

ASISTENCIA JURÍDICA
Y PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD:
REFLEXIONES ENTORNO
A LA ASESORÍA JURÍDICA
COMO MECANISMO DE SUPERACIÓN
DE VULNERABILIDADES SOCIALES

LEGAL ASSISTANCE
AND PROTECTION OF FREEDOM:
REFLECTIONS ON LEGAL ADVICE
AS A MECHANISM FOR OVERCOMING
SOCIAL VULNERABILITIES

*Gaspar Jenkins Peña y Lillo**

RESUMEN: A través del presente trabajo se busca destacar la importancia de una materialización adecuada del derecho a la asistencia jurídica como elemento de protección de la libertad individual, especialmente vista como presupuesto para alcanzar el máximo desarrollo integral de la persona. De esta manera, se observa la importancia de la asistencia jurídica, su vínculo como herramienta para combatir algunas vulnerabilidades sociales, y el papel que debe detentar el Estado para su concreción, sobre la base de una reciente jurisprudencia de los tribunales nacionales.

PALABRAS CLAVES: Asistencia jurídica, asistencia jurídica gratuita, vulnerabilidad social, garantías procesales

* Profesor de Derecho Constitucional e investigador del Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo. Magíster en Derecho, LLM, Pontificia Universidad Católica de Chile y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica del Norte. Correo electrónico: gjenkins@udd.cl

El autor agradece la especial colaboración de sus ayudantes de investigación, Silvana Gatica Pereira, María José Canessa Ferrer y Cristian Rodríguez Gangale.

ABSTRACT: This paper seeks to highlight the importance of an adequate materialization of the right to legal aid as an element of protection of individual freedom, especially seen as a prerequisite to achieve the maximum integral development of the person. In this sense, we observe the importance of legal aid, its link as a tool to combat certain social vulnerabilities, and the role that the State should play in its realization, based on recent jurisprudence of the national courts.

KEYWORDS: Legal assistance, free legal assistance, social vulnerability, procedural guarantees.

I. INTRODUCCIÓN

Como bien observaba Piero Calamandrei¹ en sus estudios, las personas que en general se ven envueltas en litigios suelen ser de aquellas que, de “ordinario”, no cuentan con los estudios especializados en derecho necesarios para poder desarrollar, con sus propias herramientas, una adecuada defensa jurídica respecto de sus intereses, cumpliendo debidamente con los actos del proceso. Por ello, la asistencia de un letrado capaz de brindar la correspondiente asesoría jurídica se convierte en un presupuesto trascendental para que los litigantes puedan contar con expectativas reales de satisfacer sus pretensiones, logrando la correcta tutela de sus derechos individuales, cosa que, a la vez, constituye un elemento fundante de una “buena administración de justicia” como consecuencia de que el procedimiento será sustanciado por expertos que velarán por colaborar con el juez para lograr la solución de un conflicto de relevancia jurídica.

La defensa jurídica y el ejercicio de derechos requiere, por tanto, no solo de una voluntad o un interés por su ejercicio, sino que exige, además, el conocimiento cabal respecto del ordenamiento jurídico y sus complejidades, sus procedimientos, y de la técnica procesal que permite la utilización de dichos conocimientos con acierto. Esto explica por qué ya en la Grecia antigua era posible encontrar un reconocimiento formal de defensores letrados encargados de asistir a las personas ante una magistratura².

Esta necesidad de contar con una adecuada asesoría para conocer y dominar las normas jurídicas que son aplicables a un conflicto jurídico determinado, adquiere una especial trascendencia cuando dicha persona es, además, objeto de una vulnerabilidad social, como ocurre con el caso de un migrante,

¹ CALAMANDREI (1996), p. 379.

² GUTIÉRREZ (1945), pp. 333-334.

por ejemplo, los que, como explicita el artículo 1.º n.º 11 de la Ley 21325, poseen una situación de vulnerabilidad mayor al encontrarse fuera de su lugar habitual de residencia y, por ende, bajo el amparo de un ordenamiento jurídico que, presumiblemente, desconocen. Se debe reconocer así una desigualdad fáctica a la que está expuesto el “vulnerado” y el “vulnerable” que merma en su calidad de vida en sus oportunidades para obtener una protección de sus derechos más elementales, en especial cuando son amenazados por la acción estatal³.

Frente a situaciones de vulnerabilidad social, el papel del Estado se vuelve fundamental. En palabras de Rodolfo Arango⁴, derechos de trascendencia fundamental, como la asistencia jurídica⁵, adquirirían de manera innata una estructura de obligación ineludibles para la comunidad toda –la generalidad–, la que afrontaría dicho compromiso mediante la institucionalidad estatal, brindando a los titulares del derecho una serie de prestaciones y resguardos mediante la implementación de organismos y acciones afirmativas⁶ dirigidas a evitar la perpetuación de aquellas desventajas sociales que se consolidan ante el desamparo:

“Cuando un Estado está vinculado a los derechos fundamentales y a la protección de la dignidad humana, así como obligado a respetar la vida y la integridad corporal, entonces no sólo tiene que proteger al individuo contra ataques de terceros sino también contra los riesgos de la tecnología o las consecuencias negativas de un sistema comercial permitido. Al individuo debe reconocérsele como titular de un derecho general a la protección porque de lo contrario sería tratado como un vasallo, no como un ciudadano”⁷.

En el caso de la asistencia jurídica, el Estado ha de desplegar sus esfuerzos para garantizar su respeto y su promoción⁸, cosa que logra a través de distintas actuaciones, instituciones y políticas públicas, como el privilegio de pobreza

³ RIBOTTA (2010), pp. 17-20.

⁴ ARANGO (2005), pp. 90-95.

⁵ Se debe recordar que, en el sistema constitucional actual, el derecho a la asistencia jurídica reviste de un estándar constitucional. Así, según el artículo 19 n.º 3, inciso tercero, de la Constitución Política, se asegura a todas las personas que: “la ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. [...]”.

⁶ Se entenderá por “acciones afirmativas”, siguiendo a Rodolfo Figueroa García-Huidobro, toda aquella acción destinada a mejorar la inclusión y la participación de grupos que han sufrido exclusión o discriminación de forma sistemática, generando desigualdades fácticas difíciles de revertir autónomamente por los integrantes de dicho grupo, siendo necesaria así la intervención estatal. FIGUEROA (2016), p. 403.

⁷ ARANGO (2005), p. 94.

⁸ Artículo 5.º, inciso segundo, de la Constitución Política.

o el abogado del turno, destacando, eso sí, la instauración de la Corporación de Asistencia Judicial y demás órganos encargados de brindar el servicio público de la asistencia y defensa jurídica⁹.

Sin embargo, la mera consagración de garantías o la instauración de organismos no son suficiente si ellas no se traducen en una realidad palpable y apreciable por aquellos que, por no poder procurársela por medios propios, acuden a la asistencia estatal. El presente trabajo busca indagar en este sentido, revisando los estándares de la asistencia jurídica gratuita brindada por el Estado en aquellos conflictos en los cuales interviene o es acusada una persona en condición de vulnerabilidad, utilizando como punto de análisis un caso real protagonizado por una migrante sujeta a una orden de deportación, para así poder reflexionar si, en estas materias, Chile satisface de manera adecuada su deber constitucional de asegurar a todas las personas, sin distinción de su situación o posición, su derecho a defensa y al asesoramiento jurídico.

II. DEL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA

COMO PRESUPUESTO DE LA LIBERTAD

Una mirada contemporánea de la jurisdicción permite entender que aquella no es una función limitada a mera resolución de conflictos jurídicos, sino que se constituye como una potestad pública destinada a enfrentar un desafío mayor dirigido a concretar la *garantía secundaria* o *jurisdiccional* de los derechos fundamentales –y del resto del derecho objetivo– ante afectaciones provocadas por actos u omisiones de distintas entidades¹⁰. La jurisdicción adquiere un papel de guardián de los derechos fundamentales de los integrantes de la sociedad a nombre del Estado¹¹, mediante los amplios y plenos controles

⁹ SILVA (2006), pp. 152-154.

¹⁰ FERRAJOLI (2016), pp. 59-65.

¹¹ “La libertad que garantizan los derechos fundamentales no puede entenderse como una esfera del individuo libre de la influencia estatal, que el Estado simplemente haya de respetar. La procura por el Estado de la efectividad de los derechos fundamentales deviene presupuesto de que llegue a haber una real libertad. El Estado ya no aparece sólo como el enemigo potencial de la libertad, sino que tiene que ser también un defensor y protector. Por su parte, es evidente que este papel no está libre de peligros, ya que una ampliación ilimitada de la responsabilidad y actividades del Estado que desemboque en la omnicompreensiva procura, planificación y configuración estatal, anularía toda configuración existencial autorresponsable. [...] Junto a la particularidad de que [las garantías constitucionales] no sólo obligan al Estado a una abstención, sino también a una actuación positiva, plantean la cuestión de si a la obligación jurídico-objetiva del Estado corresponde, y en qué medida, un derecho subjetivo de las personas y los ciudadanos para demandar del Estado tal actuación”. HESSE (2001), p. 95.

que no se limitan a enjuiciar a particulares, sino que alcanzan, incluso, a la Administración o al legislador¹², con la trascendencia de que sus resultados serán relevantes para la sociedad toda¹³.

Así, la jurisdicción, a través del proceso, comienza a configurarse como una garantía en sí misma y de la máxima importancia, al ser capaz de defender los derechos fundamentales individuales o colectivos cuando aquellos son desconocidos por cualquier persona –comenzando, como dice Adolfo Alvarado, por la *libertad*– puesto que, a través de ella, logra el débil “igualarse” al opresor y, en la ritualidad característica de un procedimiento adecuadamente construido por la ley, lograr el amparo que anhela por parte del Estado, el que, al mismo tiempo, brindará dicha protección sin dejar de defender el texto constitucional¹⁴.

La libertad como derecho fundamental, en este sentido, solo será realizable en un Estado constitucional que asegure la existencia de una jurisdicción sólida, capaz de entrar en su defensa cada vez que los gobernantes intenten su usurpación indebida¹⁵, exigiéndose, para ello, la construcción de una potestad capaz de resistir los embates de los demás órganos del Estado¹⁶ (donde la cosa juzgada, la obligatoriedad de las sentencias y la coerción se muestran como manifestaciones del gran poder que la Constitución confiere a los jueces¹⁷),

¹² BORDALÍ (2020), p. 39; DE LA OLIVA *et al.* (2019), pp. 17-19.

¹³ “Lo que esencialmente parece caracterizar a los derechos fundamentales es el hecho de que, aun cuando usualmente se atribuyen al ‘hombre’, o más bien, al ‘individuo’ [...], están en realidad dotados de un valor que trasciende al hombre particular y afecta a toda la sociedad. Ante una violación ilegítima de domicilio, un arresto arbitrario o la prohibición de una reunión pacífica, así como frente a una ley o a una sentencia, formal o materialmente inconstitucionales, se sienten directamente afectados todos los ciudadanos y no solamente los inmediatamente interesados; son afectados en su derecho de libertad, que en el fondo es uno sólo (o mejor dicho, está en la base, es la causa de todos los derechos) por lo que pertenece a todo hombre y su lesión hiere a todos y a cada uno de los integrantes de la sociedad”. CAPPELLETTI (2010), pp. 18-19.

¹⁴ ALVARADO (2012), pp. 107-120.

¹⁵ CALVINHO (2018), p. 185. En Chile, sin ir más lejos, el artículo 19 n.º 7 de la Constitución actual consagra como una garantía importante la denominada “reserva de jurisdicción”, al establecer que se asegura a toda persona que su libertad personal o ambulatoria (una de las tantas manifestaciones de la libertad) será respetada incluso cuando se lleve una investigación penal en su contra, salvo detención o prisión preventiva decretada por un juez en los casos constitucionalmente establecidos. Véase DIEZ-PICAZO (2013), pp. 73-75.

¹⁶ En Chile, la Constitución actual da cuenta de dicho poder de resistencia en su artículo 7.º, cuando permite declarar la nulidad (en sus más diversas formas según el caso específico) a todo acto estatal que no cumpla con alguno de los presupuestos de validez exigidos por la Carta Fundamental. El inciso tercero del artículo 76, a su vez, dotaría a los tribunales de la potestad de imperio necesaria para exigir, forzosamente incluso, el cumplimiento de sus decisiones.

¹⁷ GOZAÍNI (2011), pp. 49-53. Véanse, además, las interesantes reflexiones sobre la búsqueda de un elemento distintivo de la jurisdicción respecto de las demás potestades del Estado, encontrada en NIEVA (2019), pp. 68-70.

el resguardo fuerte de la independencia judicial (especialmente en su faz externa) y la configuración de procedimientos que sean adecuados para resolver con racionalidad y justicia los distintos conflictos que se sometan al conocimiento de un tribunal¹⁸.

De esta manera, el proceso, entendido como la herramienta a través de la cual se desenvuelve la jurisdicción, se convierte en el cauce para concretar la efectividad de los derechos fundamentales, no solo por la posibilidad de combatir de manera activa los actos atentatorios contra los mismos mediante la acción jurisdiccional, sino, también, porque dentro del proceso los derechos son realizados mediante interpretaciones activas del juez, reforzando su efectividad, incluso más allá de la literalidad expresada por los códigos constitucionales¹⁹. Sin embargo, para ello no basta solo estar en presencia de un juez predeterminado, independiente e imparcial, sino que se requiere, a su vez, de un proceso materializado en procedimientos debidamente construidos, capaces de contemplar dentro de ellos las distintas garantías que servirán de presupuesto para la adopción de decisiones jurisdiccionales legítimas y adecuadas para dicha tutela efectiva.

1. De la garantía del debido proceso constitucional para la protección de los derechos fundamentales y su relación con la igualdad intraprocesal

El proceso, dentro del contexto de una “jurisdicción constitucional de la libertad”²⁰, se traduce, así las cosas, en una garantía en sí misma, de carácter abs-

¹⁸ Como señalan DE LA OLIVA *et al.* (2019), p. 19, no es posible que la función jurisdiccional sea ejercida instantánea o abruptamente, sino que requiere de una serie de operaciones intelectuales que deberán canalizarse a través de un conjunto concadenado de actos jurídicos que prepararán y sostendrán las decisiones del juez. Esto, que denominamos “proceso”, se materializa con especificidad a través de sus procedimientos, los que, según BERIZONCE (2009), p. 33 y ss., deben ser construidos en relación con el derecho o interés que se declara proteger (teoría de las tutelas diferenciadas), puesto que, de lo contrario, el procedimiento no cumplirá su finalidad y se convertirá en una fuente de frustraciones para sus intervinientes, quienes, necesitados de justicia, serán objeto de desamparos indebidos por parte del Estado.

¹⁹ CAPPELLETTI (2010), pp. 38-41. Como plantea LANDA (2006), pp. 139-140, cuando los derechos públicos subjetivos del Estado liberal se transforman en derechos fundamentales e incorporan valores, principios constitucionales y derechos socioeconómicos en el Estado social de derecho, se obliga a jueces y tribunales, así como a la dogmática constitucional, a proveer de técnicas y métodos de interpretación para, a través de sus fallos, dar respuesta a lagunas y demandas de aplicación directa de la Constitución, ya no solo dentro de lo jurídicamente debido, sino dentro de lo constitucionalmente posible Véase también ZAPATA (1990), pp. 174-175.

²⁰ Denominación clásica dentro de la doctrina procesal constitucional, con la cual CAPPELLETTI (2010) hacía referencia a una clase “novedosa” para su época de procedimientos dirigidos

tracto, que permite el adecuado desenvolvimiento de la función jurisdiccional, para efectos de dotar de efectividad a los derechos fundamentales frente a afectaciones. De esta manera, el proceso se convierte en una garantía abstracta anterior al conflicto, que se tornará concreta cuando el procedimiento dirigido a brindar de tutela a las personas se pone en marcha²¹.

Sin embargo, no cualquier “proceso” logra satisfacer dicho desafío de la manera correcta. La concreción del proceso en procedimientos configurados por la ley obligará al órgano legislativo a establecer las reglas procesales que permitan lograr la tutela de los derechos amenazados, contemplando los medios de protección necesarios para cautelarlos, dotando al juez de los poderes suficientes para reivindicarlos en caso de que ellos sean transgredidos²². En otras palabras, el legislador, al momento de idear los canales a través de los cuales se desenvolverá el proceso, debe estar consciente del objetivo específico que con él se pretende alcanzar (una reparación pecuniaria, un cumplimiento forzado, la creación de una situación jurídica, etc.) para, con ello presente, establecer la concatenación correcta de actos, etapas, formas, cargas y oportunidades procesales para alcanzar una sentencia judicial oportuna, sin caer en un vicio de inadecuación del procedimiento²³. Esto permite que el legislador

a amparar directamente derechos fundamentales, caracterizados por una estructura procedimental y, en especial, por efectos diferentes a los encontrados en los procesos civiles o penales.

²¹ GOZAÍNI (2011), p. 459.

²² GARCÍA y CONTRERAS (2013), p. 240.

²³ ROMERO (2015), pp. 139-140. Ahora bien, la determinación adecuada del objeto del proceso no será el único elemento transcendental para la construcción del procedimiento “racional y justo” (artículo 19 n.º 3, inciso sexto, de la Constitución Política) sino que aquel, además, debe concretar las garantías mínimas para brindar una tutela judicial efectiva a los involucrados. Así, como ha establecido el Tribunal Constitucional chileno al desarrollar la garantía contemplada en el artículo 19 n.º 3 del texto constitucional, la circunstancia de que dicho artículo consagre el “debido proceso” sin enumerar las garantías del justo y racional procedimiento, “[...] no puede ni debe entenderse como que tal precepto carezca de todo contenido y que la Constitución no haya establecido límites materiales al legislador para determinar dichas garantías. Por el contrario, y en ello están contestes la doctrina y la jurisprudencia, la norma constitucional, en su significado literal, interpretación finalista y en los antecedentes de su adopción, establece, a través del concepto genérico de justo y racional procedimiento, un conjunto de límites a la libertad del legislador de aprobar reglas procesales, los que el constituyente decidió no enumerar para evitar la rigidez de la taxatividad y resguardar la necesaria diferenciación que exigen diversos tipos de procedimientos. Concluir lo contrario llevaría, por lo demás, al absurdo de estimar que el precepto constitucional aludido, contenido en el capítulo ‘de los derechos y deberes constitucionales’, sería letra inútil, pues no establecería derecho alguno de los justiciables frente al legislador, quien estaría facultado para determinar con entera discreción los procedimientos judiciales, mismos que, por el solo hecho de ser fijados por el legislador, generarían siempre un procedimiento racional y justo. Esta tesis no ha encontrado jamás apoyo doctrinal o jurisprudencial”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL [2008]

pueda, según cuáles sean los valores, principios o derechos que serán tutelados procesalmente, crear distintos tipos de procedimientos y, por ejemplo, proteger la libertad de las personas a través del procedimiento judicial para la declaración de interdicción (que busca proteger la libertad de decidir) y, al mismo tiempo, a través del *habeas corpus* (que tutela la libertad individual o ambulatoria).

La exigencia de un procedimiento adecuado para cumplir sus objetivos concretos emana, en definitiva, de la garantía de la tutela judicial efectiva, la que obliga al legislador diseñar técnicas orgánico-funcionales y procesales para construir aquello que Luiz Guilherme Marinon²⁴ denomina “instituciones equilibradoras de las posiciones concretas de las partes” de un juicio, pues solo de esta manera se consigue una verdadera deliberación sobre las circunstancias fácticas y jurídicas que el juez debe considerar para la protección de los derechos fundamentales involucrados²⁵. De esta manera, la efectividad de los derechos dependerá de la correcta configuración que realice el legislador, él que, con los procedimientos que instaure, no deberá impedirla u obstaculizarla sin fundamento razonable: por ello, y en palabras de Andrés de la Oliva, allí donde la Constitución reconozca o ampare un derecho fundamental, la ley deberá otorgar una adecuada tutela judicial, aunque ello no sea exigido expresamente por la norma constitucional²⁶.

Estas “instituciones equilibradoras”, en principio, adquieren la forma de garantías mínimas²⁷ que deberán ser concretadas en todo procedimiento para, a través de ellas, superar las diferenciaciones fácticas generales que puedan detentar los sujetos involucrados en un litigio, alcanzando, con ello, un anhelo de justicia en el caso concreto. Así, por ejemplo, con prescindencia de la posición social de los involucrados (adinerados, pobres, autoridades, migrantes, etc.), ambas partes serán igualadas por el proceso y tendrán una relación equidistante con el juez, a través de la concreción de los principios de independencia e imparcialidad judicial y, por ello, tendrán equivalentes oportunidades para

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de la segunda frase del inciso primero del artículo 171 del *Código Sanitario*, cc. 7º).

²⁴ MARINONI (2006), pp. 218-219.

²⁵ BERIZONCE (2009), pp. 22-25.

²⁶ DE LA OLIVA *et al.* (2019), pp. 164-165.

²⁷ En la literatura es posible encontrar distintas opiniones sobre cuáles son aquellas garantías mínimas que serán esenciales para el debido ejercicio de la función jurisdiccional. Así, por ejemplo, para NIEVA (2019), p. 83 y ss., dichos presupuestos básicos y fundamentales serán la independencia judicial, el derecho a defensa y la cosa juzgada; pero para BORDALI (2020), p. 263 y ss., encabezarán la lista la independencia e imparcialidad judicial, el juez natural o predeterminado por ley, el derecho a la defensa jurídica, la exclusión de dilaciones indebidas, la publicidad y la motivación de las sentencias.

presentar sus pretensiones y contrapretensiones, alegatos y pruebas, gracias a las manifestaciones transversales que tendrá el derecho a defensa durante todo el procedimiento.

Esto permite configurar, poco a poco, una noción de igualdad que se manifiesta dentro de las relaciones procesales. El principio de igualdad procesal –también conocido como principio de igualdad de armas– exigirá que la configuración legal del proceso asegure debidamente que ambas partes cuenten con medios parejos de “ataque” y “defensa”, concretando que ellas tengan iguales posibilidades y cargas procesales, incluso en lo que respecta a la prueba y la impugnación²⁸. Así, y como destaca Joan Picó i Junoy:

“El derecho a la igualdad de armas tiene por objeto evitar una situación de privilegio o supremacía de una de las partes, garantizando así la igualdad efectiva de las posibilidades y cargas del actor y del demandado en la alegación y prueba de los hechos controvertidos para lograr la plenitud del resultado probatorio”²⁹.

La igualdad de partes, de esta forma, no sería más que una manifestación del principio de igualdad constitucional dentro de la idea del justo y racional procedimiento³⁰, pretendiendo conceder a los involucrados una misma posición dentro de la dinámica procedimental³¹. Como reconoce Andrés Bordalí³², este principio respondería a una lógica general, abstracta y aparentemente neutra del derecho, característica de las ideologías ilustradas y de la codificación vivida durante el siglo XIX, que se desprendía de la situación material de las personas para que, dentro del proceso, ellas fuesen vistas en una relación equidistante de la ley y del juez, con total prescindencia de la realidad específica de los intervinientes³³. De esta forma, la legislación procesal tendría que ser insensible respecto de las desigualdades *de facto* derivadas de los con-

²⁸ “Todo proceso supone la presencia de dos sujetos que mantienen posiciones antagónicas respecto de una misma cuestión (pretensión y resistencia). Luego, como dice Adolfo Alvarado, si la razón de ser del proceso es erradicar la fuerza ilegítima de una sociedad dada y, con ello, las diferencias naturales que irremediamente separan a los hombres, es consustancial de la idea lógica de proceso que el debate se efectúe en pie de perfecta igualdad”. CORTEZ Y PALOMO (2018), p. 17.

²⁹ PICÓ (2012), pp. 159-161. En un mismo sentido, ESPARZA (1995), pp. 209-210.

³⁰ HUNTER (2011), pp. 54-55.

³¹ MONTERO *et al.* (2018), pp. 253-254.

³² BORDALÍ (2013), pp. 217-218.

³³ “Siguiendo a Andolina y Vignera, es posible entender la igualdad de armas como ‘la obligación del legislador de colocar a las partes del proceso en una posición de paridad, asegurándole un mismo tratamiento normativo y la titularidad de poderes, deberes y facultades simétricamente iguales y mutuamente relacionadas’”, HUNTER (2011), p. 55.

textos reales de las personas, realizando el ejercicio de ignorar las diferencias para, con ello, consolidar un estatuto jurídico igualitario o neutro a quienes el derecho categoriza en una misma posición jurídica –las “partes de un juicio”, en este caso–. Así, la cláusula general de igualdad podría tener un efecto meramente formal en las relaciones jurídicas³⁴, escondiendo las diferencias relevantes bajo la figura de la “ceguera de la ley”, profundizando con ello, aunque sea de manera indirecta e indeseada, discriminaciones empíricas³⁵.

Sin embargo, esta forma de entender la igualdad constitucional –y, por ende, su manifestación dentro del ámbito procesal– no puede, hoy, mantenerse inalterable y, por ello, se ha avanzado en el reconocimiento y adaptación de nuevos estándares igualitarios gracias a la necesidad de superar aquellas discriminaciones indeseadas provocadas por esta mirada “neutra” de las normas jurídicas. Esta necesidad permite identificar una noción social de la igualdad, que, mediante la diferenciación³⁶, avanza en superar las diversas desigualdades de hecho provocadas por el desconocimiento de las diferencias fácticas relevantes que tienen las personas, para construir en su lugar, mediante normas jurídicas, equiparaciones reales y efectivas³⁷.

Las normas jurídicas que construyen el proceso no serán la excepción, por lo que poco a poco han dejado atrás la imagen de un interviniente abstrac-

³⁴ Una forma de entender la igualdad desde una perspectiva formal, llama a atender la relación entre los conceptos de ‘igualdad’ y de ‘ley’, donde destacan las expresiones de “igualdad ante la ley”, que impide al legislador dar tratos privilegiados o desaventajados e “igualdad en la ley”, que instruye a la ley la preocupación de no crear grupos privilegiados o desventajados injustamente, cuando ellos no existen en la sociedad. Véase DÍAZ DE VALDÉS (2019), pp. 38-39. Como plantea GOZAINI (2011), p. 325, la mirada formal de la igualdad respecto de la norma que el juez aplica no debe establecer diferencias, provocando una “igualación lógica” que asegura a las partes de un litigio que, mientras estén en paridad de circunstancias, se aplicarán las mismas soluciones.

³⁵ DÍAZ DE VALDÉS (2019), p. 47.

³⁶ “La diferenciación puede ser, asimismo, expresión del valor igualdad ante la ley. Se trata de una *diferenciación en el trato basado en la existencia de condiciones relevantes* respecto a los efectos de las normas [...]. A partir de esta categoría, se puede comprender que el principio de igualdad exigirá en ciertos casos obviar ciertas diferencias fácticas y equiparar personas y/o situaciones distintas, con el objetivo de otorgar una igualdad de trato (*igualdad por equiparación*). En otras ocasiones, y por el contrario, el principio de igualdad exigirá *recoger diferencias fácticas existentes* para efectos de diseñar un estatuto diferenciado, porque solo de esa manera se puede garantizar la igualdad de trato (*igualdad por diferenciación*)” [las cursivas son del autor]. FIGUEROA (2000), pp. 15-16.

³⁷ FERNÁNDEZ (2001), p. 26. Según ESPARZA (2017), pp. 31-32, uno de los principales conflictos que ha vivido la noción de ‘igualdad’ es, justamente, su relación con la diferencia, lo que, a la larga, ha permitido la construcción de un “derecho desigual” que busca reconocer las importancias empíricas de ciertas condiciones, características o realidades de las personas, para así poder “visibilizarlas” dentro de las relaciones jurídicas que lo requieran para, dentro de ellas, brindarles un efecto jurídico concreto que sea capaz de superar la categorización de “iguales” y sus defectos discriminatorios perjudiciales.

to y neutro, para comenzar a identificar litigantes desiguales, con situaciones de vida disímiles, que requerirán de acciones afirmativas que las protejan de la igualdad formal³⁸. Así, el legislador se verá compelido a establecer ciertas diferencias de trato cuando sea exigido por la razonabilidad y esté justificado por la necesidad de asegurar a todas las personas idénticas posibilidades de acceder a la justicia, compensando desigualdades materiales para, como decía el Eduardo Couture, “restablecer el equilibrio perdido”³⁹.

Lo anterior es de profunda relevancia, puesto que obliga a construir un procedimiento judicial sustentado en garantías procesales concretas, que permitan superar aquellas diferencias fácticas existentes entre las partes mediante la instauración de “desigualdades normativas”, cumpliendo el postulado constitucional contemplado en el artículo 19 n.º 3 de la Constitución Política, cuando asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos⁴⁰. Esto, en palabras del Juan Montero⁴¹, implica distinguir, a su vez, entre dos planos de igualdad dentro del ámbito procesal: uno relacio-

³⁸ BORDALÍ (2013), p. 218; DÍAZ DE VALDÉS (2019), pp. 154-169.

³⁹ Referencia encontrada en GOZAÍNI (2011), pp. 325-326. Véase PICÓ (2012), pp. 160-161.

⁴⁰ Al respecto, existe una importante jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno sobre la constitucionalidad de las diferencias procesales que se pueden graficar mediante los siguientes considerandos: “Octavo.- Que, desde luego, cabe desechar la pretensión de la requirente en virtud de su propio fundamento, consignado en el considerando anterior, pues la igualdad ante la ley o en el ejercicio de los derechos no puede consistir en que las partes que confrontan pretensiones en un juicio tengan idénticos derechos procesales. Del momento en que uno es demandante y el otro demandado, tendrán actuaciones distintas; el uno ejercerá acciones y el otro opondrá defensas y excepciones. Cada una de esas actuaciones procesales estará regida por reglas propias, que no pueden ser idénticas, pues las actuaciones reguladas no lo son. Se podrá examinar si las reglas propias de las demandas y de las excepciones permiten trabar una contienda regida por principios de racionalidad y justicia; podrá examinarse si las reglas que, en principio debieran ser comunes para ambas partes, como la facultad de probar o de impugnar un fallo, establecen diferencias que puedan ser calificadas de arbitrarias; pero no puede pretenderse que actuaciones diversas, como lo son una demanda ejecutiva y la interposición de excepciones para oponerse a dicha demanda, queden sujetas a un mismo estatuto; [...].

Décimo primero.- Que, desde luego, la diferencia se ha establecido en razón de criterios objetivos, que tienen relación con la naturaleza de la deuda que se cobra y con el título ejecutivo que se invoca. El trato diferente no hace acepción de personas, ni depende de características subjetivas adscritas, como podría ser la edad, sexo, raza, origen social o nacional o hace preferencias en virtud de otra categoría que pudiera resultar inaceptable para la diferencia de que se trata, como lo sería la condición social, la posición económica o las creencias del demandado. En consecuencia, y por estos motivos, no cabría considerar la diferencia como arbitraria”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008): Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 5º de la Ley 17.322 sobre Cobranza Judicial de Cotizaciones, Aportes y Multas de las Instituciones de Seguridad Social, cc. 8º y 11º.

⁴¹ MONTERO *et al.* (2018), p. 253 y ss.

nado con la existencia de una legislación sustentada sobre la igualdad formal, y un segundo estándar, vinculado con la apreciación de la igualdad en la práctica. Esta última faz busca, en específico, quebrar el entendimiento formal de la igualdad, para lograr un cambio en la realidad de los intervinientes y asegurar, de esta manera, un sentimiento de justicia empírico, que permita superar los embates de la vida social. En otras palabras, la ley se convierte en un canal para lograr alcanzar una equiparación en las relaciones jurídicas de las personas cuando ellas deben resolver conflictos mediante la vía jurisdiccional.

Sin embargo, no toda desigualdad fáctica debe ser compensada por la ley⁴², sino que solo aquellas que, indeseablemente, afectan el equilibrio que debe existir entre los derechos de defensa de cada una de las partes. Se trata, en definitiva, de sostener un adecuado y razonable equilibrio entre las cargas, oportunidades y posibilidades que detentan las partes para que estas puedan influir en el resultado final del proceso⁴³. De esta forma, el legislador deberá ser capaz de apreciar la realidad e identificar los factores materiales que provocan diferencias estructurales de una entidad tal que sean capaces de distorsionar el equilibrio sobre el cual se debe sustentar todo proceso, creando, en consecuencia, mecanismos e instituciones procesales que sean idóneas para contradecir los efectos de estas diferencias para garantizar el trato igualitario *intraproceso*. Así, mediante ejecuciones provisionales, medidas cautelares, el principio de oralidad, la carga dinámica de la prueba o la prueba de indicios, la sanción a incidentes dilatorios o la supresión de formas inútiles, entre otras, el legislador buscará la creación de un estatuto privilegiado para un grupo de justiciables que pueden ser vistos socialmente como más débiles⁴⁴, para que, así, se alcance una paridad procesal que sea capaz de desechar la posibilidad de que la igualdad de derecho se traduzca en una desigualdad de hecho⁴⁵.

2. La vulnerabilidad como fuente de desequilibrio procesal

Dentro de aquellas problemáticas externas que producen un mayor impacto en los equilibrios que deben existir dentro del proceso encontraremos a la *vulnerabilidad social*, esto es, aquella fragilidad que padece un grupo de personas en

⁴² Se debe recalcar el hecho de que, dentro de la dinámica procesal, las medidas de equiparación o igualación han de ser previstas por la ley, y no emanar de una decisión subjetiva e individual del juez instructor. El establecimiento de un trato procesal desigualitario no puede depender del criterio del tribunal, puesto que de esa forma se destruye la seguridad jurídica y la imparcialidad. Véase MONTERO *et al.* (2018), pp. 255-256.

⁴³ HUNTER (2011), pp. 55-56.

⁴⁴ ROMERO (2015), p. 148.

⁴⁵ MONTERO *et al.* (2018), p. 257.

razón a determinadas condiciones ambientales o socioeconómicas desfavorables y persistentes, que las exponen a situaciones de mayor riesgo, falta de control o imposibilidad de cambiar sus circunstancias, derivando, de esta manera, en un estado permanente de desprotección⁴⁶. La imposibilidad o gran dificultad para modificar el estado de desventaja que los afectados sufren debido al cúmulo de circunstancias y condiciones que lo invaden, puede tener como consecuencia la situación de *vulnerabilidad*, esto es, la carencia de la posibilidad de ejercer y disfrutar de los derechos y libertades fundamentales⁴⁷ que permiten la construcción libre de las decisiones que se han de tomar para desplegar el curso básico de proyecto vital propio, puesto que, en definitiva, son desprendidos –absoluta o relativamente– de la capacidad de proteger sus propios interés⁴⁸.

De esta forma, la vulnerabilidad se traduce en una barrera para alcanzar, gozar o detentar el poder, la inteligencia, la educación, los recursos o la fuerza suficiente para desplegar aquellas acciones que permitan el ejercicio informado y libre de los derechos que poseemos. Estas barreras producen, en definitiva, un quiebre a las igualdades esenciales sobre las cuales se han intentado construir las sociedades modernas, creando grupos de personas capaces de ejercer sus derechos y otras que no. Así, será la misma sociedad la que deberá combatir proactivamente dichas desigualdades estructurales mediante instituciones y obligaciones que sean capaces de proporcionar, sin solicitud previa de aquel que está debilitado o marginado, los canales adecuados para el efectivo goce de derechos y libertades fundamentales⁴⁹.

⁴⁶ FEITO (2007), pp. 10-11. En palabras de dicha autora: “este planteamiento permite entender que la vulnerabilidad social supone la vulnerabilidad antropológica [esto es, aquella fragilidad derivada de la salud y la susceptibilidad de sufrir enfermedades o limitaciones físicas], pero la amplifica notablemente en función de factores ambientales o sociales, que interaccionan entre sí hasta el punto de hacer muy compleja la atribución del daño a una sola causa. Los espacios de vulnerabilidad son entonces centros de confluencia de amenazas potenciales que, aun no siendo por sí mismas dañinas, se convierten en entornos deletéreos”. FEITO (2007), p. 11.

⁴⁷ “Por su parte, Amartya Sen propuso una caracterización de la pobreza que es sumamente acertada: la pobreza es, a fin de cuentas, falta de libertad”. CORTINA (2017), p. 129.

⁴⁸ КОТТОВ (2012), p. 30. “La Corte [Interamericana de Derechos Humanos] en su Opinión Consultiva OC 18/038, señala que la vulnerabilidad se ve propiciada por situaciones de iure y de facto. Las situaciones de iure consisten en la limitación de acceso a derechos, pues en la práctica no existe una igualdad de goce y ejercicio de derechos y prestaciones; la posibilidad de acceso y ejercicio de derechos está supeditada a factores culturales, sociales y económicos. Las situaciones de facto consisten en los elementos estructurales del sistema estatal, los cuales dicen relación con dinámicas históricas de exclusión estructural que poseen una dimensión ideológica, diferente según el contexto histórico de cada caso”. ÁLVAREZ (2020), p. 16. Véase MALEM (2017), pp. 30-35.

⁴⁹ “De allí que el lenguaje de obligaciones sea más vinculante en su compromiso y más controlable en su cumplimiento que la proclamación de derechos. Las obligaciones de proveer

A pesar de que lo señalado tiene claras implicancias generales, puede ser abordado por sobre todo respecto del ejercicio de los derechos fundamentales o de las garantías de carácter procesal, como el acceso a la justicia o el derecho de defensa. En este contexto, la vulnerabilidad social puede ser entendida como una condición que aqueja a un grupo de personas que, por razón de su edad, género, estado de salud, etnia, nacionalidad, circunstancias sociales, económicas o culturales u otras, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud sus derechos ante el sistema de justicia reconocido por el ordenamiento jurídico⁵⁰. Como lo plantea Andrés Bordalí⁵¹, el proceso, a través de la legislación procesal, ha ido dejando de lado aquella concepción formal de la igualdad, para, en su lugar, considerar y asumir la condición material de los litigantes, con el objetivo de que se establezcan los medios técnicos idóneos para garantizar el derecho a defensa en igualdad de condiciones a los miembros de la sociedad que no son objeto de una circunstancia o condición originadora de un estatus de vulnerabilidad⁵².

servicios y bienes básicos son universales por corresponderle a todo ser humano, son especiales al originarse en roles, instituciones y relaciones específicas, y son obligaciones perfectas desde el momento que son identificables los portadores de deberes y los portadores de derechos. Las obligaciones especiales y perfectas requieren estructuras sociales o prácticas que conectan a agentes específicos con receptores de acción a su vez específicos, a quienes aquellos se deben y para quienes tienen el deber de proveer, siendo que estos son los detentores de los respectivos derechos especiales. [...] Es tarea de la bioética velar porque los servicios y bienes proporcionados a los vulnerados cumplan con los requerimientos de la razón comunicativa y sean conducentes a la emancipación de personas y comunidades, velando por lograr el empoderamiento de los vulnerados para obtener o recuperar sus capacidades básicas, incluyendo participación social y política. La sociedad debe empoderar a las personas a fin de permitir su participación en la formación y formulación de políticas públicas de corrección de vulneraciones; compensaciones de desigualdades injustas; y la forja de un espacio privado de ejercicio autónomo de capacidades e inmune a intervención pública indebida" KOTTOW (2012), pp. 41-42.

⁵⁰ Definición encontrada en regla n.º 3 de la sección 2ª del Capítulo Preliminar de las "100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad", elaborada en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Documento disponible en www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf [fecha de consulta: 29 de abril de 2022].

⁵¹ BORDALÍ (2013), p. 218.

⁵² MALEM (2017), p. 89. Dicha necesidad de crear mecanismos de igualación para el ejercicio de los derechos procesales no solo tendrá como fundamento la búsqueda de la superación de la vulnerabilidad social, sino que, también, tendrá una justificación desde la perspectiva del ejercicio democrático de la función jurisdiccional. Siguiendo –en parte– a GARGARELLA (2010), podemos afirmar que la jurisdicción tendría la propensión de generar decisiones imparciales y sujetas desinteresadamente al derecho vigente, resultado solo posible cuando en la construcción de la decisión judicial participan de forma incidente en el foro público (o sea, en el proceso) aquellos individuos o grupos que se verán afectados por ella, pues, de dicha participación depende la legitimidad de la decisión. Sin embargo, la participación no será el único presupuesto, puesto que no debe producirse sin más, sino con la real posibilidad de que los

Sin embargo, no todo factor de vulnerabilidad social será necesariamente fuente de un desequilibrio procesal que justifique la creación de un mecanismo de equiparación, y aquellas que sí lo sean, no siempre darán lugar a una misma solución. Ejemplo son la creación de tutelas procesales privilegiadas, las que buscan enfrentar las diferencias que puedan existir entre las partes de un conflicto derivadas de la relación jurídico-material que existe entre ellas (como ocurre con la implementación del procedimiento de tutela de derechos de los consumidores o de los trabajadores, que seguirán reglas especiales respecto del tradicional juicio contractual civil⁵³) o la especial consideración que se debe tener respecto del bien o interés jurídico que debe ser tutelados por el proceso (como ocurre con los procedimientos sumarios o de urgencia para la protección de derechos fundamentales⁵⁴).

En este sentido, adquiere una especial relevancia la vulnerabilidad social que sufre gran parte de la población que, ya sea por razones de edad, estatus migratorio, situación económica, educación, preparación, entendimiento, otras, o una suma de todas ellas, carece, en la práctica, de la información jurídica básica para desempeñar, de forma adecuada y útil, una defensa de sus intereses y derechos a través de la jurisdicción. En otras palabras:

“Si se carece del conocimiento del derecho no se puede hacer uso de él. Bien sea por ignorancia de las posibilidades que ofrece el sistema jurídico, por falta de recursos económicos para contar con el asesoramiento técnico-jurídico adecuado, por la costumbre de resolver problemas al margen del Estado o por cualquier otra causa originada en su situación, [las personas en situación de vulnerabilidad] difícilmente acceden, de hecho, a los tribunales para hacer valer sus pretensiones”⁵⁵.

La complejidad del lenguaje utilizado por el derecho, la gran cantidad de normas vigentes, y los costos elevados de honorarios y costas judiciales, crean un obstáculo de acceso difícil de sortear por aquellos aquejados por una posición de vulnerabilidad, los que, por lo general, observarán al ordenamiento jurídico como un “laberinto misterioso e impenetrable”⁵⁶, reservado solo para especialistas y para gente que cuenta con los recursos económicos suficientes para contar con el apoyo de dichos especialistas. La protección ju-

intervinientes sean capaces de persuadir a su audiencia (el juez) y de, a la vez, entregar la mayor cantidad de información a aquel que decidirá, para que así sus reflexiones no se sustenten en informaciones incompletas.

⁵³ BORDALI (2013), pp. 218-219.

⁵⁴ BERIZONCE (2009), pp. 16-17.

⁵⁵ MALEM (2017), p. 89.

⁵⁶ ACCATINO (1999), p. 8.

rídica se vuelve, de esta forma, inalcanzable por sí misma para un gran parte de nuestra población, la que queda expuesta a vulneraciones de sus derechos por parte de los demás, las que, incluso, pueden perpetuarse dentro de las etapas procesales. Como ejemplifica Jorge Malem:

“La infanta Cristina de Borbón, hermana del actual Rey de España [...], tuvo en su defensa en juicio un equipo de al menos cinco prestigiosos abogados. Uno de ellos fue un ‘padre de la Constitución española’, otro, un muy prestigioso catedrático de Derecho Penal. No ha trascendido el monto de los honorarios de estos juristas, ni el origen de los fondos con los que fueron abonados. A pesar de que estos datos permanecen en la ignorancia, no resulta imposible aventurar que un pobre no puede tener este equipo de abogados defensores, simplemente porque no puede pagarlo”⁵⁷.

La desigualdad de partes se manifestará en una desigualdad respecto de la “cultura jurídica” de la que están impregnados los intervinientes y sus asesores, siendo combatida, principalmente, a través de la institución de la “asesoría jurídica”, la que, incluso, deberá ser brindada de forma gratuita por el Estado a todos los litigantes que así lo necesiten. De esta manera, uno de los más importantes mecanismos para restaurar una potencial diferencia entre los litigantes consistirá en obligar su intervención en el juicio a través de expertos en derecho⁵⁸.

3. La asistencia jurídica como mecanismo necesario para la superación de la vulnerabilidad sustentada en la falta de conocimiento jurídico

Una de las tareas más relevantes de los abogados en una sociedad es explicar el sentido de las normas jurídicas vigentes a sus conciudadanos, cumpliendo, de esta manera, una imprescindible labor social, a lo cual se suma que, los profesionales del derecho asumen una importante responsabilidad materializada en las garantías de defensa y asesoría de todos los litigantes⁵⁹, con independencia de su riqueza patrimonial⁶⁰. La importancia de la asesoría jurídica radicará en la evolución y complejización del sistema jurídico del que se somos parte, cada

⁵⁷ MALEM (2017), pp. 89-90.

⁵⁸ NIEVA (2019), p. 136.

⁵⁹ En Chile, la legislación, por regla general, exigirá la comparecencia en juicio del litigante con patrocinio de un abogado, siendo excepcional la posibilidad de acudir representado por un estudiante de los cursos más avanzados de la carrera de derecho o, en algunos procedimientos, por sí mismo. BORDALÍ (2020), p. 266.

⁶⁰ NIEVA (2019), p. 136.

vez más numeroso y especializado, y que, por ello, se escapa un poco más del dominio cotidiano de los miembros *legos* de la sociedad, para convertirse en el objeto de estudio monopólico de los juristas. Esto, por lo general impide a los desconocedores del tecnicismo jurídico poder ofrecer una eficiente defensa de sus intereses, quedando subordinados al apoyo del abogado, profesional que se encuentra en una posición privilegiada por su oficio para hallar los argumentos correctos para el soporte de pretensiones y contrapretensiones⁶¹.

El derecho a contar con la asistencia jurídica de un letrado se eleva al estándar de una garantía constitucional⁶², cuyo contenido busca asegurar que los litigantes e interesados en acceder a información legal⁶³ puedan contar con el asesoramiento técnico y la representación judicial de parte de quienes merezcan su confianza⁶⁴, debiendo ello ser proporcionado por el Estado en determinadas ocasiones, sancionándose todo impedimento u obstaculización contra la intervención del letrado⁶⁵.

⁶¹ CALAMANDREI (1996), pp. 391-393. La importancia de la asistencia jurídica responde, a la vez, a la necesidad que detenta el juez de ser auxiliado por los intervinientes para la tramitación celeré de los procedimientos, puesto que: “la justicia, cuyo recto funcionamiento tiene una altísima importancia social, no podría proceder sin graves obstáculos si los jueces, en vez de encontrarse en contacto con defensores expertos en la técnica jurídica, hubiesen de tratar directamente con los litigantes desconocedores del procedimiento, incapaces de exponer con claridad sus pretensiones, perturbados por la pasión o la timidez. Las formas procesales sirven, no obstante la contraria opinión que puedan tener de ello los profanos, para simplificar y acelerar el funcionamiento de la justicia, como la técnica jurídica sirve para facilitar, con el uso de una terminología de significado rigurosamente exacto, la aplicación de las leyes a los casos concretos [...]”. CALAMANDREI (1996), p. 393.

⁶² Según el artículo 19 n.º 3, incisos segundo y tercero, la Constitución Política garantiza: “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 mismos. 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”.

⁶³ “El abogado debe ser leal con las creencias del cliente como una forma de hacer posible que la justicia sea un servicio en donde los ciudadanos también son autores de las decisiones que se toman y que les afectan”. LARROUCAU (2020), p. 372.

⁶⁴ “El derecho a defensa supone también el derecho de las partes a ser representadas por un letrado y a escoger un abogado de su confianza (artículo 8.2 letra d). Ello supone que las partes podrán elegir libremente y sin presiones al abogado que consideren más adecuado para defenderse en juicio, lo que puede fundarse por diversas razones, como el prestigio profesional o una relación de amistad previa con el abogado”. VARGAS y FUENTES (2019), p. 155.

⁶⁵ PICÓ (2012), p. 125; DE LA OLIVA *et al.* (2019), p. 171.

Es por ello que, a través de esta garantía, el ordenamiento jurídico busca brindar a las partes el conocimiento y la experiencia adecuada para poder actuar en el proceso en la forma más conveniente para sus intereses⁶⁶, pudiendo defenderlos de una manera efectiva y eficiente que no sería posible sin la ayuda del letrado⁶⁷, pero pretendiendo, al mismo tiempo, asegurar la efectiva realización del principio de igualdad de partes y de contradicción, imponiendo al juez el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición de las partes o limitaciones en la defensa que puedan provocar indefensión⁶⁸. Lo dicho ha permitido que la asistencia del letrado sea considerada como uno de los principales derechos de naturaleza procesal que integran las garantías mínimas de un debido proceso, al punto de considerársele un presupuesto de validez y, por ende, un derecho irrenunciable para aquellos procedimientos de carácter penal⁶⁹.

De esta manera, la asistencia jurídica servirá como una herramienta fundamental para superar situaciones de vulnerabilidad social, puesto que asume, como señala Piero Calamandrei:

“Que las partes, aun cuando tienen plenamente capacidad de accionar, no puede, de ordinario, cumplir personalmente todas las actividades con que se instaura y se despliega la relación procesal, ni exponer por sí las propias razones en juicio; sino que deben necesariamente servirse, para tratar con el juez, de la obra intermediaria de juristas especializados, únicos que tienen el poder de actuar y de hablar en el proceso en nombre y en interés de las partes”⁷⁰,

función que, por ende, implica una gran responsabilidad, ya que su ejercicio negligente o los daños que emanan del mal trabajo de un abogado se traducirá

⁶⁶ “La defensa técnica supone que un defensor asesore al investigado sobre sus deberes y derechos, sobre la posibilidad de ejercer recursos contra actos que afecten derechos, y ejecute, *inter alia*, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas”. IBÁÑEZ (2020), p. 297.

⁶⁷ “No basta con que se dé formal o aparentemente la asistencia del letrado –supuestos de designación de abogado de oficio–, es decir que éste haya sido nombrado, sino que la misma deberá ser una ‘asistencia técnica efectiva’ para garantizar ‘el verdadero contenido de la garantía constitucional en el proceso’”. ESPARZA (1995), p. 204. “De este modo, un abogado que cuestiona el peso de la prueba presentada en contra de su cliente no hace algo reprochable incluso cuando sabe que su cliente es culpable. La explicación para ello es que el abogado tiene una obligación moral de adoptar el mejor curso de acción disponible para su cliente”. LARROUCAU (2020), p. 373, esto es, ofrecer la defensa que el cliente, por más que quiera, no podría ofrecerse a sí mismo.

⁶⁸ PICÓ (2012), pp. 125-126. Según ESPARZA (1995), pp. 101-102, la trascendencia de este derecho no es poca, pues, al mismo tiempo, se convierte en un mecanismo de prevención para evitar la dictación de sentencias erróneas, especialmente en los procedimientos penales.

⁶⁹ ESPARZA (1995), p. 203; ROMERO (2015), pp. 33-34.

⁷⁰ CALAMANDREI (1996), p. 387.

en una abierta afectación a derechos fundamentales, debido a que implicarán una negación al derecho de defensa de su asesorado⁷¹.

Por estas razones, en Chile, la asistencia jurídica adquiere –indirectamente– el carácter de una obligación *interprocesal*, porque será aplicable, para gran parte de los procedimientos judiciales, lo establecido en el inciso primero del artículo 2.º de la Ley n.º 18120, cuando ordena:

“Ninguna persona, salvo en los casos de excepción contemplados en este artículo, o cuando la ley exija la intervención personal de la parte, podrá comparecer en los asuntos y ante los tribunales a que se refiere el inciso primero del artículo anterior⁷², sino representada por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, por procurador del número, por estudiante actualmente inscrito en tercero, cuarto o quinto año de las Escuelas de Derecho de las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de alguna de las universidades autorizadas, o por egresado de esas mismas escuelas hasta tres años después de haber rendido los exámenes correspondientes [...]”.

Con esto, la legislación intenta afrontar la falta de conocimiento jurídico o de formación legal que pueden detentar los litigantes, canalizando su actuación a través de profesionales del derecho. Pero esta ignorancia jurídica no es, en realidad, la principal causa de vulnerabilidad en la materia, pues la falta de recursos económicos tendrá un protagonismo que no se puede ignorar respecto al acceso a la justicia.

La pobreza es, tal vez, uno de los principales factores de vulnerabilidad y exclusión social, desigualdad de trato, estigmatización, aislamiento y restricción en el acceso a bienes y servicios⁷³, que merma la posibilidad de que los ciudadanos no letrados puedan contar con la asesoría jurídica vista como un servicio profesional, brindada por especialistas que cobrarán una justa remuneración a cambio de sus labores. El factor económico se perpetúa, de esta forma, en un obstáculo que transforma a la asistencia jurídica en un bien al que solo algunos podrán recurrir⁷⁴. Frente a dicha inaccesibilidad, el Estado adquiere un papel especial, dirigido a reprimir y eliminar la desigualdad procesal que se produce cuando una de las partes no puede contar con la asistencia de un letrado por la limitación que le impongan sus ingresos económicos. Así, y especial-

⁷¹ NIEVA (2019), p. 136.

⁷² “La primera presentación de cada parte o interesado en asuntos contenciosos o no contenciosos ante cualquier tribunal de la República, sea ordinario, arbitral o especial, deberá ser patrocinada por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión”.

⁷³ CONTRERAS y TOBAR (2019), pp. 567-569.

⁷⁴ PICÓ (2012), pp. 69-70.

mente desde que entendemos a la asistencia jurídica como un derecho fundamental^{75, 76}, el Estado adquiere el papel de desplegar sus esfuerzos para concretar su satisfacción⁷⁷, a través de las políticas públicas que sean necesarias⁷⁸.

Surge así la garantía de la *asistencia jurídica gratuita*⁷⁹, derecho fundamental de naturaleza social, dirigido a enfrentar de forma directa a la pobreza y la falta de formación jurídica como criterios de vulnerabilidad social mediante la exención de los costos económicos inherentes al servicio de asistencia técnica letrada tanto fuera como dentro del proceso, asumiendo el papel de resguardar aquello para evitar que la igualdad procesal y el derecho a defensa sean garantías vacías de contenido por factores externos y no disponibles por las partes⁸⁰.

El Estado asume, por mandato constitucional –artículo 19 n.º 3 de la Constitución vigente–, la responsabilidad de satisfacer la garantía a través de una serie de obligaciones positivas que se desplegarán a través del actuar de sus principales órganos de impulso político, los que deberán crear las instituciones y políticas públicas necesarias⁸¹. Así, el Estado deberá adoptar medidas *normativas*, como el reconocimiento del derecho en la Constitución Política y su desarrollo en la legislación pertinente; *políticas*, que permitan la creación de órganos y servicios públicos para asumir la labor, contando para ello con el presupuesto pertinente y *administrativas*, tanto de gestión como de diagnóstico, dirigidas a obtener información sobre las verdaderas necesidades de aquellos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad⁸².

⁷⁵ Reconocer que la asistencia jurídica es un derecho fundamental integrante del conjunto de garantías que configuran el debido proceso, implica aceptar que su sustrato se encuentra en la dignidad humana, por lo que será parte de aquel núcleo de presupuestos imprescindibles para la configuración del estatus vital mínimo de toda persona en sociedad, revistiendo así un carácter primario y trascendente para el adecuado desarrollo material y espiritual. ALDUNATE (2008), pp. 47-48.

⁷⁶ Una de sus primeras manifestaciones en un texto de rango constitucional, la encontramos en la VI Enmienda de la Constitución estadounidense (de 1791), que elevó a rango constitucional el derecho de todo acusado a contar con el consejo técnico de un defensor dentro del marco de un proceso penal, incluso cuando aquel no pudiese costearla por sí mismo.

⁷⁷ Para ROMERO (2015), pp. 29-34, serán medidas dirigidas a superar la pobreza como factor de vulnerabilidad en el proceso la gratuidad de la justicia, el privilegio de pobreza, la asistencia jurídica gratuita, la institución del abogado del turno, el establecimiento de presunciones para facilitar la litigación, entre otras.

⁷⁸ Así, el Estado deberá afrontar los problemas de los costos derivados del derecho, encontrados en la existencia de los honorarios que se deben pagar a los asesores jurídicos, en el funcionamiento mismo de la maquinaria jurisdiccional, entre otros.

⁷⁹ Para un mayor desarrollo sobre la asistencia jurídica gratuita como derecho fundamental, véase JENKINS (2021).

⁸⁰ PICÓ (2012), p. 69.

⁸¹ NIEVA (2019), p. 135.

⁸² CARBONELL (2004), pp. 786-790.

Ejemplo de lo anterior son la exoneración total –o casi total– del pago de los gastos procesales, incluyendo el asesoramiento y la orientación previa al proceso, la representación y defensa judicial dentro del procedimiento judicial, la asistencia pericial y de traductores, exenciones y reducciones en aranceles notariales y registrales, así como otros beneficios derivados de la situación de pobreza (como las inserciones gratuitas en periódicos y la imposibilidad de ser condenado en costas)⁸³.

En Chile, muchas de estas concreciones podrán ser encontradas en la legislación procesal (como el “beneficio de pobreza”), pero los servicios públicos que son necesarios para el ejercicio del derecho serán encomendados a las Corporaciones de Asistencia Judicial, órganos descentralizados y dependientes del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, dotados de personería jurídica y patrimonio propio, encargados de asumir, en nombre del Estado, el servicio de asistencia jurídica gratuita en favor de las personas de escasos recursos. Lamentablemente, son conocidas las críticas al desempeño de estas corporaciones: falta de presupuesto, falencias de personal, representación judicial a través de postulantes a abogados sin mayor experiencia y la negativa de prestar sus servicios cuando la ley permite la comparecencia personal de los litigantes o cuando el eventual demandado es el Estado⁸⁴.

III. DE LA DEFICIENCIA DEL SISTEMA CHILENO DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA COMO VÍA DE PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD: REFLEXIONES SOBRE EL CASO OLMEDO BUSTOS CON CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL

La creación de un sistema dirigido a concretar el derecho fundamental de la asistencia jurídica gratuita, integrado por una institucionalidad y políticas públicas específicas, debe estar en constante revisión respecto de si aquel es capaz de satisfacer de manera adecuada el objetivo deseado, generando un cambio concreto en la vida cotidiana de las personas sujetas a factores de vulnerabilidad social como lo es la conjunción de la falta de preparación, la pobreza, la migración, u otras, tal como ocurrió en el caso Olmedo Bustos con Corporación de Asistencia Judicial de Tarapacá y Antofagasta⁸⁵.

⁸³ DE LA OLIVA *et al.* (2019), pp. 182-187.

⁸⁴ Sobre estas críticas, véase JENKINS (2021), pp. 201-204; BALMACEDA (2000), pp. 721-725.

⁸⁵ CORTE DE APELACIONES DE ARICA (2021): Olmedo Bustos con Corporación de Asistencia Judicial de Tarapacá y Antofagasta, confirmada en segunda instancia en CORTE SUPREMA (2021): Olmedo Bustos con Corporación de Asistencia Judicial de Tarapacá y Antofagasta.

A mediados del año 2020, la Intendencia Regional de Arica y Parinacota, en ejercicio de las potestades que antiguamente les confería el decreto ley n.º 1094, de 1975, decretó una orden de expulsión en contra de una ciudadana venezolana que, a juicio de la autoridad, habría realizado un ingreso irregular al país. Lo interesante del caso no es aquel decreto de expulsión, sino lo que ocurriría cuando dicha ciudadana venezolana, migrante, pobladora de una “toma habitacional” y sin trabajo estable (o sea, en ella se concentraban varios criterios de vulnerabilidad social) acude ante la entidad pública con la finalidad de solicitar ayuda y orientación jurídica.

De la lectura de la pretensión deducida por la actora, así como por la parte expositiva del fallo de primera instancia, se puede apreciar que, el caso tendría su origen cuando la recurrente se comunicó, a través de correo electrónico, con la Corporación de Asistencia Jurídica de Tarapacá y Antofagasta, debido a que le fue informado de la existencia de una orden de expulsión, con instrucción de ejecución –dando a entender con ello, un contexto protagonizado por la necesidad de un apoyo urgente ante una medida que afectaría su libertad ambulatoria de forma severa–.

Según relata la actora, dicho correo no habría tenido una respuesta concreta sino luego de seis días, momento en el cual la Corporación informaría que sus antecedentes fueron derivados a una organización privada (el Servicio Jesuita a Migrantes) y al Instituto Nacional de Derechos Humanos, ello por una supuesta sobrecarga en sus atenciones, lo que haría imposible acceder a la asesoría que la recurrente requería. De esta manera, ante la necesidad de una ayuda más o menos urgente, el servicio estatal habría optado por derivar la atención a un organismo externo, cosa que ella sintió como un desamparo y como el desconocimiento del deber de asesorar jurídicamente a personas en situación de vulnerabilidad⁸⁶.

Por otro lado, la defensa de la recurrida plantearía que, según los deberes de actuación que le son impuestos por el –en ese entonces– ordenamiento jurídico vigente⁸⁷ (y, en especial, sus propios estatutos), ella está obligada

⁸⁶ Según el artículo 2.º de la Ley n.º 17995, a través de la que se crea la Corporación de Asistencia Judicial: “Dichas corporaciones gozarán de personalidad jurídica, tendrán patrimonio propio y no perseguirán fines de lucro. Su finalidad será prestar asistencia jurídica y judicial gratuita a personas de escasos recursos. Además, proporcionarán los medios para efectuar la práctica necesaria para el ejercicio de la profesión a los postulantes a obtener el título de abogado”.

⁸⁷ Cabe mencionar que, meses después, en Chile se dictaría la Ley n.º 21325, actual Ley de Migración y Extranjería, la que contempla en su artículo 141: “Los extranjeros afectados por una medida de expulsión tendrán derecho a la defensa jurídica a través de las Corporaciones de Asistencia Judicial, en igualdad de condiciones que los nacionales, de conformidad a las normas que las regulan”.

no solo a otorgar prestaciones de asistencia jurídica, sino que, además, puede participar mediante la articulación de redes de atención en conjunto a entidades especializadas, incluso de naturaleza privada como fundaciones, para que sean ellas las que presten los servicios gratuitamente a los necesitados. Así, a juicio de la requerida:

“[...] las Corporaciones no tienen la obligación de patrocinar a todas las personas que lo requieran, pueden establecer parámetros de calificación social, criterios de viabilidad y parámetros de condiciones mínimas para asumir responsablemente la defensa judicial de un caso determinado”⁸⁸.

Durante la tramitación del presente recurso de protección e, incluso, antes de la presentación del informe por parte de la recurrida, la orden de expulsión fue ejecutada y le fue imperioso a la afectada interponer un recurso de amparo a su favor (que, finalmente, sería acogido por la Corte de Apelaciones, la que decretaría por sentencia judicial la existencia de una expulsión migratoria ilegal⁸⁹) que, debido a la celeridad especial de dicho procedimiento, concluiría de manera favorable antes, incluso, de la sentencia de primera instancia del presente recurso de protección. Lo anterior es relevante puesto que la Corte de Apelaciones de Arica, al resolver el presente recurso de protección, optaría por negarlo, siendo una de las razones principales para ello el considerar el “principio de utilidad de la acción judicial”, en el sentido de que:

“La sentencia Rol N°159-2021 Amparo de esta Corte de Apelaciones, luego confirmada por la Excma. Corte Suprema, [serían] antecedentes de los que puede concluirse que la asesoría requerida por la recurrente, fue prestada por la institución a la cual se derivó su caso, obteniendo un pronunciamiento favorable (se dejó sin efecto el decreto de expulsión que pesaba en su contra), y que, contrariamente a la opinión de la recurrente, no quedó en el desamparo ni consta que la recurrida se haya negado a brindarle toda asistencia, por cuanto el hecho o acto que se estimaba como atentatorio a los derechos constitucionales de la accionante ha desaparecido, por lo que esta Corte no se encuentra actualmente en condiciones de adoptar las providencias que se han impetrado como necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado en los términos que se contemplan en el artículo 20 de la Constitución Política y, por consiguiente, al no concurrir en la especie uno de los presupuestos de procedencia de la acción de protec-

⁸⁸ CORTE DE APELACIONES DE ARICA (2021): Olmedo Bustos con Corporación de Asistencia Judicial de Tarapacá y Antofagasta (parte expositiva de la resolución, p. 5).

⁸⁹ CORTE DE APELACIONES DE ARICA (2021): Sandoval Regalado con Intendencia Regional de Arica y Parinacota, confirmada posteriormente por la Corte Suprema.

ción, esto es, la posibilidad de adoptar medidas de protección o cautela adecuadas, para resguardar el legítimo ejercicio del derecho afectado, ella no podrá prosperar”⁹⁰.

Sin perjuicio de ser aquella la principal razón para la denegación del recurso, la Corte dedica un considerando a la forma en que el sistema –y, en especial, las Corporaciones de Asistencia Judicial– han de garantizar el derecho a la asistencia jurídica gratuita:

“Que, finalmente, y solo a mayor abundamiento, la Excm. Corte Suprema ha sostenido, refiriéndose a una Corporación de Asistencia Judicial, lo siguiente: ‘Que, de esta manera, en la consecución de tal objetivo resulta exigible, respecto del órgano recurrido, el cumplimiento del deber de coordinación contemplado en el artículo 37 bis de la Ley N°19.880, relacionado con el principio de eficacia dispuesto en los artículos 9 y 13 del mismo cuerpo normativo. Ello implica, en el caso concreto, que ante la imposibilidad de prestar asistencia letrada para la defensa del actor en juicio, la recurrida debió arbitrar los medios necesarios para proveer tal servicio, sea mediante la provisión de recursos humanos internos, o a través del señalamiento de otra u otras entidades que pudiesen brindar la prestación requerida por el peticionario’ (sentencia Excm. Corte Suprema Rol N°19.253-2018 de 2 de enero de 2019); obligaciones que, en el caso sublite, se cumplieron y, aún más, condujeron a que la recurrente incoara una acción que a la postre resultó beneficiosa a sus intereses”⁹¹.

Lo interesante de esta jurisprudencia es que aquella incorpora un principio que, según hemos revisado a lo largo de esta exposición, no sería parte del núcleo o contenido del derecho a la asistencia jurídica, pero que, en el caso concreto, permitió la derivación del servicio estatal a otras entidades de la sociedad civil. El principio de “articulación” o de “señalamiento” (coordinación) sirvió, a juicio de las Cortes, para considerar legítimo que la entidad estatal encargada de brindar la asesoría jurídica gratuita pudiera confiar dichos asuntos a terceros sin mayor vínculo con el Estado, delegando así la realización del servicio público.

De esta manera, y sin perjuicio de la discusión sobre la legitimidad de utilizar alianzas público-privada para la realización de determinados servicios y obras encargadas originalmente al Estado, en el caso de la asesoría jurídica existiría la posibilidad de que, aun cuando los usuarios y solicitantes sean per-

⁹⁰ CORTE DE APELACIONES DE ARICA (2021): Olmedo Bustos con Corporación de Asistencia Judicial de Tarapacá y Antofagasta, cc. 4°.

⁹¹ CORTE DE APELACIONES DE ARICA (2021): Olmedo Bustos con Corporación de Asistencia Judicial de Tarapacá y Antofagasta, cc. 7°.

sonas envueltas en grandes niveles de vulnerabilidad, sus asuntos puedan ser derivados, retrasando de esta manera la atención que requieren, la que queda sujeta a la disponibilidad de atención que puedan ofrecer las instituciones privadas que integren la denominada “red de apoyo” (las que, por regla general, no poseen un financiamiento permanente de parte del Estado). Así, los presupuestos mínimos que rigen el funcionamiento de los servicios públicos –como el principio de continuidad del servicio⁹²– pueden verse en entredicho por factores relacionados a la saturación de solicitudes, falta de especialidad, criterios subjetivos fijados por la Corporación de Asistencia Judicial, insuficiencia de personal o descoordinaciones en la derivación a entidades privadas.

Pero el caso en comento también da cuenta de una eventual desigualdad en la prestación del servicio de asistencia jurídica gratuita en sí mismo. Si bien observamos, una de las razones expuestas por la recurrida para derivar el servicio fue el fomentar el “servicio especializado” que, en el caso de la Región de Arica y Parinacota, no podría ser satisfecho por la Corporación estatal de manera directa, sino por una fundación privada. Esto puede implicar una afectación al principio de igualdad ahora desde la perspectiva del servicio público⁹³, puesto que, como es sabido, en la Región Metropolitana la Corporación de Asistencia Judicial cuenta con una oficina especializada para la atención de asuntos vinculados a migrantes. Tal como señala la recurrente:

“[...] en otras regiones como la Metropolitana, la [Corporación de Asistencia Judicial] cuenta con canales especializados para atender este tipo de asuntos, servicio del que se encuentra privada la recurrente en razón de su domicilio [...]”⁹⁴.

⁹² El principio de continuidad establece la necesidad de que los servicios públicos funcionen de forma ininterrumpida en beneficio de la población, debiendo aquel ser entregado cada vez que es requerido. ZEGARRA (2005), p. 59 y ss. De esta forma, los servicios estatales, en especial aquellos vinculados a la satisfacción de derechos sociales, han de mantener un carácter permanente mientras exista la necesidad general que le sirve de fundamento. BERMÚDEZ (2014), p. 306.

⁹³ A su vez, en materia de servicio público, el principio de igualdad o uniformidad del servicio implica que todas las personas-usuarios sean tratados de una misma manera por el prestador del servicio cuando se encuentren en una misma situación, impidiéndose, por ende, la creación de categorías de usuarios sin mayor justificación técnica o económica. En otras palabras: “Se trata de una igualdad de todos los ciudadanos beneficiarios, en el acceso a las prestaciones que comprende, sin que exista la posibilidad de poder negarse a alguien en la medida que las capacidades y posibilidades del servicio lo permitan. Ello genera como efecto, una prohibición de trato discriminatorio, tanto en el acceso al servicio como en las condiciones y modalidades de su prestación”. GONZÁLEZ (2017), pp. 518-526.

⁹⁴ CORTE DE APELACIONES DE ARICA (2021): Olmedo Bustos con Corporación de Asistencia Judicial de Tarapacá y Antofagasta (parte expositiva de la resolución, p. 4).

Si el caso en análisis sirve como referencia de la realidad nacional, es posible advertir un sistema asistencial que puede ser objeto de bastantes cuestionamientos, vinculados a un grado de abandono por parte del Estado (¿entregará recursos a las entidades privadas en las cuales se apoya?, ¿tendrán reuniones de coordinación entre ellas?, ¿convenio de trabajo y de planificación?, ¿o solo es una derivación sin más?), que, incluso, puede traer aparejados problemas de responsabilidad (¿quién es responsable ante el usuario por la calidad del servicio?, ¿el Estado o el ente privado?, ¿quién responde por una asistencia jurídica deficiente o negligente?). Esto se ve agravado cuando consideramos, además, que los abogados que trabajan en una Corporación de Asistencia Judicial no desempeñan sus labores en exclusividad, distraendo el poco tiempo que detentan para desplegar su función de asesoría jurídica gratuita tanto en labores de formación para los postulantes a su cargo como en su ejercicio profesional privado, puesto que ellos poseen un régimen estatutario que les permite desarrollar actividades de asesoría jurídica de forma independiente y paralela⁹⁵.

Lo revisado y lo mencionado da cuenta de una complejidad mayor, y que permite afirmar que habría un problema de diseño respecto del servicio público encargado de brindar la asesoría jurídica gratuita, que, como se ha señalado, no solo implica la defensa o representación judicial, sino que, también, tiene relación con la contención de personas en situaciones complejas, aporreadas por sus circunstancias personales y sus situaciones contextuales, acompañándolas de forma integral y, en especial, orientándolas mediante una asesoría informativa, que les permita adoptar las decisiones adecuadas para la defensa de sus derechos e intereses, entendiendo las consecuencias jurídicas de las opciones que tiene a su disposición para hacer frente a sus complicaciones. En el caso concreto es esto lo que más se extraña, puesto que, ante la solicitud de ayuda por parte de una persona que ilegalmente está sujeta a una orden de expulsión –como comprobaría la Corte de Apelaciones de Arica y confirmaría la Corte Suprema–, solo recibiría como respuesta un correo informando una derivación, sin aportar información alguna sobre las acciones jurídicas a su disposición, la necesidad de actuar de forma urgente, o las implicancias legales de lo que está viviendo⁹⁶.

⁹⁵ JENKINS (2021), pp. 201-202.

⁹⁶ Según se puede apreciar del expediente judicial, el correo de respuesta remitido por la Corporación de Asistencia Judicial de Tarapacá y Antofagasta habría sido del siguiente tenor: “Estimada solicitante: Informamos que sus correos y antecedentes recibidos, fueron derivados la semana pasada a la Institución cuyos datos de contacto se informan a continuación: Servicio Jesuita a Migrantes [...] Institución que acuso recibo, pero informó que por alta demanda existe demora en su atención. Asimismo, informó [sic] datos de contacto del Instituto Nacional

Esto último es en extremo grave, en especial, cuando consideramos que la usuaria en este caso es una ciudadana extranjera, sin mayor conocimiento sobre la normativa chilena aplicable, con limitado apoyo familiar, y con un grado razonable de desconocimiento sobre la localidad en la que se encuentra viviendo. Lo dicho representa un motivo de agobio que no se ve aplacado por una respuesta estatal cuando solo informa una derivación (respecto de la que se advierte que el servicio en cuestión “tiene demora en su atención”) y entrega datos de contacto de otras instituciones, para que sea la usuaria la que vuelva a solicitar ayuda a otra entidad (en este caso, el Instituto Nacional de Derechos Humanos) y no la propia Corporación de Asistencia Judicial.

Por situaciones como la descrita, la Convención Constitucional chilena, a estas fechas, aprobó dos propuestas normativas que tratarían de evitar que casos como este pudiesen seguir ocurriendo. La primera de ellas apunta a la consagración del derecho a la asistencia jurídica gratuita, la que ha sido abordada en los siguientes términos:

“Artículo [xx]. Derecho a la asesoría jurídica gratuita. Toda persona tiene derecho a la asesoría jurídica gratuita en los casos y en la forma que establezca la Constitución y la ley.

El Estado asegura la asesoría jurídica gratuita e íntegra por parte de abogadas y abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, a toda persona que no pueda obtenerla por sí misma”⁹⁷.

Como se puede desprender de su tenor literal, la normativa trae consigo la creación de un estándar de servicio que, en la actualidad, no contempla la Constitución Política vigente, vinculado a asegurar, por parte del Estado, una asesoría jurídica que no solo sea gratuita, sino, también, “íntegra”, asumiendo de esta manera factores diversos a los meramente jurídicos para efectos de poder entregar un servicio completo y adecuado a los problemas de las personas que acuden ante la institucionalidad, no limitando el mismo a la representación judicial en procedimientos sustanciados ante tribunales de justicia⁹⁸.

de Derechos Humanos Región Arica y Parinacota para que le sea de utilidad [...]. Es cuanto puedo informar, sin otro particular, le salida atentamente [...].”

⁹⁷ Cabe señalar que la propuesta definitiva establece una norma del siguiente tenor en su artículo 108: “4. El Estado asegura el derecho a la asesoría jurídica gratuita e íntegra, por parte de abogadas y abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, a toda persona que no pueda obtenerla por sí misma, en los casos y en la forma que establezcan la Constitución y la ley”.

⁹⁸ Este estándar de calidad del servicio no es desconocido en el derecho comparado, siendo la Constitución brasileña el principal ejemplo de aquello, cuando consagra en su artículo 5º numeral LXXIV: “El Estado prestará asistencia jurídica íntegra y gratuita a cualquier persona que demuestre insuficiencia de recursos”.

Esto va de la mano a la segunda propuesta normativa, que aborda la temática desde la perspectiva institucional, creando un nuevo servicio público, de rango constitucional, que sea capaz de ofrecer la satisfacción de dicho derecho, reemplazando con ello a las actuales Corporaciones de Asistencia Judicial. Esta propuesta normativa expresa, en su inciso primero:

“Artículo [xx]: Servicio Integral de Acceso a la Justicia. Un organismo desconcentrado de carácter técnico, denominado Servicio Integral de Acceso a la Justicia, tendrá por función prestar asesoría, defensa y representación letrada de calidad a las personas, así como también brindar apoyo profesional de tipo psicológico y social en los casos que corresponda”.

La asistencia jurídica gratuita, en los términos plasmados por ambas propuestas normativas se amplía, y deja de ser simplemente una garantía procesal para convertirse en la piedra angular que sustentará un nuevo sistema de atención a las personas sujetas a grados de vulnerabilidad –partiendo por los aspectos vinculados a la situación socioeconómica o a la migración–, que no solo ofrecerá un apoyo jurídico y una defensa de intereses tanto en la etapa *preprocesal* como *intraprocesal*⁹⁹, sino que se ampliará, para alcanzar servicios de carácter psicológico y sociales cuando la situación así lo requiera, demostrando una conciencia de que gran parte de los problemas que viven las personas en situación de vulnerabilidad son multifactoriales y más profundos que la manifestación de discrepancias con el ordenamiento jurídico, puesto que, como se comentó con anterioridad, gran parte de sus conflictos personales derivan de la imposibilidad de adoptar libremente decisiones personales o realizar actuaciones en defensa eficiente de sus derechos o intereses.

IV. REFLEXIONES FINALES A MODO DE CONCLUSIÓN

Los factores de vulnerabilidad que integran el contexto social de una persona no son más que grandes obstáculos capaces de reprimir el libre ejercicio de sus aptitudes personales y su desarrollo material y espiritual. El cúmulo de criterios –como la calidad migratoria, el sexo, la falta de preparación o estudios formales, la situación socioeconómica, y otros– provocan, sin lugar a dudas, una reducción cualitativa de los ámbitos de libertad sobre los que se construyen

⁹⁹ Cabe destacar que ambas propuestas normativas son contestes en restringir la posibilidad de que comparezcan en juicio egresados de derechos o “practicantes” en representación de los más desposeídos, afrontando, de esta forma, una de las principales críticas que se hace al sistema de asistencia jurídica gratuita en materia de igualdad procesal. Véase CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2016): Dictamen n.º 68894, de fecha 20 de septiembre de 2016.

los proyectos de vida, impidiendo a las personas adoptar decisiones, realizar acciones o, incluso, considerar alternativas que les sean provechosas solo por quedar ellas fuera del margen de sus posibilidades de acción.

En ese sentido, la asistencia jurídica adquiere una especial importancia como derecho fundamental garante de la paz social, tanto por la trascendencia que detenta implícitamente dentro de las actuaciones del proceso, pero, en particular, por los beneficios extra procesales que brinda a la sociedad, sirviendo de apoyo para que la ciudadanía que carece de una formación jurídica formal y si así lo requiera, pueda acceder a un abogado que le ayude a comprender las implicancias de los mandatos normativos vigentes que les son aplicables, facilitando de esta manera el funcionamiento del sistema jurídico por parte de sus sujetos obligados y la adopción de sus decisiones de forma libre e informada.

De esta manera, la asistencia jurídica logra combatir, con mayor o menor grado de éxito, una de las causas de vulnerabilidad social relacionada con el manejo de la información relevante que se desconoce por falta de preparación formal, estudios, entendimiento o tiempo. Sin embargo, ella por sí sola no permite superar otro de los factores relevantes para la consolidación de este obstáculo: el costo implícito para acceder a la asesoría de un letrado. Por ello, los sistemas constitucionales como el chileno (tanto en la Constitución Política vigente como en el borrador de nueva Constitución que se encuentra elaborando la Convención Constitucional), optarían por complementar la garantía a la asistencia jurídica con un elemento social: la gratuidad en su acceso para aquellos que no puedan procurársela por sí mismos. De esta manera, la garantía busca enfrentar el factor patrimonial como causa de discriminaciones sociales con la capacidad de quebrar el principio de igualdad procesal, asegurando que ambos litigantes contarán con la asistencia de un letrado calificado, incluso de forma previa a la judicialización de sus asuntos.

Sin embargo, y a pesar de que los ordenamientos jurídicos modernos contemplarían reconocimientos positivos directos a la garantía de asesoría jurídica gratuita, incluso en el propio entramado constitucional, es posible comprender que el mero reconocimiento normativo no asegura la satisfacción de un derecho de corte social –y prestacional– como el observado. Si revisamos los elementos que integran el contenido del derecho, además del acceso gratuito, podemos encontrar la necesidad de que se concreten determinados servicios públicos por parte del Estado, como son la asesoría jurídica, la defensa y representación en juicios o la simple orientación para el ejercicio de los derechos. Todo ello requerirá, como es obvio, de un conjunto de profesionales y operadores jurídicos que deberán estar a disposición de la ciudadanía que los requiera, lo que conlleva una serie de costos que deben ser asumidos por la entidad estatal. Esto se acrecienta si, como lo plantea la propuesta de normativa cons-

titucional que se debate en la Convención Constitucional, dichos servicios se amplían a labores sociales o psicológicas, en miras de alcanzar una asistencia “integral”.

Es aquel enfoque multidisciplinar el que se extraña en la forma en que la Corporación de Asistencia Judicial atiende el caso comentado, puesto que, debido a parámetros internos de la institución, se optó por la derivación del asunto –a través de medios remotos– a una entidad privada, ejerciendo solo un papel de intermediario y no de prestador directo de la asistencia requerida o fiscalizador de ella, delegando, de esta forma, la responsabilidad de buscar la satisfacción de un derecho fundamental, sino también las responsabilidades jurídicas derivadas por un eventual actuar negligente o perjudicial. De esta forma, y a pesar de que las alianzas público-privadas pueden ser una vía para lograr la satisfacción de derechos fundamentales, incluso de corte procesal (como ocurre con las defensorías penales licitadas, por ejemplo), debe siempre quedar claramente identificado que el principal garante del derecho ha de ser el Estado, el que, ya sea mediante la prestación directa del servicio o la supervigilancia de los servicios brindados por terceros, mantiene dentro de la órbita de su control los estándares de satisfacción y las responsabilidades derivadas por la insatisfacción de la calidad mínima que se debe alcanzar con este servicio a los más desposeídos.

De esta manera, la satisfacción del derecho a la asistencia jurídica gratuita no se debe solo por su carácter de derecho constitucional, sino, también, por las importantes implicancias que tiene como un elemento dirigido a superar –aunque sea en parte– algunos factores de desigualdades estructurales que impiden, en definitiva, el desarrollo de las diversas libertades fundamentales. En el caso concreto, la falta de información impedía a una ciudadana venezolana a defender sus intereses por desconocimiento de la acción de amparo, la que, una vez ejercida, fue útil para proteger sus intereses anulando una orden de expulsión ilegal, cosa que, a la larga, no fue más que un mecanismo de tutela de su libertad ambulatoria. De no haber sido atendido por la institución privada a la que fue derivada para el ejercicio de dicha acción constitucional, es muy probable que la orden de expulsión habría sido ejecutada sin mayor impugnación, afectando injustamente sus derechos fundamentales solo en razón de no contar con los medios adecuados –como conocimiento de las vías y acciones jurídicas a su disposición, o contar con el patrocinio de un abogado– para defenderse por sí misma.

La creación de una red asistencial integrada por entidades públicas y privadas, como vía idónea para satisfacer un servicio público como la asistencia jurídica gratuita, es una alternativa lícita dentro de los diseños orgánicos a los que puede echar mano el Estado cuando asume su papel de garante de derechos fundamentales, pero dicho diseño debe ser adecuado e íntegro, pues

no debe, en ningún caso, poner en riesgo la efectiva satisfacción del servicio, ya sea por desatender el seguimiento y la supervigilancia necesaria para averiguar cómo aquel es brindado por los particulares o porque no da pie a responsabilidades jurídicas y políticas en caso de negligencias graves. Entender lo contrario implicaría sumar este modelo sustentado en la idea de las “redes de atención” como un elemento defectuoso que se suma a las constantes críticas que son realizadas al sistema imperante de asistencia judicial¹⁰⁰, los cuales nos invitan a tener que repensar, con urgencia, un modelo adecuado a las exigencias de una sociedad moderna.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela (1999): “La conocibilidad del derecho y la extinción de los abogados”. *Revista de Derecho*, vol. X (Universidad Austral de Chile), pp. 7-18.
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2008): *Derechos fundamentales* (Santiago, Thomson Reuters).
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2012): *La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial. ¿Qué es el garantismo procesal?* (Santiago, El Jurista).
- ÁLVAREZ JOFRÉ, Ana Sofía (2020): *La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción en Chile en el caso de los migrantes indocumentados*. Tesis para la obtención del grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales (Santiago, Universidad de Chile).
- ARANGO, Rodolfo (2005): *El concepto de derechos sociales fundamentales* (Bogotá, Legis Editores).
- BALMACEDA JIMENO, Nicolás (2000): “Corporaciones de Asistencia Judicial y abogados de turno: ¿incumplimiento de una garantía constitucional?”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, n.º 4 (Pontificia Universidad Católica de Chile), pp. 721-733.
- BERIZONCE, Roberto Omar (2009): *Tutelas procesales diferenciadas* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores).
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014): *Derecho administrativo general* (Santiago, Thomson Reuters, 3ª edición actualizada).

¹⁰⁰ “Lo anterior, evidentemente, debe ser complementado con importantes reformas legales para dar vida a este ‘estándar mínimo’. Entre estas propuestas puede destacar la necesidad de repensar y reestructurar las Corporaciones de Asistencia Judicial, estableciendo abogados con dedicación exclusiva sujetos a responsabilidades personales derivadas de su práctica negligente, la dotación de mayores recursos presupuestarios, entre otras. Importante también será evitar que egresados de derecho –y no abogados titulados– sean los que brinden el servicio de asistencia jurídica, ya que, como se ha visto, ello solamente implica una afectación al principio de igualdad procesal entre las partes que interactúan en un mismo juicio”. JENKINS (2021), pp. 205-206.

- BORDALI SALAMANCA, Andrés (2013): “La igualdad de las partes en los procesos judiciales chilenos”, en Fernando MUÑOZ LEÓN (ed.). *Igualdad, inclusión y derecho*. (Santiago, LOM Ediciones), pp. 217-239.
- BORDALI SALAMANCA, Andrés (2020): *Derecho jurisdiccional* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- CALAMANDREI, Piero (1996): *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo Código*, Tomo II (Buenos Aires, Librería El Foro).
- CALVINHO, Gustavo (2018): *El proceso con derechos humanos. Método de debate y límite al poder* (Santiago, Editorial El Jurista).
- CAPPELLETTI, Mauro (2010): *La jurisdicción constitucional de la libertad con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco* (Lima, Palestra).
- CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (2004): *Los derechos fundamentales en México* (Ciudad de México, Comisión Nacional de Derecho Humanos-Universidad Nacional Autónoma de México).
- CONTRERAS ROJAS, Cristian y Claudia TOBAR CID (2019): “Pobreza y desigualdad como barreras de acceso a la justicia”, en Gonzalo AGUILAR CAVALLO (coord.). *La evolución del derecho público en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Dr. Domingo Hernández Emparanza* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 563-587.
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo y Diego PALOMO VÉLEZ (2018): *Proceso civil. Normas comunes a todo procedimiento e incidentes* (Santiago, Thomson Reuters).
- CORTINA, Adela (2017): *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia* (Barcelona, Editorial Paidós).
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ y Jaime VEGAS TORRES (2019): *Curso de derecho procesal civil*. Parte general, Tomo I (Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 4ª edición).
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel (2019): *Igualdad constitucional y no discriminación* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María (2013): *Sistema de derechos fundamentales* (Navarra, Thomson Reuters, 4ª edición).
- ESPARZA LEIBAR, Iñaki (1995): *El principio del proceso debido* (Barcelona, Bosch Editor).
- ESPARZA REYES, Estefanía (2017): *La igualdad como no subordinación* (Ciudad de México, Tirant lo Blanch).
- FEITO, Lydia (2007): “Vulnerabilidad”. *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, vol. 30, n.º 3 (Gobierno de Navarra), pp. 7-22.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2001): *Principio constitucional de igualdad ante la ley* (Santiago, Editorial Lexis Nexis).
- FERRAJOLI, Luigi (2016): *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Madrid, Editorial Trotta, 8ª edición).
- FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo (2000): “Igualdad y discriminación”, en Felipe GONZÁLEZ y Felipe VIVEROS (eds.). *Igualdad, libertad de expresión e interés público* (Santiago, Universidad Diego Portales), pp. 9-64.

- FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo (2016): “Acción afirmativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Estudios Constitucionales*, vol. 43, n.º 2 (Universidad de Talca), pp. 401-433.
- GARCÍA PINO, Gonzalo y Pablo CONTRERAS VÁSQUEZ (2013): “El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”. *Estudios Constitucionales*, vol. 11, n.º 2 (Universidad de Talca), pp. 229-282.
- GARGARELLA, Roberto (2010): “La coerción penal en contextos de injusta desigualdad”. Disponible en <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/17583> [fecha de consulta: 17 de febrero de 2022].
- GONZÁLEZ MORAS, Juan Martín (2017): *El servicio público como derecho social* (Buenos Aires, Editorial Universidad de la Universidad de La Plata).
- GOZAINI, Osvaldo Alfredo (2011): *Tratado de derecho procesal constitucional*, Tomo I (Ciudad de México, Editorial Porrúa).
- GUTIÉRREZ SALAS, Florencio (1945): “Asistencia judicial de los pobres”. *Revista de Derecho*, vol. XIII, n.º 54 (Universidad de Concepción), pp. 329-357.
- HESSE, Konrad (2001): “Significado de los derechos fundamentales”, en Antonio LÓPEZ PIÑA (ed.). *Manual de derecho constitucional* (Madrid, Marcial Pons), pp. 83-115.
- HUNTER AMPUERO, Iván (2011): “La iniciativa probatoria del juez y la igualdad de armas en el proyecto de Código Procesal Civil”. *Ius et Praxis*, vol. 17, n.º 2 (Universidad de Talca), pp. 53-76.
- IBÁÑEZ RIVAS, Juana María (2020): “Artículo 8. Garantías judiciales”, en Christian STEINER y Marie-Christine FUCHS (eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario* (Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2ª edición), pp. 256-322.
- JENKINS PEÑA Y LILLO, Gaspar (2021): “El derecho fundamental a la asistencia jurídica gratuita: reflexiones en miras al cambio constitucional”, en ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO CONSTITUCIONAL (coord.), *Tránsito constitucional. Camino hacia una nueva Constitución* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 185-210.
- KOTTOW, Miguel (2012): “Vulnerabilidad entre derechos humanos y bioética. Relaciones tormentosas, conflictos insolutos”. *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 69 (Pontificia Universidad Católica del Perú), pp. 25-44.
- LANDA, César (2006): *Estudios sobre derecho procesal constitucional* (Ciudad de México, Editorial Porrúa).
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2020): *Judicatura* (Santiago, DER Ediciones).
- MALEM SEÑA, Jorge (2017): *Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica* (Madrid, Marcial Pons).
- MARINONI, Luiz Guilherme (2006): *Teoria geral do processo* (São Paulo, Thomson Reuters-Revista dos Tribunais, 3ª edición).
- MONTERO AROCA, Juan, Juan Luis GÓMEZ COLOMER y Silvia BARONA VILAR (2018): *Derecho jurisdiccional*. Parte general, Tomo I (Valencia, Tirant lo Blanch, 26ª edición).

- NIEVA FENOLL, Jordi (2019): *Derecho procesal*. Introducción, Tomo I (Valencia, Tirant lo Blanch).
- PICÓ I JUNOY, Joan (2012): *Las garantías constitucionales del proceso* (Barcelona, Bosch Editor).
- RIBOTTA, Silvina (2010): *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2015): *Curso de derecho procesal civil. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento*, Tomo III (Santiago, Thomson Reuters).
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2006): *Tratado de derecho constitucional*, Tomo XI (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- VARGAS PAVEZ, Macarena y Claudio FUENTES MAUREIRA (2019): *Introducción al derecho procesal. Nuevas aproximaciones* (Santiago, DER Ediciones).
- ZAPATA LARRAÍN, Patricio (1990): "La interpretación constitucional". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 17, n.º 1 (Pontificia Universidad Católica de Chile), pp. 161-177.
- ZEGARRA VALDIVIA, Diego (2005): *El servicio público. Fundamentos* (Lima, Palestra Editores).

Jurisprudencia citada

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008): Rol n.º 792-07, 3 de enero de 2008.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008): Rol n.º 977-07, 8 de enero de 2008.
- CORTE SUPREMA (2021): Rol N°45010-2021, Olmedo Bustos con Corporación de Asistencia Judicial de Tarapacá y Antofagasta, 22 de julio de 2021.
- CORTE DE APELACIONES DE ARICA (2021): Rol n.º 458-2021, Olmedo Bustos con Corporación de Asistencia Judicial de Tarapacá y Antofagasta, 29 de junio de 2021.
- CORTE DE APELACIONES DE ARICA (2021): Rol n.º 159-2021, Sandoval Regalado con Intendencia Regional de Arica y Parinacota, 11 de mayo de 2021.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2016): Dictamen n.º 68894, de fecha 20 de septiembre de 2016.