

## INTRODUCCIÓN

Francisco de Vitoria, uno de los más grandes teólogos juristas de la historia de la humanidad e inspirador de la Escuela de Salamanca, dijo hace más de cinco siglos, en referencia a sus *Relecciones de Indias*, que es válido tratar asuntos previamente tratados cuando se trata de situaciones tan trascendentales en las que caben algunas dudas que pueden razonablemente discutirse. De ahí que concluya que no se juzgaría ocioso e inútil, sino grandemente valioso, si consiguiera tratar ese asunto como su gran dignidad merece.<sup>1</sup>

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

Si bien la asistencia jurídica gratuita y su antecesor, el llamado beneficio de pobreza, nacen desde una conceptualización estrictamente procesal que se inspira en consideraciones propias de la

<sup>1</sup> Vitoria, Francisco de, *Doctrina sobre los indios*, edición facsimilar, 2a. ed., trad. de Ramón Hernández Martín, Salamanca, San Esteban, 1992, pp. 103-107.

igualdad material de las personas para defender sus intereses jurídicamente tutelados, esta obra pretende introducir una visión renovada de la asistencia jurídica gratuita que logre explicar no sólo su necesidad y justificación desde una nueva perspectiva, sino también desentrañar el por qué se configura jurídicamente de determinada manera.

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

En concreto, la base intelectual de la que parto consiste en resolver dos cuestiones primordialmente: ¿cómo se justifica económicamente una institución fundamentalmente avocada a resolver problemas de inequidad en el reparto de recursos económicos entre las personas cuando éstas pretenden acceder a la justicia? Y segundo, ¿de qué manera podemos explicar la razón de ser de una determinada configuración legal de la asistencia jurídica gratuita? Incidentalmente también se aborda el impacto de la asistencia jurídica gratuita en la sociedad desde una perspectiva genérica, a través del análisis de los beneficios sociales y los costes sociales que trae su implementación.

Así pues, esta obra se distancia del ámbito estrictamente funcional de la asistencia jurídica gratuita y de su análisis preeminente, a efecto de introducir ciertos elementos explicativos que determinen la clase de razonamiento que debe contener la evaluación de la asistencia jurídica gratuita. Para ello se utilizan dos criterios que orientan (o deben orientar) la configuración de la asistencia jurí-

dica gratuita: el de eficiencia económica y el de equidad. Ambos criterios adquieren, de esta forma, una doble vertiente: por un lado, se constituyen en fundamentos para legitimar la actuación del Estado en su función redistributiva, y por la otra, adquieren el carácter de principios rectores que deben guiar el diseño normativo de la asistencia jurídica gratuita y que, por ende, sirven para delimitar su alcance y configuración.

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

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

Para concluir este primer capítulo se aborda el caso concreto de la asistencia jurídica gratuita en España. Se destaca su contex-

to histórico para concluir con las principales innovaciones de los últimos años que si bien se introducen a raíz de la publicación y entrada en vigor de la Ley 1/1996, del 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, amplía su contenido por sucesivas reformas. Subrayamos en particular que la evolución de la asistencia jurídica gratuita en el modelo español opera en un sentido mucho más amplio que en el contexto internacional de su entorno y que, ciertamente, va mucho más allá de la exigencia del artículo 119 de la Constitución Española.

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

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

El tercer capítulo aborda de manera principal el contenido económico. En este apartado se establecen las principales deficiencias del mercado que obstaculizan el acceso a la justicia y que, por ende, permiten concebir a la asistencia jurídica gratuita como

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

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

El último capítulo hace referencia a la dimensión constitucional de la asistencia jurídica gratuita. Por una parte, se analizan sus características constitucionales. En concreto, decimos que la asistencia jurídica, en los términos de la propia norma fundamental, es un derecho social de contenido prestacional, tiene un carácter esencialmente instrumental en razón del cumplimiento del derecho fundamental de tutela judicial efectiva y en atención al principio de igualdad sustancial plasmado en el artículo 9.2 de la Constitución y de la prohibición del trato discriminatorio que consagra el artículo 14 de la misma, y en tercer lugar, se trata de un derecho de configuración legal.

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

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

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

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

Para concluir con esta introducción quisiera expresar brevemente que el tema seleccionado, así como el desarrollo de esta obra han sido producto de mi estancia en la hermosa ciudad de Salamanca, fuente inspiradora para la creatividad y el estudio, lugar en el cual tuve la oportunidad de conocer a los profesores que me introdujeron y marcaron mi interés y gusto por la economía, siendo mi formación originaria la de abogada. En concreto, quisiera mencionar al doctor Fernando Rodríguez López que con sus clases magistrales me demostró la importancia de la multidisciplinariedad. Debo decir que con él di mis primeros pasos como investigadora, pues tuve la oportunidad de que dirigiera la tesina que me llevó a la obtención del grado de Salamanca. De igual forma tengo que mencionar al doctor Rafael Bustos Gisbert cuya formación jurídica, especialmente dentro del ámbito del derecho constitucional, es francamente sólida. Asimismo debo decir que también tuve la gran oportunidad de tomar clases con la doctora Gloria Begué Cantón, a quien le profeso un profundo respeto y admiración, y cuya valía en la formación de cualquier persona, tanto en lo jurídico como en lo económico, es fuente inagotable de sabiduría. Además del apoyo de mis queridos compañeros españoles y latinoamericanos, en Salamanca, cuna de mis hijos, conté siempre con el afecto y la ayuda

de los profesores Ángela Figueruelo y Benjamín González Alonso, así como con el cariño de la familia Sánchez Luengo. Del otro lado del Atlántico, debo mencionar al doctor José Antonio Caballero Juárez y a mis compañeros académicos en el Centro de Investigación y Docencia Económicas, por compartir conmigo sus conocimientos y experiencias en la vida jurídica. No sería de recibo dejar de mencionar al licenciado Esteban Maqueo Coral y al doctor Rafael Estrada Michel que, más allá de los fuertes vínculos afectivos que nos unen, han sido parte del desarrollo de esta obra con sus comentarios y pláticas interminables sobre el contenido de la misma, de la cual, evidentemente, soy la única responsable.