

N° 179
AÑO LIV
ENERO — JUNIO
1986

ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

**UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION
FACULTAD DE
CIENCIAS JURIDICAS
Y SOCIALES**

*EL DERECHO A ASESORIA JURIDICA**

ELEODORO ORTIZ SEPULVEDA
CARLOS PECCHI CROCE
Profesores Derecho Procesal
Universidad de Concepción

Se dice por algunos autores que el derecho y la justicia ofrecen, en el mundo contemporáneo, tres dimensiones: constitucional la primera, transnacional la segunda y social, la última.

La dimensión social del derecho y de la justicia emana de las profundas transformaciones de las sociedades industriales y postindustriales modernas, en las cuales la exigencia de igualdad no sólo formal, sino real y efectiva igualdad de posibilidades de desarrollo de la persona e igual dignidad del hombre adquiere un sentido cada vez más decisivo y para multitudes cada vez más vastas, como lo hace notar Capelletti.

Se añade que la dimensión social del derecho y de la justicia, en su manifestación más avanzada, puede expresarse en una fórmula que se ha hecho de uso corriente en los últimos tiempos: la del acceso al derecho y a la justicia.

El derecho de acceso a la justicia no debe entenderse limitado a la que podría llamarse justicia judicial; por el contrario, comprende áreas mucho más extensas, como por ejemplo, el acceso a la educación, al trabajo, a la salud, etc. Por eso, este derecho implica, fundamentalmente, que el sistema jurídico debe ser igualitariamente accesible a todos y estar encaminado a que su funcionamiento sea individual y socialmente justo.

Entre los diversos aspectos que comprende el género acceso a la justicia, y tal vez el más importante de ellos, se encuentra el judicial, que plantea a los estudiosos, como primer problema, el de procurar superar los obstáculos que representan la escasez de medios económicos o la ausencia de condiciones socio-culturales en la obtención de un verdadero acceso a la jurisdicción.

La importancia de la cuestión planteada, sobre todo en los últimos años, la revela la acogida cada vez más frecuente que los textos constitucionales otorgan al derecho de acceso a la justicia. Así, y sólo por vía de ejemplo, puede citarse el artículo 20, inciso segundo, de la Constitución portuguesa, que asegura a todas las personas el acceso a los tribunales para la defensa de sus derechos, por lo que no puede denegarse la impartición de justicia por insuficiencia de recursos económicos. Por otra parte, el artículo 24 de la Constitución española de 1978 consagra que "todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, puede producirse indefensión", agregando que "asimismo,

* Ponencia presentada al Primer Congreso Chileno de Derecho Procesal, celebrado en Valparaíso los días 3, 4 y 5 de octubre de 1985.

todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado...". El artículo 119 de esta misma Carta Fundamental, complementando la norma recién citada, prescribe que "la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley, y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar". El texto fundamental de Panamá en su artículo 214, introducido en 1983, señala que "la ley arbitrará los medios para prestar asesoramiento y defensa jurídica a quienes por su situación económica no puedan procurárselos por sí mismos, tanto a través de los organismos oficiales creados al efecto, como por intermedio de las asociaciones profesionales de abogados reconocidas por el Estado".

Los ejemplos anotados revelan una tendencia de los ordenamientos constitucionales más nuevos en el sentido de consagrar expresamente el derecho de acceso a la justicia, contemplado desde el punto de vista jurisdiccional.

Nuestras Cartas Fundamentales anteriores a la de 1980 no consideraron el derecho de que se trata como una garantía fundamental de las personas; pero nuestra actual Constitución, coincidiendo con aquellas de data más reciente, lo eleva a la categoría de esencial, al disponer en el artículo 19, número 3, inciso 3°, que "la ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos".

La manifestación primaria del derecho de acceso a la justicia está constituida por la acción, cuya concepción ha experimentado una sustancial transformación como consecuencia de las nuevas tendencias procesales.

En efecto, el derecho de acceso a la justicia, contemplado en su aspecto puramente procesal, no se agota con la sola puesta en marcha del aparato jurisdiccional, sino que exige algo más, exige que la solución a la controversia respectiva sea justa y adecuada. Como consecuencia de esto, no puede ya entenderse la acción en un sentido puramente formal, esto es, como un mero derecho individual frente al Estado para exigir la prestación jurisdiccional, sino que, además, debe entenderse que la acción tiene por objeto garantizar una participación igualitaria de los justiciables ante los tribunales para la solución de las controversias jurídicas, aspirando así a la impartición de una verdadera justicia. Este es el sentido que otorga a la acción el artículo 24 de la Constitución española, antes citado, al establecer que "todas las personas tienen derecho a obtener la tutela *efectiva* de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos".

La participación igualitaria de los litigantes en el proceso exige, como condición indispensable para su real eficacia, del otorgamiento de una adecuada asesoría jurídica, sobre todo para aquellos que por razones de orden económico o cultural no pueden proporcionársela adecuadamente.

De aquí que el derecho a asesoramiento jurídico sea uno de aquellos que, procesalmente, tienen un carácter esencial y deba ser reconocido eficazmente a todos los litigantes. De aquí, también, que las modernas Constituciones Políticas lo reconozcan en forma expresa como un derecho fundamental de los justiciables.

Como ya se señaló, si bien nuestra Constitución reconoce expresamente el derecho a una adecuada asesoría jurídica, punto de partida de un acceso a la justicia en su sentido procesal, ha dejado su instrumentalización a cargo del legislador.

Nuestro ordenamiento procesal ha establecido dos grandes sistemas para procurar asegurar a los litigantes, sobre todo a aquéllos limitados por razones de orden económico o cultural, un adecuado asesoramiento jurídico: el privilegio de pobreza propiamente tal y la asistencia jurídica gratuita a través de las Corporaciones de Asistencia Judicial.

El privilegio de pobreza, como se sabe, puede ser otorgado por sentencia judicial, o bien, dispensado por el solo ministerio de la ley.

Para obtener el primero, la solicitud respectiva debe someterse a la tramitación que se señala en los artículos 129 a 137 del Código de Procedimiento Civil. Gozan del segundo aquellas personas a quienes la ley, en forma expresa, considera pobres, como ocurre, por ejemplo, con el reo que se encuentra privado de libertad, al que los artículos 64 del Código de Procedimiento Penal y 593 del Código Orgánico de Tribunales estiman como tal para todos los efectos legales.

Tanto uno como otro privilegio de pobreza se traducen, fundamentalmente, en dos grandes beneficios: el derecho a ser defendido y representado gratuitamente por los abogados y procuradores de turno y la prohibición de imponerse condena para el pago de las costas de la causa, salvo ciertas excepciones.

Las Corporaciones de Asistencia Judicial fueron creadas por la Ley Nº 17.995, publicada en el Diario Oficial Nº 30.959-A, de 8 de mayo de 1981, y son las actuales continuadoras legales del Colegio de Abogados de Chile en lo referente, exclusivamente, a los Servicios de Asistencia Judicial y al régimen de personal de esos Servicios. Según lo señala el artículo 2 de esta ley, la finalidad de las Corporaciones es, entre otras, la de prestar asistencia jurídica y judicial gratuita a las personas de escasos recursos, las que, por disposición del artículo 600 del Código Orgánico de Tribunales, gozan de privilegio de pobreza mientras dure el patrocinio de la respectiva Corporación.

Ninguno de los dos sistemas a que se ha hecho referencia satisface en plenitud las exigencias que derivan de la necesidad de un adecuado asesoramiento jurídico para los justiciables.

El privilegio de pobreza, en la hipótesis de su otorgamiento por resolución judicial, presenta el inconveniente que para obtenerlo es necesario someter la solicitud correspondiente a determinada ritualidad procesal, lo que hace indispensable la prestación de asesoramiento jurídico, con los inconvenientes que es fácil prever. Además, ya se trate de un privilegio judicial o de uno otorgado por el solo ministerio de la ley, la eficacia del asesoramiento depende fundamentalmente de la voluntad de efectiva colaboración de los profesionales llamados a prestarlo. La experiencia práctica demuestra, lamentablemente, que los abogados y procuradores de turno no siempre cumplen sus respectivos cometidos con la responsabilidad que sería deseable esperar de una labor de tanta alcornia social.

Por otra parte, si bien las Corporaciones de Asistencia Judicial se acercan a las soluciones que recomienda la doctrina, revelan, no obstan-

te, importantes limitaciones, que derivan, en primer lugar, de que sus servicios no cubren íntegramente el territorio de la República, lo que deja a un importante número de interesados privados de la atención correspondiente, y, en segundo lugar, de que pareciera que su asesoramiento sólo puede otorgarse a una sola de las partes en conflicto, sufriendo la otra, en caso de encontrarse en similares condiciones, las consecuencias negativas que surgen de la escasez de sus recursos económicos. Además, la asesoría se presta, casi exclusivamente, por egresados de derecho, que carecen de la experiencia necesaria para que ella sea realmente eficaz.

Las deficiencias que se han dejado anotadas no sólo afectan nuestro sistema de asistencia judicial, sino que también se pueden observar en la mayoría, por no decir todos, de los demás países latinoamericanos. Es por ello que, desde hace algunos años, los procesalistas se han venido preocupando de este problema, como ha ocurrido en las Quintas Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, efectuadas en Colombia en el año 1970, en el Séptimo y en el Undécimo Congresos Nacionales argentinos de Derecho Procesal, realizados los años 1972 y 1981, respectivamente, en todos los cuales se aprobaron acuerdos que destacan la necesidad de nivelar la situación de los litigantes, proponiéndose la creación de un Fondo de Asistencia Jurídica, con recursos provistos por el Estado, con cargo al cual se cancelarían los honorarios de los profesionales que intervinieran en la defensa de las partes.

Lo dicho precedentemente permite, en nuestro concepto, sentar las siguientes conclusiones:

1.- El ideal de igualdad, que es relativamente reciente en la historia de la civilización occidental, y que tradicionalmente ha sido entendido, como señala Cappelletti, como "la abolición de las diferencias jurídico-formales de status", se ha revelado, en el último tiempo, como insuficiente, puesto que, como anota Ehrlich, "cuanto más el rico y el pobre son tratados sobre la base de las mismas reglas jurídicas, tanto más se acentúa la ventaja del rico". Esto ha motivado que se empiece a considerar en el principio de la igualdad el aspecto económico-social y a entender que en el camino del acceso a la justicia se encuentran barreras de diversa índole, que son más o menos graves según sea mayor o menor la capacidad económico-social de las personas;

2.- La conciencia que los procesalistas han adquirido últimamente en el sentido de que no basta con una igualdad sólo formal, sino que es necesaria una igualdad real y efectiva, se ha reflejado en una mayor preocupación por el problema del acceso a la justicia y, dentro de ella, por la necesidad de lograr en el proceso una verdadera nivelación de los justiciables, proporcionándoles una adecuada asesoría jurídica;

3.- Esta preocupación doctrinaria se revela en las Constituciones Políticas de la segunda posguerra, la mayoría de las cuales han incluido, como un derecho fundamental de las personas, el de disponer en el proceso de una efectiva asesoría jurídica;

4.- Nuestra Constitución Política, siguiendo el mismo camino de las Cartas Fundamentales más modernas, ha incluido en el inciso 3º del número 3º de su artículo 19, en forma expresa, la garantía de asesoramiento jurídico gratuito para quienes no disponen de las facultades económicas necesarias para solventar los gastos que derivan del proceso;

5.- La reglamentación legislativa de la referida garantía constitucional, si bien responde en parte a las exigencias que insinúa la doctrina, no la reviste de real y verdadera eficacia, y

6.- Lo anterior hace necesario idear un sistema que otorgue real efectividad al derecho asegurado por la Constitución y, en este sentido, parece adecuado recoger las insinuaciones de la doctrina y procurar la creación de un Fondo de Asistencia Jurídica, con dineros proporcionados por el Estado, y que podría ser administrado por las Corporaciones antes mencionadas y funcionar en forma complementaria con nuestro actual sistema de asistencia judicial. De esta manera, los interesados podrían elegir el profesional que les preste asesoría y los honorarios de éste se cancelarían con cargo a dicho Fondo y de acuerdo con una escala que debería establecerse.