

CONCLUSIONES

La asistencia jurídica gratuita, concebida como un derecho social de contenido prestacional a cargo del Estado, ha logrado consolidarse como el mecanismo *ad hoc* para garantizar que ninguna persona pueda quedar en estado de indefensión o verse privada de la posibilidad de acceder al sistema de impartición de justicia por su situación económica. Así, se deja a un lado la idea propia del *laissez faire* que hacía de esta institución una mera obra de caridad por parte de los profesionales del derecho (aunado a la labor de los procuradores) para dar paso a una institución en la que logra fortalecerse la corresponsabilidad de las condiciones sociales entre el Estado y la sociedad.

La asistencia jurídica gratuita logra vincularse de esta forma con las propias estructuras del Estado de bienestar, a efecto de constituirse no sólo en un claro instrumento del derecho fundamental de tutela judicial efectiva y, concretamente, del derecho a la jurisdicción y a la defensa y asistencia de letrados (que garantizan la propia efectividad del conjunto de derechos individuales y sociales), sino que también se constituye en una forma de proveer al bienestar social de los particulares.

Esta nueva dimensión de la asistencia jurídica gratuita que propugna por una participación más activa del Estado en ámbitos tradicionalmente confiados a los particulares, nos lleva a la necesidad de adoptar ciertos criterios legitimadores del actuar del mismo que permitan valorar la conveniencia de contar con servicios de asistencia jurídica gratuita adecuados. Estos criterios, adoptados para la valoración de cualquier política pública, que pueden configurarse y presentarse de modo muy diverso, pueden también formularse desde la óptica clásica de la eficiencia y la equidad, a efecto

de verificar si su implementación y el alcance que se les concede redundan efectivamente en incrementos de bienestar social.

En otras palabras, los fundamentos en los que descansa la inclusión de la asistencia jurídica gratuita no residen ya de manera exclusiva en consideraciones propias de la justicia, aun cuando innegablemente constituye uno de sus fines primordiales, sino que además se hace necesario atender a los efectos económicos que conlleva su implementación.

Si bien uno de los objetivos del Estado social, y concretamente del Estado español, es la búsqueda de la justicia a través del principio de igualdad material entre los miembros de la sociedad, y específicamente a través de un acceso universal a los mecanismos jurisdiccionales de solución de conflictos jurídicos (lo cual se identifica con un objetivo de equidad que genera efectos redistributivos deseables), también es preciso procurar que los objetivos públicos se consigan de forma compatible con un uso eficiente de los recursos. En este sentido, no es suficiente decir que la asistencia jurídica gratuita promueve la igualdad cuando existe una diferenciación en el reparto de los recursos iniciales entre los miembros de la sociedad, sino que además se requiere justificar su implementación en términos de un bienestar social que abarca tanto argumentos de equidad como de eficiencia.

Como se ha argumentado, gran parte del problema que circunda al acceso a la justicia no sólo obedece a razones ya aportadas en el enfoque más tradicional, mismo que descansa en el elevado coste total de litigar, sino que además admite una justificación desde la perspectiva económica consistente en la existencia de incertidumbre en los servicios de impartición de justicia, misma que se traduce en la ausencia de mercados contingentes universales y, por ende, en la imposibilidad de relacionar las preferencias de los individuos con los bienes y servicios asociados a la solución de los conflictos jurídicos.

A lo anterior se suma el carácter también incompleto de los mercados crediticios, que terminan por excluir a quienes para acceder a los mecanismos de solución de conflictos requieren primero convertirse en deudores de los recursos necesarios para costearse el

posible litigio. Así, la asistencia jurídica gratuita puede reinterpretarse como una forma de seguro público que transfiere recursos de los contribuyentes hacia los beneficiarios de la misma, donde el riesgo asegurado no es la presencia del conflicto mismo, sino la carencia de recursos económicos con los que costear su solución jurídica, de tal forma que la asistencia jurídica gratuita se constituye en una posible forma de subsanar tales carencias.

Este argumento cobra una mayor fuerza si consideramos que ni los seguros legales privados, ni los diversos esquemas de cobro de honorarios, así como tampoco el sistema *pro bono* (mismo que reintroduciría el concepto del beneficio de pobreza bajo un espíritu de caridad cristiana) pueden considerarse como mecanismos perfectamente sustitutos de la asistencia jurídica gratuita, lo cual, evidentemente, no es óbice para considerar una adecuada combinación de los mismos a efecto de ampliar la cobertura de los beneficiarios a través de la creación de medios que fomenten el acceso a la justicia a un mayor segmento de la sociedad.

Íntimamente vinculado al problema de la ausencia de mercados contingentes y a la creación de obstáculos para acceder a la justicia se encuentra la presencia de información imperfecta en la relación entre los abogados y sus clientes. Este problema, caracterizado como un fallo del mercado, no sólo presenta un impacto directo en los mecanismos adoptados para la fijación de los honorarios y, en consecuencia, encarece los costos del servicio que garantiza cierta cantidad y calidad, sino que además acaba por excluir a las personas que presentan una mayor aversión al riesgo, siendo precisamente aquellas que disponen de más bajos recursos.

Así, de acuerdo con los argumentos anteriores hemos afirmado que la implementación del servicio de asistencia jurídica gratuita no sólo se asocia a su papel redistributivo en plena congruencia con los objetivos de igualdad material y en cumplimiento de los derechos fundamentales esenciales para la propia efectividad del Estado social de derecho, sino que también se constituye en una clara respuesta a los problemas que se asocian a las imperfecciones del mercado en la asignación de los recursos.

Ahora bien, por lo que hace a los efectos de la asistencia jurídica gratuita, tenemos que reconocer que si bien genera beneficios sociales y privados, derivados tanto de su función como promotora del acceso a la justicia como por sus efectos en la solución de conflictos jurídicos, también presenta costes sociales.

Un aspecto ampliamente debatido por la teoría económica respecto de cualquier subsidio o transferencia que implique, como es nuestro caso, la gratuidad, consiste, precisamente, en la alteración al entorno de incentivos en la toma de decisiones de las personas susceptibles de constituirse en beneficiarias de esta prestación. En concreto, la asistencia jurídica gratuita conlleva, bajo el supuesto de racionalidad de los agentes económicos, el incremento de la demanda de tutela judicial y, consecuentemente, la mayor presión sobre la congestión de los tribunales y la dilación en los procedimientos.

En relación con estos problemas, dos son los aspectos que más destacan. El primero, *ex ante* al conflicto jurídico, hace referencia a los incentivos que se generan para la comisión de conductas ilícitas o antijurídicas. Es de suponer que siendo la asistencia jurídica gratuita una forma de disminución del coste privado de litigar (y, por ende, del coste total que se asume por la comisión de ilícitos), genere desincentivos en los potenciales beneficiarios para evitar la comisión de estas conductas. Este resultado ha sido ampliamente tratado en el caso de los seguros privados (Posner, Polinsky, Shavell, entre otros), especialmente en materia de la responsabilidad por ilícitos culposos, y nada impide que podamos trasladar estos resultados a la asistencia jurídica gratuita dado que, como hemos dicho anteriormente, la misma puede reinterpretarse como un mecanismo de seguro público; sin embargo, cabe advertir que este resultado y su aplicación a la asistencia jurídica gratuita sólo serán concluyentes en el supuesto de que los potenciales beneficiarios de la misma sean culpables o responsables de tal conducta, pues en el supuesto contrario, la generación de incentivos perversos no tendría aplicación alguna. Así pues, el riesgo moral desde esta perspectiva constituye un problema parcial, aunque igualmente significativo.

El segundo, *ex post* al nacimiento del conflicto jurídico, hace referencia a las decisiones del potencial beneficiario a la asistencia jurídica gratuita respecto de la forma de dar solución al conflicto. La teoría del riesgo moral conduce al argumento de que la disminución del coste del servicio asegurado provoca una pérdida intangible derivada de la propensión de ciertos individuos para utilizar dicho servicio, lo cual redundará en el incremento de la demanda de tutela judicial y, consecuentemente, en el incremento del coste público del sistema de impartición de justicia.

Hemos logrado identificar dos vías para minimizar este problema del riesgo moral. La primera de ellas obedece a los mecanismos propios de la racionalización del servicio (criterios estrictos de elegibilidad de los usuarios, cobertura parcial de los costes asociados al litigio, entre otros), mientras que la segunda hace referencia a la inclusión de la asistencia jurídica gratuita en los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Esta última vía quebrantaría la relación de sustitución que actualmente tiene el sistema jurisdiccional frente a los mecanismos alternativos, y tendría como objetivo lograr que el abaratamiento de aquél, a través de la asistencia jurídica gratuita, no desincentivara la utilización de éstos.

Lo cierto es que el efecto a largo plazo de la asistencia jurídica gratuita sobre el incremento de la demanda de tutela judicial y, con ella, la mayor congestión de los tribunales y la dilación de los procedimientos resulta indeterminado. Si bien es cierto que la gratuidad de la justicia puede generar incrementos a corto plazo en la demanda, también lo es que una mayor demanda traerá consigo problemas de congestión y dilación de los procedimientos, mismos que, a su vez, se constituyen en racionalizadores de la demanda de tutela judicial. La congestión y dilación de los procedimientos representan una parte importante de los costes que asumen los particulares en la litigación.

Otro aspecto negativo que deriva de la gratuidad de la justicia consiste en la posible presentación de demandas infundadas o temerarias, situación ante la que hemos identificado algunos mecanismos correctores. El primero de ellos consiste precisamente en evitar la gratuidad en estos casos, y no sólo mediante la limitación

de la aplicación de fondos públicos, sino también a través de la imposición de sanciones. Estas medidas se ven favorecidas a través de la inclusión de la orientación y asesoría previa a juicio como una forma de influir en la toma de decisiones de los particulares respecto de llevar o no su asunto a juicio.

Así pues, de acuerdo con lo aquí expuesto, podemos observar que el análisis realizado en este texto constituye una reflexión sobre los elementos de eficiencia presentes en la definición y en la necesaria delimitación de la asistencia jurídica gratuita. De tal forma que la eficiencia no sólo se constituye en una vía de justificación para la creación y mantenimiento de esta institución, sino que además contribuye a su propia concreción. Cabe advertir que el contenido de esta obra representa una exposición sistemática y analítica de los principales argumentos e ideas que nos permiten demostrar un equilibrio cualitativo más que específico. La demostración de esto último habría requerido de la contrastación de hipótesis con base en información obtenida, en gran medida, a través de estudios empíricos. Ciertamente, éste no ha sido el objetivo perseguido en la presente obra.

En el plano constitucional español, el Constituyente de 1978 plasma este objetivo de equilibrio cualitativo entre la definición y la delimitación de la asistencia jurídica gratuita al establecer el contenido mínimo indisponible del derecho mediante el artículo 119 de la Constitución, que debe interpretarse según la propia exigencia de introducir criterios de eficiencia y equidad en el cumplimiento de las tareas y objetivos públicos que la propia norma fundamental establece en su artículo 31.2.

Como hemos detallado en su momento, la asistencia jurídica gratuita no constituye un derecho absoluto e ilimitado, sino que se trata de un derecho social de naturaleza prestacional, cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio corresponde delimitar al legislador. Así pues, éste tiene un amplio margen de discrecionalidad para definir y, en su caso, fijar el alcance de la prestación de asistencia jurídica que la propia Constitución garantiza. Debe entenderse que el artículo 119 constitucional fija un marco muy flexible y de fácil mutabilidad, de modo que caben muy diversas

formas de estructurar una asistencia jurídica gratuita compatible con la Constitución, que garantice un efectivo acceso a la tutela judicial de las personas que carecen de recursos suficientes para litigar.

Esto último implica que, en términos de la Constitución de 1978, es posible adoptar diversos esquemas para la provisión de asistencia jurídica gratuita (sea a través de mecanismos públicos o privados), cabe la imposición de tasas judiciales siempre que estén consideradas en los gastos que asume el Estado a través de esta prestación, puede admitirse la financiación total y parcial del costo total de litigar de manera proporcional a la capacidad económica del beneficiario, y se permite la orientación y asesoría previa a juicio e, incluso, su omisión (aunque esto por los motivos arriba expuestos no sea recomendable), entre otros aspectos relevantes.

Sin embargo, el contenido mínimo indisponible del artículo 119 constitucional y, específicamente, su relación con el derecho fundamental de tutela judicial efectiva, impiden la restricción de esta prestación a ciertos ámbitos jurisdiccionales. Siendo la asistencia jurídica gratuita el mecanismo *ad hoc* para garantizar el acceso a la justicia de las personas de escasos recursos y, además, tomando en consideración el sentido de la exigencia de igualdad material conforme al artículo 14 de la norma fundamental, el legislador tiene la obligación de abarcar cualquier orden jurisdiccional a través del cual los particulares puedan hacer efectivos sus intereses jurídicamente tutelados. Este contenido mínimo indisponible se sustrae así de cualquier interpretación restrictiva en términos de eficiencia que pudiera presentarse. Ésta es, sin duda, una de las limitaciones más importantes a las que se encuentra sujeto el legislador, que supera el vetusto tratamiento de la asistencia jurídica gratuita desde la perspectiva exclusiva y prioritaria de la defensoría de oficio en los asuntos del orden penal.

Esta última exigencia constitucional trae a colación el problema de compatibilizar los objetivos de eficiencia y equidad. Como hemos argumentado a lo largo del desarrollo de esta obra, existen suficientes espacios en el tratamiento de esta cuestión en los cuales la eficiencia no es necesariamente ajena a la equidad, y en los que

ambos conceptos se constituyen en herramientas necesarias para la instrumentación del derecho de asistencia jurídica gratuita.

En cuanto a su relación, y concretamente por lo que hace al contenido mínimo indisponible del artículo 119 constitucional, hemos afirmado que no existe una verdadera oposición de criterios. La implementación de la asistencia jurídica gratuita, en los términos plasmados por la Constitución, no necesariamente conlleva situaciones ineficientes, toda vez que la mera exigencia constitucional que garantiza su prestación en cualquier orden jurisdiccional cuando se demuestra la insuficiencia de recursos para litigar, hace que la sociedad esté en mejor posición de lo que estaría en el caso de no existir o de estar seriamente limitada a ciertos órdenes jurisdiccionales, lo que conduciría a que los beneficios sociales derivados de la prestación de asistencia jurídica gratuita fueran superiores a sus costes sociales, como hemos visto con anterioridad.

Así pues, es válido suponer que el logro de objetivos de eficiencia y equidad no necesariamente supone un conflicto en los términos señalados por la Constitución y cuando se analizan en términos de bienestar social.

Sin embargo, es necesario advertir que tratándose de un derecho de configuración legal, la efectividad de la eficiencia y la equidad como principios rectores de la asistencia jurídica gratuita queda encomendada a la tarea del legislador ordinario. Los resultados de su funcionamiento, por tanto, no dependen propiamente del análisis del orden constitucional, sino de la ley especial que la regula.

Al respecto, hemos tratado de identificar algunos indicadores generales para garantizar que el diseño normativo de la asistencia jurídica gratuita cumpla con el equilibrio entre los mandatos de eficiencia y equidad presente en la Constitución.

Así, en atención al contenido de la Constitución Española en esta materia, la equidad se materializa en el hecho de que nadie que demuestre insuficiencia de recursos para litigar puede quedar impedido de acceder a la justicia. De tal forma que el legislador o, en su defecto, el Tribunal Constitucional deben garantizar esta prestación de asistencia jurídica gratuita para cualquier persona carente de recursos para litigar y en cualquier orden jurisdiccio-

nal, dándose así cumplimiento a la máxima de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

En términos generales, ésta es la posición que ha adoptado el legislador, con la intervención del Tribunal Constitucional respecto de la situación (anteriormente de exclusión) de los extranjeros; sin embargo, en el sistema legal vigente en España existen dos casos en los que se trasciende el sentido de equidad previamente señalado, mismo que hace referencia a la desigualdad económica de las personas. El primero de ellos tiene un carácter restrictivo y se refiere a la prestación de asistencia jurídica en el orden administrativo a los extranjeros, situación que, como hemos visto anteriormente, ha sido subsanada no por la legislación, sino por la práctica misma. El segundo, por el contrario, amplía el sentido de equidad adoptado en esta materia a efecto de incluir la llamada “ley del más débil” o “equidad de género”, y es el caso de las mujeres víctimas de violencia de género. En este último caso se prevé una asesoría y asistencia jurídica de manera inmediata, de tal forma que no es necesaria la acreditación de la insuficiencia de recursos para litigar.

Ahora bien, por lo que hace a la eficiencia en la asistencia jurídica gratuita, resultan de particular relevancia su carácter subsidiario frente a las capacidades del mercado, su carácter residual en oposición a un esquema universal que dote de mínimos que garanticen la satisfacción de una necesidad pública; los criterios de selección de los beneficiarios que permitan no sólo crear estándares o baremos objetivos, sino que también atiendan a las circunstancias particulares de los beneficiarios; la diversificación de la cuantía en razón de la capacidad económica del beneficiario; la remuneración de los prestadores del servicio a efecto de garantizar la calidad del servicio prestado a través de esquemas de incentivos; la inclusión de esta prestación en los mecanismos alternativos de solución de conflictos; entre otros. El principal objetivo pretendido por el legislador en la adopción de estas medidas es el de introducir precauciones para abatir los principales costes sociales que se derivan de la implementación de la asistencia jurídica gratuita, de forma compatible, en principio, con el objetivo de eficiencia en el uso de los recursos públicos propugnado en la Constitución. Entre las medidas

adicionales que podrían avanzar en esta línea se encuentra, según se ha argumentado en el texto, la inclusión de esta prestación en los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

La adopción de estas medidas, que ciertamente no pretenden ser exhaustivas, sino que sirven de criterios orientativos, no constituye más que el reflejo de la necesaria atención de la eficiencia y la equidad como criterios valorativos que determinan el alcance y configuración de la asistencia jurídica gratuita, en el contexto del Estado social de derecho.

Estas pautas no son otra cosa que los límites impuestos por la adopción de los criterios antes indicados, sin los cuales la asistencia jurídica gratuita sería ineficiente en el sentido de que los costes sociales podrían ser superiores a los beneficios sociales, rivalizaría con otras políticas públicas que pretenden promover el acceso a la justicia y, además, podría incluso dar lugar a situaciones inequitativas. Por lo tanto, el desarrollo de la asistencia jurídica gratuita es susceptible de tomar en consideración tanto criterios de equidad como eficiencia, concebidos como claros límites en el alcance de su cobertura.