

La igualdad en las partes en el Proceso Civil.

JOSE CARLOS BARBOSA MOREIRA**

1. A lo largo de los siglos mucho se ha discutido sobre la igualdad. El tema interesa a los filósofos, a los sociólogos, a los científicos políticos, a doctrinadores de toda especie. La religión misma tiene algo que decir al respecto. No pueden olvidarlo, por supuesto, los juristas, los procesalistas no más que los otros, sobre todo si el ordenamiento adopta, en términos explícitos o implícitos, una regla como la del art. 125, I, del **Código de Proceso Civil** brasileño, según la cual le corresponde al juez "asegurar a las partes igualdad de tratamiento", o si se considera que tal deber radica en el principio constitucional de la igualdad ante la ley.

La igualdad fue el **Leitmotiv** de varios movimientos de transformación de las estructuras sociales y, por consiguiente, de las estructuras jurídicas. No el único, es cierto; pero sí uno de los más sobresalientes, o por lo menos uno de los más a menudo invocados como tales, con sinceridad o sin ella. En las modernas "declaraciones de derechos" se le reserva casi siempre un lugar de relieve.

Sin embargo, la experiencia histórica enseña cuan ilusoria suele mostrarse la solemne proclamación de la igualdad **in abstracto**. Es hoy en día una verdad de Perogrullo la distinción entre la igualdad **formal**, que se da por satisfecha con la pura identidad de derechos y deberes otorgados por los textos legales a los miembros de la comunidad, y la igualdad **material**, que tiene en cuenta las condiciones concretas bajo las cuales, **hic et nunc**, se ejercen los derechos y se cumplen los deberes. En muchas leyes modernas, el designio de promover la igualdad material se sirve exactamente de derogaciones impuestas a la igualdad formal. Ello es evidente en algunas normas notoriamente destinadas a proteger ciertos intereses de personas que, a raíz de su inferior

* Trabajo destinado al volumen de Estudios Jurídicos en homenaje a Héctor Fix Zamudio.

** Profesor en la Universidad del Estado de Rio de Janeiro.

posición económica o social, corren el riesgo de sufrir un tratamiento injusto (obreros, inquilinos, etc.).

Cabe observar que, aún en tales sectores, el mecanismo de la ley no siempre logra, por sí solo, compensar de modo satisfactorio las desigualdades substanciales. La deficiencia de información jurídica, v. g., tan frecuente entre los menos acaudalados, puede ser causa de que se vean privados de la adquisición o del goce de un derecho, al omitir esta o aquella providencia cuya necesidad ignoraban, al dejar vencer un plazo del cual no estaban advertidos, y así en adelante. Si se añade que el intento de protección se manifiesta en un número limitado de materias, mientras en muchas otras las normas vigentes, en el Brasil y en tantos otros países, suelen disponer sobre la conducta de los miembros de la comunidad como si la respectiva imposición produjera para todos ellos consecuencias equiparables, no es sorprendente que, en la hipótesis de someterse al juez un conflicto de intereses, las partes se hallen en una situación de flagrante desigualdad substancial, ya en el momento mismo de la iniciación del proceso. Sin embargo, tal fenómeno interesa más bien al derecho material, y de él no nos ocuparemos en este trabajo.

2. Eso no quiere decir que ningún problema de igualdad se plantee **in limine litis**, desde el punto de vista procesal, con respecto a la situación de las partes. Al contrario: la credibilidad del proceso como instrumento de solución de conflictos de intereses depende esencialmente de su capacidad para ofrecer a los respectivos titulares una perspectiva de ecuanimidad. Es indispensable, ante todo, que ambos litigantes puedan nutrir alguna esperanza de vencer; y, más aún, que puedan confiar en la ventaja práctica de la victoria. La igualdad de las partes se traduce aquí, en primer término, por igualdad **de riesgos** (1).

Imagínese, en efecto, un ordenamiento en que el resultado del proceso se tornara inmutable únicamente en el caso de rechazarse la demanda: vencido, el actor no podría jamás volver a intentar la acción; vencedor, quedaría sujeto a ver de nuevo puesta en duda la existencia de su derecho, tantas veces cuantas le ocurriese al adversario contestarla. Valdría la pena, bajo tales condiciones, la iniciativa de presentar una demanda? Muchos pensarían que no, y con buenas razones. Inviértase ahora la hipótesis, y luego se comprenderá que muy pocos demandados aceptarían gustosamente la idea de participar en un proceso cuya conclusión sería definitiva si favoreciera al actor, pero sólo provisoria en el caso contrario. Es cierto que se pueden señalar ejemplos de subordinación de la cosa juzgada material al **eventum litis**; pero se trata de un fenómeno excepcional, que debe estar siempre cabalmente justificado por graves motivos de política jurídica.

1. Cfr. BOTTICHER, *Die Gleichheit vor dem Richter, in Gleichbehandlung und Waffengleichheit - Überlegungen zum Gleichheitssatz*, Heidelberg - Hamburg - Karlsruhe, 1979, págs. 16/7; LAUMEN, *Das Rechtsgespräch im Zivilprozess*, Köln - Berlín - Bonn - München, 1984, pág. 122.

La exigencia de la igualdad de riesgos tiene corolarios de gran realce en lo que atañe a la carga de la prueba. Según las ideas modernamente predominantes, la importancia esencial de este problema consiste en el criterio que su solución suministra al juez para fallar en la hipótesis de permanecer dudosa la existencia de algún hecho relevante (2). El órgano judicial necesita saber a cual de los litigantes debe atribuir las consecuencias perjudiciales de la incertidumbre. Ahora bien: constituiría manifiesta iniquidad que semejantes consecuencias tuvieran que sufrirlas, en cualquier caso, sólo el actor, o sólo el demandado; es decir, que el uno o el otro soportara siempre el riesgo del fracaso de la actividad de instrucción. De ahí que las leyes (o, en su silencio, la doctrina y la jurisprudencia) cuiden de establecer una división de la carga, imputándola al actor respecto a una parte de los hechos y al demandado en cuanto a otra parte (3).

La sistemática adoptada suele revestir, por supuesto, cierta flexibilidad. La ley misma puede contemplar excepciones, invirtiendo la carga o permitiendo a las partes invertirla consensualmente. Con respecto a las inversiones legales, derivadas en algunos casos de presunciones *iuris tantum* (4), importa subrayar que frecuentemente se inspiran en consideraciones de equidad, y así en definitiva tienden a hacer prevalecer la igualdad material sobre la igualdad formal. Por otra parte, muchos miran con sospecha a la admisión de la inversión convencional, en la que ven una ocasión de peligro para la igualdad material, ante la eventualidad de que el contratante económicamente más fuerte imponga al más débil una regulación capaz de privarlo de todas o casi todas sus posibilidades prácticas de defensa. Las leyes que admiten tales convenciones buscan eliminar o atenuar ese inconveniente negándoles validez cuando tornen excesivamente difícil a cualquiera de las partes el ejercicio de su derecho (5).

2. Cfr. en la literatura latinoamericana. PALACIO, **Derecho Procesal Civil**, t. IV, Buenos Aires, págs. 362-3. DEVIS ECHANDIA **Compendio de Derecho Procesal**, t. II, 4ª ed., Bogotá, 1975, págs. 140/1; FABREGA, **Teoría General de la Prueba**, Panamá, 1978, pág. 159.

3. V.g.; Código mexicano de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, art. 281; Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina), art. 377; **Código de Processo Civil** brasileño, art. 333, *caput*; Código de Procedimiento Civil boliviano, art. 375. La legislación de la República Federal de Alemania no contiene reglas sobre la repartición de la carga de la prueba, si bien que las consagrara el proyecto primitivo del Código Civil (**BGB**): vide MUSIELAK, **Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess**, Berlín-New York, 1975, págs. 277/8, donde se puede leer el texto respectivo.

4. Sobre la relación entre ambos fenómenos, vide BARBOSA MOREIRA, **Las presunciones y la prueba**, in **Estudios en honor de Eduardo J. Couture** (Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, año XXIV, No. 2, t. I), Montevideo, 1980, pág. 302; o, en portugués, **Aspresuncoes e a prova**, in **Temas de Direito Processual**, S. Paulo, 1977, págs. 60/1.

5. Así, v.g., el Código Civil italiano, art. 2698 (vide al respecto FERRUCCI, in NATOLI - FERRUCCI, **Della tutela dei diritti**, libro VI, t. I, del **Commentario del codice civile**, Torino, 1962, págs. 289/90; DE LIRE, **Delle prove**, libro VI del **Commentario teórico-práctico al codice civile** dirigido por DE MARTINO, Roma, 1971, pág. 101), y el art. 333, párrafo único, del **Código de Proceso Civil** bra-

3. En el desarrollo de la actividad procesal, la tónica de nuestra problemática recae sobre la igualdad de oportunidades (6). Hay que asegurar a ambas partes el poder de influir igualmente en la marcha y en el resultado del pleito. Por ende, ambas deben tener las mismas posibilidades de actuar y también quedar sujetas a las mismas limitaciones (7).

Cuando otorga a los litigantes derechos y facultades, o cuando les impone deberes y cargas, la ley, por vía de principio, no hace distinción entre el actor y el demandado. Sería totalmente incompatible con la exigencia de igualdad, por ejemplo, reservar para uno de ellos, con exclusividad, la utilización de determinados medios de prueba o la interposición de recursos. Va de suyo que algunas diferencias de régimen derivan necesariamente de la diferencia de posiciones: es natural, por ejemplo, que la carga de impulsar el proceso sea más intensa para el actor, cuyo interés en la continuidad de la marcha procesal es mayor, por regla, que el del demandado. Así se justifica la existencia del art. 267, No. III, del Código brasileño —que prevee la extinción del proceso en virtud de la omisión del actor, por más de treinta días, en realizar un acto o promover una diligencia que le corresponda—, sin la contrapartida de una disposición análoga respecto al demandado.

El principio de la igualdad de oportunidades orienta la interpretación de la ley procesal en puntos dudosos y su integración en el caso de lagunas. Según el art. 508 del Código brasileño, el plazo para la interposición de un recurso (con dos excepciones expresas) y para responder a él es siempre de quince días; ambas partes, por lo tanto, disponen de plazos iguales. Sin embargo, en la hipótesis de vencimiento recíproco, si uno sólo de los litigantes recurre en el plazo normal, tiene el otro diez días para adherirse al recurso (art. 500). Ahora bien: la ley nada dice sobre el plazo para responder a la adhesión. De aplicarse la regla del art. 508, la otra parte dispondría, para la respuesta, de un plazo más largo. La preservación de la igualdad impone que se le concedan solamente los mismos diez días (8).

A ciertas entidades, en cuanto partes, a veces se aplica una disciplina especial en algunos aspectos: v.g., las personas jurídicas de

sileño, que lo imita (vide, en el comentario de MONIZ DE ARAGAO, *Exegese do Código de Processo Civil*, vol. IV, t. II, Rio de Janeiro, pág. 102, la referencia expresa al "principio de igualdad").

6. A veces se le llama "igualdad de armas": en Alemania, por ejemplo, se habla de la *Waffengleichheit* (BOTTICHER, ob. cit., pág. 11). La expresión, a nuestro juicio, denota con demasiada fuerza una concepción "duelística" del proceso.

7. "Paridade de direitos, deveres, faculdades e encargos", dice HELIO TORNAGHI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, S. Paulo, 1974, pág. 382.

8. Así falló el Supremo Tribunal Federal en 12.12.1978, Recurso Extraordinario No. 89.566, in *Diário da Justiça* de 19. 12. 1979, pág. 1.064. Cfr., en la doctrina, BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 5ª ed., Rio de Janeiro, 1985, págs. 365/6 (con otras indicaciones en la nota 546).

derecho público y el Ministerio Público disponen, en el derecho brasileño, de plazos más largos que los concedidos a los otros litigantes (**Código de Processo Civil**, art. 188). Se considera que tales privilegios están justificados por la complejidad de las cuestiones que los órganos públicos tienen que discutir y por la dificultad que suelen tener sus representantes en colegir los datos y elementos de prueba que necesitan. También aquí, por consiguiente, se trataría de sobreponer la igualdad material a la igualdad formal (9).

4. Para garantizar la observancia de los principios enunciados, es imprescindible que se asegure a los litigantes la igualdad **de tratamiento** por el órgano judicial. Esto exige, ante todo, que la conformación del procedimiento no quede sujeta al arbitrio del juez, sino que se ajuste al modelo previamente instituido por la ley para los procesos en general. Una dosis razonable de "formalismo" es necesaria como condición del justo equilibrio entre el poder del órgano judicial y los derechos de las partes, y asimismo de la uniforme aplicación del derecho material (10).

Los sentimientos y emociones que naturalmente acomete el juez, en cuanto ser humano, pueden inducirlo a favorecer un litigante en desmedro del otro. A los efectos de prevenir el riesgo, la ley impone al órgano judicial el deber de abstención y otorga a las partes el derecho a la recusación, si las circunstancias hacen presumir que el juez difícilmente resitirá a la presión de sus propios intereses y deseos. La técnica más difundida consiste en la enumeración taxativa de los supuestos, si bien que algunos ordenamientos prefieran adoptar una fórmula genérica, susceptible de abarcar la casi infinita variedad de la casuística (11).

A diferencia de lo que sugiere una larga tradición, alimentada con las ideas típicas del liberalismo clásico, refractario a cualquier intervención del Estado en el juego de la "libre concurrencia", imparcialidad no significa indiferencia del juez respecto al resultado del proceso. El juez no puede dejar de tener interés en que su sentencia sea

9. Sobre la extensión y los límites en que se debe reconocer legitimidad a estos "privilegios procesales", vide ADA PELLEGRINI GRINOVER, **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**, S. Paulo, 1975, págs. 30 y ss., cuyas observaciones, en su mayor parte, merecen adhesión.
10. BAUR, **Funktionswandel des Zivilprozesses?**, in *Beiträge zur Gerichtsverfassung und zum Zivilprozessrecht*, Tübingen, 1983, págs. 186/7.
11. Así, por ejemplo, la ZPO de la República Federal de Alemania, § 42, II: "**wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen** (si existe motivo capaz de justificar la desconfianza en cuanto a la imparcialidad de un juez)". Aún la técnica enumerativa no prescinde de la utilización de "conceptos jurídicos indeterminados", como los de "interés directo o indirecto" y "relación de intimidad" (Código mexicano de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, art. 170, Nos. I y III), o los de "amigo íntimo" e "inimigo capital" (Código de Processo Civil brasileño, art. 135, No. I).

justa y, por consiguiente, en que la actividad procesal le suministre, cuanto posible, los medios necesarios para decidir bien. No sería razonable acusarlo de parcial por el solo hecho de que, ejerciendo los poderes otorgados por la ley, y respetando las garantías de la defensa, tome las iniciativas que le parezcan indispensables en miras a la aclaración de los hechos, aunque el éxito de las providencias de instrucción por él ordenadas venga a beneficiar, en definitiva, uno de los litigantes. De lo contrario, también la abstención del órgano judicial, al fin y al cabo, comprometería su imparcialidad, en tanto y en cuanto resultaría benéfica para la **otra** parte. Lo que se opondrá a la exigencia de igualdad es que el juez se ciña a tomar la iniciativa únicamente cuando existan razones objetivas serias para suponer que la prueba favorezca a **una** de ellas.

5. Si el actor y el demandado tuvieran siempre las mismas posibilidades prácticas de utilizar eficazmente las oportunidades que la ley les concede en el proceso y de soportar sin dificultad los inconvenientes que éste ocasiona, bastaría la aplicación escrupulosa de los principios expuestos para resolver el problema de la igualdad. Pero varias circunstancias concurren a menudo para desequilibrar las fuerzas de los litigantes; y, cuando ello acaece, la observancia misma de las reglas formales de igualdad se convierte en manantial de privilegio para el uno y de desmedro para el otro.

El factor más frecuente (y quizás el más grave) de disparidad entre las partes es, sin lugar a dudas, el económico. Cuando no le quita simplemente a uno la disposición para iniciar un proceso, por el temor de los gastos, la carencia de medios significa formidable inferioridad frente a un adversario más acaudalado, en muchísimas situaciones: piénsese, por ejemplo, en la contratación de un abogado, en la necesidad de recurrir a los servicios de un detective particular o a otras fuentes de información para obtener pruebas, en la reproducción de documentos, en las diligencias para contactar testigos residentes en lugar ignorado o de difícil acceso... La duración —casi siempre demasiado larga— del proceso ya constituye, de por sí, una gravísima desventaja para el litigante más pobre, y no pocas veces lo induce a un acuerdo que, normalmente, él no se inclinaría a aceptar.

Importan así mismo los desniveles sociales y culturales, con mucha frecuencia asociados a los económicos. Si una de las partes es más desenvuelta, se mueve con mayor naturalidad en el ambiente judicial, se expresa con mayor facilidad y precisión, su deposición producirá en el espíritu del juez, por regla, una impresión más favorable que la del adversario intimidado, perplejo, tartamudo. La ignorancia de la "jerga forense" puede representar un temible **handicap** (12); aún peor es la del idioma en que se realizan los actos procesales.

12. Vide al respecto, extensamente, WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozess*, Neu-wied - Darmstadt. 1978, págs. 158 y ss.

En este orden de ideas, cabe aludir a la diferencia entre las personas que suelen demandar o ser demandadas con frecuencia (v.g., empresas industriales y comerciales, sociedades aseguradoras, bancos, la Administración Pública) y aquellas que solo casualmente, en ocasiones fortuitas, por no decir excepcionales, asumen la posición de parte en un proceso. Los "litigantes habituales" gozan, sobre los "litigantes eventuales" (13), de todas las ventajas inherentes a la organización: disponen de personal especializado, recogen la experiencia de procesos anteriores, mantienen en sus registros datos actualizados de doctrina y de jurisprudencia, y así en adelante.

Ahora bien: la suerte del pleito no debe depender de circunstancias extrajurídicas. El proceso no se hace para premiar al litigante más rico, más instruido, más inteligente, ni al que puede contar con los servicios del abogado más competente y más diligente, sino al que tenga por sí el derecho. En la medida en que es susceptible de desviar el itinerario procesal de su meta auténtica, la desigualdad material entre las partes introduce en el aparato de la justicia una deformación contra la cual el ordenamiento tiene que reaccionar con energía. Por consiguiente, es un deber del legislador crear mecanismos compensatorios, destinados, cuando necesario, a equilibrar las posibilidades concretas de las partes; y es un deber del juez hacerlos actuar, en su caso, tan eficazmente como pueda.

6. La faceta económica de esta problemática plantea la tormentosa cuestión del costo del proceso. Desde el punto de vista del usuario, la solución ideal sería naturalmente la gratuidad del servicio de justicia. Pero entonces los gastos indispensables para asegurar su funcionamiento tendrán que ser soportados por los miembros de la comunidad en general, lo que, bajo ciertas circunstancias, les someterá a una carga excesiva e injusta. Además, la exención universal de pago estimularía tal vez la litigación impensada, aumentando sin justo motivo el número de pleitos y perjudicando la calidad del servicio. Se entiende que deban contribuir para costearlo los litigantes que disponen de recursos, aunque no se pueda dejar de tener en cuenta la conveniencia de establecer límites razonables a las exigencias de este género.

Sin embargo, en la perspectiva de la igualdad, el gran problema es siempre el de asegurar a los desprovistos de medios el goce de los derechos relativos a la defensa (**lato sensu**) en juicio. Se trata de una garantía otorgada con frecuencia por disposiciones legales expresas y hasta por preceptos constitucionales (14), pero escasamente ope-

13. Así nos parece posible traducir, respectivamente, las expresiones alemanas "**Mehrfachprozessierer**" (o "**Vielfachprozessierer**") y "**Einmalprozessierer**", que emplean autores como LAUMEN, ob. cit., págs. 124/5.

14. Por ejemplo: art. 153, § 32, de la Constitución de la República Federativa del Brasil.

rativa en la práctica, sobre todo en los países subdesarrollados. Las leyes conceden a los necesitados, bajo ciertas condiciones, exención de las costas judiciales, más el **punctum pruriens** es la obtención de servicios de abogado: nadie ignora los inconvenientes del sistema tradicional de su prestación gratuita por los profesionales (15); las instituciones públicas creadas con tal fin no funcionan, por regla general, de modo satisfactorio; la normal imposibilidad de una elección personal debilita la relación de confianza que debe existir entre la parte y su apoderado.

Distintas soluciones han sido propuestas y experimentadas en los últimos tiempos (16). De un lado se hacen esfuerzos para perfeccionar los procedimientos clásicos de asistencia a los litigantes pobres (17); de otro lado, se va difundiendo en esta materia, por lo menos en algunos países, la utilización del seguro, que hasta se ha sugerido tornar obligatorio (18). Pero ni siquiera en las sociedades más desarrolladas es probable que se alcance pronto el **optimun**, ni mucho menos.

Las leyes a veces subordinan la realización de algún acto procesal al previo depósito, por la parte interesada, de una suma de dinero, a título de caución. La exigencia puede aplicarse o no a quienes hayan obtenido el beneficio de litigar sin gastos, según la extensión que a éste se atribuya. De todos modos, aún cuando no se trate de litigantes necesitados, dicha clase de disposiciones puede actuar en un sentido opuesto a la regla de igualdad material: la parte menos rica, en efecto, tendrá mayor dificultad en satisfacer el requisito y hasta podrá verse privada, en definitiva, del ejercicio de un derecho que al adversario no costará mucho ejercer (19).

15. Cfr., entre otros, CAPPELLETTI, **Povertà e giustizia**, in **Giustizia e società**, Milano, 1972, págs. 237 y ss.
16. Para la exposición y el análisis de las principales, vide CAPPELLETTI - GORDLEY - JOHNSON, Jr., **Toward Equal Justice**, Milano - Debbs Ferry, 1975; BAUMGARTEL, **Gleicher Zugang zum Recht für alle**, Köln - Berlín - Bonn - München, 1976, págs. 128 y ss.; DENTI, **L'evoluzione del "legal aid" nel mondo contemporaneo** y **Patrocinio dei non abbienti e accesso alla giustizia: problemi e prospettive di riforma**, in **Un progetto per la giustizia civile**, Bologna, 1982, págs. 133 y ss., 161 y ss.
17. Entre las más recientes reformas legislativas, caben mencionar la francesa (Ley N° 72-11, de 3. 1. 1972), la alemana (Ley de 13. 6. 1980, que ha modificado los §§ 114 y ss. de la ZPO), la austríaca (**Zivilverfahrens - Novelle** de 1983, que a su vez ha modificado los §§ 63 y ss. de la ZPO).
18. BAUR, **Armenrecht und Rechtsschutzversicherung**, in **Studi in memoria di Carlo Furno**, Milano, 1973, págs. 89 y ss., o in **Beiträge** cit., págs. 285 y ss. Vide la discusión de la sugerencia en BAUMGARTEL, ob. cit., págs. 140 y ss.
19. En algunos países se observa una clara tendencia a la abolición de las imposiciones referidas en el texto: así, por ejemplo, en Italia, la Ley N° 793, de 18. 10. 1977, suprimió la exigencia del depósito para la admisibilidad del **ricorso per cassazione** y de la **revocazione** (arts. 264 y 398, N° 3, del **codice di procedura civile**, respectivamente).

Consideraciones hasta cierto punto análogas tienen cabida respecto a las conminaciones pecuniarias (añádase: de derecho procesal o de derecho material). Es una verdad de Perogrullo que ellas pueden carecer de todo valor intimidativo, sea en cuanto a los muy acaudalados, sea en relación a los desprovistos de medios: para aquéllos, la amenaza será insuficiente; para éste, inútil... Los únicos verdaderamente amenazados serán los litigantes de recursos medianos, para los cuales pagar es una posibilidad, pero también un sacrificio. Quizá no sea factible prescindir de este género de conminaciones, más hay que tener conciencia de la iniquidad que su utilización inevitablemente conlleva.

7. Volviendo ahora la mirada a los aspectos sociales y culturales, hay que tener en consideración que la mayor parte de las desigualdades en este ámbito debería ser suplida por la intermediación de los abogados, particularmente allí donde la ley impone que los litigantes sean representados por ellos. Al abogado le corresponde la función de "intérprete entre el ciudadano y el juez" (20); si la cumple cabalmente, puede sin duda atenuar en buena medida las barreras que aquél suele enfrentar en sus incursiones por el universo judicial.

Sin embargo, el pleito es un fenómeno esencialmente bilateral; y no podemos estar seguros de que ambas partes dispongan de apoderados competentes y diligentes: creer que esta sea la regla general constituirá un manifiesto exceso de optimismo... Ahora bien: si no todos los profesionales prestan servicios de igual calidad, y si la parte más rica o más poderosa tiene mejor probabilidad, de acuerdo con la normal experiencia, de contar con la colaboración de los más hábiles y prestigiosos, entonces la mediación del abogado a veces producirá más bien el efecto de agravar que el de ablandar el desequilibrio. Además, siempre existirán momentos de confrontación **directa** entre el litigante y el juez, en los cuales la asistencia del abogado, aunque psicológicamente confortadora, no basta para prevenir o remediar todas las posibles dificultades de comprensión y de expresión —los "ruidos"—, según la terminología técnica, en la comunicación entre ambos.

8. Algunos ordenamientos modernos, aún para los casos de representación obligatoria por abogado, vienen otorgando al propio órgano judicial, en cierta medida, atribuciones "asistenciales" que configurarían, en la opinión de muchos, un verdadero "deber de protección" de la parte más débil —entendiéndose como tal no necesariamente y siempre la que pertenezca a una clase económica o socialmente más humilde, sino la que se halle **in concreto** en una situación de inferior-

20. BAUMGARTEL, ob. cit., pág. 115. Cfr., entre otros, SCHONFELD, **Zur Verhandlungsmaxime im Zivilprozess und in den übrigen Verfahrensarten**, Frankfurt am Main - Bern, 1981, pág. 122: en muchos casos, la actuación del abogado compensa en la parte el déficit de educación, de conocimiento jurídico, de desenvoltura.

ridad en el proceso, no fundada en razones estrictamente jurídicas (21). La asunción de semejante rol por el juez está justificada, por vía de principio, toda vez que la interpretación de las reglas sobre igualdad sobreponga el aspecto material de ésta a su aspecto formal; pero no dejará de plantear problemas —y algunos de difícil solución— en cuanto a los límites que tendrá que observar la actuación del órgano judicial para no incurrir en la tacha de parcialidad.

La función asistencial se ejercita, las más de las veces, por medio de comunicaciones del juez a las partes, acerca de las cargas que les corresponden y de las eventuales consecuencias de su incumplimiento. Queda en claro que no se trata de una **presión** sobre el litigante: el órgano judicial no puede constreñirlo, ni mucho menos, a actuar, mas sólo ponerlo en condiciones de resolver libremente si actuará o no, con plena conciencia de los corolarios de su opción, que en definitiva será respetada.

En la República Federal de Alemania, por ejemplo, el juez debe estimular las partes a expresarse sin reservas sobre todos los hechos relevantes, a formular las solicitudes apropiadas y a indicar los medios de prueba; para tal fin, cuanto sea necesario, le toca discutir con ellas las cuestiones de hecho y de derecho de la controversia. De otro lado, su decisión solo podrá fundarse en un dato jurídico del cual una de las partes no se haya dado cuenta, o al cual haya negado trascendencia, si él le concede la oportunidad de manifestarse sobre la cuestión (22).

La iniciativa oficial en la actividad de instrucción —a la que ya hicimos referencia— no constituye de por sí una manifestación auténtica del ejercicio de dicha "función asistencial": cuando el órgano judicial actúa para establecer la verdad sobre los hechos relevantes, alegados por las partes o susceptibles de consideración **ex officio**, simplemente busca adquirir conocimientos que le permitan resolver correctamente las **quaestiones facti** (y, en consecuencia, fallar con justicia) —lo cual no tiene cabida— **únicamente** allí donde se plantee **in concreto** el problema de la desigualdad. Pero es obvio que la actividad **ex officio** del juez en esta materia puede indirectamente servir a la corrección de desequilibrios debidos a la escasa diligencia del apoderado de una parte. Debe quedar en claro, sin embargo, que no se trata aquí de una actividad "substitutiva", con la cual el órgano ju-

21. Como subraya ZETTEL, *Der Beibringungsgrundsatz*, Berlín, 1977, pág. 178, "wer jeweils der Schwachere ist, ist nur und ausschliesslich aus der jeweiligen Prozesssituation heraus zu beurteilen (sólo de la situación procesal específica se puede inferir quien es en cada caso el más débil)"; cfr. SCHONFELD, ob. cit., pág. 120; LAUMEN, ob. cit., pág. 131.

22. ZPO §§ 139. 1, y 278. 3. Vide al respecto STURNER, *Dierichterliche Aufklärung im Zivilprozess*, Tübingen, 1982; ZETTEL, ob. cit., págs. 128 y ss.; WASSERMANN, ob. cit., págs. 110 y ss.; SCHUNFELD, ob. cit., págs. 158 y ss.; LAUMEN, ob. cit., págs. 157 y ss.

dicial asumiría el papel —que le es evidentemente extraño— de abogado (23). El juez no investiga **por el litigante ni para el litigante, sino por sí mismo y para el proceso**, y eso no lo cambia para nada la circunstancia de que el resultado de su actuación pueda ocasionar un beneficio a la parte más veraz.

Otra posibilidad digna de referencia consiste en otorgar funciones asistenciales al Ministerio Público. En el proceso civil, este órgano suele actuar sobre todo en calidad de **custos legis**, en pleitos concernientes a relaciones jurídicas indispensables o afectadas de un interés público. Su participación en la actividad procesal —si no se ciñe, como a veces hay razones para temer que suceda, al cumplimiento ritual de una formalidad— puede sin duda concurrir para mitigar la desigualdad material entre los litigantes.

9. La situación “clásica” de disparidad de fuerzas en el proceso es la que contrapone un individuo (persona física) a un adversario que disfruta las ventajas de la organización unidas a la superioridad de recursos económicos o a la influencia política. En este caso están, por ejemplo, las grandes empresas y la Administración Pública.

Es difícil remediar el desequilibrio en un proceso así estructurado. Empero a veces se puede flanquear el problema abriendo al proceso la posibilidad de estructurarse de modo distinto. Eso se consigue introduciendo cierta dosis de flexibilidad en los criterios tradicionales de la legitimación para obrar, a los efectos de permitir que, en lugar del individuo, asuma la posición de parte, intentando acciones, una entidad capaz de equipararse al adversario (o de aproximarse más de él) en organización y en poder económico o político.

La utilización de esta técnica tiene cabida, desde luego, cuando el individuo pertenece a un grupo bien definido de personas con intereses comunes (v.g., obreros de una misma categoría, funcionarios públicos, miembros de una clase profesional), y existe una asociación legalmente incumbida de la defensa de tales intereses (v.g., un sindicato). Mas hay también lugar para ella en el ámbito de los llamados “intereses difusos”, caracterizados por la indeterminación de los titulares y por la indivisibilidad del objeto: así, por ejemplo, la “acción civil pública” del derecho brasileño, destinada a promover la responsabilidad por daños al ambiente, a los intereses del consumidor, a los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico, puede ser intentada por cualquier asociación que esté constituida por lo menos hace un año e incluya la protección a dichos intereses entre sus fines institucionales (24).

23. Lo pusimos de resalto en más de un trabajo anterior: **vide**, por ejemplo. BARBOSA MOREIRA, **Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba**, in **Libro Homenaje a Jaime Guasp**, Granada, 1984, pág. 158, o in **Temas de Direito Processual**, Terceira Série, S. Paulo, 1984, págs. 83/4.

24. Ley N° 7.347, de 24.8.1985, art. 5°, **caput**, **fine**.

10. La realización perfecta del ideal de igualdad —en el proceso y fuera de él— es y será siempre una utopía. Pero semejante convicción no ofrece una disculpa válida a quienes, pudiendo actuar en el sentido de promoverla, prefieren omitirse. Si es cierto que no se logrará jamás eliminar completamente la desigualdad material entre las partes, también es cierto que no estamos autorizados a conformarnos pasivamente con la perversa desfiguración que ella imprime en el funcionamiento del mecanismo judicial.

La conciencia ético-jurídica de nuestro tiempo exige la superación de esquemas puramente formales. Aún en el universo anglosajón, tan apegado al **adversary system**, despunta en los espíritus menos rutinarios la idea de que un proceso es algo distinto de una competición deportiva y no debe ser regido por principios idénticos (25): en otras palabras, que, para asegurar el buen resultado, no basta con poner los litigantes cara a cara y dejarlos luchar con las armas que tengan, bajo la fiscalización de un juez preocupado exclusivamente en prevenir o reprimir las eventuales infracciones de las reglas del juego.

A los juristas del sistema romano-germánico, al cual se afilian los ordenamientos del occidente continental europeo y de Latinoamérica, desde hace mucho tiempo son familiares estas nociones. Sin embargo una cosa es la enunciación solemne de principios, otra muy diferente es la respectiva aplicación **in concreto**. En la mayoría de nuestros países, una distancia inmensa separa lo que hacemos en el proceso de lo que sabemos que se debería hacer en él.

Muchos factores, como nadie ignora, contribuyen para tan melancólica situación. La carencia de recursos financieros está, por supuesto, entre los más sensibles: no hace falta destacar su parcela de responsabilidad por las deficiencias de los servicios oficiales de asistencia jurídica a los necesitados. Hasta los países más desarrollados se dan cuenta de la imposibilidad de proporcionar a las personas desprovistas de medios, con toda la amplitud deseable, el beneficio de la defensa judicial gratuita (26).

Creemos haber dejado en claro, a lo largo de nuestra exposición, que no se logrará jamás suprimir o reducir la desigualdad material de las partes sin que el órgano judicial asuma decididamente un papel más activo en el proceso. Casi todos, en los tiempos modernos, se declaran de acuerdo, a propósito de este y de otros temas, en reconocer semejante necesidad; la paradoja consiste en que, a pesar de ello,

25. Vide, por ejemplo, FRANK, **Courts on Trial**, Princeton, 1973, págs. 80 y ss. Una magnífica exposición crítica de los presupuestos ideológicos del **adversary system** puede leerse en TARUFFO, **Il processo civile "adversary" nell'esperienza americana**, Padova, 1979, págs. 259 y ss.

26. Cfr. DENTI, **I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative**, in *Riv. di dir. proc.*, vol. XXXV (1980), pág. 424.

las más de las veces, las cosas siguen pasando, en la práctica de los juzgados, como si aún viviéramos en otra atmósfera cultural. Basta, por ejemplo, una mirada a la actividad de instrucción: es un fenómeno universal, por decirlo así, la escasez de iniciativas probatorias oficiales (27).

En ciertos casos, la abstención está justificada por un exceso de trabajo que apenas le permite al órgano judicial cumplir —muy imperfectamente— lo mínimo indispensable al avance de los procesos. Otras circunstancias desfavorables pueden quitarle al juez el estímulo hacia una conducta más emprendedora. No se debe ignorar, por lo demás, el coeficiente personal: los jueces son seres humanos, sujetos, en cuanto tales, a mecanismos inhibitorios de toda suerte, desde el temor exagerado de parecer parcial hasta la sencilla y vulgar pereza.

Advertir esa multiplicidad de obstáculos no constituye una manifestación de pesimismo. La lucha por la igualdad, como toda lucha, requiere una estrategia; y no hay estrategia posible sin la identificación de las fuerzas adversas. Va de suyo que aquí no podríamos aventurarnos a un inventario completo, ni mucho menos. Sólo quisimos atraer la atención de nuestros lectores para algunos puntos salientes de la problemática. En pocas ocasiones, hasta ahora, se trató de profundizar la investigación en este campo. Pero los tiempos parecen maduros para una tentativa consistente. La causa de la igualdad es digna del esfuerzo.

Febrero de 1986

27. Vide, en cuanto a Italia, los resultados de la pesquisa realizada bajo la dirección de DENTI, in **Le prove nel processo civile**, Milano, 1973, págs. 13 y ss. Cfr., respecto a la República Federal de Alemania, ZETTEL, ob. cit., pág. 181; en lo que hace a Austria, FASCHING, **Zivilprozessrecht**, Wien, 1984, pág. 315.