

## ¿PROFUNDIZACIÓN O RETROCESO DE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA?\*

### *ADVANCE OR DECLINE OF LEGAL AID?*

Ma. Solange MAQUEO RAMÍREZ\*\*

**RESUMEN:** Este artículo tiene como objetivo describir el proceso evolutivo de la asistencia jurídica gratuita en el marco del Estado social de derecho. Para ello toma como referencia algunos de los países que mayor influencia han tenido respecto del avance y profundización de la asistencia jurídica gratuita en la cultura occidental. De tal forma que en el presente estudio se plantea la siguiente interrogante: ¿Vamos en la dirección correcta para fomentar y mejorar la asistencia jurídica gratuita o, por el contrario, estamos adoptando de nueva cuenta un esquema basado en la caridad de los prestadores de los servicios jurídicos? Con el fin de responder a esta interrogante, el presente estudio describe en el plano ideológico el proceso evolutivo de la asistencia jurídica en relación con el Estado social; identifica los principales factores que podrían tener una influencia directa en el cambio; y, finalmente, analiza algunos casos representativos del proceso de mutación que ha venido presentando la asistencia jurídica.

**Palabras clave:** asistencia jurídica gratuita, acceso a la justicia, defensoría de oficio, tutela judicial efectiva, Estado social.

**ABSTRACT:** *This paper aims at describing the recent evolution of legal aid schemes in some of the most relevant examples that have been an important reference to the advance of legal aid in occidental culture. This paper puts forward a specific question: are we going in the right direction towards an improvement of legal aid, or are we rather returning to charitable schemes? In order to answer to this question, this research analyses the ideological evolution of legal aid related to the Welfare State; identifies the principal factors that might impact this evolution; and examines some representative case-studies that demonstrate the transformation of legal aid.*

**Keywords:** *legal aid, access to justice, salaried staff attorneys, right to a fair trial, Welfare State.*

\* Artículo recibido el 10 de enero de 2011 y aceptado para su publicación el 15 de agosto de 2011.

\*\* Profesora-investigadora asociada de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado,*  
nueva serie, año XLV, núm. 133,  
enero-abril de 2012, pp. 141-164

SUMARIO: I. *Consideraciones preliminares*. II. *Primera etapa. El optimismo social*. III. *Segunda etapa. El desencanto de la intervención estatal*. IV. *Consideraciones finales*.

## I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Uno de los problemas más graves que afronta el actual modelo del Estado social de derecho (o en términos económicos, Estado de bienestar) consiste en su vinculación con la capacidad económica del propio Estado. El Estado social introduce, en coexistencia con los derechos tradicionales de libertad, los llamados derechos sociales, que si bien implican el reconocimiento de las desigualdades materiales entre los miembros de la sociedad, en gran medida suponen una actividad prestacional por parte del Estado y, por ende, requieren de la utilización de fondos públicos.<sup>1</sup>

Los derechos sociales importan el reconocimiento de que el individualismo, así como el apoliticismo y neutralidad del Estado liberal de derecho no satisfacen la exigencia de libertad e igualdad de los sectores sociales y económicamente desfavorecidos.<sup>2</sup> De tal forma que se constituyen en verdaderas garantías frente a la desigualdad, con el propósito no sólo de satisfacer las necesidades básicas de la población, sino también para fortalecer la posición de las clases más débiles históricamente reconocidas.<sup>3</sup> Esto significa que los derechos sociales no pueden definirse ni justificarse sin tomar en consideración los fines particulares que persiguen, esto es, las necesidades a cuya satisfacción están destinados. De ahí se sigue que no son concebibles como derechos universales “en el sentido de que interesen por igual a todo miembro de la familia humana, ya que se formulan para atender ca-

<sup>1</sup> No todos los derechos sociales tienen un contenido prestacional, de ahí que gran parte de la doctrina distinga el concepto de derechos sociales en un sentido amplio y en un sentido restringido (con contenido prestacional). Este último es el que se adopta en el presente trabajo. Sobre esta distinción en la conceptualización de los derechos sociales, véase Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, 1995, pp. 9 y ss.

<sup>2</sup> Véase Pérez Luño, Antonio, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2001, p. 223.

<sup>3</sup> *Cfr.* Cascajo Castro, José Luis, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 29 y 30.

rencias y requerimientos instalados en la esfera desigual de las relaciones sociales”.<sup>4</sup>

Así, como afirma Alexy, los derechos sociales “son derechos del individuo frente al Estado a algo que —si el individuo poseyera los medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente— podría obtenerlo también de particulares”.<sup>5</sup> Se trata, pues, de un Estado que asume la responsabilidad de redistribuir bienes y servicios económicos. Esta redistribución, por supuesto, no sólo implica una asignación presupuestaria específica que garantice su financiación, sino que además supone la inclusión de un entramado normativo e institucional que asegure su provisión.<sup>6</sup>

Este es el caso de la asistencia jurídica gratuita que pretende constituirse en el mecanismo *ad hoc* para garantizar un efectivo acceso a la justicia, en igualdad de condiciones y con igualdad de armas, de las personas carentes de recursos suficientes para litigar o, en su caso, para obtener orientación y asesoría jurídica previa a un posible litigio.<sup>7</sup> Se trata de un derecho social con contenido prestacional y, por ende, depende para su efectividad de su financiamiento con fondos públicos y del desarrollo que haga de la misma la legislación secundaria.

Esta situación de dependencia financiera y de desarrollo legislativo origina que se trate de un derecho esencialmente mutable ante los imprevistos de la situación económica de cada Estado. Si bien es cierto que descansa en objetivos inherentes a cualquier Estado de de-

<sup>4</sup> Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 17.

<sup>5</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 35.

<sup>6</sup> De conformidad con Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 19: “estos... derechos requieren un previo entramado de normas de organización... que a su vez generan una multiplicidad de obligaciones jurídicas de distintos sujetos, cuyo cumplimiento conjunto es necesario para la plena satisfacción del derecho”.

<sup>7</sup> Sobre el concepto de asistencia jurídica gratuita, véase Martín Contreras, Luis, *El derecho a la asistencia jurídica gratuita*, Barcelona, Bosch, 2009; 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; Bachmaier, Lorena, *La asistencia jurídica gratuita*, Granada, Comares, 1997; Pacheco Guevara, Andrés, *Justicia gratuita*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995 y Cid Cebrián, Miguel, *La justicia gratuita. Realidad y perspectiva de un derecho constitucional*, Pamplona, Aranzadi, 1995.

recho, como lo es el acceso a la justicia y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, nada impide que su prestación se reduzca a la población menesterosa y que adquiera límites infranqueables que le otorguen un carácter marcadamente residual, en oposición a un carácter universal.<sup>8</sup>

De tal forma que el problema se sitúa no tanto en la necesidad de contar con mecanismos que, como la asistencia jurídica gratuita, promuevan el acceso a la justicia para las personas de escasos recursos, sino en el alcance y configuración que se le otorga. Mientras que el alcance hace referencia preferentemente a los criterios de elegibilidad de los usuarios, a la cobertura en los diversos órdenes jurisdiccionales, así como su posible inclusión en los mecanismos alternativos de solución de conflictos o, incluso, respecto de su aplicación para la orientación y asesoría jurídica previa a juicio que permita adoptar decisiones informadas ante un conflicto jurídico; la configuración de la asistencia jurídica reside en el modelo adoptado para su concesión y prestación.

Así pues, con independencia del modelo que se adopte, tanto el alcance como la configuración de la asistencia jurídica gratuita no sólo tienen un impacto directo sobre el presupuesto público, sino que su efectividad depende, asimismo, de la capacidad económica de cada Estado. Esta situación de dependencia económica ha provocado que se trate de una institución en constante transformación, no sólo con el objeto de ajustarse al cumplimiento de sus propios fines, como lo es el acceso a la justicia o el fomento a la igualdad material, sino también para adaptarse a la disponibilidad de los recursos públicos y al cumplimiento de criterios tales como la eficiencia económica.

La intención de este artículo consiste en describir *grosso modo* cuál ha sido el proceso evolutivo de la asistencia jurídica gratuita en algunos países europeos que han tenido una marcada influencia en el rumbo que adopta el llamado mundo occidental, así como puntualizar los factores que han determinado el sentido de esta evolución. Como veremos a continuación, las etapas por las que ha pasado la asistencia jurídica gratuita, íntimamente vinculadas con el propio pro-

<sup>8</sup> Cfr. Muñoz Machado, Santiago *et al.*, *Las estructuras del bienestar. Derecho, economía y sociedad en España*, Madrid, Fundación ONCE, 1997, p. 30.

ceso evolutivo del Estado social y los debates que giran en torno a ella, nos llevan a visualizar un futuro, si no impredecible, sí sujeto a los vaivenes de las tendencias ideológicas predominantes en cada momento histórico, así como a la infaltable vulnerabilidad financiera de los derechos sociales de contenido prestacional.

## II. PRIMERA ETAPA. EL OPTIMISMO SOCIAL

La adopción del Estado social de derecho —o, en términos económicos, el Estado de bienestar— en algunos países europeos implicó una profunda modificación en la propia concepción y configuración de la asistencia jurídica gratuita, no sólo por considerar a ésta como un servicio asistencial íntimamente vinculado con el combate a la pobreza, sino además por el reconocimiento de su función instrumental para garantizar tanto el acceso a la justicia como el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, en consecuencia, el cumplimiento de los demás derechos consagrados por los diversos sistemas jurídicos.<sup>9</sup>

Bajo el naciente Estado social logra abandonarse la vieja idea de que la asistencia jurídica gratuita debe descansar en el *munus honorificum* de los profesionales del derecho, inspirados por un sentido de caridad cristiana, con el propósito de dotar de esa responsabilidad, si bien compartida con la sociedad misma, al Estado.<sup>10</sup> Como señalan Cappelletti y Garth, en una postura claramente ejemplificativa del pensamiento social de la época post-belicista, no es suficiente decir que cada uno puede hacer valer sus derechos, en una fórmula pura-

<sup>9</sup> Sobre la relación entre la asistencia jurídica gratuita y el Estado social, véase Goriely, Tamara, “Making the Welfare State Work: Changing Conceptions of Legal Remedies within the British Welfare State”, en Regan, Francis *et al.*, *The Transformation of Legal Aid. Comparative and Historical Studies*, Nueva York, Oxford University Press, 1999, pp. 88 y ss.

<sup>10</sup> Cappelletti, Mauro, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (cuatro estudios de derecho comparado)*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, Porrúa, 1993, p. 93: “La solución típica del Estado presocial había sido la de sostener el ‘deber honorífico’ de la abogacía de prestar *gratuitamente* sus servicios a los no pudientes. Se trataba de una solución con la cual el Estado, al tiempo que aparentaba ocuparse del problema, se desinteresaba de hecho de él, porque establecía una obligación genérica de la profesión forense, dejando a ésta, sin embargo, la tarea de cumplirla, típica respuesta basada en la filosofía política del *laissez faire*”.

mente teórica, es necesario implementar medidas que permitan a las personas desaventajadas exigir la aplicación de los derechos consagrados en su favor. Para que la justicia sea verdaderamente accesible a todos, un esfuerzo social serio requiere de una acción positiva y permanente del Estado.<sup>11</sup>

Así, durante la época de apogeo del Estado social, un gran número de países se dio a la tarea de profundizar en los esquemas públicos de prestación de asistencia jurídica. De conformidad con Fix-Zamudio, la modificación de este régimen tradicional se inició fundamentalmente en Inglaterra en 1949, por conducto de un programa de ayuda y asesoramiento jurídico cuya administración se otorgó a la *Legal Association*, integrada por los *Solicitors* (procuradores o representantes legales), quienes reciben los fondos públicos necesarios para establecer oficinas conformadas por abogados, tanto públicos como privados, que no sólo proporcionan asistencia jurídica sino que, a su vez, proveen de los medios necesarios para sufragar los gastos del procedimiento respectivo.<sup>12</sup>

En Estados Unidos se establece un sistema similar que inicia en 1964, por conducto de la *Economic Opportunity Act* del mismo año, con apoyo en la cual se estableció el *Legal Services Program* iniciado en 1965, que culminó en 1974 con el establecimiento de un organismo público federal, intitulado *Legal Services Corporation*, encargado de coordinar los programas tanto del gobierno federal como de las entidades federativas para prestar servicios públicos de asesoramiento jurídico a las personas de escasos recursos.<sup>13</sup>

De igual forma, de acuerdo con Cappelletti, la atención de la asistencia jurídica gratuita como un derecho prestacional a cargo del Estado logra permear en la Europa continental, que si bien tuvo sus primeras manifestaciones en la Alemania de Weimar, entre 1919 y 1923, su avance más importante se dio en las décadas siguientes a la

<sup>11</sup> Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant (coords.), "Accès a la justice et Etat-providence", *Economica*, 1984, p. 33.

<sup>12</sup> Fix-Zamudio, Héctor, "Eficacia de los instrumentos protectores de los derechos humanos", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. II, 2002, pp. 16 y 17.

<sup>13</sup> *Idem*.

Segunda Guerra Mundial, como en el caso de Holanda desde 1956 y Francia desde 1972 con la ley sobre *aide judiciaire*.<sup>14</sup>

En términos generales, durante las décadas de los cincuenta a los ochenta, podemos decir que el avance en los criterios de asistencia jurídica gratuita fue en un sentido claramente positivo para incrementar tanto el número de los beneficiarios del servicio jurídico gratuito (flexibilizando los criterios de elegibilidad para los usuarios), como la naturaleza de los litigios susceptibles de ser llevados a través de este mecanismo. Mientras que inicialmente sólo se otorgaba el servicio de asistencia jurídica gratuita a las personas de extrema pobreza y con una marcada preferencia a su consagración en el ámbito del procedimiento penal, algunos países como Inglaterra y Gales, Suiza y los Países Bajos, entre otros Estados que desarrollaron esquemas elevados de asistencia jurídica, tendieron a incrementar considerablemente esta prestación a un mayor número de la población y en los diversos órdenes jurisdiccionales.<sup>15</sup>

Evidentemente este proceso de ampliación en la cobertura de la asistencia jurídica gratuita implicaba un aspecto fundamental, íntimamente relacionado con el advenimiento del Estado social de derecho, consistente en la financiación del servicio por parte del Estado y en la consecuente remuneración de los servicios jurídicos prestados. Como destaca Francis Regan, una de las condiciones esenciales para romper con el viejo esquema de asistencia jurídica gratuita que descansaba primordialmente en los esfuerzos voluntarios de los profesionales del derecho, propia del liberalismo clásico, fue precisamente la adopción de esquemas de financiamiento público en la asistencia jurídica.<sup>16</sup>

Pero mientras que la financiación con fondos públicos de la asistencia jurídica gratuita (en gran medida destinada a cubrir la remuneración de los abogados) fue una cuestión generalizada e indiscutida, la forma de proveer este servicio, esto es, la determinación de su configuración, tuvo claras diferencias.

Se crearon dos modelos principales: 1) el llamado *Salaried staff attorneys*, adoptado por Estados Unidos y otros países del continente ame-

<sup>14</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, p. 94.

<sup>15</sup> Véase Regan, Francis *et al.*, *The Transformation of Legal Aid...*, *cit.*, pp. 184 y ss.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 184 y 185.

ricano, cuya prestación se encomienda a abogados pertenecientes al sector público, esto es, contratados por el Estado especialmente para tales efectos, y 2) el modelo *Judicare*, adoptado por países como Francia, Alemania, Italia y España, que encomienda la prestación del servicio jurídico gratuito a los abogados que ejercen su profesión en el sector privado, pero financiados con cargo al erario público.<sup>17</sup>

Mientras que el modelo *Judicare* fue ampliamente exaltado por la doctrina jurídica por presentar importantes ventajas en términos de costo, eficiencia e impacto social, dado el amplio número de abogados disponibles en el mercado de servicios jurídicos y el reducido costo de su implementación; el modelo de abogados públicos contratados específicamente para prestar los servicios de justicia gratuita, con cargo al erario público, destacó por la especialización de dichos abogados en los asuntos que generalmente afrontan los pobres, así como por la posibilidad de acercar estos servicios a ciertas áreas o regiones que por su situación de marginación y distanciamiento carecen de despachos jurídicos.<sup>18</sup> De tal forma que el reconocimiento de las ventajas de uno suponía el reconocimiento de las desventajas del otro.

Esta situación llevó a algunos países, como en el caso de Inglaterra, Suecia, Australia y Holanda, a adoptar un modelo más que conjugara ambos sistemas a efecto de hacerlos “complementarios” más que simplemente “concurrentes”, esto es, con la participación activa tanto del sector público como del sector privado.<sup>19</sup>

Cada uno de los modelos antes indicados, así como el pleno reconocimiento de la necesaria participación activa del Estado en la prestación del servicio de asistencia jurídica para las personas carentes de

<sup>17</sup> La coordinación y organización del modelo *Judicare* funciona en gran medida a través de los esquemas de colegiación.

<sup>18</sup> *Cfr.* Zander, Michael, “Judicare or Staff? A British View”, *American Bar Association Journal*, núm. 64, 1978, pp. 1436 y 1437.

<sup>19</sup> En opinión de Canales, Patricia y Loiseau, Virginie, La asistencia jurídica gratuita en la legislación de Chile, Alemania, España, Francia, Italia y Suecia, Santiago de Chile, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, año XIV, núm. 293, mayo de 2004, p. 1: “en la actualidad una distinción clara entre ambas modalidades puede realizarse únicamente desde un punto de vista teórico, porque la mayoría de los ordenamientos han reconocido las ventajas del otro sistema, y han incorporado elementos de éste en su propia regulación”.

recursos suficientes para litigar y, en algunos casos, con una cobertura de carácter universal, representaron el proceso evolutivo favorable de esta institución durante la segunda mitad del siglo pasado. Esta situación de optimismo se encontraba avalada tanto por la doctrina jurídica versada en esta materia, como es el caso del llamado “Movimiento de Florencia para el Acceso a la Justicia”, capitaneado por Mauro Cappelletti, como por algunos de los fallos internacionales más importantes en la materia, pronunciados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, si bien desarrollan en gran medida la idea de la asistencia jurídica gratuita como un servicio necesario y de calidad para promover el acceso a la justicia dentro del ámbito del derecho penal, logra hacerse extensiva a otros órdenes jurisdiccionales como en el ámbito civil, y concretamente en la materia familiar.<sup>20</sup>

### III. SEGUNDA ETAPA. EL DESENCANTO DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL

No obstante los avances operados respecto de la asistencia jurídica gratuita durante este periodo favorable a la promoción del acceso a la justicia en todas sus vertientes y a la ola de optimismo respecto de los mismos, las perspectivas a futuro se presentan inciertas. Sin lugar a dudas, resulta significativo el hecho de que en Europa occidental se hable de “la crisis del Estado de bienestar” y, en algunos casos, del paulatino desmantelamiento de sus estructuras y, por ende, de una afectación a los esquemas de asistencia jurídica gratuita.

Ciertamente no existen posturas uniformes respecto del alcance de las reformas que se han venido operando desde la adopción del Esta-

<sup>20</sup> Sobre la aplicación de la asistencia gratuita en materia civil destaca particularmente el caso Airey contra Irlanda, resuelto en sentencia de 9 de octubre de 1979, y de manera más reciente y en un mismo sentido el caso P., C. y S. contra el Reino Unido, resuelto en sentencia de 16 de julio de 2002. También la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha fomentado el mejoramiento en cuanto a la calidad del servicio prestado en el ámbito penal, como puede observarse en el caso Ártico contra Italia, resuelto en sentencia de 13 de mayo de 1980; en el caso Pakelli contra Alemania, resuelto en sentencia de 25 de abril de 1983, y en el caso Van der Musselle contra Bélgica, resuelto en sentencia de 23 de noviembre de 1983, por citar sólo algunos de los más relevantes.

do de bienestar hasta nuestros días, pues, como advierte García Herrera, éstas no están exentas de cargas ideológicas y de posicionamientos apriorísticos.<sup>21</sup> Así, mientras que para algunos autores, como es el caso de Parejo Alfonso, hasta ahora no existe un retroceso significativo de los regímenes de bienestar establecidos y, por ende, sería exagerado hablar propiamente de la desaparición del Estado de bienestar;<sup>22</sup> para otros autores, como es el caso de Mishra,<sup>23</sup> el Estado de bienestar es reversible y la negación de esta posibilidad abriría las puertas para dar paso a un velado dismantelamiento de las estructuras sociales.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> García Herrera, Miguel Ángel, “El fin del Estado social”, *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 118-119, 1994, p. 135.

<sup>22</sup> Parejo Alfonso, Luciano, “Estado social y Estado de bienestar a la luz del orden constitucional”, en Muñoz Machado, Santiago *et al.* (coords.), *Las estructuras del bienestar. Propuesta de reforma y nuevos horizontes*, Madrid, Fundación ONCE, 2002, p. 795.

<sup>23</sup> Mishra, Ramesh, *El Estado de bienestar en la sociedad capitalista. Políticas de dismantelamiento y conservación en Europa, América del Norte y Australia*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1993, pp. 41 y ss.

<sup>24</sup> Con un verdadero ánimo crítico, aunque con un enfoque diferente al propuesto en este trabajo, en Naïr, Sami, *El imperio frente a la diversidad del mundo*, trad. de Sara Barceló y María Cerdón, Barcelona, Círculo de Lectores, 2003, pp. 167 y ss., se denuncia el velado dismantelamiento de las estructuras sociales en Europa, debido no sólo a la primacía de las tendencias neoliberales exportadas, principalmente, de Estados Unidos de América y promovidas por los intereses de las empresas multinacionales, sino también por la injerencia velada de éstos en el modelo de la construcción de una Europa unida. Así, textualmente, el autor señala que “el establecimiento de un mercado interior liberalizado no afecta únicamente al espacio económico. También implica el cuestionamiento de los modelos sociales existentes e incita a su unificación progresiva. El déficit de la ‘política social europea’... es, en el fondo, un señuelo retórico que permite ocultar una realidad mucho más inquietante: sí existe una política social europea, pero es liberal y se afana en construir un modelo social liberal de gestión de las relaciones sociales”. Asimismo, en Mishra, Ramesh, *op. cit.*, pp. 23 y ss., se analiza cómo el consenso de posguerra sobre la economía mixta y el Estado de bienestar, suscrito en mayor o menor medida por casi todos los países occidentales avanzados, se debilitó en Gran Bretaña (y Estados Unidos) por el advenimiento del régimen conservador de Thatcher, motivado, en gran medida, por el cambio en las condiciones materiales derivado del *shock* petrolífero de 1973 y la eclosión de la estancación (poco controlable con las soluciones keynesianas). El citado autor demuestra cómo efectivamente, bajo este régimen, se afectaron las políticas de pleno empleo y se redujeron considerablemente algunas prestaciones de asistencia social dirigidas a aliviar a los sectores más desfavorecidos de la población, aún cuando reconoce la permanencia de las políticas sociales de carácter universal, tales como la educación y la sanidad. Este análisis lo lleva a concluir que el Estado de bienestar es reversible, y

No obstante lo anterior, es prácticamente un punto de común acuerdo que las posiciones alentadoras de un Estado benefactor sumamente generoso pudieran llegar a ser insostenibles pues, como afirma Benda, el Estado social pudiera convertirse en un proyecto imposible tan pronto se estanque el producto social bruto, de tal forma que el Estado distribuidor se vea constreñido por las circunstancias a no tener nada que distribuir.<sup>25</sup> Así, de acuerdo con el propio autor, “no es por accidente por lo que recientes publicaciones sobre el tema se titulan Límites del Estado social, Crisis del Estado social, El Estado social en la frontera del crecimiento”.<sup>26</sup>

De hecho, como admite el propio Parejo Alfonso, resulta innegable que en la actualidad se ha venido produciendo una reestructuración de los regímenes de bienestar establecidos o un cambio en el modo de dación de los bienes o prestación de servicios sociales,<sup>27</sup> situación que va de la mano, por supuesto, con el “paulatino e incesante cuestionamiento del papel de lo público en el actual contexto socioeconómico”.<sup>28</sup>

Así pues, el modelo de Estado que tanto apoyo había inicialmente concitado, está sujeto, sin duda alguna, a un proceso de transformación en el que existe una quiebra de la dinámica que ha inspirado y alimentado el funcionamiento y desarrollo del propio modelo.<sup>29</sup> Este cambio ha sido propiciado por diversas causas, entre las que cabe mencionar los problemas económicos, las dificultades de financiación de los gastos sociales, la quiebra ideológica, el despilfarro, atrofia y crecimiento administrativo, la ineficiencia del sector público, entre otras.<sup>30</sup>

que la negación de esta posibilidad abre las puertas a la “nueva derecha”, para dar paso a un velado desmantelamiento de las estructuras sociales, en otras palabras, “no puede subestimarse el potencial de los regímenes neoconservadores para erosionar los principales servicios”.

<sup>25</sup> Benda, Ernesto *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 523.

<sup>26</sup> *Idem.*

<sup>27</sup> Parejo Alfonso, Luciano, *op. cit.*, p. 795.

<sup>28</sup> García Herrera, Miguel Ángel, “El fin...”, *cit.*, p. 133.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pp. 138 y ss.

<sup>30</sup> De acuerdo con Dogliani, Mario, “Los problemas del constitucionalismo en la crisis del Estado social”, en García Herrera, Miguel Ángel (coord.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1997, p. 688: “La ex-

Además, como advierte Cántaro, “los operadores económicos, las empresas y los mercados miran con sospecha al *Regulatory Welfare State* y a los costes financieros de los derechos sociales y de los programas asistenciales”,<sup>31</sup> como consecuencia, seguramente, del criterio de racionalidad económica y la creciente desconfianza del actuar del Estado.

Este contexto en el que se discute sobre la viabilidad del Estado social, mismo que pretende conjugar, de acuerdo con García Herrera, el desarrollo económico capitalista mediado por la intervención de los poderes públicos en el mercado y una distribución de la riqueza que permite satisfacer demandas sociales,<sup>32</sup> no puede menos que repercutir en los esquemas institucionales del modelo de asistencia jurídica gratuita.

De hecho, algunos autores llegan a sostener un verdadero proceso regresivo de la asistencia jurídica gratuita a partir de la década de los ochenta, acentuado en los noventa, conclusión a la que llegan después del análisis histórico y comparativo de esta institución en algunos países industrializados.<sup>33</sup> Los motivos de esta situación son muy diversos, desde las presiones propias del gremio, hasta la ideología política del momento. Sin embargo, gran parte de los cambios en la asistencia jurídica se perciben de manera generalizada como una con-

presión ‘crisis del Estado social’ obedece a la acumulación de tres grandes procesos: a) La transformación (globalización) de los sistemas financieros y productivos, y la revolución pasiva que se deriva de ellos; b) El mismo éxito del *welfare* que, al generar seguridad, produce la desmovilización de las actitudes militantes que habían sido esenciales para construirlo, y c) La disolución y derrumbamiento de los regímenes del este europeo”.

<sup>31</sup> Cántaro, Antonio, “El declive de la ‘constitución económica del Estado social’”, en García Herrera, Miguel Ángel (coord.), *El constitucionalismo...*, *cit.*, p. 177.

<sup>32</sup> García Herrera, Miguel Ángel, “El fin...”, *cit.*, p. 141.

<sup>33</sup> Sobre el particular, resulta ilustrativo el artículo de Hansen, Ole, “A Future of Legal Aid?”, *Journal of Law and Society*, vol. 19, núm. 1, primavera de 1992, pp. 85 y ss., en el cual pone de manifiesto cómo el proceso evolutivo de la asistencia jurídica gratuita en los últimos años se ha ido separando del objetivo especificado inicialmente, que incorpora tanto a las personas de escasos recursos como aquellas de ingresos moderados. De acuerdo con el citado autor, el principio que subyace en los últimos años consiste en “*the conditional welfare of the few*”. Así, la política social que se deriva de dicho principio retoma algunas características: la maximización del alivio de las necesidades a través de la caridad y del esfuerzo voluntario, dejando el gasto público sólo para aquellos que acrediten una insuficiencia de recursos extrema.

secuencia necesaria de la crisis financiera<sup>34</sup> y de la llamada “explosión litigiosa” enmarcadas en un clima poco proclive para profundizar en los esquemas propios del Estado social.

Los factores que determinan el cambio de la asistencia jurídica gratuita, en términos generales, se restringen básicamente a los siguientes: 1) La reducción o estancamiento de los presupuestos públicos destinados al beneficio de justicia gratuita; 2) El desmantelamiento y reducción de los centros públicos o clínicas encargados de prestar este servicio, aplicable a los países que adoptan el *Salaried staff attorney’s model*; 3) La expansiva rigurosidad de los criterios de elegibilidad para gozar de este servicio, destinados a una cobertura exclusivamente destinada a la población más pobre; 4) La reducción, en algunos casos, de las materias u órdenes jurisdiccionales susceptibles de ser llevados a través de este servicio de asistencia jurídica gratuita; y 5) El velado desentendimiento del sector público en diversos aspectos organizativos o procedimentales para la prestación de este servicio, cuyo efecto inmediato se refleja en la creciente carga del servicio para el sector privado.<sup>35</sup>

Todos estos factores redundan, evidentemente, en una clara reducción de la participación del Estado en la promoción del acceso a la justicia mediante los servicios de asistencia jurídica gratuita y, consecuentemente, en el incremento de las cargas respectivas para el sector privado. En otras palabras, la reducción de la asistencia jurídica gratuita provoca una transferencia del costo público que supone la asis-

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>35</sup> Estos factores coinciden en cierta medida con la distinción entre el viejo esquema fundado en la prestación de servicios jurídicos gratuitos en aras de la caridad y el altruismo, y el advenimiento del Estado social. Como señala Regan, Francis, “Legal Aid without the State. Assessing the Rise of *pro bono* Schemes”, *University of British Columbia Law Review*, vol. 33, núm. 2, 2000, p. 387: “Los esquemas públicos pueden distinguirse de los esquemas caritativos anteriores, porque ellos: 1. Incrementan los criterios de elegibilidad en aras de incluir a las personas de escasos recursos y, en algunas sociedades, a la clase media; 2. Extienden la elegibilidad a efecto de incluir la mayoría de los conflictos jurídicos que pudieran presentarse, así como las diversas instancias que implican; 3. Incrementan los honorarios y cuotas compensatorias de los abogados que prestan el servicio jurídico gratuito a efecto de aproximar sus beneficios al valor de mercado; 4. Por lo regular el Estado cuenta con funcionarios públicos que se ocupan exclusivamente de brindar los servicios de asistencia jurídica; y 5. Establecen mecanismos administrativos a efecto de uniformar y valorar los criterios de elegibilidad”. La traducción es nuestra.

tencia jurídica gratuita con cargo al erario público al costo privado asumido por los particulares, sean aquellos que prestan directamente el servicio de asesoría o defensoría pública (bajo esquemas propios del sistema *pro bono* o mediante el pago de cuotas contingentes u honorarios condicionados) o los propios litigantes que asumen el costo de llevar su asunto a litigio.

Si bien es cierto que estas medidas restrictivas se han hecho más patentes en aquellos países de corte liberal, como Estados Unidos, Canadá o Australia,<sup>36</sup> Europa no está exenta “de la mutación de signo desocializador que se está produciendo en el periodo actual y que corre pareja con lo que genéricamente viene denominándose la crisis del Estado social”<sup>37</sup> y, por ende, de una afectación a los esquemas de asistencia jurídica gratuita.

Así, por ejemplo, el caso de Inglaterra resulta notable toda vez que a pesar de ser pionera en muchos aspectos respecto del cambio favorable a la asistencia jurídica gratuita, en las últimas décadas su política pública respecto de la misma ha adoptado matices totalmente diferentes, orientados a la reducción o, incluso, a la abolición de esta prestación en ciertas materias.

Sobre el particular, destaca el discurso en Cardiff de Lord Irvine, del 18 de octubre de 1997, concretamente en su primer pronunciamiento como *Lord Cancellor*, ante la Conferencia anual de la *Law Society*, toda vez que supone uno de los primeros pasos, públicamente

<sup>36</sup> El descenso de la cobertura de asistencia jurídica gratuita ha sido especialmente visible en el caso de Estados Unidos de América. De acuerdo con Kilwein, John, “The Decline of Legal Services Corporation: It’s Ideological, Stupid”, en Regan, Francis *et al.*, *The Transformation of Legal Aid...*, *cit.*, pp. 41-63: en la década de los noventa, el Congreso estadounidense ha introducido importantes restricciones presupuestarias a la Legal Services Corporation, y ha establecido rigurosos criterios de elegibilidad para los usuarios, lo que, evidentemente, ha tenido consecuencias reductivas respecto de la asistencia jurídica en el orden civil y familiar, preferentemente. Asimismo, como destaca Regan, Francis *et al.*, *The Transformation of Legal Aid...*, *cit.*, p. 188, el Reino Unido y Australia también han sufrido importantes reducciones tanto presupuestarias como en los criterios de elegibilidad. De acuerdo con este autor, mientras que en 1950, en Inglaterra, aproximadamente el 70% de la población era elegible para el servicio público de asistencia jurídica, en 1990 este porcentaje ha descendido a menos del 50% de la población.

<sup>37</sup> Pérez Ayala, Andoni, “Los orígenes del constitucionalismo social. Una aproximación desde una perspectiva histórico-comparativa”, en García Herrera, Miguel Ángel (coord.), *El constitucionalismo...*, *cit.*, p. 334.

expuestos y con una gran recepción a nivel gubernamental y de análisis académico, para la retransformación de la propia concepción y configuración de la asistencia jurídica.<sup>38</sup>

De acuerdo con dicho discurso, la política pública a seguir, respecto de la asistencia jurídica gratuita, debe consistir en limitar considerablemente esta prestación a aquellos asuntos que sean de imperiosa necesidad, especialmente tratándose del orden penal. Para ello, Lord Irvine propone extender la práctica de los acuerdos de honorarios condicionados (*conditional fee agreements*)<sup>39</sup> para las acciones de responsabilidad civil, de tal forma que la asistencia jurídica se suprima para los casos de esa naturaleza. Los argumentos vertidos en el discurso de Cardiff para justificar la supresión de la asistencia jurídica gratuita en el ámbito civil, si bien muy discutibles por su falta de motivación, consistieron en lo siguiente: 1) La asistencia jurídica ha sufrido un colapso en la confianza pública; 2) El gasto público destinado a la asistencia jurídica se ha incrementado dramáticamente haciéndolo inviable en términos económicos; 3) El 90% del presupuesto de la asistencia jurídica se destina a cubrir los honorarios de los abogados, lo que en el fondo desvirtúa el objetivo primario de esta institución que consiste en promover el acceso a la justicia de los más necesitados y no, como de hecho sucede, a mantener a los abogados en el negocio. Un argumento más del *Lord Cancellor*, quizá el de mayor peso, fue destacar que los recursos disponibles para la asistencia jurídica son finitos.

<sup>38</sup> Cfr. Zander, Michael, “The Government’s Plans on Legal Aid and Conditional Fees”, *The Modern Law Review Limited*, vol. 64, núm. 4, julio de 1998, pp. 538 y ss. Una referencia adicional al discurso pronunciado el 18 de octubre de 1997 por lord Irvine de Lairg, sobre asistencia jurídica gratuita, puede encontrarse en el trabajo de investigación de Thorp, Arabella y Richards, Patsy, “The Access to Justice Bill: Legal Aid. Bill 67 of 1998-99”, *Library of House Commons, Research Paper 99/33*, 23 de marzo de 1999, <http://www.parliament.uk/Commons/lib/research/rp99/rp99-033.pdf>.

<sup>39</sup> Los honorarios condicionados son aquellos en los que el cliente se obliga a pagar una determinada cantidad, normalmente superior al precio de mercado, sólo si la resolución del conflicto le es favorable, en caso contrario el cliente no está obligado a pagar. En un sentido estricto existe cierta diferencia entre los honorarios contingentes y los condicionados. Mientras que los condicionados se limitan al resultado favorable en juicio, los contingentes presentan una mayor amplitud (relacionada con el buen desempeño de los abogados y la obtención de los mejores resultados posibles).

En seguimiento a su propuesta, el 5 de marzo de 1998 publicó unos papeles de consulta titulados *Access to Justice with Conditional Fees*,<sup>40</sup> en los cuales se establece la idea de que el gobierno, de manera paulatina y continua, de acuerdo a la experiencia recabada por el gremio de abogados y a la extensión de mecanismos de seguros legales, vaya eliminando el esquema de asistencia jurídica gratuita para la litigación civil, con el fin de llevar esta materia a través del sistema de cobro de honorarios condicionados. Evidentemente esta propuesta no estuvo exenta de severas críticas, lo que ha llevado al gobierno inglés a moderar la sustitución de la asistencia jurídica por los honorarios condicionados supeditados a la resolución definitiva del caso, especialmente en aquellas materias del orden civil referentes a conflictos domésticos y a la responsabilidad civil en que el asistido sea el demandado o, en su caso, a los asuntos que presenten un interés público significativo, pero siempre con miras a una transición gradual.<sup>41</sup>

Sin embargo, la propuesta de Lord Irvine sobre la dirección que deben adoptar las políticas públicas relativas a la asistencia jurídica también presenta ciertos aspectos positivos. Así, en su discurso de Cardiff, especifica que el objetivo primordial de estas políticas debe centrarse en el fortalecimiento del Servicio Legal Comunitario (*Community Legal Service*) a efecto de que brinde asesoría y orientación a las personas respecto de la naturaleza del conflicto (si es o no un asunto legal) y, en su caso, del procedimiento a seguir. En otras palabras, el eje central del reposicionamiento de la asistencia jurídica pareciera ubicarse más en el ámbito extra judicial de asesoría e información más que en una asistencia o representación en juicio. Evidentemente, como advierte Lord Irvine, el financiamiento del servicio legal comunitario dependería del éxito de la sustitución de los esquemas actuales de asistencia jurídica gratuita en la responsabilidad por daños y perjuicios, por los acuerdos de honorarios condicionados y, en consecuencia, este esquema no implicaría la necesidad de obtener nuevos recursos.

<sup>40</sup> Véase Thorp, Arabella y Richards, Patsy, *op. cit.*, pp. 29 y ss.

<sup>41</sup> *Idem.*

## IV. CONSIDERACIONES FINALES

Así pues, como puede desprenderse de lo antes dicho, la posición privilegiada de la asistencia jurídica gratuita que llegó a adquirir durante la segunda mitad del siglo pasado no parece inmutable, de hecho, existe una amplia tendencia dirigida a la búsqueda de alternativas que aminoren la carga presupuestaria que la misma representa. En otras palabras, mientras que en una primera etapa el común denominador consistía en destacar las bondades de la asistencia jurídica gratuita como mecanismo *ad hoc* para promover el acceso a la justicia, especialmente ante el obstáculo que supone la elevada onerosidad litigiosa, en la actualidad se han llegado a exaltar sus efectos negativos con el fin no sólo de proponer alternativas, sino también para justificar su reducción.

Esta modificación de enfoques y perspectivas respecto de la asistencia jurídica gratuita va de la mano, por supuesto, con las transformaciones del Estado de bienestar y la creencia en los servicios públicos destinados a satisfacer las necesidades básicas de la sociedad. El Estado adquiere, así, una posición subsidiaria frente a las propias capacidades del mercado.<sup>42</sup>

De ahí que tanto la asistencia jurídica como el propio Estado de bienestar hayan sufrido un cambio fundamental en su propia concepción. Mientras que durante la posguerra el Estado de bienestar se asentaba sobre la base no de beneficios mínimos para algunos sino de beneficios iguales para todos, en un claro sentido de solidaridad social, en los últimos años la tendencia se dirige a proveer ciertas prestaciones, como la asistencia jurídica, únicamente a un nivel mínimo para las personas de más bajos recursos, esto es, en palabras de Ferrajoli, con un claro carácter selectivo y desigual.<sup>43</sup>

Esta transformación desfavorable para el Estado social o, como señala Pérez Ayala, “esta mutación desocializadora”,<sup>44</sup> no tiene por el

<sup>42</sup> Sobre el papel del Estado frente al mercado, véase Maqueo Ramírez, María Solange, “Las imperfecciones del mercado como fundamento para el desarrollo del papel del Estado en la actividad económica”, *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, núm. 33, 2009, pp. 601 y ss.

<sup>43</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001, p. 16.

<sup>44</sup> Pérez Ayala, Andoni, *op. cit.*, p. 335.

momento un reflejo directo en cambios formales de los textos constitucionales. Sin embargo, nos dice este autor, ello no debe enmascarar la mutación constitucional de signo desocializador que se está produciendo en el periodo actual, pues su manifestación se produce en el seno de cada Estado, a través de la orientación legislativa y jurisprudencial, “en una dirección sensiblemente divergente con los principios inspiradores del Estado social”.<sup>45</sup>

Esta postura, sin embargo, admite claros matices pues, como afirma Benda, el postulado del Estado social no habilita una configuración discrecional capaz de disolver el mandato de igualdad.<sup>46</sup> Si bien los derechos sociales implican un amplio margen de discrecionalidad legislativa, su diseño normativo no puede vaciarlos de contenido constitucional.

Así pues, si bien la asistencia jurídica gratuita no constituye un derecho absoluto e ilimitado, pues al legislador ordinario le compete en cada momento determinar su contenido, ésta no puede alterarse de tal forma que impida el cumplimiento de los objetivos para los que fue creada. El legislador está sujeto a ciertos límites, mismos que vienen dados a través de las normas fundamentales.

La teoría constitucional moderna ha debatido muy prolijamente cuáles son estos límites. Para ello utiliza diversas fórmulas que van desde la llamada garantía del contenido esencial o el contenido constitucional indisponible (propias de la doctrina y la jurisprudencia alemana y española) hasta el principio de razonabilidad de las leyes (que emplea la jurisprudencia constitucional en Argentina).<sup>47</sup> En cualquier caso se trata de “mirar hacia los límites internos de cada derecho, hacia su naturaleza, hacia el bien que protegen, hacia su finalidad y su ejercicio funcional; es atender a sus respectivos contornos y a sus esferas de funcionamiento razonable”.<sup>48</sup> Su objetivo consiste en evitar que el legislador desnaturalice o altere un derecho constitucionalmen-

<sup>45</sup> *Idem.*

<sup>46</sup> Benda, Ernesto *et al.*, *op. cit.*, p. 549.

<sup>47</sup> Véase Serna, Pedro y Toller, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 45 y ss.

<sup>48</sup> *Idem.*

te reconocido, de forma que las normas constitucionales no dependan de la ley, sino que se garantice su supremacía.

Entonces, el problema no se sitúa en el desmantelamiento de la asistencia jurídica gratuita como instrumento para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva o de su corolario, el acceso a la justicia, sino en determinar cuál es ese núcleo indisponible que especificará su alcance y configuración.<sup>49</sup> En cualquier caso, éste estará constituido por los “mínimos” que se encuentren prefijados por las propias normas constitucionales.

De ahí que si bien el legislador no tiene un poder omnímodo para legislar en materia de asistencia jurídica gratuita, sí cuenta con un amplio margen de discrecionalidad para desarrollar su libertad de configuración social, con la finalidad de asegurar el carácter abierto y plural que debe caracterizar a cualquier norma fundamental propia de los países democráticos.

Esta fácil mutabilidad de la asistencia jurídica gratuita, derivada de su dependencia de las normas secundarias que la regulan, no deja de representar un cierto riesgo, puesto que además de que “una de las funciones secundarias que tiene la ley es el establecer límites a los *derechos fundamentales*, es decir, señalar las áreas donde ya no tiene aplicación la protección del derecho fundamental”,<sup>50</sup> también es importante considerar que el reenvío del desarrollo de la asistencia jurídica gratuita al proceso legislativo supone confiar la materialización de uno de los objetivos propios del Estado social a la dinámica política.<sup>51</sup> De ahí que la atemperación del riesgo que todo ello implica quede en manos de la conducta de las personas que participan en la vida constitucional, la disponibilidad de los dirigentes políticos y de los gobernados a aceptar como moralmente imperativo el contenido

<sup>49</sup> La doctrina y la jurisprudencia española han sido muy prolíficas en desarrollar la teoría del contenido indisponible de los derechos constitucionalmente consagrados. En este sentido, el Tribunal Constitucional español, en su fundamento jurídico 3o. de la sentencia 16/1994, de 20 de enero, ha puesto de manifiesto que el contenido y concretas condiciones de ejercicio de la justicia gratuita corresponde delimitarlos al legislador, atendiendo “a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disposiciones presupuestarias”.

<sup>50</sup> Véase Gómez Alcalá, Rodolfo, *La ley como límite de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, 1997, p. 194.

<sup>51</sup> García Herrera, Miguel Ángel, “El fin...”, *cit.*, p. 138.

de la Constitución. Ello depende de que el orden positivizado por la Constitución se considere, entre otras cosas, como “moralmente recto”.<sup>52</sup>

Un caso paradigmático en el proceso de transformación de la asistencia jurídica gratuita lo encontramos en la legislación española.<sup>53</sup> A raíz de la inclusión de este derecho en el artículo 119 de la Constitución Española de 1978, mismo que dispone que “la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de bienes para litigar”, y, específicamente, mediante la publicación y entrada en vigor de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, se introdujeron importantes innovaciones en los mecanismos de organización, funcionamiento y otorgamiento de los servicios de asistencia jurídica. Quizá la más importante, por lo que a nosotros interesa, consiste en la llamada “desjudicialización del procedimiento para la concesión de la justicia gratuita”.

De acuerdo con la citada Ley, la competencia para valorar quiénes cumplen con los requisitos previamente establecidos, para constituirse en beneficiarios de la asistencia jurídica gratuita, corresponderá ya no a los órganos jurisdiccionales (como tradicionalmente había funcionado hasta entonces), sino en un primer momento a los propios colegios de abogados. Serán éstos los que darán inicio a la tramitación ordinaria de solicitudes de asistencia jurídica, analizarán el cumplimiento de los presupuestos señalados por la Ley y, finalmente, acordarán o denegarán provisionalmente la prestación.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> Cfr. Hesse, Conrado, “Constitución y derecho constitucional”, en Benda, Ernesto *et al.*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>53</sup> Es importante señalar que la asistencia jurídica gratuita en España se conforma mediante el modelo *Judicare*. De tal forma que los servicios de orientación y asesoría jurídica previa a juicio, así como la asistencia jurídica en el litigio, se prestan por abogados del sector privado que deciden inscribirse de manera voluntaria al llamado turno de oficio, organizado a través de los Colegios de Abogados. Sin embargo, el Estado tiene la obligación de financiar estos servicios en atención al modelo de Estado social de derecho que su propia Constitución recoge. Sobre el particular, véase Rodríguez García, Nicolás, *op. cit.*

<sup>54</sup> Perdices Mañas, Antonio *et al.*, “Gestión y tramitación de la asistencia jurídica: los servicios de orientación jurídica y las comisiones de asistencia jurídica”, *III Jornadas de Asistencia Jurídica Gratuita (10 años de vigencia de la Ley 1/1996, Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, celebrada del 23 al 25 de febrero de 2006, p. 52: “Los trámi-

La decisión definitiva respecto de la procedencia de la prestación de asistencia jurídica y el nombramiento del procurador o abogado de turno de oficio estará a cargo de unos órganos administrativos colegiados de composición mixta, llamados “Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita”. Estos órganos administrativos, integrados por representantes del Ministerio Fiscal, del Colegio de Abogados y del Colegio de Procuradores, así como por un abogado del Estado y un funcionario del Ministerio de Justicia,<sup>55</sup> se encargan de “revisar” las designaciones realizadas por los colegios profesionales y, en su caso, las dejan sin efecto al desestimar las solicitudes presentadas.<sup>56</sup>

Como puede observarse, este proceso de desjudicialización otorga una participación directa e inmediata a los profesionales del derecho en mengua de las facultades que anteriormente venía realizando el Estado, a través del Poder Judicial. Ello, evidentemente, no implica que el cambio de sistema de administración y organización de la asistencia jurídica sea necesariamente en perjuicio para los justiciables, toda vez que el Estado participa, a través de dichas comisiones de asistencia jurídica gratuita, en la tutela del derecho de justicia gratuita consagrado a nivel constitucional y, en cualquier caso, sus resoluciones son impugnables por la vía jurisdiccional. De hecho, se destaca la descarga de trabajo de los tribunales con el propósito de

tes relacionados con la efectividad del beneficio a la asistencia jurídica gratuita dentro de un proceso judicial, o en la instancia alternativa legal o judicialmente fijada para la resolución de un conflicto, deben considerarse como un incidente del proceso principal, aunque el funcionamiento del órgano que resuelve en primera instancia tenga un carácter administrativo”.

<sup>55</sup> Véase el artículo 10 de la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita.

<sup>56</sup> Rodríguez García, Nicolás, *op. cit.*, pp. 29 y 30: “en radical contraste con el régimen netamente judicialista que se plasmaba desde hace más de un siglo en la LEC [Ley de Enjuiciamiento Civil], se diseña un nuevo sistema de reconocimiento del derecho a litigar gratuitamente de carácter eminentemente administrativo, tanto por la naturaleza del procedimiento que ha de seguirse para la obtención de dicho derecho, como fundamentalmente por la composición de unos órganos creados *ad hoc*... a los que el legislador ha conferido la competencia para pronunciarse definitivamente sobre todas las solicitudes que se promuevan al respecto. No obstante, la participación judicial en este sistema no ha desaparecido por completo, puesto que partiendo del categórico mandato constitucional contenido en el artículo 106.1, CE, siempre queda abierta la vía de controlar judicialmente la legalidad de las decisiones administrativas *motivadas* que dicten las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita, denegando o reconociendo el derecho a la justicia gratuita”.

concentrar sus recursos en la función jurisdiccional y el valor añadido de utilizar de manera eficiente los recursos públicos.

Sin embargo, en este proceso de desjudicialización, no podemos perder de vista la posición del abogado que presta efectivamente el servicio jurídico. En el supuesto de que se deniegue la concesión de asistencia jurídica gratuita, debe permanecer la obligación de los abogados de turno de oficio de continuar con su actuación, a fin de garantizar el derecho de una defensa adecuada. Pero al haberse denegado la concesión del derecho al justiciable por no cumplir con los presupuestos legales, estos abogados se ven impedidos, en ocasiones, para obtener el cobro de sus honorarios. Esta situación es particularmente probable si consideramos que en ocasiones la denegación de la asistencia jurídica gratuita se debe a la falta de documentación requerida, y en donde el justiciable efectivamente carece de recursos suficientes para litigar. Además, si la asistencia jurídica ya ha sido efectivamente prestada, no existen incentivos claros para que el justiciable recurra la denegación de la prestación.<sup>57</sup> De tal forma que bajo este supuesto, el financiamiento de la asistencia jurídica gratuita acaba por descansar en los propios particulares.

Así pues, en el caso de España y concretamente por lo que hace a la desjudicialización del procedimiento de concesión de la asistencia jurídica gratuita, se le concede una participación más activa a los profesionales del derecho que evidencia la creciente tendencia a adoptar alternativas que aligeren la carga del Estado en el cumplimiento de los derechos sociales de contenido prestacional.

Otro ejemplo claramente vinculado al proceso de sustitución del sector público, por lo que hace a la asistencia jurídica gratuita, cuyo sentido implícito obedece a los principios propugnados por Lord Cardiff hace más de una década, consiste en la expansión del sistema *pro bono* y en la exaltación de los beneficios que trae consigo. Mientras que la asistencia jurídica financiada por el Estado está en constante debate, los esquemas *pro bono* florecen en gran número de países, tales como Inglaterra, Suecia, Australia, entre otros.<sup>58</sup>

<sup>57</sup> Véase Perdices Mañas, Antonio *et al.*, *op. cit.*, p. 62.

<sup>58</sup> *Cfr.* Regan, Francis, *op. cit.*, p. 383.

Cada vez más se destacan los beneficios que conllevan la adopción y extensión del sistema *pro bono*, entre los que cabe citar: el involucramiento de la sociedad, el fortalecimiento del aprendizaje de los abogados jóvenes, el fomento de la confianza entre la sociedad y el gremio de los abogados, la apertura de mayores opciones para los justiciables en la elección de su abogado y la especialización por materias, entre otros.<sup>59</sup> Sin embargo, este modelo no está exento de ciertos problemas que impiden su conceptualización con un carácter plenamente sustitutivo de la asistencia jurídica gratuita. Quizá el más importante de ellos consiste en dejar al arbitrio de los abogados, bajo criterios morales o de ayuda social, la elección de los casos que estarían dispuestos a llevar, así como los *inputs* (incluido el tiempo) que estarían dispuestos a destinar en aras de prestar un servicio de calidad.

En los ejemplos que hemos utilizado, esto es, la desjudicialización del procedimiento de concesión del derecho de asistencia jurídica gratuita y la adopción del sistema *pro bono*, la cuestión no radica en determinar si el gremio de los abogados debe proveer, administrar y financiar la asesoría y defensoría jurídica para las personas económicamente desfavorecidas, sino en determinar si la adopción de estos esquemas obedece a la incapacidad del Estado para cumplir con los derechos sociales constitucionalmente consagrados. En otras palabras, el problema no reside en su implementación, sino en la adopción de esquemas que propicien posturas acomodaticias por parte del Estado, que gradualmente lo lleven a desvincularse del cumplimiento de un derecho fundamental, base del cumplimiento de otros derechos, como lo es el acceso a la justicia.

No podemos desconocer que tanto el proceso de desjudicialización como el sistema *pro bono* presentan claras ventajas que redundan en un sensible incremento del bienestar social. Sin embargo, su implementación no debe suponer, en ningún caso, el remplazo de las obligaciones del Estado en el cumplimiento de los derechos sociales de contenido prestacional, pues ello conllevaría la regresión de los avances y logros obtenidos en la etapa que hemos denominado de optimismo social.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 398.

Así pues, podemos concluir que en materia de asistencia jurídica gratuita, dado su proceso evolutivo y su dependencia a la disponibilidad de recursos públicos y lo que ello conlleva, los logros del pasado no son necesariamente logros del futuro y debemos estar atentos a cualquier modificación que vulnere el objetivo primario que no es, ciertamente, la propia prestación de asesoría y defensoría jurídica gratuita, sino el acceso a la justicia para cualquier persona que así lo requiera para satisfacer sus intereses jurídicamente tutelados.

El éxito de la inclusión del Estado social radica en la asunción de la responsabilidad del Estado. Ello, evidentemente, no debe implicar un absoluto desentendimiento por parte de la sociedad. No obstante, el sentido que debe adoptarse es el de la coparticipación y colaboración entre ambos, sin que llegue a materializarse una real sustitución de funciones que haga descansar el sistema en los propios particulares.