

COMENTARIO DE LA STC QUE DECLARÓ LA INAPLICABILIDAD DE LA EXPRESIÓN “GRATUITAMENTE” DEL ARTÍCULO 595, INC. 1° DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE TRIBUNALES

Fernando Orellana Torres*

El tribunal Constitucional con fecha 28 de marzo del presente año 2008, ha publicado en su portal WEB, la sentencia pronunciada en un proceso de inaplicabilidad sobre la expresión “gratuitamente” del artículo 595, inciso primero del Código Orgánico de Tribunales.

En esta sentencia el Tribunal declara que la *exigencia del turno gratuito que se impone al abogado requirente, como consecuencia de la aplicación del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales en la gestión que se sigue ante la Corte Suprema, resulta contraria a la Constitución Política de la República y, particularmente, a su artículo 19, números 2, 20 y 16, y así se declarará...* **SE RESUELVE: QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1**, sólo en cuanto se declara inaplicable, en la causa sobre apelación de recurso de protección que se sigue actualmente ante la Corte Suprema, Rol N° 6626-2006, la expresión “gratuitamente” a que alude el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales.

La sentencia que acoge la acción de inaplicabilidad se fundamenta en los siguientes argumentos:

- 1.- **Infracción a la igualdad ante la ley. Artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República:** Señala el considerando cuadragésimosexto: *Que, como puede apreciarse,*

* Profesor de Derecho Procesal en la Universidad Católica del Norte, Antofagasta. Diploma de Estudios Avanzados y Doctor © Universidad de Zaragoza. Correo electrónico: forellana@ucn.cl.

el fin perseguido por el legislador de dar asistencia jurídica gratuita no sólo resulta constitucionalmente lícito sino también debido. Por su parte, el instrumento, consistente en imponer una carga, es idóneo para cumplir dichos fines. Sin embargo, si se impone gratuitamente, se transforma en medio desproporcionadamente gravoso, desde el momento que el fin perseguido no exige ni impone que el abogado deba desempeñarse sin retribución alguna. Y ello, porque la obligación se radica en el Estado y no en los abogados. El Estado, entonces, puede satisfacerla transfiriéndola a los abogados (bajo el sistema de defensorías e incluso del turno, como en la especie), pero no es necesario ni lícito desde un punto de vista constitucional que se les imponga sin retribución, tal como lo señala el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales;

- 2.- **Infracción al artículo 19, N° 20, de la Constitución Política de la República, que resguarda la igual repartición de las demás cargas públicas.** El considerando quincuagesimotercero expresa: *Que, en efecto, la licitud de los fines perseguidos por el legislador no puede permitir el empleo de medios gravosos y que impongan una afectación al patrimonio de los abogados convocados al turno, todos los cuales tienen ciertamente el derecho a una justa retribución por su servicio profesional.* Por su parte el considerando quincuagesimoquinto nos dice: *Que, de este modo, la carga del turno que se impone excepcionalmente a los abogados debe ser debidamente retribuida, derecho fundamental que nuestra Carta Suprema prevé incluso en estados de excepción constitucional, al reconocer el derecho a ser indemnizado respecto de las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad (artículo 45). El Estado puede cumplir sus obligaciones a través de los particulares, en conformidad al principio de subsidiariedad o supletoriedad, pero sin que ello importe un detrimento patrimonial.*
- 3.- **Infracción al artículo 19, N° 16, de la Constitución Política de la República, que garantiza que toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.** El considerando sexagesimotercero, respecto de este fundamento indica: *Que, además, como lo ha señalado recientemente esta Magistratura (Rol N° 804), poder ejercer libremente una profesión implica, en los hechos, desplegar o practicar los conocimientos de la respectiva carrera, ciencia o arte y ofrecérselos a terceros, sin más limitaciones que las establecidas en la propia Carta Fundamental, debiendo el legislador regular su ejercicio –como en este caso con la carga excepcional del turno gratuito- sin afectar los derechos en su esencia, en los términos que señala el artículo 19, N° 26, de la misma...En este caso, el trabajo se produce como consecuencia de la imposición de una carga legal, la que sin embargo no resulta compatible con nuestro sistema constitucional si no va acompañada de una justa retribución pecuniaria*

Hasta aquí hemos apuntado los aspectos más importantes de esta sentencia.

Debemos ahora efectuar nuestro análisis. Este comentarista entiende que en el pronunciamiento del Tribunal Constitucional se ha cometido un *error de interpretación* que lo ha llevado declarar inaplicable algo que es jurídicamente constitucional. En efecto, el Tribunal Constitucional declara inaplicable el vocablo “gratuitamente”, expresión del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales (que de acuerdo a la disposición transitoria cuarta tiene el rango de ley orgánica), según veremos a continuación, es constitucional y está conforme con la igualdad ante la ley.

El artículo 595 regula aquella institución conocida con el nombre de “abogados de turno”. Declara el citado artículo: “*Corresponde a los jueces de letras designar cada mes y por turno, entre los no exentos, un abogado que defienda gratuitamente las causas civiles y otro que defienda las causas del trabajo de las personas que hubieren gozado o debieran gozar del mencionado privilegio...*”.

La institución que conocemos como abogado de turno y que encuentra su fuente legal en el Código Orgánico de Tribunales, es una institución que como señala la sentencia del Tribunal Constitucional, no con rigurosidad histórica, tiene sus orígenes en la edad media. Este origen, sin embargo no es civil, sino eclesiástico. Encontramos su fuente primaria en el Concilio de Cartago¹ (*Concilium Carthaginense IV*) de finales del siglo IV d.c., (año 398)². Luego en el siglo VI, con el papa Gregorio Magno³ se hace estable y será recibida con posterioridad en el derecho civil, para derivar con posterioridad en las diversas leyes dictadas por los reyes de Castilla y luego de España y finalmente en los códigos decimonónicos, de Europa y América. Es un error, por lo tanto considerar su origen en el derecho romano o en el derecho hispano civil de la edad media.

¹ DOMINICUS MANSI, JOANNES. *Sacrorum Conciliorum Nova et Amplissima Collectio*. Volumen 3º, Akademische Druck- U. Verlagsanstalt. Graz, Edición fascimular de 1960. ALONSO MORÁN, SABINO y CABREROS DE ANTA, MARCELINO. *Comentarios al Código de Derecho Canónico*. Volumen III. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, 1964, pp. 648 y 649.

² “Propter afflictionem pauperum, quorum molestiis sine intermissione fatigatur Ecclesia, ut defensores eis adversus potentiam divitum cum Episcoporum provisione delegetur”. *Concilium Carthaginense IV*.

³ WERNZ, P. FRANCISCO y VIDAL, P. PETRI. *Ius Canonicum*. Tomo VI “De Processibus”. Apud Aedes Universitatis Gregorianae. Roma, 1927. INSTITUTO MARTÍN DE AZPILCUETA. *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*. Volumen IV/2. Euns. Barañain (Navarra), 1983, p. 1740.

Los abogados de turno son aquellos profesionales que deben atender y representar, en los procesos que se les ordene, a las personas que no tienen los medios económicos para hacerlo. El abogado de turno, por lo tanto, no es una institución aislada en nuestro ordenamiento jurídico procesal. Va de la mano con la “asistencia jurídica gratuita”⁴ o también conocida como “privilegio o beneficio de pobreza”⁵. Y es eso lo que expresa el artículo 595. Si leemos bien esta norma nos fijamos que la gratuidad a que hace referencia no dice relación con la gratuidad de la labor profesional del abogado, sino que más bien se refiere a la imposibilidad de cobrar honorarios, el abogado nombrado, a su representado, ¿y por qué no le puede cobrar honorarios?. Porque la norma expresa que dicha persona goza o debiera gozar del privilegio. Me explico, el artículo, luego de mencionar la expresión *gratuitamente*, expresamente dice: ... *de las personas que hubieren gozado o debieran gozar del mencionado privilegio*. Al señalar que gozan o debieran gozar del mencionado privilegio se está refiriendo a la palabra gratuitamente. Por eso señalamos que esta expresión no se vincula con que la actividad lucrativa del abogado (honorarios) no merezca una contribución en dinero, sino con la imposibilidad de cobrarle honorarios al representado, porque goza de la asistencia jurídica gratuita o privilegio de pobreza. Esta norma, que tiene rango constitucional, está en plena armonía con el artículo 19 N°2 de la CPR que regula entre otras materias la igualdad ante la ley. No veo una carga al abogado que “gratuitamente debe atender” a quien goce del privilegio de pobreza. El abogado atiende gratuitamente a la persona beneficiada. La gratuidad no dice relación con la persona del abogado, sino más bien con el beneficiario de la asistencia gratuita. Cuando el COT señala que el abogado debe defender gratuitamente en las causas judiciales, no dice que el abogado no tenga derecho a alguna retribución por parte del Estado, está diciendo simplemente que el abogado no puede exigirle un honorario o remuneración al beneficiado con el privilegio de pobreza. Por eso, a nuestro juicio el Tribunal Constitucional, comete un error jurídico de importancia al declarar inaplicable el vocablo “gratuitamente” que utiliza el artículo 595 del COT en su sentencia de fecha 31 de marzo de 2008.

Además es importante señalar que esta gratuidad se da también en países Europeos. En el caso de España la ley 1/1996 (ley citada por el Tribunal Constitucional) regula la “asistencia jurídica gratuita” y establece expresamente en su artículo 6 que el contenido material del

⁴ BACHMAIER, LORENA. *La asistencia jurídica gratuita*. Editorial Colomares, Granada, 1997, pp 111 y ss. GUTIÉRREZ ZARZA, ÁNGELES. *La asistencia jurídica gratuita en el proceso civil*. Colex. Madrid, 1998, pp 117 y ss. COLOMER HERNÁNDEZ, IGNACIO. *El derecho a la justicia gratuita*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, pp 94 y ss. CUARTERO RUBIO, MARIA. *La justicia gratuita en los litigios transfronterizos*. Iustel. Madrid, 2007, pp 187 y ss.

⁵ FRANCESCHINI, CAYETANO. *El beneficio de pobreza. La defensa por pobre en el derecho procesal civil*. Editorial Reus. Madrid, 1927, pp 617 y ss. COLOMER HERNÁNDEZ, IGNACIO. *El beneficio de pobreza*. Librería Bosch. Barcelona, 1982, pp 149 y ss.

derecho comprende entre otros, el siguiente: 3. *Defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en el procedimiento judicial*. Es decir la gratuidad mencionada en las normas legales no significa ni una desigualdad constitucional, ni una carga inconstitucional. Algo distinto es que el abogado que ha sido nombrado tenga derecho a alguna retribución económica. Como ocurre en el caso español: artículo 37. En el caso chileno dicha retribución no está amparada legalmente a favor de los abogados de turno, como si ocurre con otras instituciones como la defensoría penal pública en el proceso penal. Significa esto que el abogado de turno debe trabajar “gratis” a favor del Estado: No. Y hay que ser tajante en esto. El Estado, como lo ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debe *a través de la hacienda pública, indemnizar a los abogados designados para asistir en los casos de justicia gratuita*.

En nuestra opinión el abogado que ha sido nombrado “abogado de turno” tiene derecho constitucional de reclamar en contra del Estado los dineros suficientes que le permitan desarrollar de manera irreprochable su función. Si el Estado, por medio del Ministerio de Justicia, no se los entrega voluntariamente, podrá demandar judicialmente al Estado. Es necesario de *lege ferenda* que el Estado chileno regule prontamente el sistema de asistencia jurídica gratuita en el proceso civil, estableciendo expresamente honorarios a favor del abogado de turno por parte del Estado.

Por último quiero mencionar de un hecho que el Tribunal Constitucional no se pronunció, y que nos parece de suma importancia: llama la atención que la inaplicabilidad que se generó de un proceso seguido en un Recurso de Protección, sin embargo no se le pidió a la Corte de Apelaciones de Valdivia informe sino al juez de primera instancia que había nombrado al abogado de turno en los juicios respectivos. Esta situación merece dos comentarios. El primero, que la interposición del recurso de protección no es jurídicamente aceptable, porque como lo expresa la propia Constitución en su artículo 19 N° 3 *toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida*. En el caso de autos, es el propio abogado que ha sido nombrado en su calidad de abogado de turno de sus representados, quien interpone un recurso de protección lo que sin duda constituye una perturbación o restricción de la intervención del letrado requerida en los juicios de familia. Él mismo trata de impedir su propia intervención, lo que constitucionalmente es inaceptable. Lo segundo, es que las observaciones debieron haberse solicitado, además, al Tribunal de Apelación que es donde la *gestión* estaba pendiente (sin perjuicio de la Apelación del Recurso de Protección para ante la Corte Suprema). La inaplicabilidad requiere de una gestión pendiente seguida ante un tribunal ordinario o especial: el considerando cuarto de la sentencia del Constitucional expresa *Que, en relación al primer requisito, en el caso de autos se solicita la inaplicabilidad de un precepto legal en la gestión judicial constituida por el recurso de protección interpuesto ante la I. Corte de Apelaciones de Valdivia, rechazado con fecha 6 de diciembre de 2006, actualmente en*

apelación ante la Excm. Corte Suprema, caratulado “Toloza Rodríguez con Juez de Familia de Osorno”, Rol Corte N° 6626-2006, dirigido contra las resoluciones judiciales en las que se le habría designado como abogado de turno, por lo que existe gestión pendiente que se sigue ante un tribunal ordinario o especial. Insistimos, las observaciones debieron haberse pedido a la Corte de Valdivia y no sólo al juez de familia.

Conclusiones

- 1.- La institución de los abogados de los pobres, hoy día conocido con el nombre de “abogados de turno” es una institución eclesíástica, que tiene sus orígenes a lo menos en el siglo IV después de Cristo.
- 2.- Es constitucional el que el Poder Judicial tenga la potestad de nombrar abogados de turno.
- 3.- Es una obligación constitucional y moral el aceptar, por parte del abogado que ha sido nombrado, dicha obligación, sin perjuicio de poder alegar por un justo motivo su imposibilidad de asumir dicha carga.
- 4.- La gratuidad del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales no dice relación con la persona del abogado, sino más bien con el beneficiario de la asistencia gratuita. Cuando el Código señala que el abogado debe defender gratuitamente en las causas judiciales, no dice que el abogado no tenga derecho a alguna retribución por parte del Estado, está diciendo simplemente que el abogado no puede exigirle un honorario o remuneración al beneficiario con el privilegio de pobreza.
- 5.- El abogado de turno no es una institución aislada, pues está en íntima conexión con el beneficio de pobreza.
- 6.- Es necesario de *lege ferenda* que el Estado chileno regule prontamente el sistema de asistencia jurídica gratuita para los procesos laborales, de familia y civiles.