

Leonardo Cofré Pérez\*

# El derecho a la defensa y los modelos comparados de ayuda legal: elementos a considerar en la reforma del sistema de asistencia jurídica en Chile

## The right to defense and legal aid compared models: elements to consider in reforming the legal aid system in Chile

### Resumen

El sistema de asistencia jurídica en Chile ha sufrido importantes transformaciones en los últimos años, al incorporar una nueva forma de comprender la ayuda legal que el Estado presta a las personas. Sin embargo, todavía se trata de un ámbito en el que se deben realizar profundas reformas, con el objetivo de superar deficiencias relacionadas con sus niveles de eficiencia y su coherencia con la Constitución. Para la discusión acerca de cómo mejorar este ámbito de la actividad estatal, en este artículo se presentan dos elementos que deberían ser considerados en esa deliberación, el derecho a la defensa y los modelos comparados de ayuda legal, y se reflexiona cómo ellos se relacionan con la regulación actual de la asistencia jurídica y en qué medida se insertan en propuestas de modificación.

### Palabras clave

Asistencia jurídica, derecho a la defensa.

### Abstract

The legal aid system in Chile has changed significantly in recent years, incorporating a new way to understand the legal aid that the State provides to people. However, this is still an area to perform extensive reform in order to overcome deficiencies related to its efficiency and its consistency with the Constitution. For discussion about how to improve this area of state activity, in this article are two elements that should be considered in this discussion, the right to defense and legal aid compared models, and reflect how they relate to current regulation of legal assistance and to what extent are inserted in proposed amendments

### Keywords

Right to defense, legal aid.

\* *Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Abogado. Becario del Programa de Magíster en Derecho (mención derecho público), Universidad de Chile. Correo electrónico: lcofrep@gmail.com.*

## 1. Introducción

La historia de la asistencia jurídica en Chile puede interpretarse como un proceso de transformación de la visión que el Estado ha tenido acerca de la ayuda legal. En un primer momento, ella se entiende como la entrega de un privilegio o beneficio dirigido a un grupo específico de la población (“los pobres”) y como consecuencia de una “carga honorífica” impuesta a los abogados. En años recientes, esta comprensión ha dado paso a una nueva forma de entender la asistencia jurídica, ahora como la manifestación de una obligación constitucional sustentada en el derecho a la defensa, el debido proceso y la igualdad ante la ley.

En la actualidad, es posible sostener que estas dos visiones cohabitan, a través de los diversos mecanismos e instituciones que forman parte del sistema de asistencia jurídica. Representan la primera mirada el privilegio de pobreza y los abogados de turno. Un ejemplo de la segunda es el sistema de defensa penal pública. La Corporación de Asistencia Judicial se encuentra a mitad de camino.

El escenario de las recientes y próximas reformas de la justicia plantea desafíos y oportunidades al sistema de ayuda legal chileno. Las modificaciones de los procesos penales, laborales y de familia han cambiado la forma de concebir la asistencia jurídica estatal, entendiéndola como un derecho que debe ser asegurado por las agencias competentes. Pero vale la pena preguntarse si esa tendencia continuará en el caso de la futura reforma procesal civil o de la justicia vecinal.

Teniendo en cuenta ese escenario, en este trabajo se entregarán algunos elementos necesarios para una discusión acerca del futuro del sistema de asistencia jurídica en relación con las próximas reformas procesales. En primer lugar, se presentará una explicación del inciso 3º del artículo 19 N° 3 como una forma de aseguramiento del derecho a la defensa jurídica, considerando la reforma de la ley N° 20516. Además, se presentará una panorámica de los modelos comparados de ayuda legal (judicare, staff y mixto), explicando las fortalezas y desventajas de cada uno.

El estudio de estos elementos permitirá sostener que en el contexto de las nuevas reformas a la justicia en Chile, si se quiere asegurar el acceso a la justicia en un Estado democrático de derecho, no parecen adecuadas las propuestas que defienden un “subsidio portable” de defensa jurídica. Más bien debería profundizarse en un sistema de staff concebido como la forma de asegurar el derecho a la defensa jurídica para aquellas personas que no ingresan al mercado de los abogados.

## 2. La asistencia jurídica en Chile

Se puede entender la regulación de la asistencia jurídica en Chile como el escenario en el que cohabitan dos concepciones de la ayuda legal del Estado a las personas. En la primera, ella se entiende dirigida a un grupo específico de la población -los po-

bres- que reciben un “privilegio” o mero beneficio, como consecuencia de una “carga honorífica” impuesta a los abogados. Una segunda forma de comprensión, de reciente data, consiste en que el Estado comprende que su actividad de asistencia jurídica es la manifestación de una obligación constitucional sustentada en el derecho a la defensa, el debido proceso y la igualdad ante la ley.

### 2.1. Orígenes

La asistencia jurídica en Chile tiene un origen incluso anterior a la creación de la República. Según Dougnac, ya en las Partidas se había dispuesto que los jueces podían obligar a los abogados a defender gratuitamente a viudas, huérfanos y otros menesterosos, “de gracia y por amor a Dios”, aunque otros autores han dicho que su origen está en el derecho pretoriano<sup>1</sup> o en el derecho eclesiástico. En nuestro país hubo *abogados de pobres* por lo menos desde 1567, cuando se instala la primera Real Audiencia y luego se confirma su existencia en Santiago, con la segunda Real Audiencia<sup>2</sup>.

Además, y como un antecedente directo del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, en 1784 la Real Audiencia establece un turno entre todos los abogados inscritos en ella, “de manera que hubiera cada año un letrado que defendiera asuntos civiles de pobres y otro que hiciera lo propio en materias criminales”. Para solicitar esa intervención se requería obtener previamente privilegio de pobreza, que era declarado por el tribunal ante el cual se ventilaba la causa<sup>3</sup>. Incluso existía un abogado de indígenas, que los defendía en los asuntos que tuviesen con los individuos que no pertenecían a esos grupos<sup>4</sup>.

De lo anotado puede observarse que en la época colonial la asistencia legal se estableció como un deber moral de los abogados o como una concesión del Rey, pero no como una función propia del Estado<sup>5</sup>.

### 2.2. En el Chile republicano

Una mirada histórica de la asistencia jurídica en nuestro país puede apreciar un proceso que va desde una concepción de la ayuda legal como una carga moral de los abogados

<sup>1</sup> Doyharcabal, S. “Asistencia judicial gratuita en el derecho romano” En *Revista Chilena de Historia del Derecho* Vol. 9, 1983, pp. 35-39, p. 35.

<sup>2</sup> Dougnac, A. “Notas históricas en torno a la asistencia jurídica gratuita y la práctica forense en Chile”. En *Revista de Derecho Procesal* Núm. 5, 1973, pp. 24-27, p. 26.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Ibid., pp. 26-27.

<sup>5</sup> Centro de Asistencia Legal de la Universidad Católica de Chile. “Resumen del Informe ‘Servicios Legales en Chile’”. En Departamento de Práctica y Asistencia Legal, Universidad Católica (coord.) *Primer Seminario Latinoamericano sobre Enseñanza Clínica del Derecho y Asistencia Legal*. Universidad Católica de Chile, Santiago, 1973, p. 118.

hacia la configuración del derecho a la defensa como un derecho fundamental y la consiguiente obligación del Estado de otorgarlo cuando sea necesario, cada vez con un mayor reconocimiento de su importancia. Más atentamente, la regulación se puede dividir en cuatro etapas.

La primera se produce durante los primeros años de la naciente República, que continúa con la tendencia del período colonial. Así, el Decreto de 9 de octubre de 1863 contempló normas sobre la declaratoria de pobreza, y la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales (1875) entregó a los jueces (a las Cortes de Apelaciones y a los jueces de letras) la tuición de las personas pobres, y en virtud de ello, la facultad de otorgar “privilegios de pobreza” para litigar y designarles abogados para que los defendieran gratuitamente<sup>6</sup>.

Como lo explica Manuel Egidio Ballesteros, esta institución procesal significa un deber de los abogados hacia el Estado, como compensación del privilegio que este último les entrega a los letrados para litigar en tribunales, “i una carga que todo abogado delicado i concienzudo desempeña con esmero”<sup>7</sup>.

En una segunda etapa se consagran algunos mecanismos importantes para el sostenimiento de una asistencia jurídica en Chile, pero insuficientes para su realización efectiva. Así, el Código de Procedimiento Civil de 1902 dedica uno de sus títulos al “privilegio de pobreza” para litigar, y una presunción de pobreza para las personas privadas de libertad<sup>8</sup>.

Otra institución que caracteriza a esta segunda etapa dentro de la historia de la asistencia jurídica en Chile es la de los abogados de turno, que tiene su origen en las partidas del rey Alfonso el Sabio. Mientras estuvieron vigentes los servicios de asistencia judicial de los colegios de abogados, los profesionales letrados tenían la obligación de cumplir un turno asistiendo a esos servicios durante un mes, y recibir todos los asuntos que se les encomendaren, para tramitarlos hasta su conclusión. A pesar de considerarse un buen sistema complementario, ya en 1973 la Universidad Católica señalaba que los abogados cumplen escasamente esta obligación, lo que ocasiona peores consecuencias que incluso el no haber tenido defensa<sup>9</sup>.

También, en el año 1928 se dicta la Ley Orgánica del Colegio de Abogados, que establece la siguiente norma: “los bienes del Colegio de Abogados no podrían sino a mantener Servicios de Asistencia Jurídica Gratuita para pobres”. Junto con ello, en 1929 se dicta el Reglamento Orgánico de la enseñanza universitaria, en el que se establece como práctica profesional la asistencia judicial y gratuita a personas que carecen de recursos, bajo la tuición del Colegio de Abogados<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Ballesteros, M. *La lei de organización i atribuciones de los Tribunales de Chile*. Imprenta Nacional, Santiago, 1890, pp. 737-738.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Centro de Asistencia Legal de la Universidad Católica de Chile, ob. cit., p. 123.

<sup>10</sup> Ibid.

Con esa estructura normativa, el año 1932 se crea el primer Servicio de Asistencia Judicial, financiado con presupuesto público. En 1934, se dicta la ley N° 5520 que establece por el solo presupuesto de la ley el privilegio de pobreza para aquellas personas patrocinadas por los Servicios de Asistencia Judicial de los Colegios de Abogados<sup>11</sup>.

Estos servicios dependían jerárquica y administrativamente del Colegio de Abogados<sup>12</sup>, pero su financiamiento era público. De acuerdo a datos de 1973, el 65% de los ingresos del Colegio de Santiago se destinaba al funcionamiento de este órgano<sup>13</sup>. Tuvieron vigencia hasta el año 1982, cuando se crearon las Corporaciones de Asistencia Judicial.

Una tercera etapa podría establecerse a contar de 1980, con la dictación de la Constitución y la inclusión del inciso tercero del artículo 19 N° 3. Además, en la década de los ochenta se crean las cuatro Corporaciones de Asistencia Judicial (“CAJ”), que se encargan de otorgar asistencia jurídica a la población menesterosa, y donde los egresados de derecho realizan su práctica profesional. Sin embargo, y como bien lo aprecia Carocca, la concurrencia de dos mecanismos vigentes –abogados de turno y CAJ– significaba el reconocimiento de la insuficiencia de cada uno de ellos para asegurar mínimos de cobertura y calidad<sup>14</sup>.

Finalmente, la última etapa puede situarse a comienzos del nuevo milenio hasta ahora, en que por efecto de las grandes reformas de la justicia, se han creado nuevos organismos profesionales de defensa jurídica para quienes no pueden proveerla por sí mismos, como es el caso de la Defensoría Penal Pública –el órgano más importante de este sistema–, la Oficina de Defensa Laboral tras la reforma procesal laboral, y los cambios producidos en la justicia de familia y su vuelta de tuerca, al invertir la regla general de comparecencia personal hacia la defensa letrada obligatoria<sup>15</sup>.

Esta fase se destaca por producir una profesionalización de la defensa jurídica para personas de escasos recursos, creándose organismos que surgen como parte de los paquetes de reforma procesal de algunas áreas de la justicia, pero que conviven con el resto de los mecanismos creados previamente. De todas formas, pareciera que tras ese esfuerzo administrativo se reconoce definitivamente que la asistencia jurídica no es un “privilegio” o una “gracia” del Estado, sino que se trata de un derecho o una garantía, imprescindible para garantizar el debido proceso y el acceso a la justicia en términos de igualdad.

<sup>11</sup> Ibid., p. 119.

<sup>12</sup> De acuerdo a la ley N° 4409.

<sup>13</sup> Centro de Asistencia Legal de la Universidad Católica de Chile, ob. cit., p. 120.

<sup>14</sup> Carocca, A. *La Defensa Penal Pública*. Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 116.

<sup>15</sup> Estimo que existe una especie de “vuelta de tuerca” pues una de las principales modificaciones de la ley N° 19968 que crea los tribunales de familia, fue establecer como regla general la comparecencia personal en los nuevos tribunales, con el objetivo de lograr una justicia más accesible al ciudadano común. Ello trae como consecuencia el abandono de la exigencia de asistencia letrada obligatoria. Sin embargo, en los primeros años de aplicación de la norma se apreciaron serios problemas tanto en la defensa de los derechos de los recurrentes como en la gestión de los tribunales y el desarrollo del procedimiento. Por ello, la ley N° 20286 que introduce mejoras a la justicia de familia, establece como regla general la comparecencia letrada obligatoria, y como un elemento inseparable del anterior, se establece que ambas partes podrán ser patrocinadas y representadas por las CAJ (nuevo artículo 18 de la ley N° 19968).

### **3. Elementos a considerar para la discusión de la reforma del sistema de asistencia jurídica chileno: el derecho a la defensa y los modelos comparados de ayuda legal**

El desarrollo de la asistencia jurídica estatal no acaba en los últimos avances mencionados en el acápite anterior. Todavía es posible pensar en algunas áreas de la justicia donde son imprescindibles las modificaciones de las ayudas legales que reciben las personas que no pueden acceder al mercado de los abogados, y en otras en que resulta necesario incorporar estos mecanismos. Así por ejemplo, esta discusión debe darse en la reforma procesal civil, y debería considerarse al pensar en una mejora de la justicia de amparo constitucional o de policía local.

Esta necesidad ha sido recibida por la sociedad civil y por los poderes del Estado, que la han incorporado en sus diagnósticos y han intentado responder a ella con propuestas de reforma legal, tanto del ejecutivo como de grupos de parlamentarios y centros de investigación.

Esta situación genera un clima de deliberación que es importante no solo para asegurar una correcta decisión sobre la política pública de asistencia jurídica estatal, sino que también para responder adecuadamente a las demandas de acceso a la justicia de la población, especialmente la que se encuentra en una peor posición. Por ello, en este artículo se pretende explicar sucintamente dos elementos que son necesarios para desarrollar una discusión al respecto: el derecho a la defensa y su aseguramiento, y los modelos comparados de ayuda legal. Con esta información, posteriormente se presentará cómo esos elementos intervienen en la decisión acerca de la reforma del

#### *3.1. El derecho a la defensa y las obligaciones estatales correlativas*

El inciso 3º del artículo 19 N° 3 consagra lo que se conoce como el derecho a la asistencia jurídica. Pero más bien esta norma reitera y especifica la obligación del Estado de garantizar el derecho a la defensa de todas las personas que se encuentran en un juicio, consagrado a su vez en el inciso 2º del mismo numeral. Desde esta posición, la norma en cuestión parecería repetitiva, pues bastaría leer el enunciado del artículo 19 para aceptar que los derechos allí consagrados son asegurados por la Constitución, y revisar el principio de reserva legal para concluir que la regulación de los derechos fundamentales debe realizarse principalmente por ley. Sin embargo, este inciso y el siguiente (incorporado tras la reforma constitucional de la ley N° 20516) son útiles pues llenan de contenido esa obligación. A continuación se explicarán algunos aspectos de ese contenido que se desprenden de estas normas iusfundamentales.

En primer lugar, en cuanto a sus titulares, no es correcto pensar que la garantía constitucional de asistencia jurídica está consagrada solamente a favor de los pobres, o de quienes no poseen recursos económicos. Esa idea no está presente en el texto ni en

el espíritu de la norma en cuestión. Lo que señala el inciso 3º del artículo 19 N° 3 es que se entregará asesoramiento y defensa jurídica “a quienes no puedan procurárselos por sí mismos”, sin limitarse a razones de índole económica. Además, al entender esta garantía como una forma de aseguramiento del inciso 2º del numeral mencionado, no puede sino concluirse que los titulares del derecho fundamental a la defensa jurídica son todas las personas, independientemente de su posición social.

Esta interpretación es coherente además con el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación, pues puede ocurrir que en ciertos casos las personas no puedan acceder a abogados del ámbito privado por razones distintas a su solvencia económica, por ejemplo, cuando se trata de causas poco atractivas desde el punto de vista lucrativo, o si los sujetos que requieren la asesoría y la defensa pertenecen a grupos que sufren niveles de discriminación o exclusión tales que impiden el acceso a servicios jurídicos. Es también en este tipo de situaciones donde el Estado debe asegurar materialmente el derecho a la defensa de todos los justiciables.

En cuanto al ámbito de aplicación, si bien se puede sostener que la asistencia jurídica tiene su máxima aplicación en el proceso penal<sup>16</sup>, lo cierto es que la amplitud de esta garantía no se restringe allí, sino que se extiende a cualquier jurisdicción, ya sea ordinaria o especial, pues como se ha dicho, ella es tan solo una forma de asegurar el derecho a la defensa. Incluso, la ayuda legal del Estado procedería cuando la ley procesal permite la comparecencia personal<sup>17</sup>.

Ahora bien, ¿debe el Estado entregar una asistencia jurídica de forma gratuita? Esta pregunta por supuesto que es interesante, pues de su respuesta dependerá la decisión de política pública acerca de cómo y cuánto se asegurará el derecho a la defensa.

Antes de la reforma constitucional de la ley N° 20516, el inciso tercero original no hacía referencia alguna a la gratuidad. Esto no quiere decir que ella no se pudiera exigir en algunos casos, pues como se ha planteado, dicho inciso debe interpretarse en relación con el derecho a la defensa y el derecho a la igualdad ante la ley, de modo que puede ocurrir que en ciertos casos la intensidad de la intervención estatal exija asumir el costo total de la prestación de defensa. Así se ha reconocido, por ejemplo, en el ámbito procesal penal<sup>18</sup>.

La reforma del año 2011 sin embargo se refiere expresamente a esta materia. La segunda parte del modificado inciso tercero señala que para el caso de personas naturales víctimas de delitos, la ley señalará los casos y establecerá la forma en que se dispondrá de asesoría y defensa jurídica *gratuitas*, para efectos de ejercer la acción penal que se les reconoce.

Como se aprecia, aquí se especifica la obligación legal de regular los modos de ayuda legal gratuita a las víctimas de delitos, pero esa declaración no implica que toda la

<sup>16</sup> Nogueira, H. *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano*. Editorial Librotecnia, Santiago, 2007, p. 90.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>18</sup> Artículo 102 inciso cuarto del Código Procesal Penal, y artículo 35 de la ley N° 19718.

asistencia jurídica prestada a las víctimas deba ser gratuita, ni tampoco que solamente este grupo de personas puede recibir defensa gratuita. Con todo, las consecuencias de la dictación de la ley N° 20516 para el ordenamiento jurídico y las decisiones de política pública requieren de un estudio más detenido y de mayor deliberación.

Por último, vale la pena mencionar que esta garantía no se satisface solo con el mero establecimiento y funcionamiento de mecanismos de ayuda legal, pues la prestación estatal que de aquí se deriva debe cumplir con un contenido sustantivo o material, para satisfacer el derecho a la defensa. Por ejemplo, hay consenso en la doctrina en reconocer que esa prestación no solo consiste en la representación judicial, sino que también la asesoría previa<sup>19</sup>. Pero también esa defensa debe ser adecuada y de calidad, de modo que no produzca una indefensión de facto<sup>20</sup>. Así se ha reconocido, por ejemplo, en el proceso penal y en la justicia del trabajo<sup>21</sup>.

### 3.2 *Los modelos comparados de ayuda legal*

En el mundo, se pueden distinguir con claridad dos grandes modelos de asistencia jurídica: el sistema *judicare* y el sistema *staff*. A mi juicio, las ventajas que ofrece el segundo (de más reciente aparición) son mayores que las del primero. Quizá es por esto que a nivel global se aprecia una tendencia hacia su adscripción, en desmedro de diseños de ayuda legal basados en alguna de las especies de *judicare*. De todas formas, en la práctica se han generado sistemas mixtos que intentan conciliar los aspectos positivos de ambos modelos<sup>22</sup>.

Siguiendo a Rhudy, los “modelos de asistencia jurídica” dicen relación con los “sistemas, enfoques o mecanismos que hayan sido elaborados para proporcionar servicios de asistencia jurídica a personas y grupos de bajos ingresos (u otras causas o asuntos en situación desventajosa) en los Estados”, y se diferencian en cuanto a sus formas de financiamiento y cómo prestan el servicio ofrecido<sup>23</sup>.

#### 3.2.1. Sistema *Judicare*

<sup>19</sup> Por ejemplo, Cea, J. *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, deberes y garantías*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004, p. 149 y Evans, E. *Los derechos constitucionales. Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 142.

<sup>20</sup> Nogueira, H. Ob. cit., p. 88.

<sup>21</sup> Artículo 7 letra d) de la ley N° 19718, que faculta al Defensor Nacional para dictar “estándares procesales básicos” de defensa. También puede deducirse del artículo 431 del Código del Trabajo.

<sup>22</sup> Canales, P. y Loiseau, V. “La Asistencia Jurídica Gratuita en la legislación de Chile, Alemania, España, Francia, Italia y Suecia”. *Serie Estudios, año XIV N° 293*. Biblioteca del Congreso Nacional. Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, Santiago, 2004 [en línea] < [http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios\\_pdf\\_estudios/nro293.pdf](http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro293.pdf) > [consulta: 14 junio 2011], p. 1.

<sup>23</sup> Rhudy, R. “Acceso a la Justicia: modelos de asistencia jurídica”. En Biebesheimer, C. y Cordovez, C. (eds.). *La Justicia más allá de nuestras fronteras. Experiencias de reforma útiles para América Latina y el Caribe*. Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D.C., 1999, p. 67.



El *Judicare System*, vigente en países de Europa continental como Italia o España, entrega a los abogados la defensa (estrictamente judicial) de las personas que carecen de recursos (mediante un proceso de acreditación, al igual que en el caso del privilegio de pobreza chileno), por medio de una especie de “obligación honorífica”<sup>24</sup>. Es el sistema dominante en los ordenamientos jurídicos nacionales, aunque se puede apreciar una tendencia a la baja<sup>25</sup>.

Podría subclasificarse este sistema en relación con la administración y estructura de la asistencia prestada por los abogados ajenos a la administración pública. Puede hablarse de un subsistema con programa de certificación o cupones (conocido como “*judicare* en sentido estricto”) y uno basado en abogados de turno o por día<sup>26</sup>.

El sistema *judicare* en sentido estricto consiste básicamente en la derivación de causas de personas que califican para la asistencia jurídica a un abogado que ejerce su profesión en el ámbito privado, pero que participa en el programa o que es seleccionado con total libertad por el solicitante, y a quien se le pagará una vez prestado su servicio mediante fondos públicos<sup>27</sup>.

El segundo subsistema, en cambio, generalmente se administra por el tribunal o por la entidad local de asistencia jurídica, que establece un sistema de turnos para que abogados privados proporcionen orientación y representación a personas de escasos recursos, quienes pueden ser remunerados por esos organismos o no, imponiéndoseles una especie de “deber honorífico”<sup>28</sup>.

Quizás este sistema pueda presentar ventajas en cuanto a la elección del defensor y a una posible mayor rapidez en la entrega de defensa. Sin embargo, los problemas son variados, como por ejemplo que a causa de su estructura solo se limita a la defensa en juicio pero no en los trámites anteriores a la demanda y a su preparación. Para Rhudy, además, “estos modelos no son muy eficientes para promover una reforma legislativa o defender causas de política pública, ni para prestar asistencia en cuestiones que atañen particularmente a las personas de bajos

<sup>24</sup> Canales, P..., ob. cit., pp. 2-3.

<sup>25</sup> López, M. “Asistencia legal y defensa pública. Documento de fundamentación”. En *VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos* (Cancún, 2002) [en línea] <[http://www.cumbrejudicial.org/html-cumbres/Referentes\\_Internacionales\\_de\\_Justicia/CJI/Documentos/Anexos\\_VII\\_Cumbre\\_Cortes\\_Supremas/Asistencia\\_Legal\\_y\\_Defensa\\_Publica.pdf](http://www.cumbrejudicial.org/html-cumbres/Referentes_Internacionales_de_Justicia/CJI/Documentos/Anexos_VII_Cumbre_Cortes_Supremas/Asistencia_Legal_y_Defensa_Publica.pdf)> [consulta: 12 julio 2011], p. 5.

<sup>26</sup> Ibid., p. 4.

<sup>27</sup> Ibid., p. 5.

<sup>28</sup> Estas dos especies se pueden apreciar en el desarrollo del modelo en Italia. Recientemente se puede apreciar la superación del patrocinio gratuito y la adscripción de un sistema *judicare* estricto. Esta solución pretende mantener los aspectos positivos del modelo (elección amplia de defensor, rapidez en la prestación de la defensa) y a la vez superar algunos problemas del modelo de turnos, como son la falta de defensa especializada y el trabajo forzado o gratuito de los letrados. Sin embargo, todavía es posible encontrar críticas en cuanto a otras desventajas de este modelo en general, como es la falta de asesoría previa a la representación (que como se vio en el capítulo segundo forma parte del derecho a la defensa) y la despreocupación por las ventajas organizacionales de un sistema de *staff*. A mayor abundamiento, vid. Cipriani, F. “El patrocinio de los no habientes en Italia”. En su *La Defensa del Pobre en el Proceso Civil. La experiencia italiana*. Palestra Editores, Lima, 2002. Una descripción general del sistema también se encuentra en Cipriani, F. “El asesoramiento legal de los insolventes en Italia”. En Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (coord.). *Justicia y Sociedad*. Ediciones UNAM, D.F. 1994, pp. 759-779.

ingresos, poblaciones indígenas y otras minorías en situación desventajosa, además de que los abogados privados no residen en comunidades de bajos ingresos ni en zonas rurales”<sup>29</sup>.

### 3.2.2. Sistema de Staff

El modelo estratégico de servicio social es el que impera en muchos estados de Estados Unidos y Quebec, y se caracteriza principalmente por organizarse en uno o varios órganos compuestos por abogados asalariados encargados de la defensa jurídica (de ahí el nombre de “*staff*” y “servicio social”), a quienes se les remunera independientemente del número de casos que patrocinan.

En Estados Unidos, es el sistema oficial para la defensa de indigentes, y cada vez más estados comienzan a usarlo para la asistencia de personas de escasos recursos<sup>30</sup>. En Quebec, el sistema atiende a más del 50% de los usuarios del sistema de justicia<sup>31</sup>.

Se argumenta que este sistema es beneficioso ya que tiende a una mayor especialización, y por estar estructurado como un servicio público genera un mayor acercamiento a la población, ya sea por su ubicación física o por la facilidad en transmitir sus funciones<sup>32</sup>.

De todas formas, si bien los modelos de asistencia jurídica presentes en el derecho comparado se refieren principalmente a la asesoría y defensa prestada a personas que carecen de medios económicos suficientes, ello no significa que no traten o no puedan tratar asuntos concernientes a personas con una buena posición económica pero en una situación especialmente desventajosa o vulnerable, que requieran la intervención del Estado ya que “no pueden atenderse adecuadamente por medio de mecanismos del mercado privado”<sup>33</sup>.

A su vez, el sistema de modelo de servicio puede subclasificarse en dos vertientes, según cómo se estructure la relación del abogado patrocinante con el Estado. Así, se puede hablar de un sistema de “defensa de oficio” cuando el letrado dedicado a la práctica privada es llamado a intervenir de acuerdo a las disposiciones de la defensa pública, y “defensa oficial” cuando es funcionario de planta del Servicio de Defensoría Pública<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> Rhudy, R. Ob. cit., p. 81.

<sup>30</sup> Una buena descripción del sistema de Estados Unidos se encuentra en Rhudy, ob. cit., y su principal cuerpo normativo es The Legal Services Corporation Act. 42 U.S.C. 2996 et. seq. (2007) [en línea] <[www.lsc.gov/pdfs/pr\\_act.pdf](http://www.lsc.gov/pdfs/pr_act.pdf)> [consulta: 12 julio 2011]. Sección 1001-1996.

<sup>31</sup> Rhudy, R. Ob. cit., pp. 84-85.

<sup>32</sup> López, M. Ob. cit., p. 5.

<sup>33</sup> Rhudy, R. Ob. cit., p. 68.

<sup>34</sup> López, M. Ob. cit., p. 6.

### 3.2.3. Sistema mixto

Por último, el modelo mixto está presente en los ordenamientos jurídicos de Suecia, Holanda e Inglaterra y Gales<sup>35</sup>, entre otros. Como su nombre lo señala, presenta características de los dos sistemas anteriores<sup>36</sup>.

## 4. Cómo se involucran el derecho a la defensa y los modelos comparados de ayuda legal en la discusión de la reforma del sistema de asistencia jurídica en Chile

Atendiendo a la mirada comparativa que nos ofrece el estudio de los modelos de ayuda legal, ¿dónde podría ubicarse a Chile? Una revisión histórica del problema de la regulación de la asistencia jurídica demuestra que el modelo *judicare* ha estado vigente en nuestro país desde el inicio de la República y continúa hasta hoy, fortalecido por las decisiones del Tribunal Constitucional. Esas decisiones son correctas, ya que la existencia en sí de los mecanismos que forman parte de este sistema (privilegio de pobreza, abogados de turno y Corporaciones de Asistencia Judicial) no es *per se* vulneratoria de la Constitución. Pero sí lo puede llegar a ser su aplicación práctica, puesto que estos mecanismos carecen de sistemas que aseguren el respeto y la garantía de los derechos de los involucrados en la actividad estatal de asistencia jurídica: abogados y justiciables, especialmente<sup>37</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, a contar del año 2001 es posible apreciar un cambio en la perspectiva, ya que el inicio del funcionamiento de la Defensoría Penal Pública es el hito más importante de la historia chilena de la asistencia jurídica, que permite abrazar en el ordenamiento jurídico un sistema *staff*, que después es recogido en las reformas de la justicia de familia y del trabajo (aunque no en el momento de su diseño, sino que una vez vigentes los nuevos procesos y tribunales, como una respuesta a problemas específicos, tempranamente detectados).

Como se puede apreciar, estas últimas respuestas nacionales a los problemas de defensa jurídica de personas que no acceden al mercado de los abogados, no responden a preocupaciones específicas sobre la materia, sino que se enmarcan dentro de contextos generales de reformas procesales. Esta observación es interesante ya que se puede

<sup>35</sup> El caso de Inglaterra y Gales muestra de forma más clara el paso de un sistema a otro y cómo estos han aceptado las ventajas de unos y otros. Para una mirada general, *vid.* Pleasence, P. "Targeting and Access to Justice. An Introduction to Legal Aid Reform in England and Wales". En *Pan Pacific Legal Aid Conference* (Tokyo, 6 y 7 diciembre 2001) [en línea] <<http://www.justice.gov.uk/downloads/publications/research-and-analysis/lsrc/PPLAC.pdf>> [consulta: 3 julio 2011], y Sommerlad, H. "Acerca de las implicancias sociales y políticas de la reforma del sistema de asistencia jurídica en el Reino Unido". En Birgin, H. y Kohen, B. (comp.). *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*. Editorial Biblos, Buenos Aires, 2006, pp. 92-93.

<sup>36</sup> Rhudy, R. Ob. cit., p. 65.

<sup>37</sup> A mayor abundamiento, *vid.* Cofré, L. "¿Qué hacemos ahora? Los abogados de turno en Chile después de las sentencias del Tribunal Constitucional". En *V Congreso Estudiantil de Teoría Constitucional*. Universidad de Chile, Santiago, 18 de agosto de 2011.

concluir la poca importancia que se le ha dado al problema de la ayuda legal por parte del Estado, a pesar de iniciativas que han pretendido instalar el tema en toda su problemática (*v. gr.*, los proyectos de creación de un Servicio Nacional de Asistencia Jurídica, que se han postulado por más de 40 años). Los órganos competentes solo se han hecho cargo de las deficiencias de la asistencia jurídica chilena en discusiones sobre la mejora de algunas áreas de la justicia.

En esta perspectiva global, se puede concluir que el sistema chileno de asistencia y defensa jurídica del Estado a las personas se encuentra a medio camino de un sistema *staff*, aunque es posible apreciar que se está avanzando hacia ese modelo.

Ahora bien, analizando el ámbito estatal de ayuda legal desde la perspectiva del derecho a la defensa ¿cumple el Estado con lo dispuesto en la Constitución? Ciertamente la ley ha establecido mecanismos de asistencia jurídica para aquellas personas que no reciben defensa jurídica desde el ámbito privado, sin embargo, estos se limitan a algunos ámbitos del sistema de justicia. Las herramientas existentes tan solo se aplican en los tribunales dependientes directamente del Poder Judicial, y ni siquiera para todas las materias. Por ejemplo, no existe asesoría o defensa del Estado a las personas en casos de justicia de policía local o de amparo de derechos fundamentales<sup>38</sup>.

Por otro lado, comparando los modelos de ayuda legal y su coherencia con el derecho a la defensa, estimo que las formas jurídicas que se asimilan a un modelo de *staff* protegen y aseguran de mejor forma este derecho fundamental. Ello ocurre principalmente por las siguientes razones: el sistema de *staff* parte de la premisa de que el servicio que entrega es la respuesta a un derecho de las personas, y no a un mero beneficio; dada su estructura administrativa, está concebido como una herramienta que permite defender no solo a aquellos que se encuentran en una precaria situación económica, sino que a todo tipo de personas. Adicionalmente, el sistema permite de mejor manera el aseguramiento de los aspectos materiales o sustantivos de la prestación de ayuda legal, ya que permite el asesoramiento previo, facilita el desarrollo de estándares de defensa y promueve la litigación estratégica.

## 5. Críticas a una propuesta en particular

En el escenario de una posible reforma del sistema de asistencia jurídica, o en la discusión acerca del problema de acceso a la justicia en el marco del debate acerca de reformas procesales generales como la civil o vecinal, se ha levantado desde el instituto Libertad y Desarrollo (“LyD”) la propuesta de instalar en Chile un sistema de *voucher* o subsidio portable a la defensa jurídica. La iniciativa es valiosa, pero inapropiada para una garantía adecuada de los derechos fundamentales involucrados.

<sup>38</sup> Sin perjuicio de las atribuciones algo limitadas del Instituto Nacional de Derechos Humanos.

En primer lugar, se reconoce la falta de debate en esta materia y las deficiencias en cuanto a la igualdad ante la ley y el derecho a la defensa jurídica que han sido denunciadas en relación con la ayuda legal del Estado. En ese contexto, propone una solución “fuera del marco tradicional”, evitando la creación de un nuevo órgano público y desarrollando en cambio la entrega de concesiones individuales o colectivas a abogados particulares, con el fin de entregar servicios de asistencia jurídica a las personas pobres, de acuerdo a un sistema de *vouchers*<sup>39</sup>.

La propuesta defiende esta solución argumentando que con ello se ahorran importantes recursos públicos, ya que no será necesario gastar en sueldos de funcionarios o en otros costos propios de la Administración. Específicamente, se trataría de ampliar el sistema de defensa licitada que cumple una importante función en el proceso penal, y convertir a la Defensoría Penal Pública en una Defensoría Pública única, encargada de la defensa en todas las materias ya conocidas por las CAJ o por los abogados de turno.

Sin embargo, esta defensoría modificada debe evitar “a toda costa” la creación de un departamento de defensa estatal, que solo podría ser una alternativa si no existe oferta privada o que por la naturaleza de la actuación no sea posible contar oportunamente con un abogado de la plaza<sup>40</sup>.

Además de la eliminación de burocracia, para los autores de esta propuesta existen otras ventajas del sistema de *vouchers*: profesionalización y excelencia en la defensa jurídica de los más pobres, eliminación de los conflictos de intereses o áreas hoy vetadas, libertad de los usuarios para elegir al abogado que les convenga, (mayor) transparencia y *accountability*, focalización del servicio (basándose en patrones objetivos de pobreza), y la producción de incentivos correctos en los abogados para desarrollar una buena función<sup>41</sup>.

Si bien es adecuado el diagnóstico en cuanto a la falta de discusión de la política pública en relación con la ayuda legal del Estado a las personas, y la conclusión (deducida) de derogar definitivamente el turno de los abogados, la propuesta de LyD presenta una serie de deficiencias e inconvenientes que se pueden enunciar.

En primer lugar, esa propuesta interpreta de manera equivocada la garantía del inciso tercero del artículo 19 N° 3 de la Constitución. Como se argumentó, es una forma de aseguramiento del derecho fundamental a la defensa, cuyos titulares no son solo los pobres, sino que todas las personas; y que opera no solo cuando existe una situación de vulnerabilidad socioeconómica, sino que en cualquier caso en que una persona no pueda contar con asistencia jurídica por sí misma. Esto puede ocurrir, por ejemplo,

<sup>39</sup> Delaveau, R. y Baeza, S. *Derecho a la Defensa Judicial. Subsidio portable al litigante de escasos recursos*. Libertad y Desarrollo, Santiago, 2011 [en línea] <[http://www.lyd.com/wp-content/files\\_mf/sjj5derechoaladefensajudicial-subsidioportablealilitigantedeescasosrecursosrdelaveauysbaezamayo2011.pdf](http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/sjj5derechoaladefensajudicial-subsidioportablealilitigantedeescasosrecursosrdelaveauysbaezamayo2011.pdf)> [consulta: 12 julio 2011]. También, Delaveau, R. “Concesiones en la defensa judicial: el subsidio portable”. En Larroulet, C. *Concesiones: Agenda para el 2020*. Libertad y Desarrollo, Santiago, 2009, pp. 451-473. Las citas se refieren al primer artículo, por ser de más reciente data.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>41</sup> *Ibid.*, pp. 17-20.

cuando por motivos de discriminación social el mercado de los abogados no quiera asesorar y representar a una persona que requiere ese servicio. Teniendo en consideración estas situaciones, el Estado no puede pensar en “evitar a toda costa” la creación de defensorías estatales, sino que fomentarlas y fortalecerlas.

Por otro lado, la creación de modelos regulatorios asociados con un sistema de *staff* presenta ventajas importantes para la política pública de asistencia jurídica. Por ejemplo, la creación de instituciones públicas de defensa jurídica permite asegurar equilibrios entre los intervinientes en los distintos procesos, como se ha logrado en la relación Ministerio Público- Defensoría Penal Pública, por ejemplo. Esa función no podría cumplirse con un órgano de ayuda legal del Estado *mínimo*, o en un fenómeno de atomización de sus prestadores.

Adicionalmente, el desarrollo de labores de defensa jurídica bajo el alero de una institución pública permite generar economías de escala, estándares de defensa y métodos de fiscalización más efectivos. Por último, también podría señalarse como una ventaja adicional de la defensa asociada a un sistema de *staff* el desarrollo de litigios estratégicos que permitan solucionar problemas jurídicos que impacten positivamente en una mayor cantidad de personas.

## 6. Conclusiones

Como se ha visto, el sistema de asistencia jurídica en Chile ha sido transformado durante su historia, debido a las diversas concepciones que sobre la ayuda legal se han tenido a lo largo del tiempo. Actualmente, se puede concluir que en nuestro país la regulación en esta materia responde a dos formas de comprensión de esta actividad del Estado, que se pueden asimilar a los dos modelos de ayuda legal presentes en el derecho comparado.

Dada esta asimilación, parece necesario en la discusión sobre la reforma de este sistema un estudio más profundizado de esos modelos y de las experiencias que se han tenido en el derecho comparado. Así, resultaría provechoso estudiar los casos de los mecanismos de ayuda legal en España o Italia, Estados Unidos y en Inglaterra y Gales, por ejemplo. Aquí tan solo se han mencionado aspectos generales de los sistemas *judicare*, *staff* y mixto.

Además, deberíamos aceptar que no puede iniciarse una deliberación acerca de las decisiones de una política pública de asistencia jurídica sin que se considere lo que señala la Constitución en relación con el derecho fundamental a la defensa jurídica y su forma de aseguramiento, especialmente lo que disponen los incisos 3º y 4º del artículo 19 Nº 3.

En este trabajo se han presentado algunos aspectos de una interpretación de estos incisos acorde con el derecho a la defensa y la igualdad ante la ley: sus titulares no son solo los pobres, sino que todas las personas que por otros motivos no puedan procurar por si

misma una defensa jurídica; su ámbito de aplicación no se restringe solo a los procesos en que actualmente se considera la asistencia judicial, sino que debiera garantizarse en todos aquellos en que se ejerce el derecho a la defensa; no necesariamente se tratará de prestaciones gratuitas; y esta actividad deberá cumplir con estándares de calidad tales que permitan un aseguramiento efectivo de los derechos involucrados.

Por todo esto, considerando los elementos descritos en una futura reforma del sistema de asistencia jurídica, se concluye que la solución de una profundización de un sistema de staff es la más adecuada para garantizar los derechos contemplados en la Constitución, y no resultan convenientes aquellas propuestas que persiguen una atomización de la prestación de defensa y la generación de órganos de asistencia judicial mínimos.

## Bibliografía

1. BALLESTEROS, M. *La lei de organización i atribuciones de los Tribunales de Chile*. Imprenta Nacional, Santiago, 1890.
2. CANALES, P. y Loiseau, V. “La Asistencia Jurídica Gratuita en la legislación de Chile, Alemania, España, Francia, Italia y Suecia”. *Serie Estudios, año XIV N° 293*. Biblioteca del Congreso Nacional. Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, Santiago, 2004 [en línea] < [http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios\\_pdf\\_estudios/nro293.pdf](http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro293.pdf) > [consulta: 14 junio 2011]
3. CAROCCA, A. *La Defensa Penal Pública*. Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005.
4. CEA, J. *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, deberes y garantías*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004
5. Centro de Asistencia Legal de la Universidad Católica de Chile. “Resumen del Informe ‘Servicios Legales en Chile’”. En Departamento de Práctica y Asistencia Legal, Universidad Católica (coord.) *Primer Seminario Latinoamericano sobre Enseñanza Clínica del Derecho y Asistencia Legal*. Universidad Católica de Chile, Santiago, 1973.
6. CIPRIANI, F. “El asesoramiento legal de los insolventes en Italia”. En Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (coord.). *Justicia y Sociedad*. Ediciones UNAM, D.F, 1994.
7. CIPRIANI, F. “El patrocinio de los no habientes en Italia”. En su *La Defensa del Pobre en el Proceso Civil. La experiencia italiana*. Palestra Editores, Lima, 2002.
8. COFRÉ, L. “¿Qué hacemos ahora? Los abogados de turno en Chile después de las sentencias del Tribunal Constitucional”. En *V Congreso Estudiantil de Teoría Constitucional*. Universidad de Chile, Santiago, 2011.
9. DELAVEAU, R. “Concesiones en la defensa judicial: el subsidio portable”. En Larroulet, C. *Concesiones: Agenda para el 2020*. Libertad y Desarrollo, Santiago, 2009, pp. 451-473.

10. DELAVEAU, R. y Baeza, S. *Derecho a la Defensa Judicial. Subsidio portable al litigante de escasos recursos*. Libertad y Desarrollo, Santiago, 2011 [en línea] <[http://www.lyd.com/wp-content/files\\_mf/sij5derechoaladefensajudicialsubsidioportableallitigantedeescasosrecursosrdelaveauysbaezamayo2011.pdf](http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/sij5derechoaladefensajudicialsubsidioportableallitigantedeescasosrecursosrdelaveauysbaezamayo2011.pdf)> [consulta: 12 julio 2011].
11. DOUGNAC, A. “Notas históricas en torno a la asistencia jurídica gratuita y la práctica forense en Chile” En *Revista de Derecho Procesal* Núm. 5, 1973, pp. 24-27.
12. DOYHARCABAL, S. “Asistencia judicial gratuita en el derecho romano” En *Revista Chilena de Historia del Derecho* Núm. 9, 1983, pp. 35-39.
13. EVANS, E. *Los derechos constitucionales. Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
14. LÓPEZ, M. “Asistencia legal y defensa pública. Documento de fundamentación”. En *VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos* (Cancún, 2002) [en línea] <[http://www.cumbrejudicial.org/html-cumbres/Referentes\\_Internacionales\\_de\\_Justicia/CJI/Documentos/Anexos\\_VII\\_Cumbre\\_Cortes\\_Supremas/Asistencia\\_Legal\\_y\\_Defensa\\_Publica.pdf](http://www.cumbrejudicial.org/html-cumbres/Referentes_Internacionales_de_Justicia/CJI/Documentos/Anexos_VII_Cumbre_Cortes_Supremas/Asistencia_Legal_y_Defensa_Publica.pdf)> [consulta: 12 julio 2011].
15. NOGUEIRA, H. *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano*. Editorial Librotecnia, Santiago, 2007.
16. PLEASENCE, P. “Targeting and Access to Justice. An Introduction to Legal Aid Reform in England and Wales”. En *Pan Pacific Legal Aid Conference* (Tokyo, 6 y 7 diciembre 2001) [en línea] <<http://www.justice.gov.uk/downloads/publications/research-and-analysis/lsrc/PPLAC.pdf>> [consulta: 3 julio 2011].
17. RHUDY, R. “Acceso a la Justicia: modelos de asistencia jurídica”. En Biebesheimer, C. y Cordovez, C. (eds.). *La Justicia más allá de nuestras fronteras. Experiencias de reforma útiles para América Latina y el Caribe*. Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D.C., 1999.
18. SOMMERLAD, H. “Acerca de las implicancias sociales y políticas de la reforma del sistema de asistencia jurídica en el Reino Unido”. En Birgin, H. y Kohen, B. (comp.). *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*. Editorial Biblos, Buenos Aires, 2006.