

Derecho y pobreza. 1ª ed., octubre 2015

III. Parte. Pobreza y administración de justicia

Capítulo 1. Un diálogo atropellado entre el hecho (la pobreza), y el derecho (la asistencia jurídica gratuita) (LUIS BUENO OCHOA)

III. Parte. Pobreza y administración de justicia

Capítulo 1

Un diálogo atropellado entre el hecho (la pobreza), y el derecho (la asistencia jurídica gratuita)

LUIS BUENO OCHOA

Universidad Pontificia Comillas

Sumario:

1. Principio: entre el hecho y el Derecho
2. El hecho: la pobreza
3. El derecho: la asistencia jurídica gratuita
4. Fin: sin Derecho a pesar del hecho

1. PRINCIPIO: ENTRE EL HECHO Y EL DERECHO

El planteamiento inicial pretendido consiste en establecer cómo interactúa, en clave fáctico-jurídica y, desde luego, con vocación comparativa, una formulación de *lege ferenda* como es el controvertido Proyecto de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita dado en fecha veintiuno de febrero de 2014 (en adelante, PLAJG).

Las dos cuestiones centrales sobre las que va a versar el desarrollo de la exposición consistirán, de una parte, en esbozar, siquiera sea con carácter introductorio, en qué consiste el hecho a que se contrae el mencionado PLAJG; a saber: la pobreza o, más en particular, contextualizándolo y sin hacer abstracción del más elemental rigor que se desprende del tenor literal de la norma proyectada, la *insuficiencia de recursos para litigar*. Y, de otra, corresponderá descender al articulado del texto proyectado, aun sin ánimo de exhaustividad, al objeto de fijarnos en qué novedades, qué aspectos polémicos, son los que más llaman la atención y resultan merecedores, en consecuencia, de comentarios de cariz crítico.

Hechas las observaciones introductorias precedentes, con las que se dará concreción a los dos apartados señalados con los numerales 2 y 3 que se sucederán, convendrá añadir dos más, antes de proseguir: una, por la vertiente *de facto*, y, otra, por la *de iure*.

Fácticamente, valdría decir, en primer lugar, vamos a poder comprobar cómo la pobreza, o si se prefiere, el concepto –más moderno, más aséptico– de *exclusión social* es, de suyo, algo relativo, casuístico; en suma, discutible, incluso, altamente discutible. Los cambios terminológicos empleados por los diferentes –y sucesivos– textos legales sobre la materia que nos ocupa así lo ponen de manifiesto; nótese, a este respecto, que la redacción originaria de la Ley de Enjuiciamiento Civil (1881) se refería, expresamente, al *beneficio de pobreza* (el artículo 13 textualmente recogía, por ejemplo, que «La justicia se administrará gratuitamente a los pobres que por los Tribunales y Juzgados sean declarados con derecho a este beneficio») en tanto en cuanto con la modificación operada a través de la Ley 6/1984 el precepto citado establecía, en cambio, que «La justicia se administrará gratuitamente a las personas que acrediten insuficiencia de recursos para litigar ante el órgano jurisdiccional competente y a aquellas otras personas físicas o jurídicas a quienes por disposición legal se haya concedido ese beneficio». Con posterioridad, con la disposición legal todavía vigente, la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, no sólo quedó definitivamente desterrada la mención a la pobreza y su paradójico –¿chocante?– beneficio sino que la asistencia jurídica gratuita quedó configurada, en estricta correspondencia con la previsión constitucional del artículo 119, como un derecho; como un *derecho prestacional y de configuración legal*, más en concreto, como más tarde se ha ocupado de aclarar la doctrina proveniente del Tribunal Constitucional.

En segundo lugar, refiriéndonos, aun cuando sea incurriendo en una suerte de anticipación, a la vertiente jurídica propiamente dicha, es oportuno precisar que la norma proyectada, luego de las modificaciones operadas en la norma todavía en vigor a través

del RDL núm. 3/2013, de 22 de febrero, que acoge el desarrollo reglamentario de la *hipercriticada* Ley de Tasas (Ley 10/2012, de 20 noviembre), contiene, en buena medida, lo que se propone el texto proyectado. Y así, en efecto, la Exposición de Motivos del PLAJO admite que su regulación «se encuentra estrechamente relacionada con la Ley 10/2012 [...] de la que derivan los recursos presupuestarios imprescindibles para el sostenimiento de este modelo, que, de otra forma, no sería posible y que ahora se basa en un sistema mixto de financiación con cargo a los impuestos y a las tasas abonadas por quienes resultan beneficiados por la actuación judicial» (§ I). Puestos a dar cuenta del alcance de la propuesta no estará de más subrayar lo que la mencionada Exposición de Motivos expresa, con fines recapitulativos, al hacer notar que dicho proyecto «supone un impulso a la viabilidad del modelo español de justicia gratuita, al que no sólo se incorporan nuevos recursos fruto de la aplicación y vinculación del nuevo régimen de tasas judiciales a que las mejoras del derecho queden garantizadas para el conjunto de Administraciones responsables del servicio, sino que se le dota de una mayor transparencia, equidad interna y responsabilidad por parte tanto de los beneficiarios de este derecho como de los demás actores involucrados en su prestación» (§ VII).

Tras haber sido anunciada la estructura a que va a quedar sujeta la exposición no sorprenderá la existencia de un apartado final que hará acto de presencia bajo el numeral 4; en el que se tratará de ver fructificada la tentativa de diálogo ensayada entre el mundo de los hechos y el del Derecho. Dicho diálogo, tendremos oportunidad de comprobarlo una vez más, no será inmune a los desencuentros. Nociones como viabilidad, eficiencia, presupuesto..., es decir, lo económico (y la economía es, recalquémoslo, la *gloomy* –o *dismal*- *science* –la ciencia «lúgubre» de la escasez– de la que hablaba Thomas Carlyle¹⁾) es lo que se acabará imponiendo. Y tan es así que la ya doblemente citada Exposición de Motivos del PLAJO se hace eco, otra vez más, de la doctrina del Tribunal Constitucional mencionando expresamente la STC 117/1998 al indicar que, efectivamente, «las disponibilidades presupuestarias son siempre limitadas y dado que estamos ante un derecho «de carácter social que pretende evitar la indefensión y la desigualdad de armas procesales que puede originarse en el acceso al proceso de las personas que carecen de recursos económicos para litigar, no puede concederse de modo ilimitado» (§ I).

Contaremos con la posibilidad de valorar, oportunamente, si los antedichos desencuentros que se anuncian son irreversibles o si, por el contrario, ese *diálogo atropellado*, como expresiva y enfáticamente refiere el título, tiene visos de poderse restablecer.

2. EL HECHO: LA POBREZA

La pobreza a que se refería la redacción originaria de la decimonónica Ley Procesal Civil y a la que ya aludía la Ley VI, Título VI, Partida III, de las de ALFONSO X EL SABIO al afirmar que «La viuda, el huérfano y otras personas desvalidas o pobres concertarían con el Letrado un pequeño estipendio y, si no pudieran pagarlo, mandaría el juez que se les defendiera «por amor de Dios"», se contempla ahora, como queda dicho, desde el prisma de la *insuficiencia de recursos para litigar*. Antes se ha hecho mención a la también más moderna noción de *exclusión social*. Pues bien, este segundo apartado va a estar dirigido a apreciar qué contenidos son los que configuran esa circunstancia fáctica, llamémosla así entre otras muchas maneras, a que se contrae la insuficiencia de recursos económicos. En este punto, hagámoslo notar, los cambios de criterio han sido llamativos. Así, la reforma de la ley adjetiva civil de 1984 sustituyó la referencia al jornal del bracero por la del salario mínimo interprofesional (SMI); y, más tarde, desde 2013 (y lo mismo el PLAJO), se ha impuesto ese otro criterio como es el del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) puesto en relación con los recursos e ingresos económicos brutos –no netos– del solicitante del derecho de asistencia jurídica gratuita.

La pregunta que debemos formular para, acto seguido, comprobar cuán compleja es la vertiente fáctica que nos ocupa consistirá en poder dar respuesta al interrogante siguiente: *¿Qué significa en realidad ser pobre?* La respuesta es, anticipémoslo, cuanto menos discutible. Y las discusiones que envuelve la misma son, posiblemente, interminables. Nos referiremos a un informe emitido al respecto recientemente y, asimismo, a algunos autores –a uno, en particular– que abundan en la complejidad advertida.

Las maneras de estimar la pobreza son, en general, tres: una, por medio de los ingresos; otra, analizando la riqueza, esto es, lo que se tiene después de restar lo que se debe; y, una tercera, centrada en el análisis de lo que se gasta, es decir, la que se fija en el consumo. Un informe reciente titulado *Cuando se tiene todo y se quiere más*²⁾ pone al descubierto el relativismo y las distorsiones que, comúnmente, resultan de la medición de la riqueza y, por ende, esto es, por exclusión o por vía de descarte, de la pobreza. Otro ejemplo que viene a corroborar esta toma de posición que incide en la desigualdad podría consistir en remitirse a un *best-seller* actual dotado también –por sus resonancias– de un expresivo título³⁾.

La obra del Premio Nobel AMARTYA SEN constituye una aportación insoslayable en lo tocante a la medición de la pobreza. Su enfoque se centra en las capacidades, en las potencialidades; es decir, en la calidad de vida, las condiciones de trabajo y la cuantificación del bienestar. Así, se llega a afirmar que «la condición de pobreza de una persona equivale a algún grado de privación que impide el desarrollo pleno de sus capacidades y, en última instancia, de su libertad»⁴⁾. No es difícil deducir de lo expuesto, en consecuencia, que la privación de las capacidades básicas nos presenta a la pobreza «como un fenómeno inescapablemente multidimensional del que participan los distintos y variados funcionamientos que la gente necesita y valora, relacionados con la alimentación, la salud, la educación, la participación activa en la vida comunitaria, etc.»⁵⁾. Dos serán, en definitiva, las series de conclusiones que se pueden alcanzar en orden a subrayar, como se decía antes, la complejidad inherente a la medición y, en suma, a la noción de pobreza; a saber:

Una; consistente en señalar que el enfoque de SEN basado en las capacidades ayudará «a comprender mejor la naturaleza y las causas de la pobreza y la privación, trasladando la atención principal de los *medios* (y de un determinado medio que suele ser objeto de una atención exclusiva, a saber, la renta) a los *fines* que los individuos tienen razones para perseguir y, por lo tanto, a

las libertades necesarias para poder satisfacer esos fines»⁶⁾.

Y, otra; se refiere a contextualizar la difícil medición de la pobreza como un problema de injusticia distributiva. Y, precisamente, es aquí, en este ámbito, donde radica el «mayor desafío que enfrenta hoy la economía como ciencia social. Este desafío apunta a la necesidad que tiene el pensamiento económico actual de abandonar decididamente su apuesta por una racionalidad puramente instrumental, para aplicar la razón también en el debate de los fines que una buena economía debiera colectivamente perseguir»⁷⁾.

Concebir la pobreza, o la exclusión social, como un problema de injusticia distributiva o, lo que es lo mismo, hacer un llamamiento a un concepto tan manido, y sujeto a la tergiversación, como el de *justicia social* viene a complicar las cosas. Y, complicándolas, sin embargo, podrá verse enmarcada cualesquiera crítica del sistema que se vaya a adoptar para decidir quién va a poder acceder a esa prestación a que se contrae el derecho constitucional de asistencia jurídica gratuita.

Remitirse a la justicia social es, posiblemente, la mejor forma de incidir en la complejidad a que ya se ha hecho mención. En prueba de la confusión que es inherente, o cuanto menos frecuente, a su invocación, podríamos traer a colación el *espejismo de la justicia social* a que aludía Hayek⁸⁾; y, todavía con más acidez, a la definición de la que hacía gala el políticamente incorrecto NICOLÁS GÓMEZ DÁVILA quien, invirtiendo –trastocándolo– el tercero de los *tria iuris praecepta* de ULPIANO, *Suum cuique tribuere*, sostenía, irónica o maliciosamente, que justicia social «es el término para reclamar cualquier cosa a que no tengamos derecho»⁹⁾. Con todo, detenerse en el par pobreza-justicia social servirá para hacernos una idea acerca de cuán espinosa puede llegar a ser la cuestión que tratamos. Nos referiremos, sobre este particular, a sendos enfoques de la pobreza que terminarán desembocando nuevamente en el posicionamiento crítico de AMARTYA SEN¹⁰⁾.

Como acción de contraste podrían distinguirse dos enfoques acerca de la pobreza: el monetario y el de las capacidades y funcionamientos. Así, desde el primer punto de vista, la pobreza es entendida como la imposibilidad de alcanzar niveles mínimos de utilidad que, bajo ciertas condiciones, se pueden expresar a través del ingreso y el consumo. El segundo punto de vista, en cambio, se entiende como el fracaso para obtener un nivel mínimo de capacidades básicas que son irreductibles para el desarrollo de la vida de una persona de suerte que su privación no sólo constituye un elemento esencial sino que limita, además, el logro de otras capacidades. La conexión entre la teoría utilitarista y la métrica monetaria no parece, por tanto, cuestionable. Y es que, precisamente, esa vinculación propiciará resaltar, en primer término, la crítica que SEN opone al enfoque monetario de la pobreza; y, en segundo y último lugar, para esbozar una conclusión –o mejor, una *preconclusión*– que deja bien a las claras las dificultades de medición y, más todavía, la adopción de un sistema estandarizado que determine quién puede, y quién no, ver reconocido el ejercicio de derechos fundamentales tales como, *ex artículo 24* de la Constitución, el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva.

En primer lugar, dejaremos anunciado, por su carácter indicativo, incluso elocuente, que «desde la perspectiva de SEN, es posible criticar al enfoque monetario de la pobreza –o como él lo denomina– enfoque de la opulencia, en cuatro aspectos: su base filosófica utilitarista, el interpretar a la pobreza como bajos niveles de utilidad, considerar estos resultados en términos de bajos niveles de ingresos, y el centrar la evaluación del bien-estar en un medio»¹¹⁾.

En segundo término y, con miras a cuestionar que el enfoque monetario consistente en la insuficiencia de ingresos para acceder a un nivel mínimo de bienestar sea la concepción de pobreza más extendida dentro de la economía, no será ocioso describir las dificultades que encierra cualquier propuesta de esta naturaleza. Y, sobre este particular, bastará remitirse nuevamente a SEN en el bien entendido que «la pobreza debe evaluarse en términos absolutos en el espacio de las capacidades, y en términos relativos en el espacio de los bienes, ingresos o recursos»¹²⁾.

3. EL DERECHO: LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

El recorrido anterior, de extracción fáctica, podrá entrar en juego con este otro planteamiento de carácter eminentemente jurídico pasando a exponer qué aspectos singularmente controvertidos, por polémicos y no siempre novedosos, son los que informan el PLAJG. Como tantas veces se podría decir que, no estando todos los que son, sí son, en cambio, todos los que están. Circunscribiremos dichos aspectos polémicos a diez que, en un principio, nos limitaremos, y poco más, a relacionar; y, a continuación, nos apoyaremos, aunque sea someramente, en algunos de los informes más relevantes a que dio lugar la norma en fase de anteproyecto para procurar así terminar de perfilar el cariz crítico del que es merecedora, o pudiera serlo, la norma proyectada.

Por lo expuesto, pasamos a enunciar, con carácter previo y a modo de resumen-crítico, qué diez aspectos controvertidos son los que informan, entre otros más, el PLAJG¹³⁾; a saber:

- 1) Ha sido afirmada su dudosa constitucionalidad tanto por el instrumento normativo utilizado como por la falta de previsión de medios que garanticen el ejercicio de un derecho fundamental cual es el acceso a la justicia.
- 2) Ha sido criticado el ámbito personal, los beneficiarios, ya sean personas físicas, ya sean personas jurídicas, a que se contrae la regulación (artículo 2 PLAJG).
- 3) El establecimiento, en sede de requisitos básicos, del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) como criterio básico, puesto en relación con los recursos e ingresos económicos brutos del solicitante (algo que, por otra parte, contempla el artículo 3 de la vigente Ley 1/1996 luego de la modificación operada a través del desarrollo reglamentario –de 2013– de la Ley de

Tasas), previsto, asimismo, en el artículo 3 PLAJG, hace más difícil el acceso al derecho de asistencia jurídica gratuita. No sólo por la consideración de los recursos e ingresos brutos, y no netos, sino también porque el IPREM, a diferencia del criterio anterior, el salario mínimo interprofesional (SMI), no se actualiza anualmente, con lo que el efecto de la inflación dificultará, como queda dicho, el acceso al ejercicio del derecho de que se trata.

4) Conferir el carácter de obligatoria a la petición de reconocimiento de *litis expensas* (artículo 4.2 PLAJG) «desde el primer trámite procesal en que fuere posible, a los efectos de proceder a su reintegro posterior», puede tratarse de una injerencia a todas luces evitable.

5) También ha sido objeto de reproche la exclusión del contenido material del derecho de asistencia jurídica gratuita (artículo 6 PLAJG) en relación con figuras tales como las de Contador-Partidor, Intérprete y/o Administrador Concursal; igualmente, ha sido cuestionado que la Mediación no haya tenido acogida más que en una fase preliminar o de simple pre-asesoramiento con virtualidad informativa.

6) La extensión temporal del derecho de asistencia jurídica gratuita ha sido, ciertamente, contestada (artículos 7 y 8 PLAJG): la necesidad de tener que ratificar la solicitud, con la tramitación consiguiente, como paso previo para instar la ejecución y/o recurrir debía ser algo perfectamente prescindible; y todavía más cuando se aprecia la asimetría de dicha regulación si se compara con la imposibilidad de acceder a este derecho, digamos con carácter sobrevenido (la llamada *insuficiencia económica sobrevenida* a que se atiene el artículo 8 PLAJG), en un trámite posterior al de la primera actuación procesal.

7) La creación de un Comité de Consultas en el seno del Ministerio de Justicia (artículo 9 PLAJG) *con la finalidad de lograr una aplicación homogénea de la ley* ha desplegado críticas que consideran que tras ese loable propósito tendente a la homogeneización, como expresión del principio de igualdad, lo que verdaderamente late es una interferencia que, llegado el caso, puede ningunear el papel de la propia administración de justicia respecto de aquellos que tienen encomendada constitucionalmente dicha función.

8) La burocratización del sistema; y, como exponente de la misma, en particular, la tramitación prevista en los artículos 18 y 19 PLAJG, constituye también uno de los puntos críticos de la regulación proyectada.

9) La presunción *iuris tantum* a propósito de la apreciación de abuso de derecho (artículo 33 PLAJG) alarga la sombra de la sospecha, injustificadamente, al preverse que «se presumirá el abuso de derecho y se desestimará la petición de justicia gratuita, cuando se haya solicitado su reconocimiento más de tres veces en un año, con excepción del orden penal».

10) El nuevo tratamiento de la insostenibilidad de la pretensión (artículo 34 y ss PLAJG), sujeto a una tramitación más reducida y, en buena medida, más simplificada, tampoco ha sido inmune a la crítica.

Los diez aspectos relacionados podrán verse corroborados y, en algún caso, matizados e incluso ampliados, haciendo mención a una serie –seleccionada– de informes emitidos acerca de la norma sobre justicia gratuita en fase de anteproyecto. Nos limitaremos, pues, a exponer algunas de las conclusiones comprendidas en los informes que emitieron, siguiendo un orden cronológico, el Consejo Fiscal (19-02-2013)¹⁴; el Consejo General de la Abogacía Española (20-02-2013)¹⁵; el Consejo General del Poder Judicial (21-02-2013)¹⁶ y, por último, se hará alusión al Dictamen emitido por el Consejo de Estado (19-12-2013)¹⁷.

El Consejo Fiscal consideró acertada, en términos generales, la reforma y, no obstante, entre las observaciones formuladas cabría destacar, por una parte, que se mostrase partidario de la desjudicialización del procedimiento, llegando a proponer, incluso, la supresión de la intervención del Ministerio Fiscal en las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita; y, por otra, en cambio, propugnaba que debía mantenerse la participación de la Fiscalía en lo concerniente a la emisión de informes sobre la insostenibilidad de la pretensión en coherencia con el mandato recogido en el artículo 124 de la Constitución y con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre esta función contenida en la STC 12/1998, de 15 de noviembre.

El Consejo General de la Abogacía Española centró sus críticas en el Título I y, singularmente, en el ámbito de aplicación subjetiva así como en el mecanismo de ratificación. Así, por un lado, se mostraba contrario a que las víctimas, las asociaciones y los sindicatos no tuvieran que acreditar la insuficiencia de recursos para acceder al sistema de asistencia jurídica gratuita, llegando a proponer, asimismo, la ampliación del contenido del derecho a la vía administrativa previa y a la conciliación; y, por otro, no se tenía por menos que considerar una disfunción del propio sistema la obligación de recurrir al mecanismo de ratificación como una clara muestra de la vulneración del ejercicio del derecho de defensa. Con posterioridad, una vez elevado el texto a Proyecto, el mismo fue informado, de nuevo, por el Consejo General de la Abogacía sin que, en general, arreciaran las críticas. Así, en sede de conclusiones, se reiteraba que «...la reforma que se está gestando sobre la ley 1/1996, no está contribuyendo a mejorar el estatus del abogado de turno de oficio [...La norma proyectada] no resuelve la laguna existente en la vigente regulación sobre las excusas –sólo previstas para el orden penal–, ni los supuestos de pérdida de confianza entre abogado designado por turno de oficio y su cliente; tampoco garantiza el cobro de los servicios prestados [...] ni afronta la adecuación ni la actualización de los baremos conforme a IPC, la información y especialización de los profesionales con cargo a fondos públicos, y en definitiva no mejora las condiciones de prestación del servicio de los abogados...»¹⁸.

El Consejo General del Poder Judicial focalizó sus observaciones críticas, igualmente, en el Título I relativo al ámbito de aplicación subjetiva (artículos 1-9) que es, ciertamente, en el que tienen acogida las principales novedades de la norma (ante)proyectada. Las dos primeras conclusiones, no obstante, iban dirigidas a observar, por una parte, que resultara más que discutible –desde el punto de vista constitucional– que se pueda acudir a la vía del Decreto-ley para regular materias tales como las tasas judiciales o la asistencia jurídica gratuita, en la medida en que estaría afectado el derecho fundamental de acceso a la

jurisdicción reconocido en el artículo 24 de la Constitución (artículo 86.1 CE); y, por otra, se destacaba una omisión de capital importancia para la propia viabilidad de la nueva Ley puesto que ninguna mención concreta y detallada se hacía de los recursos económicos que para la adecuada prestación del servicio habrían de tener las Comunidades Autónomas que tienen transferidas dichas competencias. Fueron objeto de crítica, además, según lo expuesto, las restricciones subjetivas operadas en relación con las víctimas, el mundo asociativo y, más en concreto, con los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social y su acceso a la asistencia jurídica gratuita en la tramitación de recursos de suplicación y casación ante la jurisdicción social y la presentación de recurso contra las resoluciones recaídas en procesos concursales. En otro orden de cosas, aunque se valoró positivamente que se incluyera como contenido material del derecho la información sobre Mediación, se lamentaba que no se aprovechara la reforma para incorporar la prestación misma consistente en el coste de dicho proceso. Es destacable, asimismo, la asimetría que se desprende entre la necesidad de implementar el mecanismo de ratificación y la negativa de acceso al sistema en supuestos de insuficiencia económica sobrevenida. Por último, convendrá constatar que el expresado informe abordó muchas otras cuestiones además de las puntual y superficialmente mencionadas sin dejar de resaltar la existencia de un voto particular emitido por tres vocales, en fecha 22-03-2013, al Acuerdo del Pleno que dio lugar a un informe tan extenso como el cuestionado; lo cual da buena cuenta del panorama crítico, altamente crítico, cabría decir, en que se desenvuelve la regulación «en trámite» en materia de asistencia jurídica gratuita.

Finalmente, nos referiremos, también sucintamente, al reseñado Dictamen del Consejo de Estado que formula, en conclusión, una observación esencial relativa a la previsión contenida en el artículo 6 del anteproyecto (que, por cierto, se mantiene en el PLAJG) en torno a la participación de los Graduados Sociales en el sistema. Se afirma, a este respecto, que dicha participación contradice lo previsto en el artículo 545 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que la sustancial modificación que el precitado artículo 6 introduciría en el régimen de la asistencia jurídica gratuita exige previamente modificar el aludido precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Los diez aspectos polémicos mencionados y las acotaciones provenientes de los informes-dictámenes seleccionados con virtualidad meramente consultiva y no, desde luego, vinculante, han servido para explicitar un conjunto significativo de críticas. Panorama crítico, como decíamos antes, de la futura regulación de la asistencia jurídica gratuita que conduce, necesariamente, al apartado final de la exposición.

4. FIN: SIN DERECHO A PESAR DEL HECHO

Llega el momento de poner en relación lo que ha dado de sí lo expuesto en la llamada vertiente fáctica y en la vertiente jurídica desbrozadas, respectivamente, en los dos apartados que anteceden. Y queda pendiente de determinar, más exactamente, si el desarrollo fáctico, con enclave utilitarista al ser tributario de un enfoque monetario, es susceptible de poderse conciliar con los derechos fundamentales que se ven comprometidos con el acceso al sistema de asistencia jurídica gratuita: el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva.

Si hablamos de derechos fundamentales que no pueden ejercerse de modo ilimitado (otra forma de aseverar que no se trata de derechos absolutos), preguntémosnos: ¿qué otros derechos son los que imponen dicha limitación? La respuesta, considerémoslo, no está en otros derechos. La respuesta es, resáltémoslo, de orden fáctico porque, como se suele decir, «los hechos son tozudos»¹⁹. Y esa tozudez de los hechos tiene que ver, en el caso que nos ocupa, como se apuntó anteriormente, con las limitaciones presupuestarias; con la escasez; con las razones de eficiencia... Es decir, los hechos, cuya tozudez viene respalda por el discurso de la escasez, dicho sea en resumidas cuentas –nunca mejor expresado– por el discurso económico, se imponen, se acaban imponiendo, a los derechos, cuyo reconocimiento con el rango de fundamentales, lejos de la tozudez de los hechos, terminan arrumbados en el plano de lo meramente retórico.

El *diálogo atropellado* del título podrá verse justificado, pues, a partir de la tozudez –económica– del mundo de los hechos que prevalece en detrimento del carácter fundamental –tan retórica como jurídicamente fundamental– del mundo del Derecho. Los hechos atropellan, por consiguiente, a los derechos.

Los diferentes modelos de sistema de justicia gratuita, ya sea el histórico de la *justicia para pobres*, ya sea el actual basado en el valor normativo de los derechos reconocidos por la Constitución, se han revelado, pues, como formas imperfectas de dotar de contenido a la supuesta *gratuidad de la justicia* (por más que se tratara, en unos casos, de una justicia caritativa y en otros, como actualmente, de un servicio público).

La configuración actual del sistema de asistencia jurídica gratuita se presenta, precisémoslo al hilo de lo expuesto en último lugar, como un peculiar servicio de interés público que consiste, en puridad, en un supuesto de ejercicio privado de funciones públicas²⁰ (que, dicho sea de paso, contribuirá, a buen seguro, a revitalizar el rol de los cada vez más cuestionados Colegios Profesionales).

Con todo y, ya para concluir, será oportuno aclarar que las críticas del sistema no sólo provienen del flanco de la justicia social y aledaños. También se alzan voces en contra desde una trinchera opuesta a lo anterior. Así, hay quienes no dudan en calificar como «anticuado, incompleto, ajeno a la realidad social y económica y, sobre todo, injusto para los Procuradores y los Abogados, [quienes terminan siendo...] víctimas de un parasitismo secular que cada vez se viene ampliando más y, todo ello con cargo, en su mayor parte, a los honorarios profesionales»²¹.

Así las cosas, los desencuentros entre los hechos y el Derecho no cesan. Y el diálogo entablado entre lo fáctico y lo jurídico no consigue zafarse de una suerte de atropello que no sólo llega a alcanzar, sino que sobrepasa, la crítica de las críticas. Y es que,

digámoslo con inquieta resignación, la *gratuidad de la justicia*, como todo lo que es –aparentemente– de balde, acaba saliendo caro.

FOOTNOTES

1

Véase RODRÍGUEZ BRAUN, C., «Un mito perdurable: la economía como «ciencia lúgubre»», en *Claves de la razón práctica*, núm. 112 (mayo 2001), pp. 62-68, cuyo punto de partida es el panfleto del propio Carlyle: «Occasional discourse on the negro question», en *Fraser's Magazine for Town and Country*, Londres, Vol. XL, 1849, pp. 530-531.

2

Se alude al Informe de la ONG británica Oxfam (en España, Intermon-Oxfam) publicado a principios de año en el que se analiza la desigualdad mundial en función de la riqueza.

3

Véase PIKETTY, TH., *El Capital en el siglo XXI*, trad. de Eliane Cazenave-Tapie Isoard, con la colaboración de Guillermina Cuevas; revisión de la trad. de José Carlos de Hoyos; rev. téc. de la trad. de Gerardo Esquivel, Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2014.

4

FERULLO, H., «El concepto de pobreza en Amartya Sen», en *Valores*, núm. 66 (agosto 2006), p. 13.

5

Ibidem, p. 14.

6

SEN, A.K., *Desarrollo y Libertad*, trad. de Esther Rabasco y Luis Toharia, Buenos Aires: Editorial Planeta Argentina, 2000, p. 117.

7

FERULLO, H.: *op. cit.*, p. 16.

8

Véase HAYEK, F.A.V., *El espejismo de la justicia social*, vol. 2 de *Derecho, legislación y libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la política económica*, trad. de Luis REIG ALBIOL, Madrid: Unión Editorial, 1988.

9

GÓMEZ DÁVILA, D., *El Solitario de Dios*, Bogotá: Villegas Editores, 2005, 1ª ed., vol. I, p. 267. Véase, del mismo autor, *Escolios a un texto implícito*, prólogo de Franco Volpi, Vilaür (Girona): Atalanta, 2009.

10

Véase, por su innegable carácter complementario de la temática abordada, SEN, A., *La idea de justicia*, trad. de Hernando Valencia Villa, Madrid: Taurus, 2009.

11

BÉRGOLO, M., LEITES, M. y SALAS, G., «Pobreza y justicia social: concepto e interrelaciones», en *Quantum*, vol. III, núm. 2 (diciembre 2008), p. 11.

12

Ibidem, p. 19.

13

Véanse, sobre el particular, por ejemplo, CASTRO JOVER, B., «Apuntes críticos al Proyecto de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita», en *Otrosí*, Revista del Colegio de Abogados de Madrid, núm. 5, 2014, 6ª época, pp. 49-53, y AGUILAR GONZÁLEZ, J. M., «La Justicia Gratuita en España: aproximación a un análisis cuantitativo», en *Foro*, Nueva Época, vol. 16, núm. 1 (2013), pp. 25-48.

14

[https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INFORME_CF_JUSTICIA_GRATUITA_\(DEF\).pdf?idFile=4290e850-c4fd-4eb0-b1b5-cd5e0f92dbd0](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INFORME_CF_JUSTICIA_GRATUITA_(DEF).pdf?idFile=4290e850-c4fd-4eb0-b1b5-cd5e0f92dbd0) [Consulta: 20-02-2015].

15

Véase, por su interés, el conjunto de documentos incluidos en el *VIII Informe del Observatorio de Justicia Gratuita*, Abogacía Española-La Ley, Estadística Completa 2010-2013, Madrid: La Ley, 2014.

16

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-Asistencia-juridica-gratuita> [Consulta: 20-02-2015].

17

BOE.es - Documento CE-D-2013-1059.

18

VIII Informe del Observatorio de Justicia Gratuita, op. cit., p. 195.

19

«Facts are stubborn things» es la frase originariamente atribuida a John Adams, segundo Presidente de EE.UU., aun cuando, comúnmente, es adjudicada a Lenin. Cabría añadir, además, esa otra de autoría indiscutida de Mark Twain empleada para burlarse de los datos estadísticos y su manipulación: «Los hechos son tozudos, pero las estadísticas son algo más flexibles».

20

Véase COLLADO MARTÍNEZ, R.M., «La asistencia jurídica gratuita como servicio público», en *Abogados*, Revista del Consejo General de la Abogacía Española, núm. 82 (noviembre 2013), pp. 34-38; <http://www.abogacia.es/revista-abogados/82/files/34.html> [Consulta: 20-02-2015].

21

UGARTE TUNDIDOR, A., «Del reconocimiento del beneficio de pobreza o justicia de balde: crítica de criterios», en http://www.ugarte.com.es/rec_benef.htm [Consulta: 20-02-2015].