

**COMENTARIO AL FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE DEROGA LA
EXPRESIÓN “GRATUITAMENTE DEL ART. 595 DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE
TRIBUNALES.**

RICARDO MÁRQUEZ ACEVEDO*

I.- Introducción.

La Constitución Política de la República entre sus garantías establecidas en el artículo 19, menciona en su numeral tres, inciso primero: *“La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.”*

Lo anterior significa que: *“...se traduce en el ejercicio de los derechos que la ley ha garantizado en plenitud, contando con los mecanismos de protección necesarios para hacer la norma verdaderamente material¹.”*

Con todo lo anterior y antes de entrar en el núcleo de las disposiciones constitucionales de la que tratará el comentario al fallo del Tribunal Constitucional, rol N° 1254-2008, queremos indicar que uno de los componentes más importantes de esta garantía constitucional, pasa a ser que todas las personas tengan acceso a un letrado con el cual puedan primeramente informarse y luego ejercer sus derechos.

Entonces podemos decir que sin la asistencia letrada no hay igualdad ante la ley (art. 19 N° 2 Constitución Política), ni igualdad ante la justicia (art. 19 N° 3 Constitución Política).

Entonces, si bien el fallo del Tribunal Constitucional que se analizará corresponde a la derogación de parte del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, dicha norma se coordina como se verá más adelante con las garantías constitucionales mencionadas del artículo 19 N° 2 y 3 de la Carta Fundamental. Incluso todo ello se vincula a la igual repartición de las cargas públicas (art. 19 N° 20 de la Constitución Política de la República).

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Chile, Magister en Derecho Procesal, mail de contacto rmarquez@ricardomarquez.cl.

¹ Angela Vivanco, Curso de Derecho Constitucional, Aspectos Dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980 T. II, 2ª Edic., Ediciones UC, 2006, pág. 343.

La norma que justificaría la existencia del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, serían las disposiciones antes mencionadas. Cabe tener a la vista la versión original, del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, que corresponde a lo que sigue: “Corresponde a los jueces de letras designar cada mes y por turno, entre los no exentos, un abogado que defienda **gratuitamente**² las causas civiles y otro que defienda las causas del trabajo de las personas que hubieren obtenido o debieran gozar del mencionado privilegio. Con todo, cuando las necesidades lo requieran, y el número de abogados en ejercicio lo permita, la Corte de Apelaciones respectiva podrá disponer que los jueces de letras designen dos o más abogados en cada turno, estableciendo la forma en que se deban distribuir las causas entre los abogados designados.

En la misma forma y para los mismos fines harán los jueces de letras a quienes se refiere el inciso precedente, las correspondientes designaciones de procuradores y receptores.

Cuando alguna persona que goce del privilegio de pobreza no pueda ser servida por los abogados, procuradores y receptores nombrados, el juez de letras podrá designar un abogado, un procurador o un receptor especial que la sirva.

En las comunas o agrupaciones de comunas en donde hubiere dos o más jueces de letras, hará las designaciones generales prevenidas en los dos primeros incisos de este artículo, el más antiguo, y las especiales del inciso precedente el que conociere del negocio en que han de aplicarse.

Las designaciones generales de abogados, procuradores y receptores de turno deberán hacerse por las Cortes de Apelaciones para el territorio jurisdiccional en que éstas tengan su residencia.”

Por otra parte, el núcleo de la norma que justificaría la existencia de este artículo del Código Orgánico de Tribunales es el artículo 19 N° 3 incisos 2° y 3° de nuestra constitución que señala al efecto: “*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. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.*

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos³. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.

Así, tenemos que la ley va a disponer y reglamentar como las personas que no tengan los recursos para acceder a la defensa de un abogado la puedan obtener de manera gratuita. Esto como ya se dijo podría justificar la existencia de la norma del artículo 595 del citado Código Orgánico de Tribunales, en especial a lo concerniente a la gratuidad del servicio prestado. Lo que como se verá no puede ser prestado de esa forma, al menos por particulares.

Se podría pensar que solo la constitución se refiere a la defensa gratuita de las personas menesterosas, sin embargo y la respuesta es sí, considerando que la Convención Americana de Derechos Humanos solo se refiere a la defensa gratuita en los casos penales en su disposición 8 N° 1

² El subrayado y negrita es nuestro.

³ El subrayado y negrita es nuestro.

letra e), que al efecto dice: “derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;”

Todo lo expresado se enmarca en el contexto de cómo el estado chileno ha satisfecho esta obligación que tiene para con las personas. Entonces nuestro marco teórico está dado por la forma en como se ha venido resolviendo por el estado chileno esta obligación de otorgar asesoría y defensa jurídica gratuita a las personas que lo necesiten y, si la institución del abogado de turno es un mecanismo adecuado para ello. Todo esto conforme a nuestra constitución.

Hay un aspecto que podríamos considerar previamente que no se trata en la acción de inconstitucionalidad, ni en el fallo. Este aspecto se relaciona con la norma del artículo 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta norma prohíbe la esclavitud y la servidumbre, pero, en su número 3 hace las siguientes excepciones: “a) los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona recluida en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado; b) el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél; c) el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y d) el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.”

Válidamente podría hacerse la pregunta de: ¿la asesoría gratuita respecto de ciertas profesiones es una obligación cívica normal? En todo caso dicha interrogante es asumida y contestada por el Tribunal Constitucional Chileno en el fallo en comento. La contestación a ello tiene que ver con que no se pida un sacrificio “especial” a cierto tipo de profesionales. Es decir, que en el caso en que se generalizara este servicio gratuito en todas las profesiones o actividades, el texto del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales devendría en constitucional.

Si echamos una mirada panorámica al sistema chileno de asesoría y defensa jurídica gratuita, para quienes no puedan acceder a un abogado remunerado, tendríamos que hacer un corte cuyo límite está dado por la instauración de la reforma procesal penal el año 2000. Hay un antes y un después. El antes implicaba que el estado chileno otorgaba asesoría y defensa jurídica a través de caridad mezclada con trabajo obligatorio o mejor dicho cargas a los profesionales o a quienes eran candidatos al título de abogado.

Lo anterior queda patente con la existencia de la Corporación de Asistencia Judicial, que es servida hasta el día de hoy por postulantes a la profesión de abogado, quienes realizan su práctica profesional en dicha institución; las clínicas jurídicas de las diversas Universidades, que también son servidas de manera gratuita por estudiantes; las corporaciones y fundaciones que prestan asesoría jurídica en ciertos ámbitos; el abogado de turno y los abogados que voluntariamente actúan pro-bono. Ese era el panorama antes de las reformas procesales de principios del siglo XXI.

Con la reforma procesal penal se estableció el sistema de la Defensoría Penal Pública. Institución estatal creada por la ley N° 19718. El avance en materia penal es gigantesco en la medida en que esta defensoría es servida por abogados, con preparación especializada. Sin embargo, esta defensa gratuita se refiere a solo un interviniente que es el imputado, quedando la víctima sin recursos en el desamparo, en el entendido que el Ministerio Público representa los intereses del estado en la

persecución penal. No obstante, el año 2011 se reformó la Constitución otorgando defensa jurídica de las víctimas de delitos violentos en el sistema procesal penal y, tal vez se perdió una oportunidad valiosa para cambiar de una vez por todas la forma de como el estado chileno enfrenta la demanda de asesoría jurídica de todas las personas que no pueden procurársela por sí mismas. Se soluciona sólo el aspecto penal y no la totalidad del sistema de asesoría jurídica. Él que ya en estos tiempos se encuentra totalmente obsoleto y sobrepasado, no es posible que la Corporación de Asistencia Judicial tenga en la base a egresados de derecho que asesoran directamente a particulares de escasos recursos, se extraña que no se haya utilizado esta reforma para hacer el cambio radical que es necesario para igualar por fin a todas las personas ante la justicia. Sin embargo, creemos que estos cambios serán graduales, como por lo demás ha sido en las otras reformas en especial la procesal laboral, en que sin necesidad de reforma constitucional se creó la Defensoría Laboral de los trabajadores como un anexo de la Corporación de Asistencia Judicial y servida solo por abogados.

Habrá que esperar la implementación de una Defensoría de las Víctimas en el sistema penal y como nota final llama profundamente la atención que este derecho consagrado ahora en la Constitución no sea susceptible de reclamarse vía de acción de protección.

También con la llegada de la reforma laboral el año 2006, mediante la ley N° 20.087, que estableció el nuevo procedimiento ante los Juzgados del Trabajo y como se dijo se creó la Defensoría Laboral. Solo la reforma a los Tribunales de Familia está en deuda con el establecimiento de un sistema adecuado de defensa de personas que no cuentan con recursos.

Por último y como interrogante e incluso como una materia a tener en cuenta en las conclusiones, se nos plantea si es que ya es tiempo que en Chile se establezca un sistema estatal y servido con abogados especializados para asesorar y defender a personas necesitadas, quedando el sistema del abogado de turno como una institución voluntaria y servida por abogados de trayectoria destacada cuya intención y motivaciones sea servir a los más necesitados dando un servicio de excelencia.

II.- Descripción del Caso.

En requerimiento de Inconstitucionalidad presentado por Enrique Barros Bourie, en representación del Colegio de Abogados de Chile A.G. como Presidente de dicha entidad, se solicita al Tribunal Constitucional que se declare la inconstitucionalidad del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, *“por constituir un solo precepto legal”* por tratarse de *“un todo indisoluble de la gratuidad”* esto fundado en la inaplicabilidad que se ha declarado respecto de la voz *“gratuidad”* en dicho artículo en sentencia 755 de 2008 del mismo Tribunal.

En subsidio, solicita se declare inconstitucional el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, que contiene *“el núcleo de la descripción del servicio gratuito que se impone, y cuyo texto no es divisible sin agravamiento de la inconstitucionalidad”*

En subsidio de lo anterior, que se declare inconstitucional la expresión *“gratuitamente”* contenida en el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, ya declarada inaplicable en la sentencia 755 del año 2008 del mismo Tribunal, como se señaló.

Funda su petición principalmente en el hecho que el Tribunal Constitucional ha declarado la inaplicabilidad de la expresión *“gratuitamente”* contenida en el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales por *“pugnar tanto en lo relativo a la igualdad en las cargas públicas como en lo referente a la libertad de trabajo”*.

Que, no obstante, solo haberse declarado inaplicable la expresión “*gratuitamente*”, todo el artículo 595 “*discurre sobre un mismo tópico, consistente en la designación de un abogado que defienda gratuitamente...constituyendo un precepto legal único para estos efectos*”

Que “*la gratuidad es indisoluble e intrínseca a la carga...ya que la norma no contempla posibilidad ni mecanismo alguno de retribución al abogado gravado con ella*” y que “*luego, todos los eventos posibles de la norma necesariamente conllevarán la gratuidad como imposición legal para el abogado de turno*”

Por su parte, el Tribunal Constitucional, luego de verificar la admisibilidad del requerimiento, punto que no comentaremos en este análisis, salvo señalar que en el considerando vigesimoprimeros se destaca que declarar la inconstitucionalidad debe ser la “*la ultima ratio*” para asegurar la supremacía constitucional; de esto, sigue el Tribunal Constitucional, se deriva que no debe existir *escenario alguno* en que el precepto legal que se pretende declarar inconstitucional pueda ser constitucional.

Así las cosas y en especial en su considerando sexagesimoquinto, el Tribunal Constitucional estima que “*...si se impone gratuitamente, se transforma irremediabilmente en un medio desproporcionadamente gravoso, desde que el fin perseguido no exige ni supone que el abogado deba desempeñarse sin retribución alguna, ello porque la obligación se radica en el Estado y no en los abogados*”

Si bien, el Tribunal acoge el requerimiento por infringir “*objetivamente la igualdad ante la ley y en particular la prohibición de discriminar arbitrariamente...*” (considerando sexagesimosexto) y con esto podría darse término al análisis, señalaremos los argumentos que dio esta magistratura respecto de las demás alegaciones de la parte requirente.

En cuanto a la infracción a la igualdad ante las cargas públicas y la legalidad de estas se señalan las características de estas en el considerando septuagésimo, citando al jurista Miguel Marienhoff en su Tratado de Derecho Administrativo y a continuación se examina que estas características se cumplan en el caso del turno, llegándose a la conclusión que concurren todos ellos.

Sin embargo, alejándose de la doctrina tradicional que señala que estas cargas personales deben ser gratuitas, y citando a juristas como Silva Cimma y Bielsa, concluye que “*la imposición del deber de atender gratuitamente...puede transformarse en una carga contraria a la Constitución, en consideración a los criterios...respecto de la igualdad ante la ley.*”

Estimamos que en esto el Tribunal Constitucional comete un error, lo que se verá en la parte siguiente de este trabajo.

Enseguida, el Tribunal Constitucional se refiere a la alegada infracción a la libertad de trabajo, la que también considera encontrarse debidamente probada luego de citar diversos autores, derecho comparado y el texto del artículo 19 N° 16 que regula la materia, concluyéndose que la remuneración es de la esencia al trabajo, por lo que *obligar* a que una persona ejerza un trabajo de manera gratuita, no se ajusta a la Constitución.

III.- Análisis Crítico.

El fallo en comento constituye un avance para alcanzar la denominada *tutela judicial efectiva* de los derechos, que es: “*El derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, también conocido en la doctrina moderna como la derecho a la tutela judicial efectiva, es uno de los derechos asegurados por el número 3 del artículo 19 de la Constitución...*”⁴ La anterior definición es reiterada en los fallos del Tribunal Constitucional, roles 792, 815, 946, 1382, 1356, 1391, 1418 y 2042; entre otros.

Decimos que es un avance en ese sentido, en la medida que presiona al sistema de asesoría y defensa jurídica del estado para llegar a un sistema en que se remunere a los prestadores de dichos servicios, ya sea, como abogados externos al estado (abogados de turno), ya sea, como funcionarios adscritos a una organización estatal de defensa jurídica de oficio.

Resulta para nosotros fundamental que la asesoría jurídica para personas desposeídas o que no puedan acceder a un abogado pagado, sea resuelta por el estado de forma que el acceso a la justicia sea universal y garantizado por el mismo estado. Esto es trascendental en un estado de derecho y democrático como el nuestro, en que la falta de acceso a la justicia en términos equitativos es un escollo que atenta en contra de la legitimidad del sistema jurídico y judicial. En palabras del destacado profesor Álvaro Pérez Ragone: “*Podría decirse que la eficacia y funcionamiento de un sistema jurídico, en especial el judicial, depende de su legitimidad (pública). Ello es, los ciudadanos acatar las leyes y las decisiones judiciales porque tienen internalizada la creencia de que se brinda un trato justo y equitativo a las partes*”⁵.

En el sentido anterior no resulta justo ni equitativo que existan personas que puedan acceder a un letrado y otras que amparadas por el estado en sus necesidades realmente no accedan a un abogado, pues, se debe tener presente que las personas asesoradas por la Corporación de Asistencia Judicial y por las clínicas jurídicas de Universidades chilenas, realmente son asistidas por personas que no son aún abogados.

Entonces el fallo en comento que al menos elimina la gratuidad del servicio obligatorio que presta el abogado de turno está orientado en un buen rumbo, aunque como se verá resulta insuficiente para otorgarle legitimidad al sistema, cumplir con la garantía de acceso a la justicia y eliminar los justos reclamos de constitucionalidad denunciados en la acción de constitucionalidad planteada por el Colegio de Abogados de Chile AG.

A continuación, mencionaré algunos de los reparos al fallo en comento:

1.- El Problema de la Competencia.

La acción de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados A.G., tiene tres peticiones. La primera, que se declare la inconstitucionalidad de todo el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, la segunda petición, subsidiaria a la principal es que se declare la inconstitucionalidad del inciso 1º del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales que contiene la descripción de la institución del abogado de turno y la tercera petición subsidiaria a las anteriores es

⁴ Andrés Bordalli, Derecho Jurisdiccional, Ed. Derecho Austral, 1ª Ed. 2.016, pág. 184.

⁵ Álvaro Pérez Ragone, artículo “Justicia y Reformas Procesales en el Chile del S.XXI, Sendas de la Reforma de la Justicia a principios del S. XXI (coordinador Eduardo Oteiza), Marcial Pons, 1ª Ed. 2.018, pág. 184.

que solo se declare la inconstitucionalidad de la palabra “*gratuitamente*” contenida en el inciso 1° el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales.

El Tribunal Constitucional en los considerandos decimotercero y siguientes circunscribe su competencia, como prescribe el artículo 93 N° 7 del Constitución Política de la República a preceptos legales que anteriormente han sido declarados inconstitucionales. De hecho, en el considerando decimoséptimo se señala: “*Que, de esta manera, la declaración de inconstitucionalidad debe limitarse estrictamente a aquello que se estimó como contrario a la Constitución Política previamente en sede de inaplicabilidad, lo que como se ha señalado y consta de autos se circunscribe a la gratuidad del turno que se impone a los abogados, lo que corresponderá analizar en las consideraciones posteriores. En razón de lo anterior, deberá rechazarse la petición de inconstitucionalidad de la totalidad del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, como también la de todo su inciso primero, circunscribiéndose esta decisión a la gratuidad del turno de los abogados;*”.

Entonces el problema jurídico para el Tribunal Constitucional se simplificó bastante y la acción de inconstitucionalidad por muy bien fundada que estaba resultaba inocua para los efectos de derogación completa de la norma ya tantas veces mencionada, así como la petición de la derogación del inciso primera de la norma del art. 595 del Código Orgánico de Tribunales.

2.- El problema de la Eficacia Práctica del Fallo.

Es la propia acción de inconstitucionalidad que discurre en torno a la imposibilidad de interpretar el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales conforme a la Constitución. Esto en la página 19 y siguientes del libelo.

La acción en la página 25 indica respecto de la posibilidad de percibir honorarios por la prestación de servicios profesionales como abogado de turno: “**ii. Inconducente.** *En efecto, no existe procedimiento especial alguno contemplado en la ley para implementar o autorizar una demanda de esta naturaleza. En la práctica, el abogado demandará al Fisco los honorarios y los perjuicios, su resultado es completamente ilusorio; es muy discutible que pueda obtener sentencia favorable. En efecto, el principio constitucional de la legalidad del gasto (artículo 100 de la Carta, entre otros), impedirá atribuir una partida legal del presupuesto a estos honorarios, cuya fuente no es legal. Así, difícilmente la justicia ordinaria podrá dar curso a una sentencia de pago de remuneraciones u honorarios.*”

Pareciere que el fallo resulta ser solo simbólico para tratar de adecuar la norma del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, manteniendo una forma por lo demás obsoleta de procurar defensa jurídica a personas sin recursos. Deja a los abogados del Turno casi en las mismas condiciones de desamparo para efectos de realizar algo tan esencial como es poder obtener una retribución por su trabajo. Para cualquier profesional que ha ejercido su profesión de manera libre o no le resultará un lugar común la extrema dificultad e incluso imposibilidad de cobrar honorarios cuando el cliente se niega a pagarlos.

En suma, el fallo del Tribunal Constitucional mantuvo la institución del abogado de turno, pero, dando la posibilidad que dicha labor sea remunerada por el estado. A este respecto sabemos que la posibilidad de obtener retribución resulta del todo ilusoria, subsistiendo el problema de la carga pública que se analiza a continuación.

3.- El Problema de la Inconstitucionalidad de la Cargas Públicas.

Como lo dice la acción de inconstitucionalidad en su página 22: *“De la misma forma, cualquier interpretación que se efectúe del artículo 595 del Código Orgánico afectará el principio de igualdad ante las cargas públicas (artículo 19 N° 20), en la medida que el grupo afectado potencialmente por la carga es subinclusivo, esto es, comprende a menos personas que las que impone el elemento esencial común que debiera agruparlos. En efecto, si la intención del legislador es agrupar un conjunto de profesionales que ejerzan una labor de bien social para obligarles a desarrollar una actividad gratuitamente en favor de la comunidad, entonces los iguales llamados a este gravamen no son sólo los abogados, sino también todos los demás profesionales que ejercen actividades de estas características.”*

A este respecto el considerando sexagesimoquinto del fallo en comento se refiere a esta carga, señalando: *“Que, como puede apreciarse, 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 establecer una carga, es idóneo para cumplir dichos fines. Sin embargo, si se impone gratuitamente, se transforma irremediablemente en un medio desproporcionadamente gravoso, desde el momento que el fin perseguido no exige ni supone 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;”*

Cabe mencionar en este aspecto la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 6 Prohíbe la Esclavitud y Servidumbre, señalando: *“1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas. 2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzados, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso. 3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo: a) los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado; b) el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél; c) el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y d) el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.”*

Al respecto cabe la pregunta si es que un Tratado Internacional, en este caso, que versa sobre derechos humanos es parte de la Constitución o constituye parte del bloque constitucional, y si en cualquiera de los casos es posible para el Tribunal Constitucional tenerlo como parte integrante de la Constitución y con ello fundar un fallo que declare la inconstitucionalidad de un precepto legal. Siguiendo al destacado profesor Jorge Correa Sutil, podemos decir que el Tribunal Constitucional hasta hoy no ha reconocido el llamado bloque constitucional, sino, que ha entendido que lo que se debe aplicar es directamente la Constitución, así queda manifestado en el fallo del Tribunal Constitucional rol N° 1284-2009, en que en su considerando sexto, señala: *“Que, al respecto, cabe señalar que el parámetro de referencia que tiene en cuenta esta Magistratura al resolver una inaplicabilidad, es sólo*

la Constitución. La norma contra la cual debe examinarse el precepto legal objetado es únicamente la Constitución, no la ley.”

Así el profesor Correa Sutil, nos dice: *“Como puede apreciarse, el considerando 6° transcrito contiene dos afirmaciones distintas con respecto a la norma contra la cual deben examinarse los efectos de aplicar el precepto legal impugnado. La primera es que ella no es la ley y la segunda es que ella sólo es la Constitución⁶.”*

El otro punto por resolver es si los tratados incorporados a la Constitución mediante el artículo 5 inciso 2° pueden fundar una inaplicabilidad. En este aspecto se reflexiona en el fallo rol N° 1340-2009, en el párrafo final del considerando décimo, que nos indica: *“Las consideraciones que preceden justifican, precisamente, incluir el derecho a la identidad personal entre aquellos derechos esenciales de la naturaleza humana a que alude el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, y que se erigen como límite a la soberanía, debiendo los órganos del Estado respetarlos y promoverlos, ya sea que estén asegurados en la propia Carta Fundamental o en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*. El profesor Correa Sutil, glosa este considerando diciendo: *“La frase citada nos parece el reconocimiento más claro contenido en un fallo de inaplicabilidad del TC. En el período examinado, que afirma la plausibilidad de declarar inaplicable un precepto legal por resultar su aplicación contraria a un derecho esencial consagrado en un **tratado internacional**, aunque no expresamente en la Carta Fundamental⁷.”* (Énfasis propio).

Conforme a lo antes expuesto, cabe hacer presente que la Convención Americana de Derechos Humanos se encuentra incorporado a nuestra Constitución Política de la República, por lo que tiene plena aplicación y rango constitucional según el artículo 5 inciso 2° de la Carta Fundamental. Por lo tanto, debió tenerse en cuenta tanto en la acción y meditado en el fallo en comento, porque es plenamente aplicable a este caso. Entonces, cabe hacerse la pregunta: ¿es la labor del abogado de turno un trabajo o labor que forme parte de las obligaciones cívicas normales? La respuesta a dicha interrogante podría dar un cambio a dicha institución y convertirla en voluntaria.

Ahora yendo a la solución dada por el Tribunal Constitucional en el aspecto de la legalidad y equiparidad de la carga pública, que implica la designación de abogados de turno, no parece avenirse al texto constitucional porque en primer lugar la carga se impone solo a un tipo de profesional que son los abogados, teniendo en cuenta a otras profesiones de servicio público como por ejemplo las vinculadas a la medicina. El hecho que actualmente se haya eliminado la expresión *gratuitamente* en nada altera el hecho que estamos frente a una carga pública *desproporcionada y que acarrea resultados especialmente gravosos y desmedidos⁸*.

A nuestro juicio la norma del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales mantiene su inconstitucionalidad en la práctica, según todo lo expuesto y además porque constituye en los hechos una carga pública desproporcionada (a pesar de su actual carácter remunerado); es un trabajo obligatorio y sin remuneración (en la práctica), es decir, un trabajo forzoso el cual se encuentra abolido por la OIT (Organización Internacional del Trabajo) desde 1957, en su convenio N° 105.

⁶ Correa Sutil Jorge, Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Ed. Legal Publishing Chile, 1ª Edic. 2011, pag. 44.

⁷ Correa Sutil Jorge. Ob. Cit. pag. 46-47.

⁸ Ver considerando quincuagesimonoveno del fallo en comento.

4.- El Problema de la Infracción a la Libertad de Trabajo.

Quizá el problema más relevante del fallo se presenta respecto de la infracción a la garantía constitucional del artículo 19 N° 16 de la Carta Fundamental, que dice que la Constitución asegura a todas las personas: “N° 16° La libertad de trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución”.

El fallo comentado medita sobre este capítulo de inconstitucionalidad en los considerandos septuagésimo octavo a nonagésimo. En resumen, podemos indicar que el Tribunal constitucional llega a la conclusión que la institución del abogado de turno no vulnera esta garantía constitucional, porque:

- a) Es una profesión especial cuyo título es otorgado por la Excm. Corte Suprema, en dicha medida también es una profesión que colabora con la administración de justicia.
- b) Actualmente el abogado de turno es marginal en la atención de personas necesitadas, por lo demás la cantidad de abogados existentes actualmente en Chile se avendría con la actual población, por lo cual se torna incluso excepcional dicha designación para los abogados.
- c) Principalmente el hecho que se elimine el vocablo *gratuitamente* de la norma del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, eliminaría el único obstáculo para otorgarle constitucionalidad al abogado de turno.

Ahora bien, a nuestro juicio el Tribunal Constitucional no se ha hecho cargo de lo planteado en la acción, en especial a lo referente al derecho a realizar libremente un trabajo.

En lo medular la acción de inconstitucionalidad señala en lo pertinente: “*La primera subgarantía que involucra el artículo 19 N° 21 es la posibilidad de ejercer libremente una actividad económica, esto es:*

- a) *Que no se prohíba su realización sino en la medida que pudiese atentar contra la moral, el orden público o la seguridad nacional; y*
- b) *Que nadie sea forzado a efectuarla sin su consentimiento expreso.*

Este punto es el recogido por el inciso segundo del artículo 19 N° 16.

Sin embargo, el turno constituye:

1. *La práctica forzada de un trabajo (actividad económica); y*
2. *Una actividad sin retribución alguna por parte del beneficiario y del Estado.*

Esto es abiertamente inconstitucional. El artículo 19 N° 16 reconoce el derecho que tiene toda persona que desarrolla un trabajo a obtener una remuneración por éste. En ese sentido, el profesor Enrique Evans de la Cuadra afirma que la libertad de trabajo "Es un derecho constitucional que habilita a toda

persona a buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficio lícitos, vale decir, no prohibidos por la ley”.

Como se ha reseñado con anterioridad el fallo del Tribunal Constitucional que estamos revisando, estima que no se limita la libertad de trabajo, considerando que estamos frente a una carga pública, que modernamente debe ser remunerada, así lo menciona el considerando septuagésimo tercero, que dice: *“Que si bien tradicionalmente se ha entendido que este tipo de cargas personales, en principio, deben ser gratuitas, no es menos cierto que “ocasionalmente la ley puede establecer algún viático o remuneración” (Néstor Sagüés, Elementos de Derecho Constitucional, p. 913). En muchos casos también existe compensación por los gastos de cargo del Estado. De manera que, si bien la carga pública es gratuita, esta característica “no es óbice para que el Estado indemnice (presuntivamente) mediante un pequeño emolumento al que cumple la carga”...”*

A continuación, en el considerando septuagésimo cuarto, delimita el problema del abogado de turno a la mera retribución: *“Que la imposición del deber de atender gratuitamente en los términos que establece el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, puede transformarse en una carga contraria a la Constitución, en consideración a los criterios que se han sostenido respecto de la igualdad ante la ley, aplicables en la especie;”*

Entonces al parecer no solo la distribución de esta carga pública no es discriminatoria ni desproporcionada, ni afecta la libertad de trabajo de los abogados designados para el turno, por el solo hecho de eliminarse la palabra *gratuitamente*. Todo esto conforme a lo expuesto por el Tribunal Constitucional en el fallo en comento.

Lo anterior puede ser rebatido tan solo considerando la forma de como los abogados que sirven instituciones encargadas de la defensa de personas necesitadas pueden obtener su justa retribución por su trabajo. No es el caso por cierto de los abogados del turno. Una vez más subyace una pregunta clave: ¿esta diferenciación es justificable desde el punto de vista constitucional?

Baste solo mencionar que la ley que Crea la Defensoría Penal Pública, N° 19.718, en su artículo 32 y siguientes establece el sistema de remuneraciones como sigue: *“Artículo 32.- En materia de remuneraciones, el personal se regirá por las normas del Título I del decreto ley N° 3551, de 1981, y su legislación complementaria. Asimismo, tendrá derecho a percibir la asignación de modernización, en los términos establecidos por los artículos 1°, 3°, 4°, 5°, 6° y 7° de la ley N° 19.553, y la bonificación del artículo 8° de la misma ley.”* La referencia a al Decreto Ley N° 3551 de 1981 corresponde a cuerpo legal que regula las *normas sobre remuneraciones y sobre personal para el sector público*.

Entonces resulta evidente, que mientras no se regule adecuadamente la retribución de los abogados del turno dicha carga pública deviene en inconstitucional, por desproporcionada y discriminatoria.

Por otra parte, hay un aspecto que el Tribunal Constitucional soslaya y que resulta de mucha importancia considerando que la labor del abogado de turno puede desarrollarse incluso durante años, en la medida, que solo finaliza con el fin del pleito. Esta consideración es sumamente importante al momento de valorar el trabajo realizado por el abogado de turno. Por ejemplo, en el caso de la

Defensoría Penal Pública existe un arancel⁹, para los casos de imputados que gocen de ciertos recursos. Ello, hace ilusorio el obtener la retribución planteada por el Tribunal Constitucional.

Lo anterior resulta evidente, pues, no se conoce con certeza que procedimiento tendría que ser usado, al parecer podría ser un procedimiento de hacienda vía incidental en el mismo proceso en que se prestó el servicio o lisa y llanamente un juicio civil ordinario demandando al estado por los servicios prestados. En ambos casos el profesional tendría sobre sí la carga de la prueba en cuanto a los servicios otorgados, aunque dicha carga sería facilitada en el caso de demandar incidentalmente. Un antecedente a tener en cuenta es que el Consejo de Defensa del Estado es quien debería asumir la defensa del Fisco. Realmente el cuadro que se presenta no parece avenirse con la constitución.

Por último, tratándose de la libertad de trabajo, realmente el abogado “seleccionado” para defender a personas sin recursos no es libre para rechazar la carga, las excusas son mínimas. Obviamente esta *carga* significara un desmedro en la libertad para ejercer la profesión, como ya se ha dicho teniendo en cuenta la duración de los *encargos* que deba realizar el abogado que tenga que cumplir con el turno.

Concluyendo; La carga pública personal impuesta por el artículo 595 inciso primero del Código Orgánico de Tribunales y complementada por las disposiciones contenidas en los artículos 597, 598 y 599, no está suficientemente determinada y especificada por la ley, infringiendo así los artículos 19 N° 20 y 22 de la Constitución Política.

IV.- Conclusiones.

Las conclusiones fluyen de lo expresado y se pueden resumir en los siguientes puntos:

- a) El fallo en comento desde el punto de vista técnico cumple con los requisitos establecidos en la Constitución y las leyes. Sin embargo, no resulta resguardar las garantías constitucionales ni adaptar a la normativa constitucional la institución del abogado de turno.
- b) Desde un principio se hacía dificultoso para el Tribunal Constitucional entrar al fondo de la normativa del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, en la medida que la acción de inconstitucionalidad se encontraba limitada por la norma del artículo 93 N° 7 de la Constitución Política, pues, en los fallos que sirven de fundamento a la acción solo se había declarado la inconstitucionalidad de la expresión *gratuitamente*.
- c) De todas formas parece adecuada la medida tomada por el Colegio de Abogados de Chile A.G., para instar por la eliminación de la expresión *gratuitamente* del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, que con esa redacción resulta evidentemente contraria a la Carta Magna.
- d) Pareciere que el Colegio de Abogados de Chile A.G., debe insistir por todas las vías posibles, es decir, no solo por la vía de requerimientos y acciones de inconstitucionalidad, sino que, por vías gremiales instar a un cambio legislativo y orgánico respecto de la asesoría y defensa de personas menesterosas. En este aspecto, incluso es posible realizar contactos con el Poder Judicial a fin de que las listas de abogados de turno sean modificadas con profesionales que deseen prestar esta función. Así, creemos que se podría mantener este tipo de servicio jurídico por parte de los abogados. Creemos que no pocos abogados pueden enfrentar este desafío. En este sentido parece necesaria citar las palabras del

⁹ <http://www.dpp.cl/resources/upload/b3f6737192b1717798df8f4f5d280305.pdf>

destacado jurista Ángel Ossorio, que en su texto: “El Alma de la Toga” resume la labor de servicio público que vienen sirviendo los abogados desde tiempos remotos: *“Constituye la defensa de los pobres una función de asistencia pública, como el cuidado de los enfermos menesterosos. El Estado no puede abandonar a quien, necesitado de pedir justicia, carece de los elementos pecuniarios indispensables para sufragar los gastos del litigio. Mas para llenar esa atención no hace falta, como algunos escritores sostienen, crear cuerpos especiales, ni siquiera encomendarla al Ministerio Fiscal. Los Colegiados de abogados se bastan para el menester, lo han cubierto con acierto desde tiempo inmemorial, y debieran tomar como grave ofensa el intento de arrebatarlo¹⁰”*. En ese mismo sentido se reflexiona en el considerando nonagesimocuarto del fallo en comento: *“Que el turno gratuito de los abogados ha sido objeto de críticas por diversos especialistas en el siglo XX. Así, en la década de los noventa, el destacado procesalista Mario Mosquera, con motivo del proyecto de ley que creaba el Servicio Nacional de Asistencia Jurídica, lamentaba que la iniciativa no considerara todas las formas de asistencia jurídica existentes en el país y, especialmente, el turno, haciendo presente que la referida institución “está actualmente mal concebida, pues, a su juicio, el turno no debería hacerse al comienzo de la carrera, sino posteriormente, cuando los abogados se encuentren en una etapa de su carrera profesional en que dispongan de experiencia y otros recursos, lo que les permitiría contribuir más eficazmente a la defensa jurídica de los pobres”*

e) El Tribunal Constitucional es consciente que la institución del abogado de turno no se puede mantener tal como se encuentra establecida en el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, por ello en su fallo hace consideraciones finales y en el considerando nonagesimosexto nos dice: *“Que, sin perjuicio de lo señalado, parece conveniente instar al legislador a resolver esta situación que se ha producido, como consecuencia de la subsistencia del turno gratuito de los abogados, estableciendo un mecanismo de asesoría similar al que ya existe en otras materias, como por ejemplo en materia penal y, más recientemente, en el ámbito laboral;”* A este respecto es bien sabido que existe en Chile la suficiente cantidad de abogados en busca de trabajos estables y este servicio estatal sería prontamente servido en cuanto a cupos, dejando a los abogados de turno como una institución supletoria y voluntaria.

f) Si bien el presente trabajo dice relación con la institución del abogado de turno tratado en el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales. Dicho texto contiene a otra categoría de personas que ejercen ciertas funciones públicas, remuneradas por las partes en un juicio o por las personas en general. Estamos hablando de receptores, notarios, procuradores del número; etc. entonces todo lo predicado respecto de los abogados de turno puede ser dicho de estos funcionarios que en su mayoría no son remunerados por el estado. Quizá ya es tiempo de modernizar este aspecto de la justicia, como por lo demás ha ocurrido en materia penal, familia y laboral en donde las notificaciones son hechas por funcionarios pagados por el Fisco y que solo marginalmente las partes contratan receptores.

V.- Referencias Bibliográficas.

1.- Angela Vivanco, Curso de Derecho Constitucional, Aspectos Dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980 T. II, 2ª Edic., Ediciones UC, 2006, pág. 343.

2.- Andrés Bordalli, Derecho Jurisdiccional, Ed. Derecho Austral, 1ª Ed. 2.016, pág. 184.

¹⁰ Ángel Ossorio, El Alma de la Toga, 1ª Edición México 2008, pág. 151.

3.- Álvaro Pérez Ragone, artículo “Justicia y Reformas Procesales en el Chile del S.XXI, Sendas de la Reforma de la Justicia a principios del S. XXI (coordinador Eduardo Oteiza), Marcial Pons, 1ª Ed. 2.018, pág. 184.

4.- Ángel Ossorio, El Alma de la Toga, 1ª Edición México 2008, pág. 151.

5.- Correa Sutil Jorge, Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Ed. Legal Publishing Chile.

Ricardo Márquez Acevedo.

Abogado.

Enrique Mac-iver n° 376, Oficina n° 23; Santiago.

232161113 - +56996823924.

www.ricardomarquez.cl

Santiago. Octubre 2.022.

Canales YouTube:

<https://www.youtube.com/channel/UCO0mPLxew7SG1QsMfbRtJTA>

<https://www.youtube.com/channel/UCHE545Vz2Dk3Z82ROCaXhxQ>

www.ricardomarquez.cl