud durante el desarrollo del proceso y hasta la obtención del resultado final. No olvidemos que

los servicios jurídicos son “heterogéneos”. Cada abogado posee en lo individual una categoría de habilidades única. Teóricamente, los servicios que presenta un abogado difieren de los servicios prestados por otros.²³⁷ De ahí que los servicios de asistencia jurídica, parafraseando a Arrow, pertenezcan a esa categoría de bienes en los cuales el producto y la actividad de producción son idénticos.²³⁸ En estos casos, el cliente no está en posibilidad de probar el producto antes de efectuar su consumo, lo que explica que exista un elemento de “confianza” en la relación abogado-cliente. Evidentemente, este elemento depende en gran medida de la experiencia y formación del letrado.

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

Así, llegamos a la cuarta manifestación de la incertidumbre, misma que se presenta en la forma en que el conflicto ha de solucionarse, esto es, en el resultado final del litigio. El usuario asume el riesgo de litigar bajo los servicios legales de su abogado sin conocer efectivamente el resultado que finalmente obtendrá por los servicios contratados. Si bien un resultado favorable al cliente depende en gran medida de los buenos consejos de los profesionales del derecho (o de los malos consejos recibidos por la contraparte),

²³⁷ De acuerdo con Cox, Steven *et al.*, “Consumer Information and the Pricing of Legal Services”, *The Journal of Industrial Economics*, vol. 30, núm. 3, marzo de 1982, p. 306, en un pequeño segmento del mercado de servicios jurídicos la calidad del servicio prestado no está sujeta a variaciones. Tales servicios se denominan “servicios legales de rutina”; sin embargo, para el desarrollo del presente tema hemos de suponer que dichos servicios son heterogéneos tanto por el conocimiento y experiencia del letrado como por la dificultad del caso planteado.

²³⁸ Arrow, Kenneth, “Uncertainty and Welfare...”, *cit.*, p. 949.

también depende de factores externos a esta relación, entiéndase del criterio de los jueces y magistrados, y del adecuado funcionamiento del sistema judicial (supuesto en el que se evita el error judicial). Como puede observarse, las incertidumbres en la calidad de los servicios jurídicos contratados y en la actuación de la contraparte confluyen en esta última.²³⁹ Ésta es quizá la más importante de todas las manifestaciones de la incertidumbre, ya que implica la imposibilidad de determinar con exactitud el coste total de litigar, situación que se agrava con los sistemas jurídicos que adoptan la imposición de costas legales, de acuerdo con los cuales la asignación del coste total del litigio (para ambas partes contendientes) se asigna a la parte perdedora en juicio, toda vez que incrementan el valor tanto de la posible ganancia como de la posible pérdida.²⁴⁰

Estas formas de incertidumbre presentes en los servicios de justicia pueden reinterpretarse como la posibilidad de una pérdida que puede ser en términos psicológico-sociales o en términos económico-funcionales, o incluso en una combinación de ambas.²⁴¹ Esta distinción cobra gran relevancia tratándose de la impartición de justicia, pues como es sabido, la eventualidad de un conflicto jurídico y la incertidumbre en la forma en que el mismo ha de solucionarse no sólo puede llegar a implicar pérdidas materiales cuantificables en dinero (como el coste del litigio), sino que además implica un claro estado de ansiedad y preocupación que puede llegar a reflejarse en su vida social. La amplitud de la pérdida y, por ende, el grado de estrés o ansiedad dependerá en gran medida de la cuantía del conflicto (por ejemplo, tratándose de un incumplimien-

²³⁹ Existen otras formas de incertidumbre relacionadas con el tema que tratamos, pero que por razones de especialización no abordamos. Por ejemplo, la incertidumbre o riesgo de que el perdedor en juicio carezca de recursos suficientes para hacer frente a la condena; el incumplimiento del perdedor en juicio del fallo de autoridad judicial, entre otros.

²⁴⁰ Para una discusión amplia de los efectos de la regla sobre la asignación del coste total del litigio a la parte perdedora en juicio véase Katz, Avery, "Measuring the Demand for Litigation: Is the English Rule Really Cheaper?", *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 3, núm. 2, otoño, 1987, pp. 143-176.

²⁴¹ *Cfr.* Taylor, James W., "The Role of Risk in Consumer Behavior", *Journal of Marketing*, vol. 38, núm. 2, abril de 1974, pp. 54 y ss.

to del pago de una deuda vencida), de la naturaleza del mismo (por ejemplo, un conflicto del orden penal puede llegar a suponer la pérdida de la libertad corporal) y del nivel de recursos disponibles para hacer frente al coste total de litigar. De esta forma, la incertidumbre presente en los servicios de justicia refleja sólo parcialmente el coste total de litigar.

Desde el punto de vista de la teoría económica del bienestar y la incertidumbre, dichas pérdidas implican riesgos que los individuos que presentan aversión al riesgo estarían dispuestos a minimizar a cambio de un precio cierto. La carencia de sistemas de seguro²⁴² que permitan alcanzar este objetivo se traduce en una ausencia de mercados universales que implica pérdidas de bienestar. A esta situación se añaden los problemas de información, especialmente por lo que hace a la relación abogado-cliente, asociados a las asimetrías que se producen por la necesaria dependencia del cliente respecto del abogado dados los conocimientos técnicos y teóricos requeridos para determinar las posibilidades reales de éxito y las vías adecuadas de solución del conflicto y, en su caso, para conducir adecuadamente a dicha solución. Los equilibrios en un mercado perfecto se alcanzan cuando cada uno de los agentes económicos posee una información completa sobre los intercambios que se producen en el mismo. En otras palabras, en un mundo sin imperfecciones se parte del supuesto de que tanto los productores como los consumidores poseen el conocimiento necesario para maximizar sus beneficios; sin embargo, tratándose de la justicia y de los *inputs* requeridos para su impartición, los consumidores carecen de una idea precisa respecto de la utilidad que los proporcionará acceder o no al sistema y les es imposible prever completamente la reacción de otros agentes que intervienen en la prestación de estos servicios.

²⁴² De acuerdo con la teoría de la utilidad esperada de Von Neumann, John y Morgenstern, Oskar, *Theory of Games and Economic Behavior*, 2a. ed., Nueva Jersey, Princeton University Press, 1947, el que adquiere un seguro incrementa su utilidad transfiriendo el riesgo al asegurador cuando una pérdida cierta, actuarialmente determinada en términos justos (la prima), es substituida por una elevada pérdida incierta.

Entonces, la reducción del riesgo y la información se constituyen en bienes susceptibles de llevarse al mercado y que en el caso de que no haya una oferta para los mismos que iguale la demanda, estaríamos ante un problema de mercados incompletos que requieren una vía alterna de solución, como sería la mano visible del Estado a través de sus políticas públicas, a efecto de subsanar la falta en términos de eficiencia.

1. *Mercados contingentes*

Arrow ha demostrado que ante la presencia de incertidumbre pueden alcanzarse resultados eficientes en la asignación de los recursos cuando existen mercados contingentes adecuados.²⁴³ Estos

²⁴³ Como afirman Boadway, Robin y Wildasin, David, *Economía del sector público*, trad. de José María Lozano Irueste, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1986, pp. 104 y 105: “Se ha demostrado por Arrow (1970) que en un mundo de incertidumbre hay una serie de circunstancias en las cuales el mecanismo de formación de precios competitivos producirá una asignación de recursos eficiente. Las condiciones requeridas son muy rigurosas. Suponemos que el futuro puede clasificarse de acuerdo con diversos «estados del mundo» cada uno de los cuales produce su propio clima, tecnología, gustos, etc. También, suponemos que cada individuo puede atribuir probabilidades subjetivas a cada uno de los estados de los acontecimientos mundiales, y que todas las probabilidades suman la unidad. Un individuo dotado con una cantidad dada de recursos conocerá la asignación de recursos que esa dotación le proporcionaría dentro de cada posible estado del futuro. Supongamos ahora que existen mercados de «derechos» para cada tipo de bien o factor en cada posible estado futuro del mundo. A estos mercados se les llama frecuentemente *mercados de contingencia*. Una compra de un derecho de contingencia a un bien [*v. gr.* un seguro] en el estado *s* [*v. gr.* un accidente] es equivalente a la compra de un derecho a una cantidad de ese bien si el estado *s* tuviera lugar realmente. Si el estado *s* no tiene lugar, no se recibe nada... Dadas sus dotaciones iniciales de bienes o renta, los individuos pueden comprar diversos derechos de contingencia sobre los estados futuros al precio vigente establecido para estos derechos en los mercados de contingencia (o futuros)”. El desarrollo teórico del proceso de elección de los individuos en el mercado, bajo el supuesto de incertidumbre, ha sido ampliamente desarrollado en Hirshleifer, J. y Riley, John, “The Analytics of Uncertainty and Information. An Expository Survey”, *Journal of Economic Literature*, vol. 17, núm. 4, diciembre de 1979, pp. 1375-1421. De acuerdo con estos autores, dicho proceso supone la capacidad del individuo

mercados contingentes, en analogía con otros tipos de mercados perfectos, permiten a los individuos comportarse de manera tal que maximizan su utilidad esperada a través de distintos estados de naturaleza. De acuerdo con esta proposición, la creación de mercados de contingencia completos, como serían los seguros de gastos legales, incrementarían el bienestar de aquellos que desean transferir dichos riesgos a otros (asegurador) por un precio determinado (el pago de una prima que se asume justa), así como el de aquellos otros que estarían dispuestos a asumir el riesgo a cambio de recibir dicho precio. Este sistema podría mitigar los riesgos financieros asociados a un eventual conflicto jurídico, al menos para aquellos que pudiesen contar con una cobertura amplia.²⁴⁴

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

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

para determinar un grupo de actos; crear una función de probabilidad que exprese sus creencias o deseos dependiendo de los diversos estados del mundo, y una función de las consecuencias que se derivarían de la combinación de sus actos en los diversos estados del mundo, a lo cual se añade, finalmente, su función de utilidad definida en base a las consecuencias. Estos elementos permiten crear la regla de la utilidad esperada, misma que permite ordenar los actos en términos de preferencias; sin embargo, este mecanismo racional de toma de decisiones, por lo que se refiere al servicio de justicia, difícilmente puede llevarse a cabo sin el auxilio de personas especializadas en la materia.

²⁴⁴ *Cfr.* Chernen, Michael, *op. cit.*, p. 887.

El fallo del mercado se produce porque en el mundo real no existe una serie completa de esos mercados de contingencia. Es cierto que algunos bienes tienen mercados de futuros, y las pólizas de seguros les permiten a uno comprar derechos contra ciertas contingencias en el futuro. Pero, en general, relativamente pocos bienes tienen algo que les aproxime a los mercados completos de derechos futuros dependientes del estado del mundo.²⁴⁵

Las causas por las cuales en la realidad los mercados de contingencia no se comportan como mercados universales han sido ampliamente estudiadas por la doctrina especializada;²⁴⁶ entre ellas cabe destacar la selección adversa y el riesgo moral, mismas que veremos con detenimiento en su oportunidad. Pero sin lugar a dudas, como advirtieron Lees y Rice en un comentario formulado con motivo del ya citado artículo de Arrow de 1963, en el fondo de la cuestión se encuentran los elevados costes de transacción que implica la transferencia del riesgo y la información, que dan origen a un nuevo problema de mercados incompletos y, en consecuencia, a una situación ineficiente.²⁴⁷

²⁴⁵ Boadway, Robin y Wildasin, David E., *op. cit.*, p. 106.

²⁴⁶ *Cfr.* Arrow, Kenneth, "Uncertainty and the Welfare...", *cit.*; Hirshleifer, J. y Riley, John, *op. cit.*; Chernen, Michael, *op. cit.*, y Pauly, Mark V., "The Economics of Moral Hazard: Comment", *The American Economic Review*, vol. 58, núm. 3, parte 1, junio de 1968, pp. 531-537.

²⁴⁷ En Lees, Dennis S. y Rice, R. G., "Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care: Comment", *American Economic Review*, vol. 55, núm. 1, marzo de 1965, p. 141, se pretende demostrar que, cuando los costes de transacción son tomados en cuenta, la ausencia de mercados de seguros para ciertos riesgos pueden ser un requisito para la eficiencia en el sentido de Pareto. De tal forma que la ausencia de políticas ante la incertidumbre no puede considerarse necesariamente como una imperfección del mercado y, por ende, no se constituye en una guía para justificar las políticas públicas. Respecto de los comentarios vertidos por los profesores Lees y Rice, Arrow ha reconocido la importancia de introducir en el análisis los costes de transacción (así como las pérdidas de bienestar que podría generar un sistema de seguros universal), aunque considera que no son argumento para negar la necesidad de acudir a mecanismos alternativos de ordenamiento social diferentes al mercado. En todo caso, el interés radica sustancialmente en verificar si dichos mecanismos alternativos son o no capaces de reducir dichos costes.

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

A. La ausencia de mercados contingentes

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

Nyman ha puesto de relieve cuáles son estos beneficios al introducir en su análisis el efecto del ingreso. En concreto, el citado autor señala que son tres las ganancias que se obtendrían del sistema de seguros: la primera deriva del modelo estándar de compartir el riesgo (*standard risk-bearing*) y aplica sólo a los gastos que se produ-

cirían de existir o no el mecanismo asegurador; la segunda ganancia consiste en permitir afrontar los gastos que produce la eventualidad asegurada que de otra forma serían incosteables, en un entorno en que la imperfección de los mercados financieros hace imposible costear dichos gastos por medio del endeudamiento, y la tercera deriva del efecto que produce la transferencia de recursos que permite un consumo adicional tanto del servicio asegurado como de otros satisfactores. De acuerdo con este autor, es factible suponer que sin un mecanismo asegurador el coste por el servicio no asegurado equivaldría al coste marginal de producir cada unidad adicional del servicio, mientras que en supuesto contrario, esto es, con un mecanismo asegurador, el coste marginal sería compartido, a través del pago de sus respectivas primas, entre el asegurado que sufre la correspondiente eventualidad y las demás personas incluidas en la mutualidad.²⁴⁸ En otras palabras, el sistema de seguros implica una transferencia de recursos efectuada por aquellos participantes que no requieren en ese momento hacer efectivo el seguro, donde la ganancia obtenida para el beneficiario equivale a la pérdida total de los demás.²⁴⁹

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

²⁴⁸ Nyman, John, "The economics of moral hazard revisited", *Journal of Health Economics*, núm. 18, 1999, pp. 812 y 820.

²⁴⁹ *Ibidem*, pp. 813 y ss.

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

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

Cabe destacar que, como el propio Nyman reconoce, el efecto de promover el acceso, a través del sistema de seguros, a servicios que de otra forma serían inaccesibles para muchos, es una justificación “más que suficiente” para producir una ganancia neta del sistema de seguros, sean públicos o privados.²⁵⁰ Esto significa que los beneficios derivados de mecanismos que aseguren la prestación de servicios legales no se limitan a evitar una considerable pérdida financiera, sino que además permiten el acceso a estos servicios a aquellas personas que de otra forma se verían imposibilitadas para ello. Así, la ganancia que se produce de promover el acceso a ciertos servicios asegurados debe ser tomada en consideración de

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 819.

manera adicional a la ganancia de evitar un riesgo, al momento de evaluar los beneficios generados por los mecanismos aseguradores. Nyman ha estimado que bajo algunos supuestos razonables, la ganancia de promover el acceso a través de estos mecanismos es tres veces más grande que la estimación de las ganancias (infladas) que derivan del sistema de compartir el riesgo, lo que origina que aquél se constituya en su principal argumento para justificar la necesidad de estos mecanismos aseguradores.²⁵¹

B. *La insuficiencia de los mercados contingentes*

El segundo supuesto al que nos hemos referido pretende hacer alusión a la idea de que existen mercados contingentes para la prestación de servicios legales, pero que aun suponiendo que los mismos tuvieran un carácter completo, éstos presentan ciertas limitaciones inherentes a su propia naturaleza comercial que los hace insuficientes para alcanzar el objetivo, propio del Estado de bienestar, de permitir un acceso a la justicia a todos aquellos que así lo requieran. En otras palabras, algunas de las limitaciones esenciales de los mercados contingentes impiden su utilización como sustitutos perfectos de la asistencia jurídica gratuita.

En términos generales, una de las limitaciones más importantes de los mecanismos de seguros privados atiende a la sujeción del seguro a un determinado acontecimiento futuro y contingente. Cualquier tipo de seguro define las circunstancias bajo las cuales la póliza puede invocarse ante la actualización del evento asegurado, el cual se refiere a un acontecimiento “externo” e “incidental”, esto es, que no puede depender de la voluntad del asegurado. Esta característica propia de los seguros privados, y en concreto de los seguros de servicios legales, hace que los mismos se enfoquen en la representación jurídica y ultimadamente en la litigación con el carácter de demandado, lo cual dificulta su utilización para ciertos tipos de conflictos jurídicos, tales como la materia criminal, en la

²⁵¹ Nyman, John, “The value of health insurance: the access motive”, *Journal of Health Economics*, núm. 18, 1999, pp. 146 y ss.

que el asegurado es el inculpadado, o la materia familiar, como lo sería un divorcio o una adopción).²⁵² Evidentemente, la asesoría jurídica voluntaria por parte del asegurado difícilmente sería cubierta por el mecanismo asegurador.

Asimismo, esta característica de los mercados contingentes provoca que si el conflicto jurídico ya está presente y la información de su existencia está disponible antes de que opere la transacción entre el asegurador y el asegurado, dicha transacción no se realizaría y, por ende, tampoco se producirían los beneficios que la misma conlleva, como sería la reducción del coste total de litigar mediante la actualización del seguro de servicios legales. Evidentemente, la realización del hecho que se pretende asegurar antes de la respectiva transacción representa una forma extrema de mercados incompletos. Precisamente, la asistencia jurídica gratuita se activa, por lo general, cuando ya se está ante un conflicto jurídico (o éste es claramente previsible), mientras que el mecanismo de los mercados contingentes, como su propio nombre lo indica, funciona cuando la probabilidad de que surja el conflicto jurídico es mayor que cero, pero menor que la unidad.²⁵³

Una segunda limitación inherente a los mecanismos de seguros privados consiste en el pago de la prima y otros costes asociados a su naturaleza mercantil. Si bien es cierto que este esquema pretende minimizar el riesgo de pérdidas financieras ante un determinado acontecimiento y que, a su vez, permite abaratar los costes del servicio asegurado haciendo accesible dichos servicios que de otra forma serían incosteables para muchos, también lo es que las personas de escasos recursos quedarían excluidas de estos beneficios, dada su imposibilidad para hacer frente al pago de la prima y demás costes asociados.²⁵⁴ En términos económicos, la contratación

²⁵² *Cfr.* Kilian, Matthias y Regan, Francis, *op. cit.*, pp. 234 y ss.

²⁵³ Véase Hirshleifer, J. y Riley, John, *op. cit.*, pp. 1401 y ss.

²⁵⁴ Kilian, Matthias y Regan, Francis, *op. cit.*, pp. 243 y ss., han demostrado empíricamente que, dado el presupuesto limitado de las personas de más bajo ingreso y la elección entre los diferentes seguros ofertados en el mercado, los seguros de servicios legales representan el de menor prioridad. Los seguros de gastos legales difícilmente se adquieren por aquellas personas de escasos recursos.

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

De todo ello se sigue que el mecanismo privado de seguros legales y la asistencia jurídica gratuita no presentan un contenido idéntico en la respuesta que presentan frente al fracaso del mercado de servicios jurídicos. Mientras que la asistencia jurídica gratuita está basada en consideraciones de política pública, los segundos siguen, ultimadamente, principios mercantiles.²⁵⁵

Un problema adicional que cabría considerar, bajo el supuesto de que aun existiendo mercados de seguros completos algunas personas no tienen acceso a los mismos, es el que pone de manifiesto Kaplow en el sentido de que algunas personas no toman ventaja de las oportunidades que ofrecen los mecanismos privados de seguros, sea porque no valoran adecuadamente la existencia del riesgo o las implicaciones de que supondría un conflicto jurídico, o sea porque no están familiarizados con el propio mecanismo de los seguros.²⁵⁶ De acuerdo con el propio Kaplow, las situaciones en las cuales ciertos actores, especialmente aquéllos que se encuentran en una po-

Como señalan los citados autores, la implicación de estos datos desde la perspectiva de la política pública consiste en que es muy difícil para el Estado reemplazar la asistencia jurídica financiada con fondos públicos por un esquema voluntario de seguros de servicios legales. A estas consideraciones cabe agregar una más. Arrow, Kenneth y Lind, Robert, "Uncertainty and the Evaluation of Public Investment Decisions", *The American Economic Review*, vol. 60, núm. 3, junio de 1970, p. 366, señalan dentro de las causas por las cuales los mercados contingentes son incompletos, la relativa a los elevados costes que implican los contratos de seguros dada su complejidad y especialización. De tal forma que los citados autores admiten que el coste de asegurarse contra una eventualidad a través de los mecanismos privados es tan alto que los individuos eligen afrontar su propio riesgo antes que asumir los elevados costes de transacción que suponen los seguros privados. Esta idea la retomaremos al referirnos al mercado de servicios jurídicos.

²⁵⁵ Véase Kilian, Matthias y Regan, Francis, *op. cit.*, p. 234.

²⁵⁶ Kaplow, Louis, "An Economic Analysis of Legal Transitions", *Harvard Law Review*, vol. 99, núm. 3, enero de 1986, pp. 548 y ss.

sición socialmente desaventajada, desatienden las posibilidades de una pérdida y, en consecuencia, rechazan la idea de adquirir un seguro cuando es en su propio interés hacerlo, constituye, quizá, “the strongest case for some government response to risk”.²⁵⁷

La forma en que el Estado tome en consideración el problema de minimizar el riesgo que implica un conflicto jurídico puede ser diverso. Kaplow sugiere como una solución potencial la existencia de mecanismos de seguros compulsivos (públicos o privados) que impidan que las percepciones personales sobre el riesgo se constituyan en una clara inhibición de los beneficios de compartir el riesgo.²⁵⁸ En este sentido, la asistencia jurídica gratuita puede desempeñar un papel importante, más aún si tomamos en consideración las limitaciones inherentes a los mecanismos de seguros privados antes indicadas.

Así pues, si la idea es que todos aquellos que se enfrenten a un conflicto jurídico tengan la posibilidad de acceder a la justicia, la asistencia jurídica gratuita difícilmente sería reemplazable por los mecanismos de seguros privados de servicios legales, lo cual no obsta para considerar que una adecuada combinación de ambas que tome en consideración las diferencias específicas de los beneficiarios sería conveniente para abatir el obstáculo económico que representan los elevados costes de la justicia.

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

²⁵⁷ *Idem.*

²⁵⁸ *Idem.*

con la insuficiencia de recursos para litigar, como sucede actualmente en la gran mayoría de los sistemas de asistencia jurídica.

Sin embargo, una cosa es la introducción del esquema de acuerdos de honorarios contingentes o condicionados como una política pública favorable al acceso a la justicia, y otra muy distinta es su concepción como mecanismo sustitutivo de la asistencia jurídica gratuita. Al respecto, Zander expone las circunstancias que a su juicio impiden esta posible sustitución:²⁵⁹

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

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

²⁵⁹ Zander, Michael, "The Government's Plans on Legal Aid and Conditional Fees", *The Modern Law Review Limited*, vol. 64, núm. 4, julio de 1998, pp. 549 y 550.

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

2. *Mercados crediticios*

De igual forma que los mercados contingentes, los mercados crediticios carecen de la característica de la universalidad por motivos similares, como son la selección adversa y el riesgo moral derivados de la información imperfecta de los agentes que participan en el proceso,²⁶⁰ aunado, evidentemente, a los elevados costes de transacción. Esta situación nos permite valorar, bajo determinados supuestos que veremos en su momento, cómo la asistencia jurídica gratuita permite subsanar esta deficiencia del mercado en aras de la eficiencia, sin perder de vista el elemento de equidad siempre inmerso en este mecanismo. Para clarificar esta idea es necesario hacer algunas consideraciones generales en torno al mercado de crédito y, concretamente, respecto del racionamiento del crédito.

Como es bien sabido, las instituciones de crédito están interesadas tanto en las tasas de interés que perciben por los créditos otorgados (equivalentes al precio de la transacción), como en el riesgo que supone el préstamo. De ambos factores depende, como es lógico, su beneficio esperado;²⁶¹ sin embargo, las operaciones del mercado financiero se caracterizan habitualmente por realizarse en condiciones de información asimétrica, pues los prestadores y los prestatarios poseen diferente información del agente con el que se produciría la transacción financiera y cualquier mejora en la in-

²⁶⁰ Cfr. Jaffee, Dwight y Russell, Thomas, “Imperfect Information, Uncertainty, and Credit Rationing”, *The Quarterly Journal of Economics*, MIT Press, vol. 90, núm. 4, noviembre de 1976, p. 651.

²⁶¹ Stiglitz, Joseph E. y Weiss, Andrew M., “Credit Rationing in Markets with Imperfect Information”, *The American Economic Review*, vol. 71, núm. 3, junio de 1981, pp. 393 y ss.

formación incrementaría los costes de transacción. Esto conlleva, desde el punto de vista del prestador, dos posibles problemas como son la selección adversa y el riesgo moral.

De acuerdo con las ideas expuestas por Stiglitz y Weiss, el prestador desconoce el riesgo crediticio del prestatario y su disponibilidad para cumplir con los términos del contrato de crédito, lo que pudiera traer consigo problemas de selección adversa en la elección de los prestatarios, dadas las diferentes posibilidades que presentan de cumplir con su deuda. Esa situación hace que las instituciones de crédito estén interesadas en distinguir a priori entre aquellos prestatarios que presentan mayor riesgo de incumplir y los que presentan un menor riesgo. Para efectuar dicha distinción y en aras de maximizar sus utilidades, las instituciones de crédito utilizan diferentes indicadores para obtener información, entre los que cabe destacar las tasas de interés fijadas, la viabilidad del proyecto para el cual se solicita el préstamo, la capacidad económica del solicitante y su comportamiento pasado en la cartera crediticia. La consecuencia directa de la utilización de estos indicadores es clara: la racionalización de los créditos.²⁶² Esto, evidentemente, no es nuevo en la teoría económica, ya que como puso de manifiesto Akerlof, la posibilidad de incumplir con los términos del contrato “representa el mayor coste de la deshonestidad las contrataciones deshonestas tienden a desplazar las contrataciones honestas fuera del mercado”.²⁶³

Stiglitz y Weiss han entendido que el racionamiento de los créditos comprende dos supuestos: 1) el primero hace referencia a la exclusión de ciertos solicitantes que no presentan diferencia alguna con los demás solicitantes a quienes les fue concedido el crédito o que, incluso, estarían dispuestos a pagar una tasa de interés mayor a la estipulada; 2) el segundo se refiere a ciertos grupos de la población que por no cumplir con los indicadores establecidos, en cual-

²⁶² *Idem.*

²⁶³ Akerlof, George A., “The Market for ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, núm. 3, agosto de 1970, p. 495.

quier caso, quedarían excluidos de obtener créditos, como sería el supuesto de aquellas personas de escasos ingresos.²⁶⁴

En ambos supuestos estaríamos ante un problema de mercados incompletos que, desde el punto de vista de la teoría económica del bienestar y la incertidumbre, implica una pérdida de bienestar tanto para las instituciones crediticias como para aquellas personas a quienes se les niega el crédito, aún cuando estarían dispuestas a pagar una tasa de interés elevada a cambio de un préstamo.²⁶⁵ La premisa básica para esta última afirmación consiste en considerar que las posibles pérdidas o ganancias para la institución de crédito son una función creciente de la cantidad que el prestatario acepta pagar, esto es, que si el deudor admite una mayor tasa de interés el riesgo de incumplimiento se incrementa. En otras palabras, la admisión de deudores que manifestaran su intención de pagar tasas de interés elevadas atraería muchos “lemons”.²⁶⁶

²⁶⁴ Stiglitz, Joseph E. y Weiss, Andrew M., “Credit Rationing...”, *cit.*, pp. 394 y 395. En otras palabras, Jaffee, Dwight y Russell, Thomas, *op. cit.*, p. 651, especifican que el racionamiento del crédito ocurre cuando los prestadores establecen una tasa de interés respecto de sus préstamos y proceden a ofertar una menor cantidad de préstamos que los demandados. En un mercado competitivo y sin imperfecciones el exceso de demanda conduciría a elevar el precio (las tasas de interés); sin embargo, en el mercado de crédito ocurre el racionamiento del crédito.

²⁶⁵ Hodgman, Donald R., “Credit Risk and Credit Rationing”, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 74, núm. 2, mayo de 1960, introduce en el debate la posibilidad de que el racionamiento del crédito puede explicarse sobre la base del comportamiento económico racional de las instituciones crediticias que enfrentan el factor riesgo. Sobre el particular, Chase, Sam B., “Credit Risk and Credit Rationing: A Comment”, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 75, núm. 2, mayo de 1961, agrega un determinante más al análisis de Hodgman, esto es, la influencia del tamaño del préstamo. Asimismo, Stiglitz, Joseph E. y Weiss, Andrew M., “Credit Rationing...”, *cit.*, pp. 393-410, demuestran teóricamente por qué las instituciones de crédito no están dispuestas a elevar las tasas de interés, aún cuando haya una disposición favorable por parte de los usuarios. En su lugar, las instituciones de crédito fijan una tasa de interés común, cuya consecuencia consiste en el racionamiento del crédito.

²⁶⁶ La misma situación ocurre en el sistema de seguros. Al respecto, Akerlof, George, *op. cit.*, p. 492, señala que no es suficiente estar dispuesto a pagar una cantidad mayor por un determinado seguro cuando el riesgo de que el hecho

Ahora bien, la forma de relacionar estas ideas sobre el racionamiento del crédito y los indicadores que lo provocan con el acceso a la justicia parte de la idea, ya muchas veces expuesta, de que el coste de la justicia es elevado y, en consecuencia, muchas personas carecen de recursos propios para afrontarlo. Si el mercado de crédito funcionara en condiciones perfectas sería lógico pensar que una persona que carece de recursos suficientes para litigar, pero con altas probabilidades de ganar en juicio, podría obtener un préstamo para hacer frente al conflicto jurídico, siempre que el beneficio esperado de la litigación fuera superior al coste de litigar (equivalente al préstamo) más la tasa de interés pactada; sin embargo, dados los problemas de información a los que se enfrentan las instituciones crediticias y, por ende, la utilización de indicadores que les permitan seleccionar entre los diversos solicitantes del crédito a aquéllos que presentan un menor riesgo de incumplir con el pago del adeudo, la desaprobación del crédito a personas de escasos recursos (y probablemente con una falta de historial crediticio) se torna factible, aún cuando tenga altas probabilidades de ganar en juicio y los resultados favorables del mismo le permitieran hacer frente a su adeudo.

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

asegurado se actualice, dado que si el precio (o prima) se incrementa, las personas que estarían dispuestas a pagar dicha cantidad mayor son aquéllas que están ciertas de que requerirán efectivamente del seguro. El resultado, entonces, es que la condición de los solicitantes del seguro se deteriora conforme el precio se incrementa, dando lugar a que las ventas de seguros lleguen a una situación en la que ya no se lleven a cabo a ningún precio.

cuando el proyecto consiste precisamente en pleitear, lo que puede constituirse en una fuente clara de ineficiencia y en una denegación de justicia para las personas de escasos recursos.

Las instituciones de crédito carecen de información completa respecto de la forma en que se conduciría el prestatario a efecto de vencer en juicio y de todas las aristas que rodean al proceso judicial, así como de su honestidad para efectuar el pago correspondiente. Dado el elemento de incertidumbre presente en los diversos ámbitos de la solución de conflictos jurídicos y el riesgo en la elección de los prestatarios, el otorgamiento de créditos a personas de escasos recursos que difícilmente tienen un historial crediticio y que, por ende, carecen de los elementos necesarios para cumplir con los indicadores generales establecidos por las instituciones de crédito (incluyendo las tasas de interés), son negados, aun cuando dichas personas tuvieran una alta posibilidad de ganar en juicio y con ello hacer frente a su adeudo. Como han señalado Rothschild y Stiglitz, las diferencias en el riesgo que presentan los usuarios originan una externalidad negativa consistente en que los usuarios de alto riesgo desplazan a los de bajo riesgo (los que tuvieran posibilidades reales de vencer en juicio), mientras que los de alto riesgo no obtienen mayores beneficios que los que tendrían si estuvieran en solitario.²⁶⁷ Así pues, aunque los solicitantes del crédito manifestaran su intención de pagar elevadas tasas de interés el crédito les sería negado, pues su admisión atraería muchos “lemons”.

Todo lo anterior significa que el mercado de créditos no está disponible para quienes más lo requieren, pues las instituciones de crédito realizan su propia selección adversa²⁶⁸ o, simplemente, y dada su naturaleza mercantil, se hacen inaccesibles para las personas de bajo o mediano ingreso.

De esta forma, la carencia tanto de mercados crediticios como de los mercados de seguros puede traducirse en un factor importante que contribuye al obstáculo económico para el acceso a la

²⁶⁷ Rothschild, Michael y Stiglitz, Joseph, “Equilibrium in competitive insurance markets: An essay on the economics of imperfect information”, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 90, núm. 4, noviembre de 1976, p. 638.

²⁶⁸ Akerlof, George, *op. cit.*, p. 494.

justicia y, en consecuencia, en una justificación más para la intervención del Estado. Como hemos destacado, las formas que adopte dicha intervención pueden ser diversas, pero sin lugar a dudas la asistencia jurídica gratuita, sea total o parcial, se constituye en uno de los mecanismos que permiten reducir, aunque sea en una pequeña fracción, el problema de mercados incompletos asociado al otorgamiento de créditos.

3. Problemas de incertidumbre e información en el mercado de servicios jurídicos

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

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

Cuando una persona enfrenta un conflicto jurídico no adquiere un servicio legal de manera directa. En primer término, es necesario que seleccione al abogado a efecto de que éste diagnostique el problema jurídico y le sugiera las vías de solución que considere

más adecuadas. Así, mientras que en un gran número de productos y servicios el consumidor conoce tanto la cantidad como la calidad del bien que está dispuesto a adquirir a un determinado precio, en el mercado de servicios legales son los prestadores más que los consumidores los que determinan efectivamente la cantidad y la calidad del servicio que prestan. El cliente está supeditado tanto a la opinión del profesional como a las habilidades, conocimientos y tiempo que el abogado le dedicará a su asunto. En otras palabras, los servicios legales constituyen ese tipo de bienes que en economía se denominan como “bienes credenciales”.²⁶⁹ Esto significa que el cliente depende, y precisamente en ello consiste el objeto de la transacción, de la información que le transmita el abogado tanto respecto de su asunto como de las características de sí mismo.

El cliente cuyo problema legal requiere de un servicio legal complejo (en oposición a los servicios de mero trámite), requiere información relativa a: 1) cuál es el mejor servicio para resolver su problema en particular; 2) las habilidades o experiencia del abogado en la materia propia del problema concreto; 3) el tiempo que el abogado le dedicará a su asunto para obtener los resultados deseados, y 4) la forma en la que se determinarán los honorarios, así como la relación del precio total en relación con la experiencia y conocimientos del prestador del servicio.²⁷⁰ De esta forma, la información que requiere el cliente se convierte en sí misma en un bien económico que, como cualquier otro bien, tiene un coste de producción y de transmisión, de ahí que la misma se concentre en aquellos que más se benefician con la misma.

Esta situación de dependencia del cliente frente al abogado los coloca en la posibilidad de un comportamiento oportunista por parte del prestador del servicio, en el que se exceda el tiempo del servicio, éste no sea prestado adecuadamente o que los honorarios estén por encima del coste real. Esto supone que la relación clien-

²⁶⁹ Hadfield, Gilian K., “The Price of Law: How the Market for Lawyers Distorts the Justice System”, *Michigan Law Review*, vol. 98, núm. 4, febrero de 2000, p. 969.

²⁷⁰ Véase Cox, Steven *et al.*, *op. cit.*, p. 307.

te-abogado se encuentre basada en gran medida en un elemento de confianza mutua y de lealtad. La ética profesional del abogado reconoce, como una consecuencia de la incapacidad de los clientes para juzgar el servicio prestado y por la función pública que representa la abogacía, que los letrados están obligados a actuar en razón de los intereses de sus clientes sobre los propios; sin embargo, es innegable que la prestación de servicios jurídicos está inmersa en el intercambio de mercado y, por ende, es necesario reconocer que existe la posibilidad de que los abogados opten por seguir un comportamiento que llegue a distanciarse del deber ser, dados los claros incentivos que se presentan para maximizar sus ganancias. En otras palabras, la relación entre el cliente y su abogado es susceptible de presentar problemas de riesgo moral.

Sin embargo, como advierte Hadfield, el problema real del mercado de servicios jurídicos proviene no tanto del fracaso de la ética profesional para imponer límites a la conducta fraudulenta, sino de la incapacidad de los propios abogados para transmitir una información completa a sus clientes.²⁷¹ Un factor que influye en esta falta de información deriva de la complejidad de las normas jurídicas y de la dificultad de aplicarlas a un caso concreto.²⁷² El sistema jurídico se caracteriza por las variadas interpretaciones que las normas admiten de acuerdo al contexto y el caso particular. Un mismo caso admite diversas soluciones que pueden o no ir acordes con los intereses perseguidos por el cliente. De ahí que los propios abogados, en un gran número de ocasiones, desconozcan con precisión cuál de las opciones viables para llevar un determinado caso sea la más conveniente.

Un segundo factor, íntimamente relacionado con el primero, lo constituye el carácter impredecible del resultado final que depende, entre otras cosas, del juicio de los magistrados o jueces (en el caso de la vía jurisdiccional) y del comportamiento estratégico de la contra parte.²⁷³ Ni el abogado más experimentado es capaz de ga-

²⁷¹ Hadfield, Gilian, *op. cit.*, p. 969.

²⁷² Cox, Steven *et al.*, *op. cit.*, pp. 305 y ss.

²⁷³ *Idem.*

rantizar el resultado final, pues éste no depende enteramente de él. Así, la necesidad y la calidad de los servicios legales no sólo son difíciles de juzgar para los no expertos, sino también para los expertos. Incluso, si el caso llega a los tribunales y la sentencia no resulta favorable para el cliente, éste difícilmente será capaz de identificar si el resultado final se debió a los méritos del caso o como consecuencia de la deficiente calidad de la actuación de su abogado. La situación se torna subjetiva si tomamos en consideración que las cuestiones jurídicas admiten diversas soluciones, lo que provoca que los propios abogados, en un gran número de casos, sean incapaces de valorar su propia actuación.

Finalmente, un tercer factor lo constituye la imposibilidad de conocer el tiempo que efectivamente el abogado dedicará a un asunto en particular, especialmente cuando éste es un asunto complejo.²⁷⁴ Este último factor cobra especial relevancia cuando el método para fijar los honorarios opera en razón del tiempo invertido en el asunto. Cabe destacar que tratándose de asuntos complejos, donde el riesgo del resultado final y la incertidumbre del tiempo necesario para atender el caso adecuadamente son altamente considerables, el método para fijar los honorarios del abogado puede consistir, alternativa o simultáneamente, en razón de las horas invertidas o, en su caso, sujetos al resultado final que se obtenga.²⁷⁵ Mientras que en el primer supuesto, el consumidor asume todo el riesgo, excepto porque pudiese afectarse la reputación y el prestigio del abogado en caso de perder en juicio, en el segundo supuesto, esto es, en la fijación de honorarios contingentes, el abogado más que el

²⁷⁴ *Idem.*

²⁷⁵ El método que se elija para la determinación de los honorarios del abogado depende, en gran medida, de la naturaleza de la situación jurídica que se le plantee, suponiendo que el Estado no establezca imperativamente límites al respecto. Por lo general, de acuerdo con Hadfield, Gilian, *op. cit.*, pp. 953 y ss., para los asuntos jurídicos de rutina, en los que el abogado posee información clara respecto del tiempo que requerirá invertir en el caso y del resultado final que se obtendrá, el método idóneo, incluso para minimizar un comportamiento oportunista por parte del prestador del servicio, es el sistema de prepago o de cuotas fijas; sin embargo, el sistema de prepago es virtualmente inexistente en el litigio, dados los problemas asociados a la incertidumbre y la información imperfecta.

consumidor asume el riesgo del tiempo invertido y de la posibilidad de perder el caso; sin embargo, en ambos supuestos, el consumidor al entablar la relación contractual con su abogado, desconoce con exactitud el precio de solucionar su conflicto jurídico ante los tribunales, toda vez que el precio se fija *ex post*, es decir, una vez que el servicio ha sido prestado.

Ahora bien, la posibilidad de un comportamiento oportunista por parte del prestador del servicio se incrementa si tomamos en consideración la dificultad que supone cambiar de abogado una vez iniciada la relación contractual. Si a pesar de la naturaleza credencial de los servicios legales, los consumidores lograran percatarse de que los servicios prestados no se ajustan a sus necesidades o no presentan la calidad deseada, enfrentan la disyuntiva de cambiar de abogado, pero esta opción presenta el inconveniente de crear un coste adicional, mismo que, según Williamson, se representa a través de la existencia de elevados costes de transacción. Para el citado autor, una vez que la inversión ha sido hecha, como sería el caso de haber contratado a un abogado, posiblemente mediante el pago de un anticipo y habiendo dedicado cierto número de horas en la relación contractual, el consumidor y el prestador del servicio se encuentran operando en una relación bilateral para un determinado periodo de tiempo que concluye con la solución del conflicto jurídico. De esta forma, el consumidor (como posiblemente también el prestador del servicio) se encuentra atrapado en una transacción en la cual el cambio de abogado supondría una pérdida de la inversión inicial en su relación anterior. Así, las posibles pérdidas derivadas de un cambio en la relación contractual podrían constituirse en un serio desincentivo para efectuar dicho cambio, lo que generaría una posición ventajosa para el abogado inicial.²⁷⁶

Efectivamente, como advierte Hadfield, el coste que supone la inversión inicial, mismo que ultimadamente sería asumido por el cliente, afianza la posibilidad de un comportamiento oportunista por parte del prestador del servicio, sea mediante la expansión del

²⁷⁶ Williamson, Oliver, *op. cit.*, p. 555.

número de horas que aplican para un determinado caso (si sus honorarios dependen de ello) o porque minimicen el esfuerzo en la búsqueda de la solución adecuada al problema legal. Este incentivo se crea dado que los abogados asumen un riesgo mínimo ante la expectativa de no ser despedidos.²⁷⁷

Un problema adicional a los anteriormente señalados, directamente vinculado con la existencia de incertidumbre en el precio de los servicios jurídicos, consiste en la ignorancia y el elevado coste que supone comparar los precios relativos por los servicios jurídicos, situación que se agrava en aquellos sistemas que prohíben la publicidad de los abogados. Existe una gran dispersión de los precios que se ofrecen de un abogado a otro, motivado en gran medida por el carácter heterogéneo del servicio profesional, dadas las diversas cualidades y especialización de los prestadores del servicio o, como señala Stigler, por la ignorancia del mercado.²⁷⁸ La búsqueda de información y las comparaciones de los diferentes precios que se ofertan en el mercado tienen un elevado coste para los consumidores, lo que dificultan la posibilidad de elegir al abogado que más se adapte a sus necesidades.

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

De todo lo anterior se desprende que, como en cualquier otra profesión, existen, por una parte, abogados con una profunda ética

²⁷⁷ Hadfield, Gilian, *op. cit.*, p. 977.

²⁷⁸ Stigler, George J., "The Economics of Information", *The Journal of Political Economy*, vol. 69, núm. 3, junio de 1961, p. 214. Para este autor resulta inocuo destacar la heterogeneidad de los bienes o servicios como causa de la dispersión en los precios, toda vez que aún los bienes homogéneos presentan una gran heterogeneidad si se toman en consideración los términos de la transacción entre oferente y demandante. De ahí que para Stigler (1961: 214) la dispersión de los precios no sea más que una manifestación y, de hecho, una medida de la ignorancia del mercado.

profesional que transmiten a su cliente la información disponible en cuanto a la calidad, precio y riesgo, y por la otra, abogados oportunistas. La dificultad para los consumidores radica en saber identificarlos y, por ende, existe un serio problema de selección adversa.

Cabe considerar que existen diversos mecanismos, tanto públicos como privados, que pretenden atemperar los problemas derivados de la incertidumbre y la información asimétrica, tales como la selección adversa y el riesgo moral.²⁷⁹ Dentro de los mecanismos privados que pretenden abatir las consecuencias negativas de la selección adversa se encuentran las certificaciones que emiten los propios profesionales del derecho de manera colegiada, el establecimiento de cláusulas contractuales que permiten la devolución de los gastos erogados hasta el momento si el cliente manifiesta su inconformidad con el servicio prestado, entre otros.

Una forma más de paliar los efectos de la información asimétrica de manera privada consiste en la utilización de la reputación como un indicador respecto de la calidad del prestador del servicio. La reputación es una palabra que denota calidad y que, en consecuencia, economiza la búsqueda de información respecto de las cualidades del abogado; sin embargo, la reputación influye en el incremento del precio o genera una penalización, toda vez que reduce los costes de transacción que suponen la búsqueda de información. Tanto la inversión del abogado particular o de una firma de abogados por hacerse de un nombre reconocido, la información que transmite la reputación al cliente como los costes de oportunidad para los abogados con prestigio, suponen un elevado coste mismo que se ve reflejado en el precio del servicio jurídico.

Cabe señalar que en el supuesto de abogados que ya cuentan con una reputación en el medio jurídico, éstos se ven impelidos a utilizar esquemas diferentes a la cuota fija o determinada en la fijación de sus honorarios, toda vez que este esquema para los abogados con reputación contribuye a evitar problemas de selección adversa o de riesgo moral, dada la incertidumbre respecto de la complejidad del caso que le plantea el cliente en un inicio y del cos-

279 Véase Hadfield, Gilian, *op. cit.*, pp. 953 y ss.

te total de prestar dicho servicio. A diferencia de los supuestos que hemos planteado respecto del comportamiento oportunista del abogado, en este último supuesto dicho comportamiento podría darse por parte de los clientes (por ejemplo, que exigieran un mayor tiempo disponible para la atención de su caso o que ocultaran en el inicio de la relación contractual algunos datos que incrementarían la complejidad del caso). De esta forma, en la relación abogado-cliente se presenta lo que Kiholm y Cox denominan “*the double lemons problem*”, mismo que contribuye a que los honorarios de los abogados con prestigio sean elevados.²⁸⁰ Evidentemente, esta situación genera que las personas de escasos recursos se vean excluidas de los servicios que prestan aquellos abogados de fama reconocida.

En algunos casos, el Estado interviene a través de la asistencia jurídica gratuita a efecto de hacer accesible a los abogados con cierta reputación para las personas de bajos recursos. Los supuestos, ciertamente muy restringidos, se presentan preferentemente en el caso del modelo *Judicare*²⁸¹ siempre que exista la posibilidad de elección del abogado por parte del cliente o beneficiario y con una prestación del servicio obligatoria para los profesionales del derecho, pues de otra forma los elevados costes de oportunidad que representaría la atención de este tipo de casos para aquellos abogados prestigiosos generaría un claro desincentivo para participar.

Otro mecanismo propio del sistema de mercado para brindar cierta seguridad en torno a la calidad de los servicios prestados, salvo cuando el Estado establece su carácter impositivo, es la existencia de los honorarios o cuotas contingentes, donde el monto de los honorarios se fija *ex post* al servicio prestado y de acuerdo a

²⁸⁰ Kiholm Smith, Janet y Cox, Steven, “The Pricing of Legal Services: A Contractual Solution to the Problem of Bilateral Opportunism”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 14, núm. 1, enero de 1985, p. 169.

²⁸¹ En el modelo de abogados públicos asalariados con cargo al presupuesto estatal la inversión en reputación y la calidad de los servicios se torna difícil. En este supuesto no hay incentivos claros para invertir tiempo y dinero en la adquisición de reputación, pues la cartera de clientes se encuentra asegurada y probablemente el salario permanece constante, independientemente del número de asuntos llevados y de los resultados obtenidos. A esta situación se añade el problema de la elección del abogado de turno de oficio por parte del prestatario.

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

Un supuesto diferente, ampliamente explorado por el sistema anglosajón, es el que presenta el cobro de honorarios a través de un sistema mixto, esto es, que los resultados del litigio no determinen el precio total del servicio, sino una cuota adicional (una especie de premio) para el abogado que obtuvo resultados favorables. Esta cuota adicional generaría un incentivo para mejorar el desempeño del abogado en la atención del caso, aunque su alcance como paliativo al problema de la selección adversa y el riesgo moral es limitado, pues también genera una exclusión del mercado de aquellas personas que presentan un caso débil o de riesgo considerable. De ahí que como se indica en un estudio sobre el mercado de servicios jurídicos realizado por el Departamento de Asuntos Constitucionales en el Reino Unido, la utilización de cuotas u honorarios contingentes generan inquietud respecto del tema del acceso a la justicia.²⁸² De esta forma, si bien es cierto que la solución a los problemas de riesgo moral consiste en la utilización de incentivos, también lo es que el uso de éstas u otras soluciones privadas difícilmente pueden llegar a subsanar de manera sistemática el carácter incompleto de los mercados de servicios jurídicos.²⁸³

²⁸² *Legal Services Market Study. Quality in the Legal Services Industry. A Scoping Study*, London, Department for Constitutional Affairs, 2005, pp. 35 y ss.

²⁸³ Véase Acocella, Nicola, *The Foundations of Economic Policy, Values and Techniques*, trad. de Brendan Jones, Cambridge University Press, 1998, p. 113.

El reconocimiento del fallo del sistema de mercado por lo que hace a la relación entre abogado-cliente ha hecho que prácticamente en todos los sistemas jurídicos del mundo moderno intervenga el Estado, a efecto de minimizar los problemas asociados a la información asimétrica. Dentro de los mecanismos públicos el más generalizado consiste en la estandarización de mínimos de calidad establecidos por el Estado a través de la exigencia del título profesional o licencias y otros requisitos, tales como la cédula y las certificaciones periódicas, concebidos como una respuesta a la demanda de los consumidores por cierta calidad en la información.²⁸⁴ A éstos se pueden agregar otras medidas adicionales de ciertos grupos de la sociedad civil, tales como el reconocimiento que otorgan los colegios de abogados y otras organizaciones al desempeño destacado de la profesión de abogado. Estos mecanismos, si bien no palián en su totalidad el problema de la calidad del servicio, pues ésta depende, a su vez, de la conducta particular de cada abogado y de las normas éticas que los mismos adopten, permite garantizar un grado mínimo de formación académica que les permita ejercer la profesión; sin embargo, debe tomarse en consideración la persistencia de la heterogeneidad del servicio jurídico y de la complejidad de los casos concretos que se plantean en la vida profesional a pesar de las medidas adoptadas por el Estado, además de enfatizar que garantizan, por lo general, tan sólo un mínimo establecido de formación. Además, cabe destacar que mientras más severos sean los requisitos que se exijan para poder ejercer la profesión de abogado, a efecto de incrementar los estándares de formación, la inversión inicial para el ejercicio profesional es mayor y, por ende, también los precios que permitan compensar dicha inversión.²⁸⁵

²⁸⁴ Véase Arrow, Kenneth, "Uncertainty and the Welfare..." , *cit.*, pp. 941 y ss.

²⁸⁵ Tomando como referencia el estudio pionero de Stigler, George, "The Theory of Economic Regulation", *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, núm. 1, primavera, 1971, una gran diversidad de economistas han estimado los efectos de la licencia profesional. La tendencia general ha sido en el sentido de demostrar que los precios por los servicios profesionales son más altos en aquellos Estados que presentan una mayor regulación para su ejercicio; sin embargo, Lueck, Dean y Olsen, Reed, "Market and Regulatory Forces in the

De esta forma, los problemas asociados a la incertidumbre y a la información asimétrica en la prestación de los servicios jurídicos y la insuficiencia de mecanismos eficaces que permitan subsanarlos en su integridad no sólo dificultan el acceso a estos servicios, especialmente como consecuencia del incremento en el precio, asociados a los costes de transacción que los mismos suponen, sino que además bajo el supuesto de que las personas presentan aversión al riesgo y que tienen la posibilidad de decidir si llevan o no su caso a juicio (esto es, lo que sería la parte demandante), se constituyen en un serio desincentivo para litigar. Esta situación se ve agravada si tomamos en consideración que la solución de un conflicto jurídico por la vía jurisdiccional supone un sistema adversarial donde las pérdidas ante un resultado desfavorable pueden ser desproporcionadas, pues, en un gran número de casos, el que gana se lleva todo. Evidentemente, como se pone de manifiesto en un estudio publicado en la *Harvard Law Review*, las personas más susceptibles a evitar el riesgo de pérdidas son aquellas que poseen una menor renta.²⁸⁶

De acuerdo con este estudio, una de las causas por las cuales las personas de escasos recursos presentan mayores desincentivos para ir a juicio consiste precisamente en la aversión al riesgo. La premisa necesaria para llegar a esta afirmación radica en la existencia clara de una correlación entre la riqueza o la renta y la aversión al riesgo: el aumento de riqueza o renta de una persona disminuye su aversión al riesgo.²⁸⁷ De ahí que las personas con menores re-

Pricing of Legal Services”, *Journal of Regulatory Economics*, núm. 7, 1995, llegan a la conclusión de que la hipótesis de que las restricciones impuestas por la exigencia de licencias o títulos profesionales influyen en el incremento del precio de los servicios legales no es totalmente demostrable. Por el contrario, los autores llegan a la conclusión de que las fuerzas del mercado (incluyendo la presión ejercida por los Colegios y Barras de Abogados) y la heterogeneidad del servicio son más importantes para explicar las variaciones en el precio y en los ingresos de los abogados.

²⁸⁶ “Settling for Less: Applying Law and Economics to Poor People”, *Harvard Law Review*, vol. 107, núm. 2, diciembre de 1993, pp. 445 y ss.

²⁸⁷ A pesar de que cada persona puede tener una única función de utilidad con diferentes grados de aversión al riesgo, si su riqueza se incrementa su

cursos presenten una mayor aversión al riesgo, lo que se constituye en un claro desincentivo para litigar si tomamos en consideración los problemas asociados a la incertidumbre y el riesgo tanto en el coste total del litigio (especialmente en las cuotas u honorarios de los abogados) como en la solución final del conflicto jurídico.²⁸⁸

Asimismo, el referido estudio hace alusión a dos causas más para desincentivar a las personas de escasos recursos, consistentes, por una parte, en la falta de liquidez, situación que puede asociarse teóricamente con los problemas antes mencionados en los mercados de seguros y de crédito, y por la otra, en los problemas de información asimétrica, concretamente el riesgo moral y la selección adversa.²⁸⁹ Aquí la premisa es clara, si bien todas las personas pueden verse afectadas por los problemas antes aludidos en la relación abogado-cliente, las personas de escasos recursos son más vulnerables a los mismos, más aún si tomamos en consideración su falta de acceso a los prestadores de servicios que cuentan con una elevada reputación.

De todo lo anterior se desprende que la propia existencia y configuración de la asistencia jurídica gratuita logre explicarse hasta cierto punto, sea de manera expresa o implícita, por los problemas asociados a la incertidumbre, la información asimétrica entre abogado y cliente, y al consecuente precio que supone contratar servicios especializados, pues la misma se constituye en una medida que permite compensar los efectos negativos derivados de los pro-

aversión disminuye. De manera similar, si dos personas que presentan aversión al riesgo tienen idénticas funciones de utilidad, sus decisiones de cara a situaciones riesgosas presentarán diferencias si alguna de ellas tiene mayor riqueza. *Ibidem*, p. 446.

²⁸⁸ La aversión al riesgo respecto de los honorarios de los abogados es menor si el método adoptado para los mismos consiste en fijar cuotas contingentes. Como hemos señalado anteriormente, en el supuesto de cuotas contingentes el abogado comparte el riesgo con su cliente, aunque ello no necesariamente implica que la aversión al riesgo derivado de la solución final del caso disminuya considerablemente, dado que los diferentes supuestos probables de la resolución judicial permanecen. Esta situación se clarifica en aquellos casos en los que jurídicamente se aplica el pago de costas procesales para la parte perdedora en juicio.

²⁸⁹ “Settling for Less...”, *cit.*, p. 449.

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

III. LOS BENEFICIOS SOCIALES DEL ACCESO A LA JUSTICIA

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

Para responder a esta interrogante se hace necesario agregar uno de los argumentos más importantes que se emplea con frecuencia para justificar los servicios públicos, consistente en que los beneficios de una determinada actividad, como la solución de conflictos por la vía jurisdiccional, no se limitan a quienes participan directamente en la misma. Estos beneficios suelen denominarse ex-

ternalidades positivas o “beneficios indirectos o secundarios”.²⁹⁰ Al respecto, existe poco desacuerdo en cuanto al significado que deba darse al concepto de los beneficios secundarios, a pesar de que no existe una clara definición teórica o estadísticamente funcional. A un nivel general, como apunta Margolis, “los beneficios secundarios son los valores que se agregan incurriendo en costos secundarios, en *actividades derivadas* del proyecto, o *inducidas* por el mismo”.²⁹¹

Ahora bien, en la materia que nos ocupa es necesario destacar los beneficios secundarios (también conocidos como externalidades positivas) que promueve la asistencia jurídica gratuita. Al respecto, cabe decir que los beneficios que se derivan directamente de esta institución consisten en la promoción del acceso a la justicia tras la remoción de los obstáculos económicos y, concretamente, en hacer viable la administración de justicia para las personas de escasos recursos, que de otra forma, esto es, de no existir esta institución se verían impedidas a acudir a la vía jurisdiccional para la resolución de sus conflictos jurídicos. No está por demás puntualizar que dicho acceso se ha constituido en un objetivo social propio de todo Estado de bienestar y más aún, de todo Estado de derecho. El acceso a la justicia es un objetivo que podemos considerar dado de manera exógena, independientemente de las políticas públicas que se adopten para su cumplimiento.

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

De acuerdo con Landes y Posner, la justicia como un servicio público produce dos resultados claramente diferenciables. Por una parte, la solución de conflictos jurídicos, y por otra, la creación

²⁹⁰ Véase Margolis, Julius, “Beneficios secundarios, economías externas y justificación de la inversión pública”, *Ensayos sobre la economía del bienestar, selección de Kenneth Arrow y Tibor Scitovsky*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, pp. 461 y ss.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 462. Las cursivas son nuestras.

de precedentes jurídicos o, si se prefiere, la formulación de jurisprudencia.²⁹² El primer resultado tiene claros efectos secundarios, esto es, que van más allá de las partes involucradas en el conflicto, entre los que cabe destacar el orden y la armonía social, laboral y familiar. La persistencia de un conflicto jurídico afecta no sólo a quien lo afronta directamente, sino a todos los que rodean a la persona afectada, desde sus empleadores o empleados, su familia y todos aquellos con los que por diversas circunstancias convive en sociedad.²⁹³

El segundo resultado también presenta claros beneficios secundarios, entre los que cabe citar la clarificación del derecho a través de la información jurídica que transmiten las resoluciones judiciales.²⁹⁴ Una de las labores más destacadas de los tribunales consiste, precisamente, en interpretar el derecho y aplicarlo efectivamente a determinados casos concretos. Esta información redundante en la seguridad y la certeza jurídica, que a su vez propician la propia reducción de conflictos jurídicos y la disminución de la

²⁹² Landes, William y Posner, Richard A., “Adjudication as a Private Good”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 8, núm. 2, marzo de 1979, p. 236.

²⁹³ Véase Bush, Robert A., “The economic significance of access to justice: An analysis of resource allocation to dispute-resolution services, in relation to public policy-making and the public interest”, en Cappelletti, Mauro y Garth, B. (eds.), *Access to Justice. Emerging issues and perspectives*, Milán, Giuffrè Editore, 1979, vol. III, pp. 214 y ss.

²⁹⁴ Klein, Benjamin, “Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis: Comment”, *Journal of Law and Economics*, vol. 19, núm. 2, agosto de 1976, p. 310, señala que es necesario distinguir entre dos tipos de precedentes judiciales: el primero, ciertamente beneficioso, clarifica el derecho, lo enriquece o interpreta; por el contrario, el segundo, modifica el sentido del derecho previamente establecido y, por ende, incrementa la incertidumbre del sistema jurídico. De ahí que este autor cuestione si es apropiado asumir que la producción marginal de precedentes judiciales siempre opera en sentido positivo. Landes, William y Posner, Richard, *op. cit.*, pp. 235 y ss., parten de la idea sustentada en el primer tipo, esto es, que los precedentes judiciales clarifican el derecho. Esta distinción propuesta por Klein nos sitúa en un tema, que si bien se aparta de los objetivos perseguidos por la presente obra, presenta una evidente relación con la misma, esto es, la eficiencia en la administración de justicia, pues aquí lo importante no radica tanto en la cantidad de litigación, sino en el contenido y la calidad de la misma (lo que incluiría el análisis del error judicial).

necesidad de abogados.²⁹⁵ Cabe decir que estos beneficios secundarios se producen de manera exclusiva por la administración de justicia, entendida como un servicio público, esto es, cuya prestación se confiere de manera exclusiva al Estado, a diferencia de los beneficios que genera la solución de conflictos propiamente dicha, pues estos últimos pueden obtenerse a través de servicios confiados al sector privado, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, entre otros. Pero en cualquier caso, ambos beneficios pueden atribuirse a la administración de justicia y, de manera indirecta, a la asistencia jurídica gratuita, pues promueven tanto la solución de conflictos jurídicos como la creación de precedentes judiciales.²⁹⁶

A los beneficios mencionados derivados, concretamente, de la actividad jurisdiccional podrían agregarse, de acuerdo con Shavell, los incentivos que se generan para evitar la comisión de hechos o actos ilícitos, especialmente cuando el agraviado tiene la posibilidad de obtener asesoría y defensa jurídica adecuada ante un litigio que resultará en un claro perjuicio para el agraviante.²⁹⁷ En otras palabras, la posibilidad de que las personas cuenten con un efectivo acceso a la justicia, produce un efecto disuasorio para la conducta

²⁹⁵ *Idem.* También véase a Coleman, Jules, “Justice in Settlements”, *Markets, Morals and the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, pp. 211 y ss.

²⁹⁶ De acuerdo con Landes, William y Posner, Richard, *op. cit.*, p. 236, tanto la solución de conflictos jurídicos como la creación de precedentes judiciales constituyen un *input* o un bien intermedio más que un bien final. De hecho, la solución de conflictos no son un bien en sí misma, sino un *input* necesario para alcanzar ciertos estándares de comportamiento socialmente adecuados. De igual forma, la creación de precedentes judiciales no provoca un deseo ella misma, sino que representa la forma de particularizar los estándares del comportamiento socialmente deseable. Ahora bien, las precisiones conceptuales antes indicadas no constituyen un obstáculo, como tampoco lo fue para dichos autores, para concebir ambos resultados de la administración de justicia como un producto final, en aras de claridad en nuestra exposición. De hecho, los resultados antes indicados pueden reducirse, por el momento, a “la solución de conflictos jurídicos por la vía jurisdiccional”.

²⁹⁷ Shavell, Steven, “The Level of Litigation: Private Versus Social Optimality of Suit and of Settlement”, *International Review of Law and Economics*, núm. 19, 1999, pp. 100 y ss.

ilícita.²⁹⁸ Shavell también considera como efectos socialmente positivos derivados de la solución de conflictos jurídicos, el desarrollo e interpretación del derecho a través de los precedentes judiciales y el refuerzo de los valores sociales a través de la aplicación y pronunciamiento del derecho.²⁹⁹

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

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

Sin embargo, es importante poner énfasis en la existencia de ambos tipos de beneficios, ya que la existencia de los beneficios marginales privados derivados de la solución del conflicto hacen posible que ciertas actividades relacionadas resulten atractivas para su inclusión en el mercado. Es el caso de la prestación de servicios jurídicos concebida como un *input* esencial en la solución de con-

²⁹⁸ Este argumento es válido cuando el beneficiario de la asistencia jurídica gratuita es el agraviado; sin embargo, cuando el beneficiario resulta ser el agraviante, como suele suceder en la defensoría de oficio en asuntos del orden penal, el argumento se invierte. La literatura económica sostiene que la asistencia jurídica gratuita tiene efectos negativos respecto de los incentivos para disuadir la comisión de conductas ilícitas, toda vez que reduce el costo esperado por la comisión del delito. Sobre esto último véase Garoupa, Nuno y Stephen, Frank, "Optimal Law Enforcement with Legal Aid", *Economica*, vol. 71, núm. 238, agosto de 2004, pp. 493-500.

²⁹⁹ Este último aspecto puede explicarse a través de la reducción de los costes de transacción mediante la clarificación del derecho y la certeza jurídica.

flictos jurídicos por la vía jurisdiccional.³⁰⁰ No obstante, en condiciones perfectas, esto es, si se cumplen ciertas condiciones entre las cuales cabe mencionar la ausencia de incertidumbre y de información asimétrica a las que nos hemos referido con anterioridad, esta actividad tenderá a igualar el beneficio marginal privado (que determina la demanda) y el coste marginal de emprender dicha actividad (oferta). Esto, como resulta evidente, nos llevará a situarnos en una posición ineficiente en el sentido de Pareto, toda vez que el *output* de dicha actividad (equivalente al punto de equilibrio entre la oferta y la demanda) será inferior al nivel de *output* requerido si el oferente hubiese tomado en consideración el beneficio social marginal.

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

Como se deriva del ya tantas veces citado artículo de Coase de 1960, en algunos casos el propio mercado puede resolver el problema, sea través de un acuerdo entre las partes interesadas (siempre que se asuma la racionalidad de los individuos y la no existencia de impedimentos legales para contratar) o, ante la presencia de costes de transacción significativos e información imperfecta entre los posibles contratantes, mediante la definición adecuada de los derechos de propiedad y reglas específicas de responsabilidad.

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

³⁰⁰ También es el caso de los referidos medios alternativos de solución de conflictos, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, entre otros, cuya prestación se ha llevado al sector privado.

transacción son iguales a cero y se trata de casos con un número reducido de personas involucradas.

Al respecto, Dahlman y Calabresi argumentan que el fracaso del mercado para tomar en consideración los efectos externos de una determinada actividad sólo se presenta si hay costes de transacción, pues de lo contrario las partes interesadas podrían llegar a un acuerdo beneficioso, y en la extensión en que dichos costes exceden los beneficios de un intercambio ulterior.³⁰¹ Así, la ausencia de un posible acuerdo entre las partes sólo puede explicarse si los costes de transacción son positivos, ya sea por la propia identificación de las partes involucradas o por el comportamiento estratégico, que conlleva la imposibilidad de determinar la forma en que se distribuirían los beneficios obtenidos de la negociación.³⁰² En otras palabras, una situación subóptima en la solución de conflictos por la vía jurisdiccional se presenta en aquellos casos en los que los costes de transacción entre los involucrados son iguales o superan el valor neto de los beneficios esperados.

En estos casos, donde los costes de transacción son superiores a los beneficios esperados y, por ende, no hay incentivos suficientes para producir una cantidad socialmente óptima, es posible que se requieran mecanismos alternativos tales como la mano correctora del Estado.³⁰³ Evidentemente, las medidas correctoras pueden especificarse en dos tendencias: 1) para disminuir los costes de tran-

³⁰¹ Dahlman, Carl, *op. cit.*, p. 142 y Calabresi, Guido, "Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules. A Comment", *Journal of Law and Economics*, vol. 11, núm. 1, abril de 1968, p. 68.

³⁰² Véase Polinsky, Mitchell A., "Controlling Externalities and Protecting Entitlements: Property Right, Liability Rule, and Tz-Subsidy Approaches", *The Journal of Legal Studies*, vol. 8, núm. 1, enero de 1979, p. 42.

³⁰³ Polinsky ha demostrado que en aquellos casos en los que se presentan efectos secundarios, sean positivos o negativos, en los cuales los costes de transacción entre las partes involucradas son positivos e, incluso, se trata de situaciones con un número reducido de personas afectadas, existe un claro argumento para la intervención del Estado a través de sus políticas impositivas o de subsidios; sin embargo, el argumento supone necesariamente que el Estado tiene una información completa respecto de dichos efectos y que sus políticas admiten una compensación *lump-sum*. *Ibidem*, pp. 1 y ss.

sacción previamente identificados o, ante la imposibilidad de ello, 2) la implementación de medidas legislativas, la imposición de contribuciones y la creación de subsidios, entre otros.³⁰⁴

Así, la eficiencia paretiana requiere de mecanismos menos anárquicos que el mercado. El problema es que el criterio de eficiencia en el sentido de Pareto justifica sólo en un grado extremadamente limitado la acción pública. La razón es sencilla: no importa qué cantidad de beneficios produce la redistribución de recursos por parte del Estado, pues objetivamente no puede demostrarse que nadie es afectado con dicha redistribución.³⁰⁵ Además, subsiste el problema consistente en determinar la cantidad adicional que promoverá el Estado a efecto de internalizar los beneficios sociales dada la imposibilidad de determinar las preferencias individuales y, como veremos en su oportunidad, el grave problema que aqueja al sistema judicial de la congestión.

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

- 1) Si puede demostrarse que la acción reasignativa del Estado produce mayores beneficios que pérdidas, de tal forma que los beneficiados estén en posibilidad de compensar a los afectados (esto es, la teoría de la compensación de Kaldor- Hicks).
- 2) Si los efectos derivados de esta actividad pública no son tan negativos como para viciar los beneficios sociales netos que se obtendrían con la misma.

Estos argumentos pueden llevarse al campo de la asistencia jurídica gratuita. Por una parte, hemos dicho en reiteradas ocasiones que la asistencia jurídica gratuita favorece el acceso a la justicia y, por ende, se constituye en un claro incentivo para promover la

³⁰⁴ Véase Dahlman, Carl, *op. cit.*, p. 160 y Griffin, Ronald, "The Welfare Analytics of Transaction Cost, Externalities, and Institutional Choice", *American Journal of Agricultural Economics*, vol. 73, núm. 3, agosto de 1991, p. 612.

³⁰⁵ Véase Bush, Robert, *op. cit.*, p. 220.

solución de conflictos jurídicos. De ahí que este mecanismo, aunado a los beneficios privados para quien recibe directamente la prestación, favorezca la producción de los beneficios sociales a los que nos hemos referido anteriormente, tales como la seguridad jurídica, la clarificación del derecho, el orden y la armonía social, entre otros. Así, si puede demostrarse que los beneficios sociales obtenidos son superiores a las pérdidas, existe un claro argumento para justificar, en términos económicos, su subsistencia o promoción. De esta forma, en el tema que nos ocupa, sería necesario tomar en consideración las siguientes condiciones:³⁰⁶

- 1) Que los beneficios sociales netos que generaría el incremento en la provisión de asistencia jurídica exceden los costes esperados que el sector público tendría que asumir, tales como los costes directos del subsidio y los costes administrativos de diseñar e implementar el mecanismo de asistencia jurídica gratuita y el programa de recaudación para el subsidio, así como las pérdidas sociales derivadas del incremento en la provisión (tales como la congestión y el problema de la dilación en la solución de conflictos).
- 2) Que los recursos destinados a cubrir los costes directos y administrativos de la actividad pública sean obtenidos efectivamente de aquellos que reciben los beneficios sociales derivados de la solución de conflictos y en la proporción de los mismos.

El problema que sugiere la aplicación del análisis propuesto como elemento legitimador de la actuación del Estado para fomentar la asistencia jurídica gratuita consiste, evidentemente, en el acopio de información necesaria para demostrar que las dos condiciones propuestas se cumplen. Nos enfrentamos al problema de medir la magnitud de los beneficios sociales frente a las pérdidas. Si bien esta demostración excede el alcance del presente libro, pues requiere del análisis empírico y de los métodos cuantitativos, es necesario poner énfasis que trabajos de esta naturaleza se han desa-

³⁰⁶ *Ibidem*, pp. 222 y ss.

rollado, especialmente, en las áreas correspondientes a la educación y la salud, y en ambos casos, los beneficios sociales, bajo ciertas condiciones, exceden a los costes sociales.³⁰⁷ Además, como señala Calabresi, “... there is no reason to assume that in the absence of conclusive information no government action is better than some action”.³⁰⁸

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

Como advierte Coase, en la elección de diferentes arreglos sociales (por divergencias en los beneficios y pérdidas sociales y privadas) deben contemplarse los efectos totales³⁰⁹ o, como puntualiza Dahlman “if the government can make the costs of moving to a preferred allocation lower than the benefits of doing so, there is a guarantee that the result is sanctioned by the Pareto criterion”.³¹⁰

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

³⁰⁷ Baumol, William J., “On Taxation and the Control of Externalities”, *The American Economic Review*, vol. 62, núm. 3, junio de 1972, p. 318, sugiere que dada la información limitada de la que disponemos, es perfectamente razonable actuar sobre la base de estándares mínimos de aceptabilidad. Al respecto, Dahlman, Carl, *op. cit.*, p. 157, señala que tales estándares mínimos de aceptabilidad pueden actuar como una aproximación al óptimo de Pareto.

³⁰⁸ Calabresi, Guido, “Transaction Costs...”, *cit.*, p. 70.

³⁰⁹ Coase, Ronald, *op. cit.*, pp. 1 y ss.

³¹⁰ Dahlman, Carl, *op. cit.*, p. 161.

IV. EFECTOS SOCIALMENTE INDESEABLES DE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

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

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

1. *El riesgo moral*

En primer lugar, es necesario aludir a los efectos negativos de la reducción del precio que destaca la teoría económica en materia

de seguros,³¹¹ pues, como hemos dicho anteriormente, la asistencia jurídica puede reinterpretarse como un mecanismo sustitutivo de la carencia de mercados contingentes que, precisamente, tiene como objetivo reducir el elevado coste de la justicia y, con ello, minimizar los efectos de la incertidumbre presente tanto en el surgimiento del conflicto como en la resolución del mismo.³¹²

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

³¹¹ Véase Pauly, *op. cit.*, pp. 531 y ss.; Grubel, Herbert G., “Risk, Uncertainty and Moral Hazard”, *The Journal of Risk and Insurance*, vol. 38, núm. 1, marzo de 1971, pp. 99-106; Feldstein, Martin S., “The Welfare Loss of Excess Health Insurance”, *Journal of Political Economy*, vol. 81, núm. 2, parte I, marzo/abril, 1973, pp. 251-280; Phelps, Charles E., *Health Economics*, 2a. ed., Nueva York, Addison-Wesley, 1997, y Lees, Dennis y Rice, R. G., *op. cit.*, pp. 140 y ss.; entre otros.

³¹² Como lo hace notar Pauly, Mark V., *op. cit.*, p. 535, Arrow, en su artículo original de 1963, menciona el problema del riesgo moral como una “limitación práctica” en el uso de los seguros, como un defecto en el control de los servicios profesionales prestados (relacionados con el desempeño de los médicos, pero claramente trasladable a la situación de los abogados), más que como una simple respuesta a la reducción de los precios. Para los efectos de este apartado sólo tomaremos en consideración la presencia del riesgo moral relacionada con la conducta (sea inmoral o económicamente racional) de los usuarios del servicio de asistencia jurídica; sin embargo, como lo hemos hecho notar anteriormente, el riesgo moral y la selección adversa tienen claras implicaciones respecto de la conducta de los abogados, muchas veces alejada de la ética profesional, y la responsabilidad que lleva a justificar la intervención del Estado a efecto de tomar medidas correctoras, tales como la exigencia de incluir en el programa de estudios la materia de deontología jurídica, la cédula profesional para ejercer la profesión de abogado o, incluso, la colegiación obligatoria.

aceptada en la doctrina económica que la disminución del precio incrementa la demanda.³¹³

Así, el citado autor ha dicho, haciendo referencia a la proposición de Arrow, que el hecho de que ciertas formas de seguro no hayan emergido en el mercado pueden no ser un indicativo de la falta de optimalidad en el sentido de Pareto e, incluso, que la creación compulsiva del sistema de seguros por el Estado respecto de ciertas eventualidades puede llevar a resultados ineficientes en la asignación de los recursos. Las razones que argumenta para ello se basan en las pérdidas de bienestar que genera la reducción del coste del servicio (o precio) respecto de los incentivos.³¹⁴ Efectivamente, ante la reducción del coste del servicio (o precio), ninguna persona que goce de este beneficio tendrá incentivos para restringir el uso que haga del mismo. De ahí se deriva que para que la condición establecida por Arrow sea válida se requiera que no haya elasticidad en la demanda del servicio asegurado respecto del precio. Si el seguro fija el precio en cero y hay elasticidad en la demanda, habrá un exceso en el uso de este servicio (exceso que representa el riesgo moral).

Evidentemente, estas consideraciones pueden claramente hacerse extensivas al caso de la asistencia jurídica, pues, dada su gratuidad, altera el entorno de incentivos y es susceptible del riesgo moral, esto es, que se produzca un incremento de la demanda de los servicios jurídicos gratuitos. De hecho, los problemas de riesgo moral suelen ser consustanciales a todo tipo de intervención pública que garantice unos resultados ciertos al beneficiario con independencia de cuál sea su comportamiento. En efecto, todo programa destinado a asegurar un tipo de riesgo, disminuye los incentivos a prevenir la posibilidad de que se produzca el riesgo asegurado y, por ende, supone un incremento en la demanda del servicio asegurado. Cuanto más completo sea el programa de seguro, más disminuirán los incentivos para evitar que se produzca

³¹³ *Idem.*

³¹⁴ *Ibidem*, p. 531.

el suceso asegurado, más este proceso se producirá, y más costosa será su financiación.³¹⁵

Ahora bien, Pauly, reiterado por Arrow en un comentario posterior,³¹⁶ señala que para la obtención de una solución eficiente ante el problema del riesgo moral, se requiere de alguna forma de racionalizar la cantidad del servicio asegurado. La forma de racionalizar el servicio asegurado puede adoptar muy diversas formas, desde el examen detallado de los costes por la compañía aseguradora que permitan cubrir sólo los costes “normales” y desechar aquellos que considere frívolos, hasta mejorar la ética y el desempeño profesional de los prestadores del servicio que los lleven a buscar soluciones efectivas y poco onerosas, pasando por implementar medidas que inculquen a los beneficiarios del servicio un determinado comportamiento acorde a ciertas normas comúnmente aceptadas (esto es, que minimicen el riesgo moral). Este último aspecto puede motivarse con medios de difusión y formación educativa o, incluso, como sugiere Pauly, mediante la racionalización del precio, esto es, de la gratuidad.

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

³¹⁵ Cfr. Castells, Antoni y Bosch, Nuria, “El futuro del Estado del bienestar: algunas líneas de reflexión”, en Castells, Antoni y Bosch, Nuria (dirs.), *El futuro del Estado del bienestar*, Madrid, Civitas, 1998, p. 61.

³¹⁶ Cfr. Arrow, Kenneth, “The economics of Moral Hazard: Further Comment”, *The American Economic Review*, vol. 58, núm. 3, parte 1, junio de 1968, p. 538.

tencia jurídica a determinadas materias que presentan cierta gravedad social, concretamente en el ámbito penal y familiar.

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

2. El incremento de la demanda de tutela judicial

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

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

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

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

Ahora bien, la decisión de litigar depende de diversos factores entre los que cabe considerar la cuantía de la pretensión, las probabilidades que cada una de las partes en conflicto le atribuye a la posibilidad de que el demandante gane en juicio, el coste de litigar (en los que se incluyen los honorarios profesionales, las tasas judiciales, si las hubiere, entre otros gastos procesales), la disponibilidad y productividad de los *inputs* o recursos empleados tanto por el demandante como el demandado y el número de conflictos de intereses potencialmente sustanciables en sede judicial. En otras palabras, la demanda de tutela judicial depende del número de conflictos y del valor neto de los costes de litigación esperado del pleito para cada parte.³¹⁷

De acuerdo con Pastor Prieto, la decisión de litigar constituye una aplicación de la “teoría de juegos” a los procesos de negociación, con tres elementos básicos: la cuantía objeto del litigio (la pretensión esperada), las demandas de las partes y la posibilidad de destrucción de la ganancia si la conducta no es cooperativa. Evidentemente, su aplicación supone la racionalidad de las partes, esto es, que ambas intentan maximizar su utilidad, definida de forma conveniente, sujetas a la restricción de los recursos de que disponen. Pues bien, la decisión de pactar o litigar depende de la probabilidad de ganar en juicio; de la cuantía del litigio; de la disponibilidad y productividad de los recursos empleados por las partes; de los costes de pleitear; de los costes de llegar a un acuerdo

³¹⁷ 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. 399-458.

prejudicial; de la actitud de las partes hacia el riesgo y de la presencia del comportamiento estratégico.³¹⁸

Como puede observarse, Pastor Prieto sigue la escuela de Posner, toda vez que este último afirma que se llega a un acuerdo cuando la oferta mínima del agraviado (demandante) es menor a la oferta máxima del agravante (demandado). A *contrario sensu*, se decide litigar cuando la oferta mínima del agraviado es mayor a los que ofrece el agravante. La oferta mínima del agraviado se constituye por el valor esperado del litigio (lo que esperaría ganar en juicio, multiplicado por las probabilidades que él estima de ganar, menos los costes de litigación) más los costes de llegar a un acuerdo. Por su parte, la oferta máxima del agravante se constituye por el coste esperado de litigar (los costes de la litigación más los costes de perder en juicio multiplicado por las probabilidades que él estima de perder, mismas que coinciden con las probabilidades que le asigna al demandante de ganar en juicio) menos los costes de llegar a un acuerdo.³¹⁹ Así pues, la demanda de tutela judicial depende en gran medida del valor neto de los costes de litigación o acuerdo esperado del pleito para cada parte, según proceda.³²⁰

Ahora bien, si introducimos la asistencia jurídica gratuita a este modelo la consecuencia inmediata sería la reducción de los costes de litigación, por lo que si el beneficiario de la gratuidad es el agraviado (demandante) aumentaría el valor esperado del litigio, lo que generaría una reducción considerable en las posibilidades de llegar a un acuerdo con el agravante, pues la oferta mínima del agraviado se incrementaría. En el supuesto contrario, si el beneficiario de la gratuidad es el agravante (demandado), su coste esperado de litigar se reduciría de tal forma que su oferta máxima también dis-

³¹⁸ Véase Pastor Prieto, Santos, *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Madrid, Editorial Civitas, 1993, pp. 11 y ss.

³¹⁹ Posner, Richard, "An Economic Approach...", *cit.*, pp. 417 y 418.

³²⁰ Al respecto, véase Kaplow, Louis, "Private versus Social Costs in Bringing Suit", *The Journal of Legal Studies*, vol. 15, núm. 2, junio de 1986, p. 372, siguiendo los planteamientos inicialmente sentados por Shavell (1982) y Menell (1983), destacan que el agraviado tomará la decisión de litigar si y sólo si los daños o perjuicios recibidos exceden su particular coste de litigar.

minuiría. Entonces, como puede observarse, las probabilidades de elegir pleitear frente a la posibilidad de llegar a un acuerdo se incrementan cuando se introduce el beneficio de la justicia gratuita, pues es más factible que la oferta mínima del agraviado sea superior a la oferta máxima del agravante. De ahí que como afirma Posner, “Anything that increases the plaintiff’s minimum settlement offer or reduces the defendant’s maximum offer will increase the likelihood of litigation”.³²¹

Entre las implicaciones normativas que se derivan de lo antes dicho cabe consignar por lo menos dos. La primera hace referencia a la relación de sustitución entre la litigación y otros medios de solución de conflictos, de forma que cuanto más se esté abaratando una de las vías (como la litigación a través de la justicia gratuita), más se están encareciendo las demás haciéndolas menos atractivas. Así, la asistencia jurídica, bajo el supuesto previamente establecido de que se dirige concretamente a la litigación, generaría un efecto disuasorio en la utilización de otros mecanismos que si resultan beneficiosos para las partes en conflicto sería socialmente indeseable impedirlos, de hecho generaría pérdidas de bienestar.

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

Evidentemente, la posición desaventajada de los medios alternativos de solución de conflictos frente a la litigación subsidiada mediante la asistencia jurídica gratuita sólo es concluyente si partimos

³²¹ Posner, Richard, “An Economic Approach...”, *cit.*, p. 418.

del supuesto de que las partes en conflicto no presentan aversión al riesgo y si la cuantía de la pretensión no tiene una influencia directa en la decisión de acudir a la vía judicial, entre otros factores propios de la demanda de tutela judicial.³²² De hecho, como afirma Pastor Prieto, si la cuantía de la pretensión es considerable, la aversión al riesgo se acentúa y, en consecuencia, la búsqueda de un acuerdo entre las partes podría verse favorecida puesto que con ello se fijaría un precio cierto que abatiera los problemas de incertidumbre presentes en la resolución de los conflictos por la vía judicial; sin embargo, para que el agraviado decida no ir a juicio, ha de obtener del demandado (a través de la negociación o la mediación) una cantidad igual o mayor a lo que esperaría obtener en juicio más los costes de estas vías alternativas de solución de conflictos (sean los costes de transacción o los honorarios por la mediación).³²³

En términos generales, *ceteris paribus*, aún con la asistencia jurídica, los pleitos son menos probables cuanto mayor sea la cuantía de la pretensión si el demandante presenta aversión al riesgo, cuanto menor sean las posibilidades de ganar en juicio del demandante y cuanto menor sea el coste de solucionar el conflicto por vías alternas;³²⁴ sin embargo, es necesario puntualizar que en el caso de la mediación, los costes de resolver el conflicto son considerables (por ejemplo, los honorarios del mediador y, en su caso, los servicios de asesoría jurídica y/o representación) y, en consecuencia, no hay un claro incentivo para utilizar este mecanismo si el demandante puede constituirse en beneficiario de la asistencia jurídica gratuita.

La segunda implicación normativa de lo antes dicho consiste en considerar que la reducción del coste de litigar mediante la asis-

³²² Los argumentos vertidos respecto de los efectos de la aversión al riesgo para optar por otras vías alternativas a la solución de conflictos no resultan aplicables al arbitraje, toda vez que este medio alternativo de solución de conflictos constituye, al igual que la litigación, un sistema adversarial donde la solución que se obtenga depende de la decisión de un tercero, en este caso, del árbitro.

³²³ Véase Pastor Prieto, Santos, *op. cit.*, pp. 124 y ss.

³²⁴ *Idem.*

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

Evidentemente, las causas que promueven la congestión de los tribunales y la consecuente dilación en los procedimientos son de muy diversa índole,³²⁵ desde la utilización torticera de los letrados respecto del planteamiento de los recursos procesales, hasta la falta de disponibilidad de recursos suficientes en el aparato jurisdiccional para hacer frente a la demanda de tutela judicial; sin embargo, por lo que interesa a nuestro estudio, es innegable que bajo criterios estrictamente económicos la prestación generosa de asistencia jurídica gratuita, al menos en principio, coadyuva al incremento de la litigiosidad. De hecho, como señala Pastor Prieto, el aumento del acceso a la justicia, animando la litigiosidad, o la reducción de la dilación, desanimándola, tienen un efecto contradictorio. Ambos inciden en los costes totales del proceso y, con frecuencia, la reducción de unos entraña el aumento en otros costes.³²⁶

No obstante lo anterior, los efectos a largo plazo de la asistencia jurídica en el incremento de la congestión y dilación con motivo del aumento en la demanda de tutela judicial no son ciertamente definitivos. Una cuestión a considerar consiste en que la propia dila-

³²⁵ Así como las causas que promueven la congestión y la dilación son muy variadas, también lo son las soluciones que se proponen para abatir estos problemas. De hecho, la teoría económica justifica la utilización de varios instrumentos, sea para afectar la demanda judicial (por ejemplo, mediante la introducción de las tasas judiciales), como para inducir cambios en la oferta judicial (mediante el incremento o la modificación de la tecnología de la oferta productiva).

³²⁶ Pastor Prieto, Santos, *op. cit.*, p. 37.

ción actúa como si fuera un “precio”, como un verdadero mecanismo de asignación.³²⁷ Como señala Pastor Prieto “... la congestión y dilación constituyen importantes costes directos en sí mismos, y pueden identificarse con el coste de oportunidad del tiempo de la gente que «está en la cola», bien en prisión pendientes de juicio ... o viéndose obligados a mantener inmovilizados ciertos activos patrimoniales...”³²⁸ De tal forma que la dilación y la congestión afectan a la decisión de litigar o utilizar vías alternativas de solución de conflictos, constituyéndose así en verdaderos paliativos al problema del incremento de demanda de tutela judicial, pues suponen un aumento en el coste total del litigio. En otras palabras, la congestión y dilación suponen un precio adicional por la tutela judicial que induce una menor demanda de dicho servicio.

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

Dentro de las soluciones que podrían plantearse a efecto de minimizar los efectos de la asistencia jurídica gratuita en el incremen-

³²⁷ De acuerdo con Pastor Prieto: “... es conveniente diferenciar entre el tiempo de espera que va del surgimiento del conflicto a la interposición de la demanda, del período de tiempo que va de la interposición a la obtención de la sentencia. El primero no actúa como mecanismo equilibrador porque no responde a la diferencia entre oferta y demanda, mientras que el segundo sí desempeña ese papel, sí varía ante el exceso de demanda”. *Ibidem*, p. 234.

³²⁸ *Ibidem*, p. 238.

to de la demanda de tutela judicial y, con ello, evitar el carácter contradictorio entre las políticas judiciales que pretenden promover el acceso a la justicia, cabría mencionar la posibilidad de incluir esta prestación gratuita a otros mecanismos alternativos de solución de conflictos, y con ello fortalecer su verdadero carácter de bienes sustitutos.

3. *Litigiosidad artificial o temeraria*

De manera adicional al problema de los incentivos para litigar que genera la asistencia jurídica gratuita a través de la disminución del coste total de litigar, es necesario mencionar los incentivos que la misma podría generar respecto de la presentación de demandas artificiales, temerarias o infundadas, si no contempla en su propia configuración mecanismos adecuados de penalización que eviten la presentación de este tipo de demandas.³²⁹ Como puede observarse, este problema constituye una faceta más del riesgo moral que presenta la gratuidad de los servicios de justicia y sus necesarios *inputs* y que, a su vez, contribuye a la promoción de los problemas de congestión y dilación antes indicados.

Los esquemas que se adopten a manera de penalización pueden ser muy diversos, entre los que cabe destacar la negativa de gozar del beneficio de justicia gratuita a quien aun cumpliendo con los criterios de elegibilidad, se conduzca de manera artificiosa o temeraria. Evidentemente, esta situación no está exenta de problemas, pues cabría valorar los costes de transacción que supondría la identificación de las personas que actúan temerariamente. En principio, la penalización no podría ser imputable a aquellas personas que solicitan el beneficio por mera ignorancia del derecho, toda vez que ésta se dirige, principalmente, a aquellas personas que se

³²⁹ De conformidad con Pastor Prieto, uno de los problemas que se acentúan con la disminución del coste total de litigar es, precisamente, el incremento de las demandas artificiales. El mismo incentivo se produce respecto de los juicios de bagatela con la reducción del coste total de litigar que supone la asistencia jurídica gratuita. De ahí que si este problema se atribuye en parte a la reducción del coste de litigar, sea aplicable para la asistencia jurídica gratuita. *Idem*.

encuentran en una posición económica desaventajada, lo que crea una presunción de una formación educativa deficiente.

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

Sin embargo, es necesario tomar en consideración que tanto la implementación de la gratuidad para los mecanismos alternativos de solución de conflictos como la obligatoriedad de la asesoría jurídica previa a juicio no supondrían, al menos en principio, la necesidad de recaudar (o erogar) fondos públicos adicionales, puesto que tan sólo implicarían una transferencia de recursos. Efectivamente, si ambas medidas redundan en una verdadera disminución de la demanda de tutela judicial su operatividad podría ser cubierta con los recursos de que dispone actualmente la administración de justicia, pero que ante tal reducción dejara de necesitar. Así, la transferencia de recursos sería de la administración de justicia, propiamente dicha, a los nuevos mecanismos que se proponen para abatir la excesiva litigiosidad.

V. ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DE LOS BENEFICIOS Y COSTES SOCIALES

Dada la existencia de problemas asociados a la asistencia jurídica gratuita que redundan en un verdadero coste social, es necesario considerar si debemos incluir dichos costes en los límites o condiciones para especificar una solución eficiente en el sentido de Pareto. Si bien es cierto que para ello se requiere medir las distorsiones

que originan los efectos secundarios a efecto de contraponerlos a los efectos positivos, como advierte Dahlman, por lo menos hay dos argumentos sustantivos que debemos tomar en consideración.³³⁰

El primero consiste en destacar que no todos los costes sociales, como son la congestión, la dilación en el procedimiento y el desincentivo para la utilización de medios alternativos de solución de conflictos, deben ser reducidos a cero, pues estamos mejor con algunos de estos efectos en un nivel positivo, esto es, si valoramos los beneficios sociales que genera la asistencia jurídica gratuita. El hecho es que si hay costes de transacción (como los hay) puede ser altamente costoso eliminar todos los efectos secundarios negativos. De ahí que en algunos casos sea conveniente conservar ciertos efectos negativos a efecto de alcanzar un óptimo social *second-best*.

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

Un tercer argumento que conviene tener presente, a pesar de que fue formulado por Arrow y Lind respecto de los riesgos y la incertidumbre asociados a la inversión pública, pero claramente extensible a otras políticas públicas y concretamente por lo que se refiere al riesgo moral que podría presentar la asistencia jurídica gratuita, consiste en considerar que cuando los riesgos son públicamente soportados, el coste total de compartir el riesgo es insignificante y, en consecuencia, no debe ser óbice para implementar tal política.³³¹

Dichos argumentos presentan importantes consecuencias para la valoración sobre la conveniencia de la asistencia jurídica gratuita. Si incluimos los costes de transacción en los límites o condiciones bajo las cuales los agentes económicos buscan maximizar su

³³⁰ Dahlman, Carl, *op. cit.*, pp. 152 y 153.

³³¹ *Cfr.* Arrow, Kenneth y Lind, Robert, "Uncertainty and the evaluation...", *cit.*, p. 366.

bienestar de manera individual o social, debemos entonces describir una situación óptima realizable (o, en su caso, un subóptimo). Pero en este caso, algunos efectos secundarios negativos propios de cualquier subsidio o prestación pública seguirán presentes en aras de una posición superior. En algunos casos es más costoso eliminar totalmente los efectos secundarios, sea social o individualmente.

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

VI. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS BIENES PÚBLICOS EN EL CASO DE LA PROVISIÓN DE LA JUSTICIA

Tradicionalmente, la provisión de la justicia ha sido considerada como un bien público cuyas características hacen imposible que el sistema de mercado provea o asigne de manera eficiente los recursos necesarios para ello. Para determinar la veracidad de esta afirmación es necesario analizar qué es un bien público y, con ello, determinar si es posible aplicar este concepto a la impartición de justicia. No está por demás especificar que los resultados que arroje nuestro análisis tendrán efectos normativos importantes, especialmente si consideramos que la presencia de bienes públicos se constituye en uno de los argumentos de mayor fuerza para justificar la intervención del Estado, sea ante la carencia de incentivos para su efectiva provisión por particulares o, en su caso, ante una produc-

ción que se encuentre por debajo del óptimo social, todo lo cual constituye un claro problema de mercados incompletos.³³²

De acuerdo con los trabajos seminales de Samuelson³³³ y, posteriormente, de Musgrave³³⁴ y Buchanan³³⁵, entre otros, los bienes públicos “puros” se caracterizan, en principio, por presentar dos cualidades: por una parte, la no rivalidad en su consumo o uso, y por la otra, la no exclusión de los beneficios que proporcionan dichos bienes.³³⁶ Si bien estas características suelen citarse de manera conjunta al momento de describir a los bienes públicos, es necesario enfatizar que cada una de ellas, como veremos a continuación, presenta efectos diversos que modifican, en su caso, la justificación para la intervención del Estado. Por ello resulta conveniente referirnos a cada una de dichas características en lo particular.³³⁷

³³² Cfr. Mueller, Dennis C., “Public Choice...”, *cit.*, p. 45.

³³³ Samuelson, Paul A., “*The Pure Theory of Public Expenditure*”, *The Review of Economics and Statistics*, vol. 36, núm. 4, noviembre, 1954, pp. 387-389; “*Diagrammatic Exposition of a Theory of Public Expenditure*”, *The Review of Economics and Statistics*, vol. 37, núm. 4, noviembre de 1955, pp. 350-356; “*Aspects of Public Expenditure Theories*”, *The Review of Economics and Statistics*, vol. 40, núm. 4, noviembre de 1958, pp. 332-338.

³³⁴ Musgrave, Richard A., “*Provision for Social Goods*”, en Margolis, Julius y Guitton, Henri (eds.), *Public Economics*, London, McMillan, 1969, pp. 124-144.

³³⁵ Buchanan, James, *The Demand and Supply of public goods*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 1968.

³³⁶ A pesar de que Samuelson, Paul, “*The Pure Theory...*”, *cit.*, pp. 387 y ss., originalmente sólo hace referencia a aquellos bienes de consumo colectivo en donde cada individuo puede consumir el bien sin afectar el consumo de otros, posteriormente Musgrave, Richard, “*Provision for Social...*”, *cit.*, pp. 124 y ss., agrega la característica de la no exclusión para definir a los bienes públicos. Lo cual, a fin de cuentas, llega a ser paradójico, pues, como veremos en su oportunidad, esta última característica adquiere mayor relevancia en la propia conceptualización de los mismos.

³³⁷ De hecho, el problema reside en la propia conceptualización del bien público. Como puso de manifiesto en su momento Demsetz, Harold, “*The Private Production of Public Goods*”, *Journal of Law and Economics*, vol. 13, núm. 2, octubre de 1970, p. 295: “Frequently, there is a confusión between the public good concept, as I understand it, which states that it is posible at no cost for additional persons to enjoy the same unit of a public good, and a different concept, that

En primer lugar, la característica de no rivalidad en el consumo de ciertos bienes se presenta cuando el bien o servicio puede consumirse en una unidad por un individuo sin que ello implique la afectación en el consumo de otras personas, esto es, que puede consumirse colectivamente sin que el consumo de una persona disminuya el consumo de otra. Esto queda resumido en la siguiente frase de Acocella: “more for you means no less for me”.³³⁸

En otros términos, el hecho de que un bien o servicio posea la característica de no rivalidad significa que una vez realizada la inversión necesaria para disponer del bien o servicio, el coste marginal de permitir a un individuo adicional que consuma dichos bienes o servicios es cero. Así, el problema de eficiencia que se presenta en aquellos bienes o servicios no rivales (cuyo coste marginal es cero) reside, fundamentalmente, en la determinación de un precio eficiente que refleje, efectivamente, el deseo o la disposición de pago de los consumidores respecto de ese bien o servicio, y que, a su vez, permita efectuar una producción óptima del mismo. Queda claro que tratándose de bienes privados que carecen de la característica de la no rivalidad (así como de la no exclusión), el sistema de precios permite racionar y dirigir la producción del bien o servicio a aquellas personas que más lo valoran, sin embargo, tratándose de un bien no rival, la situación ciertamente se dificulta. Como señala Holtermann:

A crucial distinction between rivalrous and nonrivalrous goods is that the valuations of individual consumers cannot directly tell us how much of the nonrivalrous good should be provided –only the sum of the valuations can tell us that... Hence, no mechanism operates to reveal the various values different persons place on the chosen output level. Thus price neither serves as an allocative

might be identified as a collective good, which imposes the stronger condition that it is impossible to exclude nonpurchasers from consuming the good”. Como puede observarse, la aportación de Demsetz en el análisis de los bienes públicos no reside tanto en la característica que se le suele atribuir al bien público, sino en la clara distinción entre la no rivalidad y la no exclusión.

³³⁸ Acocella, Nicola, *op. cit.*, p. 106.

mechanism nor reveals marginal benefits as it dies for a rivalrous good.³³⁹

A pesar de esta situación, Samuelson³⁴⁰ y, posteriormente, Holtermann,³⁴¹ afirman que el mercado podría determinar una cantidad óptima de este tipo de bienes siempre que todos los consumidores del mismo revelaran honestamente sus valoraciones. Como apunta Samuelson, la solución existe, pero el problema reside en su implementación. De tal forma que el problema consiste en identificar la valoración que de dichos bienes o servicios tiene cada usuario, todo lo cual se traduce, en términos de Coase, en un problema de costes de transacción.

En el mismo sentido se pronuncia Demsetz en su ya famoso artículo “The private production of public goods”, en el cual examina el problema del precio ineficiente en situaciones donde es posible excluir a algunas personas de un bien o servicio no rival mediante el establecimiento de un precio. Este autor llega a la conclusión de que es posible producir de manera óptima un bien o servicio no rival siempre que se establezcan precios diferenciados para los usuarios. Cabe decir que precisamente este artículo llega a constituir el parteaguas de la teoría de los bienes públicos actual que sostiene que sólo la característica de no exclusión se constituye en un serio problema para la provisión de bienes públicos y que, sólo en este supuesto, podría llegar a justificarse su provisión por parte del Estado. Como afirma el propio Demsetz, “While private production of public goods seems feasible, the private production of collective goods for which the cost of excluding nonpurchasers is great, does not seem to be practical”.³⁴²

Así pues, mientras que la no exclusión se llega a constituir en el argumento fuerte para la provisión pública de ciertos bienes o servicios (constituyendo así un verdadero bien público), la no ri-

³³⁹ Holtermann, S. E., “Externalities and Public Goods”, *Economica, New Series*, vol. 39, núm. 153, febrero de 1972, p. 44.

³⁴⁰ Samuelson, Paul, “The Pure Theory...”, *cit.*, p. 389.

³⁴¹ Holtermann, S. E., *op. cit.*, p. 45.

³⁴² Demsetz, Harold, “The Private Production...”, *cit.*, p. 306.

validad no es ya un argumento suficiente para negar la provisión privada de estos bienes o servicios mediante el sistema de mercado. De tal forma que ante aquellos bienes que participen de la característica de no rivalidad, pero que sí admiten la exclusión, la intervención del Estado podría reducirse a la mera subvención o financiación mediante su actividad impositiva, para el caso de que la provisión de dichos bienes o servicios estuviera por debajo del óptimo social.

Por su parte, la característica de la no exclusión hace referencia a que nadie puede ser impedido de participar en los beneficios que el mismo bien o servicio genera, de tal forma que dichos beneficios están disponibles para todo aquel que desea consumirlos una vez que el bien o servicio ha sido producido. Así, los bienes no excluyentes permiten que se beneficien otras personas, a parte del productor (quien cubre los costes fijos), sin que tengan que asumir un coste equivalente a los beneficios percibidos. De hecho, como ya hemos mencionado anteriormente, esta última cualidad de los bienes públicos se constituye en uno de los factores cruciales para determinar qué bienes deben proveerse públicamente, toda vez que se quebranta el presupuesto de la teoría económica del bienestar que concibe a cada individuo como una unidad independiente que recibe los beneficios por los que paga un precio.

En este sentido, la característica de la no exclusión de los beneficios de un bien o servicio genera incentivos perversos para que los consumidores o usuarios no actúen de manera cooperativa, de tal forma que se incrementa la posibilidad de que los esquemas puramente voluntarios de provisión de un bien o servicio de tales características se vean seriamente mermados,³⁴³ a tal grado que a pesar de tratarse de un bien socialmente beneficioso se carece de incentivos claros para su producción privada. Así pues, el problema más serio que se suele imputar a los bienes o servicios no excluyentes es el llamado *free rider* (o problema del usuario gratuito), mismo que consiste en disfrutar del bien o servicio sin asumir coste alguno.³⁴⁴

³⁴³ Véase Mueller, Dennis, "Public Choice...", *cit.*, p. 398.

³⁴⁴ A pesar de que el problema del usuario gratuito ha tratado de demostrarse a través del análisis empírico, la evidencia recabada sigue permaneciendo

En términos generales, de acuerdo con Robert Bush, los problemas del mercado en la provisión de bienes públicos (no excluyentes) se pueden concretar, fundamentalmente, en que cualquier cantidad del bien o servicio que se ofrezca estará automáticamente disponible para cualquier persona que desee utilizarlo; que la restricción de su uso a través de un precio es imposible; que se crean incentivos para esconder las preferencias de los consumidores, a efecto de evitar un posible pago; además de los elevados costes de transacción para revelar las preferencias o formar una colectividad dispuesta a pagar por el servicio.³⁴⁵ De lo cual se deriva que son pocos los incentivos para proveer este tipo de bienes o servicios por el sector privado, a pesar de que se generen beneficios para la sociedad en general, todo lo cual redundaría en un claro problema de mercados incompletos.³⁴⁶

En la práctica puede sostenerse que son muy pocos los bienes públicos puros que presentan en su totalidad las características de no rivalidad y de no exclusión, como acaba admitiendo el propio

inconclusa, toda vez que los resultados que arrojan algunas investigaciones en este campo llegan, incluso, a ser contradictorias. Tal es el caso del trabajo de Kim, O. y Walker, Martin, “The Free Rider Problem: Experimental Evidence”, *Public Choice*, vol. 43, núm. 1, enero de 1984, pp. 3-24, versus Hoffman, Elizabeth, “Public choice experiments”, en Cowen, Tyler y Crampton, Eric, *Market Failure or Success. The new debate*, Cheltenham/Massachusetts, The Independent Institute- Edward Elgar Publishing Limited, 2002. Mientras que el primero de ellos llega a la conclusión de que efectivamente el número de participantes que incurre en un comportamiento no cooperativo es significativo, el segundo llega a un resultado opuesto.

³⁴⁵ Bush, Robert, *op. cit.*, p. 203.

³⁴⁶ Una característica que se suele imputar a los bienes públicos es que el coste marginal de consumo es igual a cero, toda vez que el consumo o uso adicional de una persona no reduce los beneficios del consumo de otros; sin embargo, como advierten Weimer, David y Vining, Aidan, *Policy Analysis. Concepts and Practice*, 2a. ed., Nueva Jersey/London, Englewood Cliff-Prentice-Hall, 1991, pp. 42 y 43, debemos distinguir cuidadosamente entre el coste social marginal de consumo y el coste marginal de producción, toda vez que aún tratándose de bienes públicos puros el coste marginal de producción no es necesariamente cero; sin embargo, para el análisis de los bienes públicos es usual partir de la idea de que la oferta es fija y que el coste marginal de producción es cero, siempre que no se indique lo contrario.

Samuelson, por lo que la teoría económica ha llegado a matizar la teoría de los bienes públicos puros, especialmente por lo que hace a la característica de la no rivalidad.³⁴⁷ Este es el caso de la teoría de los *clubs* de Buchanan, en donde reconoce la existencia de ciertos bienes que, si bien se consumen colectivamente, admiten la exclusión a través de la implementación de un precio, pero que hasta cierto punto presentan una rivalidad parcial.³⁴⁸

El problema que caracteriza a este tipo de bienes, es decir, aquellos que presentan una rivalidad parcial, sea que admitan (como en el caso de los *clubs*) o no la exclusión en su consumo, es la congestión. De acuerdo con Boadway y Wildasin, lo que difiere en el caso del bien público congestionado es el análisis de los efectos de estática comparativa de añadir personas adicionales a la economía, o grupo de usuarios, puesto que el beneficio que cada individuo obtiene del uso de los bienes parcialmente rivales depende del número de usuarios. La propiedad de la congestión implica, de acuerdo con estos autores, que a medida que se añaden más usuarios o se intensifica su uso por algunos de ellos, disminuye el beneficio que los usuarios anteriores obtienen de un nivel dado de producción del bien. Esta reducción de los beneficios por persona tiende a compensar las ventajas generadas por las economías de escala en el consumo del bien público debidas a la participación de los costes, toda vez que en un bien no rival, supuestamente, el coste marginal es cero o cercano a cero. Evidentemente, como puntualizan Boadway y Wildasin, este análisis también sugiere que puede haber un número óptimo de usuarios del bien público congestionado.³⁴⁹

Ahora bien, tanto el problema del usuario gratuito (mismo que deriva de la característica de no exclusión) como el problema de la congestión (atribuido a los bienes parcialmente rivales), se encuentran presentes en el sistema de impartición de justicia y la asistencia jurídica gratuita puede contribuir a su acentuación, toda vez que

³⁴⁷ Samuelson, Paul, "The Pure Theory...", *cit.*, p. 356.

³⁴⁸ Véase Buchanan, James, "An Economic Theory of Clubs", *Economica*, vol. 32, núm. 125, febrero de 1965, pp. 1-14.

³⁴⁹ Boadway, Robin y Wildasin, David, *op. cit.*, pp. 145 y ss.

al implicar una reducción en el coste total de litigar crea incentivos para su consumo. Antes de profundizar en esta idea, misma que nos llevará a determinar la conveniencia del alcance de su prestación, conviene a nuestros intereses trasladar la teoría de los bienes públicos puros al campo de la provisión de la justicia, no sin antes advertir que esta traslación presenta serias aristas que conviene detallar.

La primera obedece a la propia concepción de la impartición de justicia, pues no es lo mismo considerar a la justicia como un servicio para la resolución de conflictos jurídicos particulares, como en el caso de la justicia civil o mercantil; a lo que podría ser la justicia considerada como sinónimo de castigo por irrumpir el orden social, tal como ocurre en el orden penal; o en su sentido más clásico, atribuido a Ulpiano, donde *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo que le corresponde).

Cabe decir que la discusión teórica en torno a la concepción de la provisión de la justicia como un posible bien privado (no así como un bien público), esto es, en términos económicos, se centra prioritariamente en el primer supuesto, especialmente tratándose de conflictos del orden civil y mercantil, puesto que en el segundo y el tercer supuesto, que comprenden tanto el orden penal como el sentido más elevado del concepto de justicia en el derecho natural, respectivamente, el papel del Estado en la impartición de justicia no está a discusión, a pesar de que hace ya algún tiempo algunos autores, como Landes y Posner, sugirieran la posibilidad de un mercado compuesto por jueces y abogados privados que resolvieran conflictos tanto civiles como penales.³⁵⁰ Prácticamente es una posición unánime, propia de cualquier Estado de derecho, que al Estado le corresponde proveer la infraestructura y el capital hu-

³⁵⁰ La premisa de la que parten Landes, William y Posner, Richard, *op. cit.*, p. 235, para considerar si la justicia puede ser vista como un bien privado, sea en el orden civil o criminal, es que sólo algunos economistas y abogados se han percatado de que la provisión de los servicios judiciales precede, incluso, a la formación del Estado; además de que algunas cortes o tribunales públicos presentan importantes características de instituciones privadas.

mano necesario para determinar la falta o culpabilidad de quien presuntamente ha infringido la ley y, con base en ello, determinar lo que le corresponde.³⁵¹

En este sentido, la justicia penal y el ideal de justicia pueden considerarse como verdaderos bienes públicos en los que no cabe la exclusión, sea por un mero imperativo legal (que dispone que está prohibida la justicia por propia mano y se combate la impunidad y la ilegalidad en cualquiera de sus manifestaciones) o, más importante aún, por su propia naturaleza, dados los beneficios colectivos que se le atribuyen, tales como el orden social, los desincentivos para infringir la ley, la seguridad jurídica, entre otros. Evidentemente, en estos supuestos quien recibe los beneficios del servicio de justicia es la sociedad en general y no así el individuo que es sometido a proceso. En consecuencia, la justicia así entendida cumple tanto con el requisito de la no exclusión, en el sentido de que nadie puede sustraerse a la justicia de manera voluntaria, como con el requisito de la no rivalidad de los beneficios (ello con independencia de los beneficios particulares que obtienen quienes se han visto resarcidos en su derecho o, en su caso, la víctima o sus familiares, pues en ambos casos estos beneficios privados se asumen menores, al menos, por lo que hace a la justicia penal, en aquellos delitos que se persiguen de oficio como el narcotráfico, el genocidio, el terrorismo, la trata de humanos, entre otros).

Esta visión de la justicia como un bien público permite entender de una manera coherente el modelo predominante asociado a la administración de justicia, mismo que consiste en un servicio provisto por funcionarios remunerados por el Estado y financiado con cargo al Erario Público y sin barreras aparentes de acceso, como lo sería, por ejemplo, un sistema de precios. De hecho, en estos casos, la asistencia jurídica gratuita queda plenamente justificada,

³⁵¹ Dentro de estas categorías que nos permiten distinguir las diferentes percepciones respecto del concepto de administración de justicia también cabe la justicia constitucional, toda vez que la misma adquiere un carácter prioritariamente público frente a lo que sería, por ejemplo, la justicia civil o mercantil que adopta más un carácter privado.

precisamente, para hacer de la característica de la no exclusión una realidad.

Sin embargo, en un sentido diverso, gran parte de la doctrina ha llegado a cuestionar esta conceptualización tradicional de la administración de justicia como bien público, sea para circunscribirla tan sólo a una parte de ella (tratándose de conflictos de orden público sin comprender los conflictos de orden privado) o, incluso, para negar que posea tal carácter.³⁵² Como hemos señalado este cuestionamiento suele centrarse en la idea de que la justicia es un servicio destinado a la resolución de conflictos jurídicos, preferentemente en el orden civil y mercantil, en el cual los beneficios producidos se irradian principalmente a las partes en conflicto y, por ende, que puede llegar a constituirse en un servicio producido y financiado por los particulares. No se desconoce que la solución de conflictos por la vía jurisdiccional genera importantes beneficios sociales, pero en estos supuestos más que tratarse analíticamente como un bien público puro se trata como un servicio que genera importantes efectos secundarios (o externalidades positivas).

De tal forma que en la provisión de la justicia civil y mercantil existen claros beneficios privados por los cuales las personas interesadas estarían dispuestas a pagar un precio (siempre que éste sea menor al coste total de litigar). No está por demás especificar que esta situación es la que permite que exista tanto el mercado de servicios jurídicos como, más importante aún, los medios alternativos de solución de conflictos llevados a cabo a través de particulares que fungen como mediadores, gestores, árbitros, por mencionar algunos.

La presencia de beneficios privados significativos en la resolución de los conflictos jurídicos hace materialmente posible que algunas personas sean excluidas de este servicio mediante la imposición de un precio. De hecho en algunos países, como es el caso de España, la tendencia dominante consiste en implementar mecanismos ra-

³⁵² Véase Landes, William y Posner, Richard, *op. cit.*, pp. 235 y ss.; Bush, Robert, *op. cit.*, pp. 214 y ss.; Provine, Doris Marie y Scron, Carroll, "Privatization of Judicial Services", *Journal of Public Administration Research and Theory*, vol. 1, núm. 3, julio de 1991, pp. 319 y ss.

cionadores del servicio tales como la tasa judicial. Evidentemente, el argumento fuerte para sostener la implementación de un precio (adicional al coste que supone la contratación de servicios privados necesarios para la litigación, como la abogacía y la procuración) reside en la necesidad de disminuir la demanda de tutela judicial ante el reconocimiento generalizado de que la administración de justicia es un bien congestionado, esto es, que en cualquier caso sólo se trataría de un bien con una no rivalidad parcial.

Así pues, en el supuesto en el que nos encontramos, la administración de justicia concebida como un servicio para resolver conflictos jurídicos del orden civil y mercantil puede constituirse tanto en un servicio a cargo del Estado (en el que materialmente es posible la exclusión y, por ende, no se ajusta a la teoría de los bienes públicos)³⁵³ como en un bien privado donde el servicio se preste por los particulares (con la necesaria excepción que plantea el monopolio del poder coactivo del Estado).³⁵⁴

Como afirma Holtermann, el factor fundamental aquí consiste en la distinción entre la disponibilidad u *output* del bien o servicio público y la utilización del mismo.³⁵⁵ En el caso de la justicia, tanto la disponibilidad como la utilización del aparato jurisdiccional se encuentran, aunque como factores separados, en las funciones de utilidad de los individuos; sin embargo, mientras que el solo hecho

³⁵³ En este caso, la justificación para que la administración de justicia se provea por el Estado no reside tanto en la teoría de los bienes públicos, sino en la existencia de importantes externalidades positivas.

³⁵⁴ Pastor Prieto, *op. cit.*, pp. 12 y ss., ha sido un acérrimo defensor de la inclusión de tasas judiciales en el sistema de impartición de justicia español. Su posición ha sido adoptada por otros juristas como es el caso de Mery, Rafael, "Tasas judiciales: una alternativa para la justicia civil", *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE), Annual Papers, Berkeley Program in Law and Economics*, 26 de abril de 2010, pp. 5 y 6, quien sostiene que "la implementación de una tasa judicial regula el acceso a la justicia al conseguir la internalización por parte del litigante de todos los costos y beneficios que su decisión de recurrir al sistema judicial provoca en la sociedad, evita el uso excesivo de la litigación y aporta en el financiamiento de la administración de justicia". Cabe advertir que ambos autores hacen referencia a los juicios de carácter civil y mercantil.

³⁵⁵ Holtermann, S. E., *op. cit.*, p. 81.

de que la administración de justicia esté disponible para quien decida acudir a ella puede tratarse propiamente como un bien público, y por ende, se justifica, en términos económicos, la provisión del Estado (ello con independencia de que existan mecanismos de solución de conflictos alternos de carácter privado), su utilización en lo individual, y sólo para el caso del demandante, puede ser tratada como un bien privado.

Efectivamente, en cuanto a la utilización del servicio de justicia, la situación cambia radicalmente según el supuesto legal en el que se encuentra el usuario, esto es, si se trata del demandante o del demandado. Lo dicho anteriormente respecto a la posibilidad de tratar a la administración de justicia como un bien privado podría aplicarse para el caso del demandante, quien tiene la opción de elegir si acude o no al aparato jurisdiccional y, por ende, si asume o no el coste total de litigar; sin embargo, cuando se trata del demandado no hay opción alguna, en cuyo caso no puede ser excluido de la justicia. Sólo en este supuesto podría tratarse de un bien o servicio no excluyente.

Así pues, la teoría de los bienes públicos sólo admite una aplicación parcial respecto del servicio de administración de justicia, tanto por lo que hace a la característica de la no exclusión como por lo que se refiere a la no rivalidad de los beneficios ante el fenómeno de la congestión.

En este sentido, la asistencia jurídica gratuita, que en sí misma conlleva por su propia naturaleza la característica de no exclusión (pero que, a su vez, favorece el incremento del problema de congestión en los servicios de tutela judicial), sólo podría justificarse parcialmente a través de la teoría de los bienes públicos. De ahí que más que encontrarse justificada en estos términos, especialmente para el caso de la justicia civil o mercantil donde los beneficios privados adquieren mayor relevancia que permiten la creación de mercados que presten el servicio de solucionar conflictos jurídicos, se constituye en una forma de excepción a la posibilidad de excluir a las personas a través de la implementación de un precio, pues su sola presencia, cuando la misma tiene un campo de aplicación universal, podría convertir a la administración de justicia en

un servicio no excluyente (aunque sí parcialmente rival a través del fenómeno de la congestión de los servicios jurisdiccionales).

De esta forma, como ponen de manifiesto Goldin y Bush, más que aplicar la teoría de los bienes públicos para el caso de la administración de justicia (y con ello la asistencia jurídica gratuita), pues las excepciones poco confirman una regla general, resultaría más conveniente resolver la disyuntiva de si socialmente queremos concederle igual acceso a todas la personas (en cuyo caso adquiriría la característica de no exclusión propia de los bienes públicos) o, si por el contrario, queremos hacer que el bien esté disponible sólo para unos cuantos (aquellos que más valoran el bien o servicio y que pueden pagar el precio correspondiente).³⁵⁶ Evidentemente, la solución de esta disyuntiva escapa del alcance de la teoría de los bienes públicos para adentrarnos más en el terreno de otros conceptos como la equidad, la solidaridad social o la justicia, entre otros.

Con todo, no debemos perder de vista que la impartición de justicia genera importantes externalidades positivas o beneficios sociales que se irradian prácticamente a toda la sociedad, por lo que su tratamiento analítico más que descansar en herramientas propias de la teoría de los bienes públicos puede avocarse al estudio de estos beneficios, así como de otros argumentos de ineficiencia, especialmente por lo que hace a los mercados incompletos, a los que nos hemos referido con anterioridad, a efecto de justificar la necesaria mano del Estado.

VII. ARGUMENTOS DE EQUIDAD

La motivación para la intervención del Estado a través de mecanismos de asistencia jurídica gratuita, en los términos que hemos analizado hasta el momento, ha descansado en la premisa de que

³⁵⁶ Véase Goldin, Kenneth, "Equal Access vs. Selective Access: A Critique of Public Goods Theory", en Cowen, Tyler (ed.), *Public Goods and Market Failures: A Critical Examination*, Nueva York, Transaction Publishers, 1991, p. 69, y Bush, Robert, *op. cit.*, p. 205.

existen serias imperfecciones del mercado que nos colocan en una situación ineficiente en el sentido de Pareto, misma que se refleja en la creación de obstáculos económicos para el acceso a la justicia; sin embargo, el solo hecho de considerar como necesaria la instrumentación de mecanismos que permitan un acceso generalizado a la justicia ya lleva implícito un juicio de valor que, por definición, escapa del alcance de la economía en su sentido positivo. La sola proposición que afirma que todos deben de acceder a la justicia en condiciones de igualdad incluye juicios de valor que apelan directamente a la responsabilidad de la sociedad jurídicamente organizada y que, en cierto sentido, descansan en criterios que, como la equidad, hacen referencia a los últimos fundamentos de las cuestiones redistributivas.

Así pues, aquí ya no se trata de analizar las causas que provocan la existencia de mercados incompletos ni de verificar su imposibilidad para asignar de manera eficiente los recursos, sino de valorar, por una parte, hasta dónde el acceso a la justicia, concebido como el objetivo fundamental de la asistencia jurídica gratuita, responde a un criterio de equidad que se ajuste a los ideales de la sociedad, y por la otra, determinar hasta dónde es posible justificar, en estos términos, el papel del Estado como mecanismo redistribuidor que promueva tal objetivo.

Sobre este primer aspecto cabe destacar que el acceso a la justicia, ya sea entendida en su sentido lato, esto es, como la capacidad para solucionar adecuadamente un conflicto jurídico cualquiera que éste sea o, en un sentido restringido, como la mera posibilidad de acceder a los tribunales, tiene un significado normativo diferente de la asignación de otro tipo de bienes o servicios ordinarios. De hecho, cualquier concepción sobre la justicia hace referencia a los derechos y libertades del individuo por el solo hecho de ser personas; además, las teorías más influyentes sobre la justicia distributiva, como la de John Rawls, reconocen que el acceso a la justicia constituye una de esas situaciones en las que los individuos están legitimados para exigir una plena igualdad frente a otros. Hasta cierto punto, lo mismo puede decirse respecto de Nozick para quien la rectificación de una injusticia en las formas de adquisición o trans-

ferencia de propiedad, como podría ser el robo, fraude, la esclavitud o la coerción, entre otras, constituye uno de los tópicos más importantes en su sentido de la justicia distributiva.³⁵⁷ Sin duda alguna, en estos casos, el acceso a la función jurisdiccional podría constituirse en el derecho más efectivo para dilucidar, conforme a la información histórica a la que el propio Nozick se refiere, la legitimidad en los procesos de adquisición y transmisión de ciertos bienes o derechos y, en su caso, determinar cuál ha de ser la forma de proceder para dicha rectificación.

Así pues, a pesar de que existen diversas corrientes ideológicas que llegan a rivalizar en cuanto a la extensión de las funciones o tareas del Estado, poco se discute que el acceso a la justicia sea un objetivo a perseguir en todos los Estados que adopten un modelo democrático de derecho, toda vez que este concepto resulta aplicable aun a los criterios de justicia más exigentes, como podría ser la igualdad de oportunidades o, simplemente, la defensa de los derechos fundamentales en su sentido tradicional. De ahí que el debate se cierna no sobre el objetivo de justicia social a perseguir consistente en el acceso a la justicia, sino sobre sus aporías, entre las que destaca la elección del mecanismo adecuado para garantizar un efectivo acceso a la justicia y la forma y el alcance de su propia configuración. Como apunta Mishan “True, all members of society may not, at any given time, be wholly in agreement about the exact limits to be set on income variations, or about the shape of an ideal tax structure”.³⁵⁸ Así pues, nadie niega la importancia de conceder un acceso a la justicia a todo aquel que se vea en la necesidad de defender sus intereses jurídicamente tutelados; sin embargo, el alcance y la propia configuración de mecanismos que impliquen una cierta redistribución de los recursos, como es el caso de la asistencia jurídica gratuita, es motivo de serias disquisiciones que oscilan entre la aplicación de criterios que promueven su expansionismo o, por el contrario, que defienden su carácter res-

³⁵⁷ Nozick, Robert, “Distributive Justice”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 3, núm. 1, otoño, 1973, p. 49.

³⁵⁸ Mishan, Ezra, “The Futility of Pareto-Efficient Distributions”, *The American Economic Review*, vol. 62, núm. 5, diciembre de 1972, p. 976.

trictivo. Precisamente, es un sentido de equidad el que lleva a la sociedad a reconsiderar en un determinado tiempo la conveniencia de los mecanismos adoptados.

De esta forma, si consideramos que el objetivo perseguido propiamente dicho consiste en el acceso a la justicia, la asistencia jurídica gratuita se constituye tan sólo en un mero mecanismo redistributivo creado con el fin de promover dicho objetivo y no como un objetivo en sí mismo. De ahí que su propia existencia y el alcance de esta prestación sea susceptible de modificarse, pues si bien la eficiencia y la equidad sugieren su propia conveniencia, ninguno de estos criterios impide su reconfiguración e, incluso, la consideración de nuevos mecanismos alternativos que la substituyan.

Sin embargo, por lo que hace a su propia existencia, cabe decir, de acuerdo con lo antes visto, que hasta el momento no existe un mecanismo perfectamente sustitutivo de esta institución. Si bien el esquema de seguros legales, el cobro de cuotas contingentes por parte de los profesionales del derecho y los mecanismos alternativos de solución de conflictos, como el arbitraje y la mediación, redundan en claras ganancias de eficiencia y, por ende, en claros beneficios para la sociedad, el obstáculo económico y la exclusión de algunas personas para el acceso a la justicia permanece, ya sea por su incapacidad económica (pues ninguno de ellos supone la gratuidad) o porque los prestadores de los servicios jurídicos o las propias aseguradoras tienen la facultad de elegir a sus clientes (lo que podría suponer la exclusión de aquellas personas que impliquen un mayor riesgo dada su situación económica o, incluso, por la propia naturaleza del caso).

Ahora bien, una cuestión diferente se presenta por lo que se refiere a su propia configuración en donde los esquemas adoptados (sea en la provisión del servicio o, incluso, en la administración y control del mismo) y el alcance de la prestación (que va desde la determinación de los criterios de elegibilidad, las materias que podrían estar comprendidas hasta los incentivos económicos dirigidos a fomentar la calidad del servicio profesional), presentan grandes divergencias motivadas en gran medida por las diferencias en los conceptos de justicia y equidad que presentan las diversas es-

cuelas del pensamiento filosófico y por las cambiantes tendencias ideológicas de cada país. Una vez más cabe considerar la postura de Nozick, para quien las posturas igualitarias basadas en las diferencias presentes, como podría ser la riqueza, no constituyen un criterio adecuado para justificar una posible redistribución, pues, como él mismo destaca, el cambio de una distribución a otra estructuralmente idéntica podría violar los títulos legítimos o merecimientos de algunas personas, toda vez que dicho cambio podría resultar ajeno a los hechos históricos, que incluyen, entre otros, el aprovechamiento de los talentos y habilidades, y el uso de los recursos disponibles.³⁵⁹ Lo mismo cabe decir de Hayek, quien objeta a toda costa los intentos por imponer deliberadamente a la sociedad ciertos criterios distributivos bajo argumentos de igualdad o desigualdad.³⁶⁰ En el fondo, la idea que rechazan dichos autores y que trae como consecuencia el rechazo a cualquier mecanismo redistributivo, como la asistencia jurídica gratuita, consiste en la imposición de ciertas cargas a algunas personas para financiar a otras que se consideran (bajo determinados patrones previamente establecidos) desiguales, pues a fin de cuentas el peso económico de la redistribución descansa no en el Estado, sino en los propios particulares (contribuyentes) que a través de su esfuerzo y dedicación han logrado obtener sus ingresos.

Sin embargo, como el propio Nozick señala, su teoría (misma que incita al Estado mínimo) no puede ser utilizada “para condenar cualquier esquema particular de transferencias o subsidios, a menos que sea claro que no existe ninguna consideración de rec-

³⁵⁹ Nozick, Robert, “Distributive Justice...”, *cit.*, p. 51. Existe un posible dilema en el pensamiento de este autor, ya que, por una parte, sostiene la idea de rectificar las injusticias cometidas en los procesos de apropiación o de transmisión de bienes o derechos, pero, por otra parte, critica todos aquellos criterios basados en juicios de valor que justifican la creación de mecanismos redistributivos basándose en las diferencias presentes, como podría ser la riqueza frente a la pobreza. Así, surge una interrogante a la que el propio Nozick no da respuesta ¿cómo podrían los pobres buscar una rectificación a la injusticia de su situación si carecen de los medios económicos para ello?

³⁶⁰ Hayek, F. A., *The Constitution of Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 1972, p. 87.

tificación de una injusticia que lo justifique”.³⁶¹ En este sentido, ¿podríamos negar que la asistencia jurídica gratuita pretende constituirse en un claro mecanismo creado para facilitar la rectificación de posibles injusticias cometidas contra aquellos que se encuentran económicamente imposibilitados para defender sus legítimos intereses? De ahí que podamos sostener que ni aún las ideas más libertarias, como la de Nozick, que debilitan la función del Estado en su papel redistributivo, sirvan de fundamento contundente para negar la necesidad de contar con ciertos mecanismos que, como la asistencia jurídica gratuita, promuevan el acceso a la justicia, lo cual no obsta para considerar, bajo esta postura, la idea de retomar el sentido tradicional de la asistencia jurídica gratuita concebida bajo criterios propios del altruismo y la caridad, en cuyo caso su prestación depende de la voluntad de los particulares o, en su caso, limitar su prestación a los casos de extrema pobreza.

Así pues, podemos decir que en la actualidad prácticamente existe un punto de común acuerdo en todas las naciones civilizadas, adoptado conforme al sentido más elemental de equidad, consistente en la idea de garantizar una asistencia jurídica dirigida a las personas de escasos recursos que efectivamente demuestren su situación de pobreza, bajo la presunción de su incapacidad económica para sufragar los gastos propios del litigio. Pero el problema reside aún en determinar cómo se deben organizar dichos mecanismos de asistencia jurídica, pues nada, hasta el momento, justifica que sea a través del papel redistribuidor del Estado. De hecho, como afirma Mishan, por centurias, por milenios, los pobres han recibido ayuda asistencial, sea en dinero o en especie, de aquellos que están en una mejor posición, esto es, a través de la caridad concebida como una obligación moral.³⁶² De ahí que convenga cuestionarse hasta dónde correspondería efectivamente al Estado responder por esta situación.

Así pues, aquí ya no se trata tanto de justificar el papel del Estado, en términos de eficiencia, en la asignación de recursos, sino,

³⁶¹ Nozick, Robert, “Distributive Justice...”, *cit.*, p. 126. La traducción es nuestra.

³⁶² Mishan, Ezra, “The Futility...”, *cit.*, p. 972.

de acuerdo con su papel redistribuidor, para alcanzar mejoras en la distribución de los recursos, a efecto de garantizar un acceso generalizado a la justicia.

Para ello es necesario destacar que existen pocos puntos de común acuerdo respecto del papel redistributivo del Estado. Si bien la postura general es que hay razones para que el Estado juegue un papel en la economía y en la distribución de los recursos, esto no significa que dicho papel, ni por su volumen ni por la forma que adopta, quede automáticamente justificado.

Ciertamente, la doctrina económica moderna reconoce determinados ámbitos de relevancia económica en los cuales se considera necesaria la “mano visible” del Estado, concretamente nos referimos a la capacidad del Estado para administrar y regular los intereses contradictorios de los distintos grupos sociales que presentan objetivos y pesos diferentes, de tal forma que mediante dicha intervención se logren atenuar, si no eliminar, las estructuras asimétricas de los poderes políticos y económicos;³⁶³ también hemos de mencionar a la capacidad de atender las necesidades básicas de bienestar social, la representación de minorías, los derechos humanos, entre otros. Si bien existe un amplio consenso en estas materias —baste mencionar a Buchanan, a Sen, Stiglitz, Acocella, entre otros—,³⁶⁴ también se incrementan las discusiones, debates y controversias respecto de su contenido y alcance.

Por otra parte, como hemos puntualizado anteriormente, el reconocimiento generalizado de las imperfecciones del mercado se convierte en uno de los principales argumentos bajo los cuales se sustenta la posibilidad de intervención estatal, entre las que cabe destacar las pautas de justicia social y, con ella, la equidad. Uno de los más exitosos acercamientos al análisis del Estado, aunque con

³⁶³ Véase Ayala Espino, José Luis, *Límites del mercado y límites del Estado. Ensayos sobre economía política del Estado*, México, Instituto Nacional de Administración Pública, 1992.

³⁶⁴ Buchanan, James, “Sector público versus sector privado...”, *cit.*, pp. 12 y ss.; Sen, Amartya, *Desarrollo y libertad*, trad. de Esther Tabasco y Luis Toharia, Barcelona, Planeta, 2000; Stiglitz, Joseph, “Sobre el papel económico...”, *cit.*, y Acocella, Nicola, *op. cit.*

algunas carencias imposibles de evadir, ha sido el que nos proporciona la economía del bienestar en la forma de la teoría de las imperfecciones del mercado. En esencia, el paradigma de dichas imperfecciones examina la operación de la economía y prescribe la intervención gubernamental cuando el mercado fracasa no sólo por lo que hace a los criterios de eficiencia, sino también por lo que se refiere a la equidad. El Estado tiene, tradicionalmente, un papel económico importante en la solución que muestran los mercados, de hecho, como afirma Albi, lograr que ese remedio no sea sólo potencial, sino que se convierta en realidad, legitima buena parte de la actividad del sector público.³⁶⁵

De esta forma, la posibilidad de que el Estado intervenga en la economía con el objeto de subsanar las imperfecciones del mercado implica por lo menos dos ámbitos de intervención: 1) la asignación eficiente de los recursos, si y sólo si mejora con ello la eficiencia económica, y 2) para fomentar la equidad a través de sus políticas redistributivas.³⁶⁶

En las sociedades modernas, los criterios de eficiencia y equidad no se defienden de manera excluyente, sino que, por el contrario, ambos cobran relevancia, constituyéndose así en principales objetivos comunes de la política económica. Se reconoce casi de manera unánime que el mercado es ineficaz para provocar una distribución equitativa de la riqueza o, en su caso, de manera más amplia, atender aspectos relevantes a la dignidad humana, dados sus límites naturales, por lo que se atiende a la introducción de otros instrumentos que permitan elevar el nivel de justicia social, que en la mayoría de los casos coincide con el reconocimiento de la necesaria intervención del Estado, a través de sus políticas de trans-

³⁶⁵ Albi Ibáñez, Emilio, *Público y privado...*, cit., pp. 105 y 106.

³⁶⁶ Normalmente, también se le reconocen al Estado funciones de “coordinación macroeconómica”, tales como el pleno empleo en condiciones de estabilización y crecimiento económico, entre otros, que omitimos por razones de delimitación en nuestro trabajo de investigación, pero que conviene tener presentes. Esto coincide con la división tripartita de Musgrave, en su obra clásica sobre la política fiscal, respecto de las funciones o políticas del Estado: 1) políticas de estabilización, 2) medidas sobre distribución de rentas y 3) la asignación de recursos.

ferencias y subsidios. En otras palabras, se trata de que el Estado garantice un nivel de vida o bienestar a los ciudadanos, poniendo una red protectora que aminore las desigualdades. Como afirma Rodríguez López:

En estas circunstancias, únicamente la intervención de una institución externa al mercado podría, por medio del cambio en la definición de derechos o aplicando instrumentos de ingresos y gastos, ser capaz de desarrollar medidas dirigidas a aumentar la equidad. La naturaleza de las tareas requeridas convierte al Estado en el candidato ideal para realizar esta labor aunque, lógicamente, ello no justifica que lo haga.³⁶⁷

En ese sentido, podemos afirmar que la asistencia jurídica gratuita, por tratarse de una institución que, al menos en principio, favorece parcialmente el saneamiento de ciertas imperfecciones del mercado tanto por lo que hace a criterios propios de la eficiencia en el sentido de Pareto, como por lo que se refiere a criterios propios de la equidad a través de la promoción del acceso generalizado a los esquemas de justicia,³⁶⁸ encaja perfectamente en aquellas funciones que se confían al Estado, aún cuando su alcance y configuración sean motivo de disquisiciones periódicas.

Ahora bien, independientemente del alcance de la asistencia jurídica gratuita y de la posibilidad de expandirse o contraerse en un determinado sistema jurídico, tema que reservaremos para el análisis del modelo español en nuestro apartado constitucional, cabe decir que, desde la perspectiva económica, la inclusión de criterios de equidad no deja de presentar algunas reticencias motivadas fun-

³⁶⁷ Rodríguez López, Fernando, “Altruismo y equidad en la caverna de los economistas”, en Sánchez Macías, José Ignacio *et al.* (coords.), *Economía, derecho y tributación: estudios en homenaje a la profesora Gloria Begué Cantón*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2005, p. 443.

³⁶⁸ Siempre bajo la presunción genérica de que los beneficios sociales son mayores a los costes sociales que supone la asistencia jurídica gratuita. La demostración empírica de tal premisa tendría que atender al análisis concreto del sistema de asistencia jurídica adoptado conforme a un modelo específico.

damentalmente en el posible distanciamiento del análisis objetivo y, por ende, científico.³⁶⁹

No obstante, algunos economistas se han esforzado en formalizar su inclusión a través de la construcción de ciertas funciones de bienestar social que hagan operativos este tipo de criterios, que van desde las versiones ya tradicionales, como la de Bergson³⁷⁰ y Samuelson,³⁷¹ hasta versiones más modernas que reformulan las

³⁶⁹ Mishan, Ezra, "The Futility...", *cit.*, pp. 594 y ss., destaca la inoperatividad que supone la inclusión de criterios de equidad en el análisis económico. Ello no significa que desconozca su relevancia, pero sí que supone un tratamiento en el que la economía puede tornarse insuficiente.

³⁷⁰ Bergson, Abram, "A reformulation of certain aspects of welfare economics", *Quarterly Journal of Economics*, vol. 52, núm. 2, febrero de 1938, pp. 310 y ss., postulaba la necesidad de aceptar de manera expresa los juicios de valor como forma de desarrollar funciones de indiferencia. Su propuesta, reformulada por Samuelson en 1947, fue objeto de severas críticas, entre ellas, cabe mencionar el teorema de la imposibilidad de Arrow, al que ya nos hemos referido con anterioridad.

³⁷¹ Samuelson, Paul, *Fundamentos del análisis económico*, 3a. ed., trad. de Uros Basic, Buenos Aires, El Ateneo, 1971, pp. 209-261, ha elaborado una pequeña reseña histórica respecto del tratamiento que ha recibido la equidad en la teoría de la economía del bienestar, dentro de la cual cita a autores (como es el caso de Walras) que han llegado a afirmar que la competencia perfecta mejora la situación de "cada" individuo o, sin llegar tan lejos, otros que señalan que dicha competencia perfecta no mejora propiamente la situación de cada individuo, sino que "la suma total de satisfacciones" es máxima, que la competencia perfecta eleva al máximo la renta de todos los individuos. Evidentemente, como reconoce el propio Samuelson, citando a Marshall y Wicksell, las dos posturas anteriores no toman en consideración la distribución existente de riqueza y capacidad, lo que da lugar a que el proceso de imputación en el marco de la competencia suela dar origen a grandes desigualdades en la distribución personal de la renta. Por otra parte, continuando con la reseña histórica de Samuelson, otros autores como Bastiat adoptan una posición más rígida, sosteniendo que la distribución de los ingresos en competencia es efectivamente equitativa y óptima. Bastiat esperaba poder demostrar que la competencia conduciría a una cantidad de utilidad y gozo siempre mayor. Finalmente, Samuelson cita a economistas de la talla de Pareto y Barone, quienes analizan las condiciones óptimas, definidas por Pareto como aquellas que cuentan con "el requisito de que no debería existir ninguna variación o movimiento susceptible de mejorar la situación de cada uno", y que llevan a un *maximum d'utilité collective*, independientemente de la distribución del ingreso e inclusive de la verdad, si no se consideran comparables las utilidades de diferentes individuos.

anteriores, tales como las que proponen Carlos Romero³⁷² y Kaplow y Shavell.³⁷³

Por lo general, la construcción de los economistas, desde la perspectiva de la economía del bienestar, de un método objetivo que sirva para diseñar y adoptar ciertas políticas públicas de carácter redistributivo, como es el caso de la asistencia jurídica gratuita, descansa en la premisa de que dichas políticas deben depender exclusivamente en sus efectos sobre el bienestar individual (o social) y, en consecuencia, no deben basarse en el otorgamiento de un peso específico de alguna concepción de justicia distributiva o equidad. Se entiende que este tipo de conceptos ya van inmersos en el propio bienestar social, toda vez que ninguna sociedad está dispuesta a concebirse a sí misma como una sociedad injusta o inequitativa. En este sentido, la asistencia jurídica gratuita admite una amplia justificación.

En primer lugar, porque el deseo de que todas las personas tengan la posibilidad de acceder a la justicia, independientemente de su situación económica puede constituirse en uno de esos factores intangibles que son relevantes para la economía del bienestar, pues el gusto o deseo por el acceso a la justicia para todos no es indiferente al bienestar que proporciona algún otro bien material, especialmente cuando las personas presentan sentimientos de simpatía hacia aquellos que se encuentran en situaciones menos afortunadas. En segundo lugar, porque la asistencia jurídica implica un proceso redistributivo y, como afirman Kaplow y Shavell (2001), la redistribución que beneficie a los más pobres tiende por lo general a incrementar el bienestar social, siempre que se asuma que la utilidad marginal del ingreso es decreciente de acuerdo con el nivel de ingreso, de tal forma que la utilidad marginal es mayor en los más pobres. Finalmente, en tercer lugar, la asistencia jurídica constituye una de esas políticas que otorgan un mayor peso al bienestar de los menos favorecidos frente a los más favorecidos, en cuyo caso

³⁷² Romero, Carlos, "A Note on Distributive Equity and Social Efficiency", *Journal of Agricultural Economics*, vol. 52, núm. 2, mayo de 2001, pp. 108 y ss.

³⁷³ Kaplow, Louis y Shavell, Steven, "Fairness versus Welfare", *Harvard Law Review*, vol. 114, núm. 4, febrero de 2001, pp. 961 y ss.

el bienestar social tiende a ser mayor (independientemente de si la utilidad marginal del ingreso es mayor para los más pobres que para los ricos).

De ahí que tanto las posturas tradicionales que tienden a separar los criterios de eficiencia y equidad, y concederles un peso específico a cada uno de ellos para la determinación de las políticas públicas, como las posturas que encuentran su fundamento exclusivamente en la economía del bienestar y desechan la posibilidad de adoptar alguna noción que no esté referida al bienestar de los individuos, puedan efectivamente constituirse en verdaderos fundamentos de la asistencia jurídica gratuita. Por una parte, la asistencia jurídica gratuita se ajusta a cualquiera de las nociones más elementales de justicia distributiva o equidad, y por la otra, se constituye en un claro mecanismo redistributivo que se relaciona con el incremento del bienestar de los individuos y de la colectividad.³⁷⁴

De todo lo anterior podemos colegir que mientras las teorías de la justicia distributiva, tales como la de Rawls o, incluso, la de Nozick, sirven para desarrollar ciertos principios que permiten establecer en qué circunstancias los individuos están legitimados para

³⁷⁴ Hadfield, Gilian, *op. cit.*, p. 1000, introduce una nueva interrogante al análisis de la aplicación de criterios de equidad y de justicia social respecto de la asistencia jurídica gratuita, ¿es posible justificar en estos términos el acceso de las personas jurídicas al beneficio de justicia gratuita? Al respecto, el autor sostiene que mientras los individuos invocan aquellos aspectos del sistema legal relativos a los derechos individuales, a la solución de conflictos personales, a la forma de gobernar conforme a los valores democráticos y al control social; las personas jurídicas, principalmente aquellas que atienden a fines de lucro, están especialmente interesadas en la conducción y manejo de la economía y en las relaciones corporativas, sea en la solución de conflictos entre los propios competidores en el mercado como entre los propios oferentes y demandantes. En otras palabras, mientras que los individuos invocan “la justicia” plasmada en el sistema legal, las personas jurídicas presentan una preocupación preponderantemente enfocada a aspectos estrictamente “económicos”; sin embargo, como el propio Hadfield especifica, para el caso de las personas jurídicas es necesario tomar en consideración que las personas jurídicas están compuestas por individuos, y por ende actúan a través de la conducta de sus miembros y se financian con los recursos o aportaciones individuales de sus miembros o accionistas. No obstante, las personas jurídicas no son miembros de la sociedad civil, sino instrumentos de la misma.

exigir una situación de igualdad frente a otros o, en su caso, establecer en qué casos las diferencias están justificadas; la fusión de criterios de eficiencia y equidad que redunden en el incremento del bienestar de la sociedad justifican la promoción de ciertas políticas redistributivas. En ambos casos, la asistencia jurídica gratuita se ajusta al objetivo perseguido. De manera adicional, el criterio de eficiencia en el sentido de Pareto permite, por una parte, diseñar los mecanismos más adecuados para que los recursos disponibles reciban un provecho mayor, y por la otra, a través del análisis económico de las imperfecciones del mercado, permite especificar aquellos casos en los que la asignación de recursos propia del mercado no se ajusta al objetivo del acceso a la justicia para todos.

Esto se traduce en que mientras los principios de justicia distributiva aclaman por el acceso a la justicia para todos, con plena igualdad de armas entre los oponentes, la eficiencia da lugar a serias disquisiciones respecto del modelo de asistencia jurídica gratuita que resulta más conveniente, además de permitir verificar cómo la asignación de recursos propia del mercado, especialmente el que corresponde a los servicios legales, presenta serias inconsistencias con el objetivo de acceso a la justicia. De ahí que la teoría económica, por un lado, brinde herramientas útiles para justificar la propia existencia de la asistencia jurídica gratuita, y por el otro, sirva para valorar diversas configuraciones respecto de los mecanismos diseñados para promover el acceso a la justicia de las personas carentes de recursos.

Sin embargo, es necesario puntualizar que las divergencias de opiniones respecto del concepto de equidad y del tratamiento que debe otorgársele al momento de diseñar una política redistributiva fomentan también las diferencias en las posturas respecto del alcance y límites de la asistencia jurídica gratuita, de tal forma que mientras algunos sistemas podrían tener un carácter claramente extensivo (que incluye tanto a las personas físicas como a ciertas personas jurídicas, preferentemente de carácter no lucrativo o compuestas por miembros de la sociedad que se consideran en una posición desaventajada, como podrían ser las cooperativas de trabajadores; o incluso que pretenda hacerse extensiva, aunque sea con

un carácter parcial, a las personas de medianos recursos), en otros la prestación podría restringirse de manera severa respecto de los posibles beneficiarios (limitándose a cubrir a las personas físicas en situación de pobreza extrema).

De ahí que si bien el análisis conjunto de los criterios de eficiencia y de equidad permite sentar ciertas bases generales en torno a la justificación de la asistencia jurídica gratuita, con claras implicaciones económicas por lo que se refiere al mejor aprovechamiento de los recursos escasos y con claros objetivos de justicia social, sus alcances y los límites respecto de su provisión y financiación sean confiados al sistema jurídico de cada lugar, de acuerdo a sus propias percepciones de justicia y a sus posibilidades económicas reales.

Así pues, para finalizar nuestro estudio resulta conveniente a continuación adentrarnos al estudio de la asistencia jurídica gratuita desde la perspectiva del derecho constitucional y siempre tomando como referencia los principios de eficiencia y equidad que la misma Constitución Española de 1978 recoge.