

EL "GRATUITO PATROCINIO" O ASISTENCIA LEGAL AL POBRE COMO DERECHO Y MEDIO DE IGUALDAD SOCIAL EN EL PROCESO MODERNO*

El sistema de las estructuras jurídicas, encuentra su validez en la correspondencia que exista entre el hecho social actual y la ley vigente que lo contenga.

Dra. Ma. Antonieta Sáenz E.

SUMARIO:

INTRODUCCION.	42
 Parte Primera:	
A. RESEÑA HISTORICA DEL GRATUITO PATROCINIO.	43
1. Roma.	43
2. Edad Media.	44
3. Revolución Francesa y el gratuito patrocinio en la Asamblea Nacional.	46
4. El gratuito patrocinio durante el siglo XIX.	47
 Parte Segunda:	
A. FUNDAMENTOS SOCIALES Y DOCTRINARIOS DE LA FIGURA DEL GRATUITO PATROCINIO.	49
1. Función social del proceso civil.	49
2. Naturaleza de la institución del gratuito patrocinio.	49
3. Los movimientos reformistas doctrinarios de la actualidad y sus frutos positivos.	50
a. Estado de pobreza.	50
b. Fumus bonis iuris.	51
c. Gratuidad de los servicios profesionales.	52
d. Asistencia legal extrajudicial.	54

Nota:

Deseo manifestar mi agradecimiento a los profesores Giovanni Fabbrini, Director del Instituto de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Pisa y su asistente Francesco Paolo Luiso, por la abierta colaboración que me prestaran para llevar a cabo el presente estudio.

Pisa, enero de 1979.

INTRODUCCION

La problemática que presenta una institución como "el gratuito patrocinio", salta a la vista, es por excelencia, de naturaleza socio-económica, la cual produce como resultado una problemática de tipo jurídico en la medida en que de ello, deriva una desigualdad entre quienes precisamente, en términos jurídicos, deben ser iguales. En otras palabras, es claro que dicha disparidad, se verifica entre ricos y pobres.

A través del gratuito patrocinio como veremos, históricamente se ha tratado de resolver las diferencias de las partes en el proceso y, en los últimos tiempos, aún fuera del proceso.

No obstante, las respuestas dadas, han constituido únicamente paleativos ya que su imprecisión en cuanto a la naturaleza jurídica de la función y de sus elementos estructurales, han impedido que los sistemas ideados sean practicables y ante todo, justos. Es decir, la falta de conciencia que en el pasado se ha tenido de una tarea como es la asistencia legal al pobre, no la ha desarrollado como servicio público al cual puedan tener acceso los necesitados a igual que se ha hecho en el campo de la salud y la educación para citar dos ejemplos.

A pesar de todo, actualmente creemos, las cosas han cambiado en una perspectiva mejor en razón del interés que han puesto algunos sectores de la doctrina jurídica y política y que han tenido repercusión en sede legislativa. Así, veremos cómo la asistencia legal al pobre, se ha visto modificada notablemente en relación a los sistemas incipientes de patrocinio legal que no observaron en Roma o la Edad Media y aún en tiempos de las ideas iluministas de la Revolución Francesa, sin que ello quiera decir que se haya llegado a una solución definitiva del problema, pero no podemos evitar decir que se han producido positivos progresos.

Es así como mediante la presente investigación, nos proponemos fundamentalmente, a dar conocer la evolución histórico-jurídica de la asistencia gratuita legal y junto ello las manifestaciones modificadoras de la misma y las persistentes deficiencias que rigen aún en la materia.

El esquema a seguir para la exposición del tema será el siguiente:

En primer lugar, se ofrece el citado cuadro histórico, iniciando de la legislación romana, pasando luego, por la Edad Media, la Revolución Francesa hasta desembocar en el fenómeno de los

dos últimos siglos (XIX-XX). En consecuencia, veremos cómo el germen de la institución aparece en Roma, expresada en la "clientela" o la asistencia al pobre mediante la prestación de los oradores o patronos que representaban para entonces a las partes en el proceso, siendo tal servicio una especie de relación entre pobre y patrono con finalidades ante todo, políticas para el último. Un posterior cambio de los valores en virtud de la concepción religiosa y caritativa de la mentalidad medieval, da como resultado la aparición de la asistencia legal gratuita fundada en la caridad y la misericordia de los nobles y la iglesia hacia el pobre que se transmitió a los esquemas legales del Estado y por lo que la prestación legal al pobre constituyó una obra de caridad y no un deber del Estado. Luego, la vía seguida durante el período revolucionario del pueblo francés, en el cual la solución se limitó a ser estipulada en los principales documentos políticos bajo los principios de igualdad y solidaridad humana en donde ciertamente, la asistencia del pobre no venía garantizada a nivel práctico. Finalmente, las respuestas ofrecidas tanto en el siglo XIX como en el XX en los cuales se comienza a notar una maduración de los conceptos referentes a la naturaleza y estructura del gratuito patrocinio por influencia de las ideas sociales del período.

La segunda parte del trabajo se dirige a determinar el producto de las preocupaciones doctrinarias y políticas en la materia y los resultados prácticos que se han efectuado en algunas legislaciones europeas. Notaremos cómo a través de la doctrina se ha llegado a establecer que la gratuidad del servicio legal al pobre es un medio para hacer efectiva la igualdad del individuo para tener acceso a los tribunales y hacer valer sus derechos. Se ha precisado que la paridad debe ofrecerse aún fuera del proceso valiéndose de la prestación de una asistencia extrajudicial que permita a la parte pobre, contar con la asesoría legal o consejo legal. Se ha delineado la importancia de una gratuidad de los costos del proceso englobando la función en una actividad de tipo estatal a efectos de positivizar la igualdad formal de los ciudadanos y, considerando que el acceso a la justicia es no una obra de caridad sino, un derecho del individuo y un deber que debe garantizar el Estado.

Sin embargo, se verá también, cómo el problema aún sufre grandes insuficiencias en las solucio-

nes propuestas, lo que lo convierten en una situación aún no resuelta y por ello, abierta a un mayor desarrollo para llegar a ser satisfactoria.

Se incluye también, un comentario comparativo del instituto italiano contenido por un lado, en el sistema general del gratuito patrocinio y por otro, en la nueva ley sobre el proceso de trabajo que incorpora una mecánica bastante avanzada sobre el particular haciendo notar las diferencias entre ambas normativas.

El estudio concluye con dos breves análisis: uno sobre la figura del llamado beneficio de litigar como pobre y el otro, sobre el sistema seguido por los consultorios jurídicos de la Universidad de Costa Rica.

Cabe dejar aquí la advertencia que, dadas las limitaciones de material en lo concerniente a nues-

tras figuras, el trabajo carece de mayor información aún cuando era nuestra intención realizar un detenido estudio del tema partiendo no solo de la figura como es contemplada por la ley ya que se ha tomado del respectivo reglamento, sino que también, analizando el punto de vista jurisprudencial ya que en cuanto al aspecto doctrinario, se carece totalmente de material.

Una finalidad primordial que nos proponemos con esta investigación es la de plantar una inquietud sobre el problema de la asistencia legal en nuestra sociedad para lograr que, la reflexión y el interés que en ello se pongan, den como resultado un mejoramiento también entre nosotros que indiscutiblemente, será de mucha utilidad, en tratándose del servicio legal al pobre.

Parte primera

A. RESEÑA HISTORICA DEL GRATUITO PATROCINIO

1. Roma:

Como veremos, en Roma, la institución del gratuito patrocinio, no se delineó claramente. Efectivamente, la misma fue el producto de una realidad muy diferente a aquella que más adelante dio lugar a la figura.

Encontramos en Roma que el proceso civil, expresado en la llamada "Legis Actio" (1), no tenía a la actuación de los principios de equidad y justicia sino que, a una fría aplicación de la ley por parte del juez a los hechos que se le presentaban. Fundamentalmente, era un proceso ceremonial en cuanto se plasmaba mediante un puro ritual ejercido por magistrados pertenecientes a la clase patricia —ya que el proceso tenía un carácter privado del cual la técnica era desconocida por la clase plebeya (2)— quienes en algunos casos, se hacían

asistir de intérpretes sacerdotales o abogados religiosos (3). El esquema procesal en los términos expuestos, impedía que se hiciera necesaria una representación procesal la cual lógicamente, no existió para entonces.

Por otro lado, sabemos que durante el período clásico, el proceso romano consistía en la técnica de la aplicación de las llamadas "fórmulas" y así el "iudex" simplemente, recurría a la aplicación de una fórmula al caso concreto, no obstante, cuando el mismo considerara necesario, solicitaba el auxilio de un jurista profesional el cual formaba parte de un consejo de técnicos u organización legal destinada a prestar este tipo de asistencia. Estos fueron denominados "advocati" o "patrones" (4).

Dichos juristas que básicamente eran oradores, con el pasar del tiempo, fueron consolidando sus

(1) CAPPELLETTI, Mauro, GORDLEY James y EARL JOHNSON Jr., *Toward equal justice a comparative study of legal aid in modern societies*, Milano, 1975, p. 6.

(2) Hacia el año 250 a.C., un "pontifex maximun plebeo", hizo públicos los procesos, permitiendo la participación de los plebeyos y evitando así que ello fuese un arma política para los nobles. *Idem* p. 7.

(3) *Idem*.

(4) *Idem*.

servicios legales hasta crear la figura de la "representación procesal" mediante la mecánica de la "clientela", sistema que sobre todo, se verificó en el período clásico y alcanzó un gran desarrollo durante períodos posteriores o sea, el republicano y en el primer imperio, pues originalmente, la representación procesal no existía ya que las partes se presentaban personalmente (5).

Concretándonos al caso de los pobres, el problema se resolvía por medio de una relación especial: una relación entre el pobre y un potente económicamente. Así el primero, se sujetaba al segundo para obtener de éste la ayuda en los problemas de orden procesal. El "patronus", como se llamaba quien prestaba el servicio al pobre, no pretendía una compensación económica por tal actividad, la finalidad perseguida era de naturaleza política ya que por la ayuda recibida, el pobre se comprometía a darle apoyo político. No obstante, se verificaban casos, en los que el asistido pobre remuneraba indirectamente, al "patronus", ya que le ofrecía regalos o dones preciosos, especialmente durante las festividades (6).

Tal tipo de asistencia no se limitó únicamente, al campo litigioso; en muchos casos el pobre podía recurrir a una asistencia extraprocesal pidiendo consejo legal al "patronus" ante la dificultad de problemas o amenazas provenientes de poderosos económicamente.

Se hizo también presente en tales períodos, la clase profesional que pretendía un pago de los servicios, dando lugar a una sustitución del sistema fundamentalmente honorario, de los servicios prestados por estos juristas oradores. Así se inicia a debilitar el sistema anterior que representaba la única posibilidad para los pobres. Pero, el Derecho Romano no fue indiferente ante el fenómeno ya que se emanaron normas destinadas a limitar el pago ya fuera, prohibiéndolo o reduciéndolo (7).

Otro tipo de mecanismo para intervenir en la tutela de los pobres utilizado en Roma, fue el establecimiento de la designación de un abogado por parte del juez, para que asistiera en calidad de tutor, al mismo. El cargo debía ser aceptado por el

abogado, salvo que demostrara que la causa era injusta (8).

En el Digesto se hablaba de la designación de un abogado para las mujeres, los niños y los débiles considerados entonces, como los más necesitados de asistencia. La normativa en este sentido, pareciera dirigirse a la protección del débil o temeroso del adversario cuando se verificaban casos de engaño, fraude o violencia por parte de los económicamente fuertes (9) ya que en Roma, el proceso tenía como hemos visto, una función más que todo, dirigida a ventilar intereses o luchas políticas cuyo resultado era determinado por la riqueza y el poder de los contendientes ya que el magistrado se dejaba influenciar fácilmente de tales condiciones para obtener también él riquezas y prestigio.

Existían también en Roma, los gastos puramente procesales los que, naturalmente, incidían negativamente en la condición económica del pobre. Tal dificultad no obstante, no se presentó en el período clásico ya que ricos y pobres venían tratados igualmente pues las cargas patrimoniales no se imponían dentro del proceso. El problema se presentó luego, mediante la imposición de un previo depósito de los gastos procesales o sea, el denominado "sacramentum", anticipación sin la cual, el proceso no se celebraba. Sin embargo, se exoneraba de tal depósito a las clases privilegiadas (10).

Vemos pues, que dentro del ámbito o mentalidad político-social del pueblo romano, una solución aunque muy rudimentaria y con finalidades casi de estricto interés político, se ofreció un sistema de asistencia legal al pobre mediante la institución de la "clientela", la cual podemos considerar a su vez, como la primera manifestación del gratuito patrocinio en la historia del Derecho.

2. Edad Media:

Las fuerzas morales e intelectuales del período medieval fueron determinantes en la estructuración del sistema jurídico de entonces. La prevaiente fe cristiana se dejaba sentir en todos los campos de la actividad humana. Así, el factor religioso, conformó la esencia de la respuesta al pro-

(5) FRANCESCHINI, *Il gratuito patrocinio*, Torino, 1903, p. 6.

(6) CAPPELLETTI, *Giustizia e Società*, Milano, 1972, ps. 239 ss.

(7) CAPPELLETTI, GORDLEY y JOHNSON Jr., cit., p. 9.

(8) FRANCESCHINI, op. cit., p. 6.

(9) CAPPELLETTI, GORDLEY y JOHNSON Jr., cit., ps. 9-10.

(10) FRANCESCHINI, *idem*.

blema de la asistencia legal gratuita. La enorme influencia de la citada religiosidad es pues, la gran diferencia entre la solución adoptada en Roma y en la creada en la Edad Media pues, efectivamente no se dio ningún nexo entre ambas figuras.

La asistencia legal fue el producto de un espíritu de "caridad" o más precisamente, de caridad cristiana como tarea primordial de competencia de la Iglesia al igual que podían serlo otras actividades como sería la creación de hospitales, la donación del pan durante los períodos de carestía, etc. para rendir "honor a la paz del Señor" (11).

Así, también se hizo presente un tipo de profesional en derecho que dedicaba sus vidas a la asistencia y representación de los pobres en los procesos. El caso típico citado en la doctrina, es el de San Ivo de Bretaña (12). Existieron también, organizaciones medievales destinadas a tal actividad como en tiempos más recientes fueron el Instituto romano de piedad de "San Girolamo de la Caridad" o el "Instituto San Ivo".

La actitud de piedad tanto de la Iglesia como de las autoridades temporales de la época, permitió que el servicio a los pobres se organizara mediante dos sistemas:

a. "la *avocatus pauperum deputatus et stipendiatus*"; la cual era una organización canónica que disponía de un oficial especializado y designado por la Iglesia, para que atendiera la representación de las partes pobres ante los tribunales.

La institución se desarrolló especialmente en Francia y en muchos de los comunes de Italia en la cual se denominó "*avocatura dei poveri*" la cual fue para el Derecho Intermedio Italiano la solución al problema de los pobres mateniéndose hasta unificación italiana en el siglo XIX (13) y que parece ser la figura creada por los tribunales laicos como veremos enseguida;

b. La otra institución existente fue aquella adoptada por los tribunales laicos. Mediante una previa

autorización de parte de los concilios eclesiásticos, los magistrados podían aplicar la justicia a los pobres sin que éstos pagaran los gastos procesales y la designación de un abogado que prestara sus servicios al pobre, gratuitamente.

En el siglo XIII, se dieron normas que permitían que en casos de poco valor económico, el abogado que asistía la causa tuviera al mismo tiempo, el poder de emanar la resolución final (14).

La idea de la gratuidad del servicio legal para el mísero, dada por la Iglesia en la Edad Media fue claramente, un nuevo enfoque de contenido sustancialmente diferente al sistema de los romanos, dando así vida a un mecanismo de naturaleza puramente caritativa y no ya política como en Roma centrando la motivación del instituto en el estado de pobreza del individuo originando entonces la aparición de una especie de servicio público de asistencia legal para los pobres sobre todo, en el siglo XVII (15).

Posteriormente en el Derecho francés, se dieron numerosos intentos dirigidos a combatir el problema mediante una justa normativa. Entre estas regulaciones tenemos que sobresalen las emanadas por los reyes Luis XII, Carlos V y Carlos VI tendientes fundamentalmente, a reducir los gastos legales.

Durante el reinado de Enrique IV, se dio la más importante normativa sobre la asistencia del pobre contenida en el famoso decreto o más precisamente, ordenanza del 6 de marzo de 1610, que encarnaba una respuesta al problema de los pobres de grandes alcances pero, desgraciadamente el plan se redujo a una pobre aplicación ya que se resolvió en la prestación del servicio de asistencia a una visita semanal por cuanto existía un enorme temor de perjudicar a la clase profesional de los abogados (16). No obstante, el interés de algunos, por enfrentar el problema, se mantuvo por mucho tiempo prácticamente hasta la Revolución Francesa.

(11) CAPPELLETTI, GORDLEY y JOHNSON Jr., p. 11.

(12) Idem. También en CAPPELLETTI, Gius. e Soc., cit., p. 240.

(13) CAPPELLETTI, GORDLEY y JOHNSON Jr., cit., p. 12.

(14) FRANCESCHINI, op. cit., p. 6. Esta fue una institución de Derecho Canónico emanada en tiempos del Papa Paulo VI. Ver CAPPELLETTI, Gius. e Soc., p. 240, notas 9 y 10.

(15) En los pueblos bárbaros se dio también una interesante solución al problema de la asistencia legal para los pobres la cual ha sido considerada como un verdadero servicio social pues el juez bárbaro tenía potestades para designar al pobre un abogado defensor y para acordar la exoneración de las tasas fiscales. La idea tenía fundamentos bastantes avanzados ya que obedecía a principios tendientes a establecer obligaciones y derechos en un plano de igualdad social. Ver al respecto, CAPPELLETTI, GORDLEY y JOHNSON Jr., cit. p. 239.

(16) CAPPELLETTI, Gius. e Soc., cit., p. 240.

El Derecho inglés inicia a interesarse por la asistencia legal del pobre también mediante la emanación de decretos reales. El rey Enrique III, por ejemplo, emanó un decreto para efectos de imponer una cifra económica que sirviera para regular o digamos para medir en un cierto modo, el estado de pobreza la cual debía ser pagada por parte del litigante que no estuviera en condición de sufragar los gastos procesales y los servicios legales.

La iniciativa inglesa para obtener un sistema justo se continuó hasta llegar a otro tipo de solución que culminó en el estatuto dictado por el rey Enrique VII en el año de 1495, por medio del cual se permitía al juez competente, nombrar un profesional en derecho para la asistencia del pobre. El contenido del citado estatuto fue mantenido por un largo período; hasta el siglo XIX en que cambió sustancialmente (17).

En Alemania se asimiló igualmente la práctica medieval descrita anteriormente, la que se difundió en los diferentes Estados alemanes de entonces expresándose en la figura denominada "Reichskammergerichtsordnungen" (18).

Podemos pues, observar cómo tampoco el Derecho medieval, ofrece una verdadera y concreta solución al problema de la asistencia legal del pobre ya que se da únicamente, una respuesta de tipo caritativo que tiene a la base un móvil muy subjetivo por cuanto hacía depender la existencia de la asistencia de una Iglesia, soberano o privado que se inclinara por la realización de obras de piedad o caridad. No se dio para entonces una solución precisa que plasmada en normas legales, estableciera claramente quiénes y cómo podían gozar del beneficio.

Así por otro lado, tenemos que para la época el sistema de asistencia legal para el pobre, aparte de la ya señalada dependencia de la generosidad —y por eso siempre incierta— de determinados personajes que claramente por ser una cuestión meramente subjetiva, no transmitían a sus sucesores, los abogados la ofrecían en la misma calidad, es decir, no fundados en normas generales y estables que regulaban la institución, sino para congraciarse con sus "señores" (19).

Interesante es hacer notar que la concepción religiosa del mundo existente en el medioevo encuentra también acogida en materia de caballería, en donde los ideales caballerescos incluían una concepción de la asistencia al pobre como la asistencia debida a los oprimidos y desvalidos y así se imponía la designación de un abogado para los económicamente débiles, los huérfanos y los débiles en sentido propiamente dicho, los cuales se consideraban, demandaban la realización de justicia con lo cual se ejecutaban los ideales de caballería íntimamente en armonía con el espíritu religioso de la acción de caridad destinada a proteger al débil y a los desamparados (20).

A dicha concepción caballerisca se agregaba el sector intelectual que se dedicó a interpretar los pasajes del Derecho Romano, contenidos en el Digesto bajo los principios de la fe cristiana.

En fin, toda la legislación y demás soluciones medievales sobre la asistencia legal, se circunscribió a recoger la actuación de principios religiosos y éticos que impidieron una clara delimitación de la institución por lo que no es posible hablar de una figura de gratuito patrocinio en sentido social como se fue delineando posteriormente. Era pues, el producto del libre y subjetivo espíritu de caridad que la convertía en una figura relativa carente de contenido duradero lo que inducía su volubilidad pues, "así como surgía la idea de la caridad hacia el pobre así podía desvanecerse" (21).

3. La Revolución Francesa y el gratuito patrocinio en la Asamblea Nacional:

El rechazo de la cultura noble y el poder religioso-político de la Iglesia medieval por parte de la Asamblea Nacional de 1790, fue acogido en todos los campos de la actividad social y política y ello determinó el inicio de la destrucción del sistema de asistencia caritativa a los pobres surgido en la Edad Media ya que la Revolución Francesa, comportaba una serie de ideas nuevas en materia política y jurídica con base en la corriente iusnaturalista que se produjo en los siglos XVII y XVIII.

El desarrollo de la figura del patrocinio legal a los pobres, se verificó partiendo de la filosofía

(17) CAPPELLETTI, GORDLEY y JOHNSON Jr., cit. Se agrega que tal sistema también fue incorporado en algunos lugares de Italia como fueron la Toscana, Nápoles y Milán.

(18) Idem.

(19) Idem.

(20) El mismo Enrique IV cuando emanó su normativa en 1610, expresó como motivos de la misma, la protección paternal y de caridad hacia los pobres; "una affection charitable et paternelle envers son pauvre peuple". Idem.

(21) Idem., p. 15.

reinante en aquel momento e impulsada fundamentalmente, por Rousseau y concretada en la famosa teoría sobre el "contrato social".

La citada institución, consistía en la concepción política-filosófica de que entre gobierno y pueblo debía construirse una especie de acuerdo mutuo con carácter de contrato cuyo contenido se formaba de un compromiso del Estado a proteger los derechos naturales del individuo (naturales por ser anteriores a la existencia misma del Estado) cuando éstos fueran usurpados por parte de los conciudadanos o del Estado mismo. Según la doctrina contractual, los derechos naturales debían pertenecer a cada ciudadano en forma igual y sin hacer distinciones económicas ni políticas procurando a la vez, su libre ejercicio evitándose con ello, todo tipo de obstáculo que pudiera impedir su libertad. Así se consideró que era el proceso el mejor medio para actuar dichos derechos.

Evidentemente, dentro de este modo de enfocar la problemática política, surge consecuentemente, una diversa solución al problema de los derechos del ciudadano el cual se plasmó, en primer lugar, en la famosa "Carta Americana de los Derechos" de 1779 y luego, en la "Declaración de los Derechos del ciudadano" producto de la Revolución Francesa.

Así, la asistencia legal para el pobre, fue enmarcada dentro la filosofía del período en donde cabe señalar que la innovación contenía una agravante que prácticamente, dejaba de nuevo por fuera la respuesta idónea pues, no se puede hablar de una correlativa creación de mecanismos o medios concretos para hacer valer los principios establecidos: era una igualdad y libertad de derechos a nivel formal que naturalmente, en la práctica no se verificaban.

El principio que expresó la preocupación por el problema del acceso de los pobres a los servicios jurisdiccionales, era el referente precisamente, aquel que hablaba de la igualdad del derecho de todo ciudadano, a tener acceso a la administración de justicia, garantizándose para ello el derecho de ser escuchado y defendido en sede jurisdiccional. Concretamente se enunciaba el derecho del pobre a gozar de una asistencia legal gratuita la cual, como hemos dicho, no encontraba instrumentos

reales para hacerse efectiva dándose el fenómeno contrario: los abogados continuaban a requerir un alto costo de sus servicios ante el cual el pobre se veía incapaz. En fin, la solución del movimiento revolucionario francés fue de naturaleza abstracta en relación al problema general de la justicia.

En realidad, la garantía real del servicio legal gratuito, no fue exactamente, el aporte de la Revolución Francesa; sino más bien, la gratuidad de los servicios judiciales es decir, de las prestaciones del juez y magistrados con el fin de eliminar las pre-existentes jurisdicciones eclesiásticas y nobles producto del "Ancien Regime". Fue así simplemente, el nacimiento de la actividad jurisdiccional pagada por el Estado con la intención de efectuar una unificación del engranaje jurisdiccional para englobarla dentro del ámbito estatal (22).

4. El gratuito patrocinio durante el siglo XIX:

La ausencia de un sistema completo de tipo normativo verificada en el período de la Revolución Francesa, produjo como resultado una actividad nueva en el siglo XIX. Bajo una visión de naturaleza social la incompleteza de la normativa revolucionaria fue combatida, dándose lugar a las primeras grandes manifestaciones en los Estados Occidentales que para entonces, eran participantes de una nueva ideología con repercusiones en todos los campos especialmente en el campo económico o sea, la famosa doctrina del "laizes fare". El primero de estos cambios aparece siempre en terreno francés en 1851 y contemplado en un estatuto tendiente a remover las barreras económicas que impedían a los pobres el acceso normal al proceso. La idea fundamental era la de ofrecer al pobre, la oportunidad de contar con la asistencia de un abogado en forma gratuita y la exoneración de los gastos procesales.

Más adelante, en 1901, el sistema se perfeccionó con la creación de diferentes oficinas que tenían a su cargo, la designación del asistente legal.

El sistema originalmente ideado en Francia o sea, el de ofrecer al pobre la asistencia gratuita mediante la gratuidad del servicio, fue acogida posteriormente por la legislación italiana en 1865 que se concretaba en el principio de la "asistencia legal gratuita y obligatoria" y que se ha mantenido sus-

(22) CAPPELLETTI, GORDLEY y JOHNSON Jr., cit., ps. 17-18; CAPPELLETTI, *Giust. e Soc.*, cit., p. 244; TROCKER Nicoló, *Processo e Costituzione*, Milano, 1974, p. 300.

tancialmente igual hasta el presente ya que tal enunciado se repitió en la ley que modificó el citado decreto en 1923 (23).

Idéntico fenómeno se verificó en la legislación alemana que, en 1877, adoptó el citado principio dejándose la designación del abogado al juez de la cuestión, previa comprobación, de la pobreza y seriedad del caso.

Es de hacer notar que ninguno de estos sistemas previó la exoneración del pobre de los llamados gastos procesales, punto que más bien, se inició a perfilar posteriormente en el siglo XX, en donde se inicia a otorgar una exención parcial de tales gastos.

En Inglaterra en 1883, la ya citada figura del gratuito patrocinio, sufre interesantes cambios a favor del pobre; sobre todo porque se señaló una nueva medida del estado económico del interesado con lo que el beneficio se ponía al alcance de un mayor número de personas ya que se estableció un aumento de la cifra requerida hasta entonces para tener derecho a la gratuidad del servicio, pasándose de un mínimo de cinco Libras Esterlinas impuesto desde 1495, a un mínimo de veinticinco. Por otro lado, se amplió el beneficio a todo aquel que debiera intervenir en un proceso en el sentido de eliminar el sistema anterior que concedía el beneficio solo a quien participaba como actor.

En 1914, el sistema fue radicalmente cambiado haciéndose abandono de las potestades del juez para designar el abogado y la previa demostración de la fundabilidad o mérito de la cuestión. Se creó así, un Departamento especial: "Poor Person's Department" (24) que empleaba los servicios voluntarios de abogados privados para que representaran a las partes pobres.

En 1925, el nuevo gobierno perfeccionó el sistema mediante una delegación de la actividad administrativa del citado departamento, a una organización social llamada "Legal Society" (25) con la cual nacieron nuevos centros de prestaciones asis-

tenciales para el pobre constituyendo comités que desarrollaban esta función social.

Es claro, que lo anteriormente expuesto sobre el sistema inglés, nos permite denotar que el pueblo inglés con su abierto interés por crear una justa solución al problema del pobre, da vida a una mecánica de la asistencia legal que contrastaba enormemente con los restantes sistemas vigentes en otras naciones europeas como hemos visto. Se ha dicho, no obstante, que el sistema inglés a pesar de sus ventajas no puede ser considerado como una solución definitiva del problema pues, mantiene algunas limitaciones como son los indicados mínimos de capital, base económica que puede obstaculizar el goce del beneficio a un gran número de personas.

El sistema inglés es luego, incorporado en 1892, por la legislación americana delineado dentro del esquema inicial es decir, estableciendo que fuera el juez de la cuestión el encargado de designar el abogado al no pudiente y con la previa demostración de la fundabilidad del caso.

Tal mecanismo, se extendió posteriormente en 1910, a los procesos penales y civiles en cuanto el beneficio se establecía para ambas partes intervinientes en la contienda judicial: actor y demandado y abarcando todos los grados de instancia propios del caso en concreto.

Como conclusión general sobre la transformación adoptada por la figura del gratuito patrocinio durante el período del "Laizis fare", podemos decir que una vez más no se ofreció para entonces, una respuesta satisfactoria al problema en discusión posiblemente porque el ambiente ideológico del libre mercado, era incompatible con la asistencia gratuita a nivel de servicio legal en sentido jurídico. Así pues, las soluciones siempre participaban de aquel inevitable matiz burgués del tiempo sintiéndose aún el descuido o desinterés por enfocar el problema como lo fue en el Derecho Romano y en la Edad Media.

(23) CAPPELLETTI, GORDLEY y JOHNSON Jr., cit., p. 19.

(24) Idem, p. 20.

(25) Idem.

Parte segunda

A. FUNDAMENTOS SOCIALES Y DOCTRINARIOS DE LA FIGURA DEL GRATUITO PATROCINIO.

1. Función social del proceso civil:

Los movimientos sociales del mundo moderno no pueden ser ignorados por el Derecho Procesal Civil (26) ya que hoy día, las actividades humanas tienden cada vez con mayor intensidad, a afirmarse con un carácter de obra colectiva y solidaria del grupo social consenso el cual, se ha consagrado en la mayor parte de las actuales cartas constitucionales más avanzadas y en los documentos internacionales que concretan los principios sociales destinados a hacerse efectivos mediante las instituciones jurídicas (27).

El proceso civil más que el penal, se ha suscitado en modo evidente y de ahí que gran número de problemas que pueden encontrar solución en una mayor preocupación de los procesalistas, se dejen en cambio de lado en virtud de una apatía ante los problemas sociales que cotidianamente se presentan. Tal situación pareciera no fundarse en una razón lógica puesto que pensamos que el proceso en general, es uno de los instrumentos de los sistemas jurídicos, más apto para actuar una dinámica social del derecho porque es en sede procesal que la ley adquiere vida, actuación efectiva; es mediante la actividad jurisdiccional que se puede hablar de una consolidación de los derechos sustanciales de ahí que el proceso civil deba entrar también a colaborar con la formación o en la labor de mejorar las condiciones del grupo social junto con las demás ramas del derecho y actividades humanas.

Como corolario podemos decir que una interesante y útil manera de incisión del proceso en el ámbito de las luchas sociales modernas, es mediante la institución del servicio legal a los pobres entendida como una de las grandes tareas de los Estados actuales.

2. Naturaleza de la institución del gratuito patrocinio:

Hemos visto en páginas anteriores cómo ha sido considerada la asistencia legal al pobre: como un modo de obtener satisfacciones políticas (Roma) o como un acto de caridad (Edad Media) y en los últimos tiempos como una función gratuita del profesional en derecho sin que la misma contenga la solidez de que participan las reales funciones de un Estado moderno: es decir, sin que hasta ahora haya sido considerada como una figura de asistencia legal en sentido técnico y procesal libre de exigencias económicas (28).

Los principios normativos tanto de orden constitucional como de tipo internacional, insisten en afirmar la igualdad de los ciudadanos y aún de los no ciudadanos, para intervenir en la actividad jurisdiccional tanto como actores que como demandados para lo cual se establecen respectivamente, el derecho de acción y el derecho a la defensa técnica (29). Sin embargo, no se tiene presente que tal igualdad formal debe encontrar una igualdad material que permita que tanto el rico como el pobre, puedan hacer efectivos los derechos de acción y defensa en el proceso pues, de lo contrario, nace un enorme problema de desigualdad por cuanto el rico indudablemente no encontrará obstáculo alguno para intervenir en el proceso ya que se encontrará en grado de suplir los gastos del mismo y para gozar de los servicios de un abogado que lo asista y dirija correctamente o sea en sentido técnico, mientras que el pobre, será desprovisto de los medios indicados y por tanto cualquier derecho establecido a nivel formal resultará solo un interesante principio sin que el mismo corresponda a una real garantía. De ahí que el enfoque del problema deba hacerse a la luz de la

(26) DENTI Vittorio, *Processo Civile e Giustizia Sociale*, Milano, 1971, p. 31. En el mismo sentido, CHIAVARIO Mario, *Processo e Garanzie delle Persone*, Milano, 1976, ps. 243 ss.

(27) CHIAVARIO, *idem*.

(28) CALAMANDREI, Piero, *Processo e Democrazia*, Opere Giuridiche I, Milano, 1965, p. 694; también CAPPELLETTI y VIGORITI, "Diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano", *Riv. di Dir. Proc.*, V-XXVI (II serie), 1971, ps. 604, 625-627.

(29) En este sentido, CHIAVARIO, *cit.*, *idem*; CALAMANDREI, *op. cit.* p. 691.

institución del gratuito patrocinio, visto como un derecho y no como un simple favor por medio del cual se realizan ideales religiosos de caridad o piedad como se ha hecho hasta el momento, pues el mismo es un deber del Estado quien debe garantizar el perfecto desarrollo de la personalidad humana (30). En efecto, se ha dicho que la desigualdad por motivos económicos en el ámbito de la justicia, constituye un modo de impedir el perfecto desarrollo de la personalidad humana por cuanto lógicamente, quien no es un conocedor de la materia se encontrará en situación de desventaja frente a quien en cambio, gracias a sus posibilidades económicas, puede permitirse un profesional que lo representa en el proceso de la mejor manera y puede afrontar todos los gastos procesales y un representante técnico lo cual significa gozar de una especie de prolongación de la personalidad, así pues, en un sistema donde el derecho de la defensa es considerado pero lleva implícita una carga económica, no es posible hablar de aquella garantía de acceder al proceso como derecho inherente a la persona humana (31).

El tecnicismo y solemnidad del proceso exigen la presencia de un colaborador técnico de la parte, por un lado, y por otra, del juez (32) ya que la falta del mismo sería como abandonar a la parte pobre a enfrentar lo imposible. Así siendo afirmado y reconocido que la administración de justicia es un derecho que debe corresponder a todos y en un plano de igualdad social y jurídica, es necesario reformar aquellas instituciones que dada su errada estructura impiden la efectividad de dicho principio. Es pues, el momento de considerar que; el derecho a un servicio legal y la exoneración de las cargas económicas para el pobre, no es una limosna sino un estricto derecho del mismo y un estricto deber del Estado (33).

3. Los movimientos reformistas doctrinales de la actualidad y sus frutos positivos:

En la actualidad, los diferentes sistemas

jurídicos existentes sobre el gratuito patrocinio, han sufrido interesantes cambios conceptuales que conduciendo a la figura en discusión, hacia una vía más justa e idónea dentro del plano real.

Existe a la base de estas innovaciones un nuevo modo de enfocar el problema en cuanto se enmarca el gratuito patrocinio, dentro de las funciones ordinarias del Estado, es decir, se considera como una típica función pública o servicio social dejando de lado las concepciones religiosas de caridad y dándose entonces, una equiparación de la asistencia legal, a la labor sanitaria que hoy día constituye una actividad de estricta competencia del Estado.

Los cambios fundamentales, podemos decir, se han operado en relación a cuatro puntos determinados de la figura que se pueden catalogar también, que han señalado sea el mantenimiento de principios que han desviado tradicionalmente la institución de su verdadero sentido como aquellos, que a través de una nueva concepción, representan una orientación positiva de la misma acercando el ejercicio de la justicia al pobre. Tales cambios se concretan de la siguiente manera según nuestro criterio:

- a. Estado de pobreza,
- b. el llamado "fumus bonis iuris" o sea, el grado de fundabilidad del asunto a patrocinar gratuitamente.
- c. Los alcances de la gratuidad: en relación a los gastos procesales y servicios profesionales.
- d. Asistencia extrajudicial.

a. Estado de pobreza:

El criterio clásico ha considerado el estado de pobreza como un estado de "no habienza" (34) por ello, el concepto daba lugar a una gran incertidumbre o imprecisión de quién debía ser clasificado dentro del grupo de no habientes para ser digno de obtener el gratuito patrocinio.

La delimitación de este grado de pobreza en la doctrina moderna y en algunas legislaciones, ha si-

(30) CALAMANDREI, ídem; DENTI Vittorio, "Il gratuito patrocinio davanti alla Corte Costituzionale", *Riv. di Dir. Proc.*, V-XXIV (II serie), 1969, p. 152.

(31) COUTURE, Edoardo J., "Alcune proposizioni fondamentali di diritto processuale civile" en *Scritti Giuridici in memoria di Calamandrei*, V-I, Padova, 1958, p. 160.

(32) PUNZI, Carmine, "Note sul ministero del difensore nel processo civile", en *Studi in onore di Antonio Segni*, IV, Milano, 1967, ps. 147, 164-165.

(33) Una idea semejante expresa FRANCESCHINI, op. cit., ps. 1-2.

(34) En Roma el criterio partía de la protección al no habiente mediante el patronus. FRANCESCHINI, op. cit., ídem, nota No. 5. En la Edad Media hemos visto, era un criterio de no habienza unido a la misericordia. En este sentido: CAPPELLETTI, Gius. e Soc., cit., ps. 239, 264-271. También sobre el tema ver: PIZZORUSSO Alessandro, "Problemi e prospettive della assistenza giudiziaria ai non abbienti" en *Democrazia e Diritto*, 1969, ps. 227-228; LUISO, Francesco Paolo, "Il gratuito patrocinio ed il patrocinio statale" en *Nuovo Trattato di Diritto del Lavoro*, V-IV, pas. 42 a 430.

do modificado dándose vida a un criterio más racional y acertado. Veamos tal aspecto:

La condición de pobreza viene hoy día concebida como una situación concreta que depende de cada caso que se presenta a efectos de obtener el beneficio ya que, principalmente se refiere a motivos particulares como son las obligaciones no solo familiares, sino también, personales de quien solicita ser patrocinado. Se expresa este criterio, en la consideración de quien por hacer frente a los gastos procesales y servicios profesionales, menoscabe la satisfacción de sus necesidades personales y familiares comprendiendo ambas como puntos fundamentales en la vida cotidiana de la persona (35).

En la doctrina italiana se dice que el beneficio debe ser concedido a quien por motivos particulares o familiares demuestre no poder suplir los gastos del proceso. Tal criterio, pareciera ser también el de la Corte Constitucional italiana que ha definido el estado de pobreza como aquel en el que el solicitante no sea capaz de suplir los gastos de la litis (36).

La legislación alemana habla de la concesión del beneficio a quienes no puedan cubrir el costo del proceso sin descuidar el sustento personal o de la propia familia. Otro criterio adoptado en Alemania es el de la fijación de un mínimo de capital restringiendo a su vez tal mínimo, a la parte gravable por obligaciones alimentarias. La jurisprudencia alemana también, ha tratado de solucionar el problema precisando que debe ser "la no disponibilidad financiera" y al efecto establece una cifra mínima de 450 marcos (37).

En la Unión Soviética, el problema se resuelve con base no a la condición económica del solicitante sino, según sea la materia litigiosa así, se admite el gratuito patrocinio, para todos los casos de derecho de familia, derecho de trabajo, indemnizaciones resultantes de procesos penales (se excluyen así aquellas que provengan de asuntos de naturale-

za privada) en calidad de resarcimiento de daños (38).

En Inglaterra la situación se resuelve con relación al caso concreto o sea, determinando las posibilidades económicas de cada solicitante, imponiéndose a su vez, un sistema de exención total o parcial. Un sistema símil ha sido incorporado en la legislación canadiense (39).

Vemos pues, cómo el problema adquiere nuevas perspectivas tendientes indudablemente, a ubicar el problema en un plano real y acercando la institución del gratuito patrocinio a un punto más justo y realizable, mediante una concretización del estado de pobreza, producto de una revalorización de los alcances del requisito, que lo hacen cada vez más equitativo y permitiendo por ende, una mayor movilidad para la legitimación a la admisión del beneficio puesto que, se tiene en cuenta un elemento fácilmente verificable como es la escogencia entre la privación del mínimo de tipo vital para vivir y cubrir los gastos que implica una contienda judicial (40).

b. *Fumus bonis iuris*:

Se entiende por el "*fumus bonis iuris*", el punto referente al segundo requisito contemplado para adquirir el beneficio del gratuito patrocinio y que es concretamente, la previa demostración del grado o posibilidad de la fundabilidad de la cuestión que planteará quien pretende el beneficio. La valoración de tal requisito, se efectúa en fase prejudicial y en forma sumaria.

Las legislaciones clásicas establecen como contenido de este requisito; "la posibilidad de éxito favorable de la cuestión" (41). Las tendencias actuales son las de considerar esta previa y sumaria revisión de la "razón" o fundabilidad de la litis, bajo un criterio de "no manifiesta infundabilidad de la causa"; de "razones no manifiestamente infundadas" (42).

(35) LUISO, Francesco Paolo, *ídem*, p. 432.

(36) Es el criterio de Denti, cit. por CAPPELLETTI en *Gius. e Soc.*, 9 p. 271, también de TROCKER, Nicolo, *op. cit.*, p. 301.

(37) TROCKER, Nicolo, *op. cit.*, p. 304.

(38) DENTI, Vittorio, *Processo e Giustizia Sociale*, Milano, 1971, p. 31 ss.; PECORI, Paolo, "Il costo del processo civile e i non abbienti nell'Unione Sovietica", *Riv. di Dir. Proc.*, V-XXV (II serie), 1970, p. 264.

(39) DENTI, "Proc. Civ. e Gius. . .", cit., ps. 31 ss.

(40) PIZZORUSSO, *op. cit.*, p. 229.

(41) CAPPELLETTI, M., *Processo e Ideologia*, Bologna, 1969. En relación a los sistemas italiano y francés, p. 550.

(42) CAPPELLETTI, *Gius. e Soc.*, cit., p. 264; LUISO, F.P., *op. cit.*, ps. 441-442, en relación al nuevo sistema incorporado para el gratuito patrocinio en la ley sobre el proceso laboral italiano.

Es en fin, una concepción fundamental que forma parte de la demanda al beneficio y con carácter determinante para su obtención ya que el requisito obedece al interés de impedir que se emprendan acciones o defensas temerarias que conduzcan a un "desperdicio" de los recursos materiales y humanos que conlleva toda contienda judicial (43).

Elemento pues esencial, de dicho examen previo y sumario sobre el mérito de la causa, es la presentación de pruebas de parte del interesado a gozar del beneficio. Dicha exigencia, ha hecho opinar a algunos estudiosos, que ello es pedir más al pobre que a quien, gracias a sus posibilidades económicas, plantea su problema sin que le sea pedido el demostrar previamente, el grado de seriedad de su acción o defensa. La desigualdad jurídica se ve evidentemente agravada con tal requisito lo que implica para el pobre, el deber de exponer su caso de antemano frente a la contraria: "descubriendo anticipadamente sus cartas" (44).

En Alemania se habla de "suficientes perspectivas de éxito", lo cual debe ser perfectamente comprobado en aras de preservar la acción y evitar siempre, el riesgo de que la misma, sea temeraria afirmándose que ello consiste en la "racionalidad" que debe siempre acompañar la acción procesal como sería dentro de la conceptología del derecho inglés (45).

La Corte alemana ha interpretado el requisito, en forma ampliativa buscando la solución más justa según el caso: así ha acordado la exoneración de tal requisito, en el caso del demandado que sea quien solicita el beneficio, no obstante, el sistema en estos términos, se dificulta cuando la solicitud se plantea por ambas partes. En consecuencia, la Corte ha dicho que si son ambas partes el requisito no decae pero, bajo el criterio de "no manifiesta infundabilidad" (46).

c. Gratuidad de los servicios profesionales:

Es de esencial importancia hacer notar que dicha materia ha sido totalmente olvidada y por ello no encontramos la función social que hemos señalado en relación al proceso civil en tratándose de acceso gratuito al proceso. La total apatía por dicho problema se corrobora además en los documentos principales de derecho internacional emanados en los últimos años (47).

Efectivamente, la garantía fundamental de la defensa técnica, por ejemplo, en los citados cuerpos normativos, no ha sido tomada en cuenta de manera especial como sí se ha hecho en materia penal. Citemos un caso, establece la Convención Europea que se ofrece al imputado "*el derecho de gozar de un defensor de oficio cuando lo exijan los intereses de la justicia*" (art. 6 n. 3, letrac). El mismo artículo 14 en su letra e), habla del derecho a la "asistencia gratuita de un intérprete" (48), mientras que para el caso de las partes que intervienen en un proceso civil no se dice nada.

El Pacto Internacional establece en su art. 14 únicamente una nueva estipulación del principio formal de igualdad ante los tribunales contenida en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en su art. 10 (49).

La Convención Europea pues, no habla del derecho generalizado de la defensa gratuita y más concretamente de la defensa técnica en forma gratuita pues más bien el art. 4 de la misma, protege la libertad del trabajo profesional (50).

No obstante, la necesidad de la existencia de los servicios profesionales gratuitos, creemos que tal gratuidad debe ser para quien goza del servicio o beneficio del gratuito patrocinio, y no para quien presta sus servicios. La regla contenida en el citado art. 4 de la Convención Europea no carece en su totalidad de razón, pues es justo que quien trabaja obtenga la remuneración por ello. Por otro

(43) CAPPELLETTI, ídem, también en *Proc. e Ideol.*, ps. 550 ss.

(44) TROCKER, op. cit., p. 321.

(45) Idem.

(46) Idem.

(47) Me refiero a "La Declaración Universal de los Derechos del Hombre", proclamada por la ONU el 10 de diciembre de 1948, "La Convención Europea de salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las libertades fundamentales" (Roma 4 dic. de 1950), "El Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos", aprobado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966. Ver al respecto, CHIAVARIO, cit., ps. 4-10.

(48) Idem, 244.

(49) Idem.

(50) Fundándose en dicho art. 4, la Comisión Europea, declaró incompatibles con el mismo, los sistemas tendientes a gravar enteramente, las profesiones liberales con las defensas gratuitas. (22 de marzo de 1972). Idem p. 245.

lado, es sabido que la falta de pago de los servicios profesionales se traduce en desinterés y descuido del asunto (51) o causas de los pobres.

Las tendencias actuales se dirigen a resolver en diferentes modos el problema tratando de armonizar el servicio remunerado del profesional, y la garantía de la asistencia al económicamente débil. Veamos dicha problemática rápidamente.

En el sistema inglés de asistencia legal, los servicios del profesional son pagados con fondos estatales aún cuando la actividad desplegada sea hecha de parte de los privados.

En la Unión Soviética se utiliza el mismo mecanismo para cancelar los servicios del abogado que forma parte de la "avokatura" (52) que es la organización estatal bajo la cual se realiza el servicio legal gratuito. En la Unión Soviética, el sistema de pago de los honorarios del abogado por parte del Estado, es completado con otro sistema que es de un pago parcial que debe hacerse algunas veces a cargo de los interesados pero, que es posible cancelarlo con muchas facilidades (53).

En general, la sistemática de las naciones socialistas, comprende fundamentalmente, una organización procesal en donde no se imponen ni el deber ni la absoluta necesidad del defensor pues, el problema se resuelve mediante la presencia de un "juez auxiliar", el cual interviene tanto en el acto de la demanda, como en las fases del proceso, orientando además, a la parte. Tal carácter del juez en las naciones socialistas, viene regulado como una tarea obligatoria y no facultativa siendo entonces, un medio ideal para garantizar la actuación de la asistencia legal en todos los casos. Sin embargo, es necesario hacer notar que, en aquellos casos en que la persona desee recurrir a los servicios profesionales, los mismos se prestan a un costo total-

mente bajo, que son perfectamente accesibles desde el punto de vista de escasos recursos económicos del interesado (54).

En Alemania desde 1919, se organizó el pago de los profesionales con fondos del Estado (55) lo mismo que en Italia con relación al sistema nuevo en materia de trabajo, emitido en 1973, en donde el pago se efectúa no en base a tarifas especiales —las cuales normalmente, son siempre más bajas— sino, con base a aquellas ordinarias para los servicios profesionales privados. Se comprende además, dentro de este sistema, el pago a los peritos, auxiliares del juez, notarios, etc. (56). En Francia también, actualmente se ha creado un mecanismo de pago con fondos estatales pero, calculándose el monto de los honorarios, en relación directa a la cuestión litigiosa (57).

Unido al problema del costo de los servicios profesionales, nos encontramos con el llamado costo del proceso referido a los gastos propiamente fiscales y de los técnicos que hayan prestado su colaboración al proceso: peritos, notarios, etc. Las soluciones al respecto no son muchas, pareciera que el problema se haya tratado en forma bastante superficial, sobre todo, en cuanto al segundo tipo de gastos o sea, el pago a los servicios de orden técnico.

En materia de gastos de naturaleza fiscal, la norma general es la de exención de los mismos en caso de gratuito patrocinio. Sin embargo, insistimos el asunto aún no ha sido resuelto ni aún en el caso de legislaciones más avanzadas en el ámbito de la gratuidad de la justicia. Por ejemplo, en Inglaterra, se mantiene el pago de las cargas patrimoniales del proceso aún en tratándose del patrocinio gratuito pero, se dice que tales cargas cuentan un elemento positivo ya que, son destinadas a garanti-

(51) Ver al respecto, DENTI, "Il gratuito patrocinio davanti alla Corte Costituzionale", *Riv. di Dir. Proc.*, 1969, ps. 150 ss.

(52) En la Unión Soviética el gratuito patrocinio, encuentra su disciplina en un acto ministerial de la República Federal que organiza a los abogados en la "Avokatura" que comprende un complejo de oficinas legales del Estado, a las cuales se les ha atribuido la tarea de determinar los requisitos para participar del beneficio. El sistema consiste en la prestación exenta del pago, en virtud de la "ratio materiae". Se pueden presentar casos en los que la "ratio materiae" se deja de lado y se otorgue el beneficio, con base a las condiciones económicas del solicitante y en cuyo caso la oficina respectiva, acuerda el pago de los honorarios del profesional el que normalmente, queda a cargo del sucumbente y el cual luego, se deposita en el fondo de la oficina para el pago de todos sus miembros. Ver al respecto, PECORI, op. cit., p. 266.

(53) Idem.

(54) DENTI, V., "L'evoluzione del "legal aid" nel mondo contemporaneo", *Riv. di Dir. Proc.*, XXXII (II serie), No. 4, año 1977, p. 590.

(55) CAPPELLETTI, Giust. e Soc., cit., p. 244. En el mismo sentido, TROCKER, N., op. cit., p. 331 quien explica que el pago hecho de esta manera, es casi solo una cosa simbólica.

(56) CAPPELLETTI, ídem; LUISO, F.P., op. cit. p. 449.

(57) CAPPELLETTI, ídem, ps. 270 ss.

zar el mejor funcionamiento de la administración de justicia sin incidir directamente y en forma discriminatoria, sobre la condición económica de las partes. La ley inglesa ha establecido una lista de casos en donde es permitido litigar bajo la asistencia legal gratuita, y la exoneración absoluta de los gastos fiscales (58).

En las naciones socialistas, las exenciones de las cargas patrimoniales de la justicia, se resuelven en vía preventiva o sea, por razón de la materia como se hace para el pago de los servicios profesionales. Se dan algunas excepciones en las que el juez subsidiariamente, puede imponer la cancelación de las mismas, en cuyo caso, se tiene presente la condición económica del solicitante o del beneficiario (59). Aquí, el pago, se puede hacer en forma parcial o total con la posibilidad de cancelar ya sea en diferentes tractos o dándose un tiempo prudencial para el reembolso (60).

En Italia, el sistema de las cargas procesales, ha sido muy criticado ya que, en la mayor parte de los casos, condiciona a ellas, el libre desarrollo del proceso incidiendo a su vez, notablemente en la condición económica del interesado. Sin embargo, como más adelante veremos, parte del problema se ha resuelto en materia laboral con la nueva ley del gratuito patrocinio en el proceso de trabajo.

En Alemania desde 1928, se ha iniciado una actividad bastante interesante en el campo de la venta de seguros, la cual, ha interesado también a las organizaciones privadas de profesionales legales y así existe la venta de seguros para eventuales contiendas judiciales para las que el dicho seguro, cubrirá los gastos procesales (61).

d. Asistencia legal extrajudicial:

Los sistemas más avanzados en materia de asistencia legal, han creado a la par del normal servicio legal judicial, un servicio de consulta llamado por su naturaleza, de "asistencia legal extrajudicial",

dando vida a un sistema más completo de la asistencia legal del pobre.

En Alemania y en Francia las reformas a la ley sobre el gratuito patrocinio, han incluido también, el ejercicio de una asistencia legal de tipo consultivo, pero éste ha sido considerado por algunos doctrinarios, como un mecanismo aún rudimentario el cual efectivamente, no ha dado los frutos deseables ya que, las prestaciones no se ofrecen regularmente sino que en forma esporádica (62).

En materia de asistencia legal como hemos podido notar hasta ahora, el país que ha logrado desarrollarla mejor en Europa es Inglaterra la que después del segundo conflicto mundial, precisamente en 1949, inició una reforma casi radical a la figura del gratuito patrocinio mediante la creación del "Welfare State" sistema de asistencia legal que englobaba tanto el llamado "legal aid" como el "legal advice". Tal programa se organizó por medio de una organización privada de profesionales ingleses: la "Law Society". Estos profesionales ejercían la administración de la asistencia legal en sus dos grandes ramas y se completaba con un control y financiación estatales (63).

El sistema del "Welfare State" que luego, fue adoptado también por la legislación del Canadá y aquella de los Estados Unidos (64) no fue desarrollado en todos sus alcances en Inglaterra, ya que de hecho, se presentaron otro tipo de instituciones que no eran comprendidas en el proyecto original. Por ejemplo, se crearon las oficinas del "Neighbourhood Law Centres and Legal Centres", impulsadas por la "Law Society", realizando una actividad que se desviaba totalmente de la finalidad que perseguía el plan ya que todo se traducía en la satisfacción del interés de la clase profesional y de ahí, que luego como lo es actualmente, se produjera una tendencia a dejar en manos del Estado el desarrollo de las prestaciones propias que se habían propuesto en el citado "Welfare State", preserván-

(58) VARANO, Vincenzo, *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra moderna*, Milano, 1973, p. 464.

(59) DENTI, V., "L'evoluzione del 'legal aid'. . ." cit., p. 590. También ver al respecto, PECORI, op. cit., p. 265.

(60) Ver observaciones críticas de CAPPELLETTI y VIGORITI, "Diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano", *Riv. di Dir. Proc.*, V-XXVI (II serie), 1971, p. 457. También, VIGORITI, "Fumus bonis iuris", *Riv. di Dir. Proc.*, V-XXI, (II serie), 1966, p. 285.

(61) TROCKER, N., op. cit., ps. 360-361; DENTI, "L'evoluzione del 'legal aid'. . ." cit., p. 584.

(62) DENTI, idem, p. 584.

(63) DENTI, V., *Proc. Civ. e Giust. Soc.*, cit., ps. 31 ss.

(64) DENTI, V., idem.

dose así, el móvil social para el cual se había creado (65).

De gran importancia es citar aquí el caso de Suecia la cual en 1973, creó un sistema de asistencia legal mixto comprendiendo también la doble asistencia: judicial y extrajudicial. A grandes rasgos, la legislación específica sueca, ha hecho una división de ambas tareas; dejando la asistencia judicial al servicio prestado por las oficinas de profesionales privados y la relativa a la asistencia extrajudicial, a los abogados empleados por el Estado en sus oficinas, cubriéndose en ambos casos por parte del Estado, el honorario a pagar (66).

En los Estados Unidos junto a los servicios de "legal aid" y "legal advice", se estableció un servicio de tipo más que todo sociológico, bajo el nombre de "Legal Service Program" en el año de 1964 y que diez años después, culminó con el instituto denominado "Office of Economic Opportunity" (OEO) que tenía como función principal la creación de los "Neighborhood Law Firms" (oficinas legales de vecindario) ubicados en los barrios populares de las grandes ciudades y de algunas zonas rurales cuyas prestaciones se llevaban a cabo mediante abogados pagados para realizar dicha labor, a tiempo completo o a medio tiempo pagados por el Estado.

Los objetivos primordiales de tales oficinas, eran en primer término el de informar a los grupos necesitados sobre los problemas legales, utilizando

para ello, todos los medios de comunicación e incorporando con el pasar del tiempo, la participación directa de los mismos grupos de interesados en el desarrollo del programa.

Sin embargo, este programa debido a sus grandes innovaciones de tipo social, no tardó en sufrir los primeros golpes destructivos; iniciaron a llover numerosas críticas de parte de los sectores profesionales y políticos y así poco a poco, las fuentes de financiamiento se fueron debilitando hasta carecer de ellas en forma absoluta.

Con la legislación Nixon se dio la iniciativa para suplantarlo mediante su sustitución por un órgano de carácter privado que sufragaba económicamente el Estado. Este órgano se llamó "Legal Service Corporation" y a través de éste, se canalizaba el sistema de la asistencia legal por las vías tradicionales (67).

En las naciones socialistas, los abogados están obligados a prestar sus servicios para la evacuación de consultas a quienes lo soliciten. No obstante, para quien requiera de una respuesta escrita, se ha establecido el pago de una pequeña cantidad (68).

El juez, hemos ya hecho notar, en los sistemas socialistas, goza del doble poder siempre en el proceso, de ejercer la asistencia de la parte comportándose como auxiliar de las mismas de ahí que sus funciones se extiendan también, a la labor de evacuar las consultas de naturaleza extrajudicial que se le presenten (69).

(65) DENTI, V., "L'evoluzione del 'legal aid'. . .", cit., p. 586. Varano ha criticado el sistema inglés porque considera que ciertos mecanismos del mismo, lo hacen impracticable, por ejemplo, la fijación de un mínimo de capital. Por otro lado, señala que en materia del legal advice, el pago al profesional ha resultado insuficiente lo que ha traído como consecuencia muchos problemas tales como el poco tiempo que se dedica para ejercer el servicio: reducido a media hora la cual se presta durante los horarios de oficina. La situación descrita ha llevado a cambiar el sistema ajustándolo más a la realidad circundante pues, cuando se presenta un asunto para el cual se requiere de una respuesta que debe elaborarse en forma escrita, el utente debe pagar una modesta suma por el servicio. Ver, VARANO, op. cit., ps. 452-454.

(66) Idem.

(67) DENTI, V., "L'evoluzione del 'legal aid'. . .", cit., ps. 587-588.

(68) Sistema similar al indicado en nota anterior por VARANO, el cual se utiliza también en Inglaterra. En la Unión Soviética, para darnos una idea, el pago consiste en la cifra de cincuenta "Kopequi". Se establecen sin embargo, algunas excepciones como en el caso de quien reclama una pensión o de marineros y soldados, posiblemente atendiendo a sus limitaciones dada la circunstancia transitoria en que se encuentran estas personas, no se exige el pago de los servicios aunque si ello consiste en una respuesta escrita. La actividad extrajudicial que se desarrolla en el Unión Soviética es muy variada incluyendo aún la realización de acuerdos conciliatorios, la escritura de cartas, etc. En relación al tema ver, PECORI, op. cit., p. 269. Además, DENTI, Proc. Civ. e Giust. . ., cit., op. cit., ps. 31 ss.

(69) DENTI, "L'evoluzione del 'legal aid'. . .", cit., p. 591.