

Capítulo V

EL PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO Y LA IGUALDAD ANTE LA LEY

25. La igualdad procesal de las partes	63
26. La justicia gratuita	64
27. La asistencia jurídica	68
28. La seguridad social y la asistencia judicial	70

CAPÍTULO V

EL PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO Y LA IGUALDAD ANTE LA LEY

SUMARIO: 25. *La igualdad procesal de las partes.* 26. *La justicia gratuita.* 27. *La asistencia jurídica.* 28. *La seguridad social y la asistencia judicial.*

25. *La igualdad procesal de las partes*

El principio de la igualdad de los gobernados ante la ley, que fuera consagrado por el artículo primero de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789,¹⁸⁹ se ha reiterado de manera constante en todos los textos constitucionales latinoamericanos y prácticamente se ha establecido en todas las Constituciones actualmente en vigor.¹⁹⁰

Este principio fundamental de todo régimen democrático, y que en términos generales implica la igualdad de oportunidades ha trascendido el ámbito procesal en varias direcciones, y una de las más importantes es el llamado carácter dialéctico del proceso o “contradictorio”, el cual significa que todo procedimiento jurisdiccional requiere de la intervención equilibrada de las dos partes esenciales que poseen

¹⁸⁹ De acuerdo con el artículo primero de la citada Declaración de 1789: “Los hombres nacen y permanecen libres e *iguales* en derecho. Las distinciones sociales no pueden fundarse sino en la utilidad común.” Sobre el concepto de igualdad, cfr., el libro fundamental de R. H. Tawney, *La igualdad*, trad. de Francisco Giner de los Ríos, México, 1945, pp. 19-63.

¹⁹⁰ Podemos señalar que las siguientes Leyes Fundamentales de Latinoamérica consignan expresamente el principio de igualdad de los gobernados ante la ley: Argentina, artículo 16; Bolivia, artículo 6; Brasil, artículo 153, párrafo primero; Chile, artículo 10, ordinal primero; Costa Rica, artículo 33; Cuba, artículo 20; El Salvador, artículo 150; Guatemala, artículo 43; Haití, artículo 16; Honduras, artículo 95; México, artículo primero; Nicaragua, artículo 36; Paraguay, artículo 54; Panamá, artículo 21; Perú, artículo 23; Puerto Rico, artículo II, sección 1; Uruguay, artículo 8º y Venezuela, artículo 61.

intereses contrapuestos,¹⁹¹ y que se condensa en la frase: *audiatur et altera pars*.

Pero esta exigencia de dos partes equidistantes, iguales y contrapuestas, se ha interpretado de diversas maneras, según el contexto político-jurídico imperante en una época histórica, y en este sentido podríamos parafrasear a Calamandrei, hablando de la "relatividad del contradictorio".

En efecto, la igualdad procesal de las partes es diversa en el régimen individualista, liberal y predominantemente dispositivo del proceso civil tradicional, respecto del que pretende establecer la corriente contemporánea, que persigue la superación de situaciones formalistas, que son las que han dominado en los códigos clásicos latinoamericanos.

El movimiento socializador del derecho que se exterioriza en la primera postguerra y que se ha acentuado en esta segunda, más atormentada y convulsionada,¹⁹² penetra en el proceso para lograr lo que la exquisita sensibilidad del insigne jurista florentino antes mencionado, calificaba como "nuevo significado del principio de igualdad de las partes".¹⁹³

No obstante que los códigos procesales latinoamericanos más recientes han acogido en forma clara esta orientación equilibradora de las partes, buscando su igualdad real inclusive en el proceso civil, sobre la simplemente formal de los ordenamientos anteriores, los textos constitucionales apenas han recogido algunos aspectos de esta nivelación, a través de ciertas instituciones-equilibradoras, entre las cuales destacan, sin ser las únicas, por supuesto, la justicia gratuita, la asistencia jurídica técnica y la defensa libre.

26. La justicia gratuita

La justicia gratuita se manifestó como una aspiración de los juristas latinoamericanos frente a la onerosidad que ha caracterizado y desafortunadamente, todavía impera, en el proceso civil de nuestros países, la que se traduce en una desigualdad patente respecto de aquellos que carecen de los medios necesarios para soportar los gastos del proceso.

¹⁹¹ Debemos recordar que para el insigne procesalista florentino Piero Calamandrei, "El principio fundamental del proceso, su fuerza motriz, su garantía suprema es el principio del contradictorio...", en *Proceso y democracia*, cit., p. 148.

¹⁹² Para la distinción entre socialización del derecho y derecho social, cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al estudio del derecho procesal social*, cit., pp. 502-510.

¹⁹³ *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo Código*, trad. de Santiago Sentís Melendo, tomo I, Buenos Aires, 1962, pp. 417-421.

Los juristas del mundo socialista han acusado constantemente a los ordenamientos del mundo occidental, de consagrar derechos humanos puramente formales, sin posibilidad de realización práctica, debido a impedimentos insuperables de carácter económico y social,¹⁹⁴ y para desvirtuar esta crítica, el artículo 3º de la Constitución Italiana de 1948, que consigna entre otros derechos, el de igualdad ante la ley, dispone en su segundo párrafo, que: "Incumbe a la República remover los obstáculos de orden económico y social, que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana. . .",¹⁹⁵ precepto que, por cierto, fue introducido en el artículo 12 de la Constitución de la Provincia argentina del Neuquén, de 28 de noviembre de 1957.¹⁹⁶

Resulta también evidente la influencia de la Constitución italiana en el texto vigente del artículo 10, párrafo 17, de la Constitución chilena, en el cual se dispone:

Asímismo, la Constitución asegura a todos los habitantes de la República; . . . 17. El derecho a participar activamente en la vida social, cultural, cívica, política y económica, con el objeto de lograr el pleno desarrollo de la personalidad humana y su incorporación efectiva a la comunidad nacional. *El Estado deberá remover los obstáculos que limiten en el hecho la libertad e igualdad de las personas y grupos, y garantizará y promoverá su*

¹⁹⁴ Cfr. entre otros, Kálmán Kulcsár, *Social factor in the evolution of civil rights*, en el volumen "Socialist concept of human rights", Budapest, 1966, pp. 145-159; Héctor Cuadra, *La proyección internacional de los derechos humanos*, México, 1970, p. 11.

¹⁹⁵ El citado artículo 3º de la Constitución italiana dispone: "Todos los ciudadanos tienen idéntica dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, idioma, religión, opiniones políticas, condiciones personales o sociales. Incumbe a la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país." Este segundo párrafo es calificado certeramente por el tratadista Vezio Crisafulli, como una disposición programática relativa a relaciones sociales, *La Costituzione e le sue disposizioni de principio*, Milano, 1952, p. 33.

¹⁹⁶ El citado artículo 12 de la Constitución de la Provincia argentina del Neuquén es muy similar y prácticamente constituye una traducción del artículo 3º de la Carta Constitucional Italiana: "Todos los habitantes tienen idéntica dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, origen étnico, idioma, religión, opiniones políticas y condiciones sociales, no existiendo fueros personales ni títulos de nobleza. Deberán removerse los obstáculos de orden económico y social, que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los habitantes, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los habitantes en la organización política, económica y social de la provincia." Segundo V. Linares Quintana, *Derecho constitucional de las nuevas Provincias*, cit., p. 226.

66 CONSTITUCIÓN Y PROCESO CIVIL EN LATINOAMÉRICA

acceso a todos los niveles de la educación y la cultura y a los servicios necesarios para conseguir esos objetivos, a través de los sistemas e instituciones que señale la ley.

Ha sido la onerosidad del proceso civil el obstáculo fundamental a la realización de la igualdad de las partes, y por este motivo la abolición de las costas judiciales se consideró como una conquista de los constituyentes mexicanos que la consignaron en el artículo 17 de la Carta Fundamental de 5 de febrero de 1857,¹⁹⁷ conservándose en el precepto del mismo número de la Constitución vigente de 1917.¹⁹⁸

a) Desde este ángulo, las Leyes Fundamentales Latinoamericanas se dividen en dos grupos, el primero de los cuales sigue el ejemplo mexicano y declara la gratuidad de la justicia, como lo hacen las Cartas de Bolivia (artículo 116); Cuba (artículo 148); Ecuador (artículo 200); Guatemala (artículo 240); Honduras (artículo 219); Nicaragua (artículo 231); Panamá (artículo 176), y República Dominicana (artículo 209).

b) Un segundo grupo ha adoptado la institución del beneficio de pobreza, el cual asegura ciertas ventajas a los justiciables carentes de medios económicos,¹⁹⁹ recibiendo en los ordenamientos de Colombia y Panamá el nombre significativo de: "amparo de pobreza"²⁰⁰ instrumento que, en términos generales, produce el efecto de eximir a la parte que demuestra carecer de recursos suficientes, tanto de las costas judiciales como de las procesales, otorgándole, además, asesoramiento jurídico.

No son numerosas las Cartas latinoamericanas que regulan este último sistema protector, pero entre ellas podemos citar a la de Uruguay

¹⁹⁷ Para los debates del Constituyente sobre esta materia, cfr. Francisco Zarco, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente* (1856-1857), Ed. de "El Colegio de México", México, 1956, pp. 754-764.

¹⁹⁸ Cfr. Cámara de Diputados, *Derechos del Pueblo Mexicano*, cit., tomo IV, pp. 74-75.

¹⁹⁹ El modelo que han tomado varios códigos procesales latinoamericanos sobre esta institución, es el llamado "beneficio de la deafnsa por pobre", según los artículos 13 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881, cfr. José María Manresa y Navarro, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 4ª Ed., tomo I, Madrid, 1919, pp. 98 y ss.

²⁰⁰ Esta institución está regulada por los artículos 160 a 167 del Código de Procedimiento Civil Colombiano de 1970; y por los artículos 1911 a 1916 del Código Judicial panameño de 1º de julio de 1917, reformado por Ley 52 de 1925; en la inteligencia de que el amparo de pobreza se consigna en los artículos 1328 y 1331 del Anteproyecto panameño de 1971.

(artículo 254), y la de Venezuela (artículo 68), aun cuando la primera es mucho más explícita, en cuanto, en su parte conducente, dispone:

La justicia será gratuita para los declarados pobres con arreglo a la ley. En los pleitos en que tal declaración se hubiere hecho a favor del demandante, el demandado gozará del mismo beneficio hasta la sentencia definitiva, la cual lo consolidará si se declara la ligereza culpable del demandante en el ejercicio de la acción.²⁰¹

Sin embargo, ninguno de los dos sistemas ha demostrado ser plenamente satisfactorio en su intento de equilibrar a las dos partes en el proceso civil, puesto que en un caso se eximen de las costas judiciales a todos los justiciables —lo cual redundaba de hecho en favor de la parte que cuenta con mejores medios— y en el otro, sólo a la parte que ha demostrado su incapacidad económica —beneficio de pobreza—; lo que no soluciona el problema de todos los gastos judiciales y procesales, especialmente en aquellos juicios que se prolongan por varios años, lo que no es infrecuente, por lo que constituye una preocupación general en Latinoamérica —y en muchos países de otras latitudes— el problema de la onerosidad de los procesos civiles.²⁰²

Debido a esta situación, en el Cuarto Congreso Mexicano de Derecho Procesal, que se efectuó en la ciudad de Cuernavaca en el mes de abril de 1969, uno de los temas que provocó mayores discusiones fue el relativo a la “onerosidad de los juicios” y sobre el cual, además de la ponencia mexicana,²⁰³ se presentaron comunicaciones en relación con España,²⁰⁴ El Salvador,²⁰⁵ Uruguay,²⁰⁶ Argentina,²⁰⁷ y República

²⁰¹ Cfr. Eduardo J. Couture, *Las garantías constitucionales del proceso civil*, cit., pp. 190-191.

²⁰² Cfr. el interesante estudio del tratadista español Carlos de Miguel Alonso, *Los costos y las costas en el proceso civil español*, en “Revista de Derecho Procesal Iberoamericano”, Madrid, 1969, pp. 901-939.

²⁰³ Cfr. Gonzalo M. Armienta C., *La onerosidad de los juicios*, en “Revista de la Facultad de Derecho de México”, Núms. 77-78, enero-junio de 1970, pp. 563-587, también puede consultarse el estudio de Carlos Pérez González, *La onerosidad en los juicios*, en la propia Revista, pp. 679-752.

²⁰⁴ Cfr. Carlos de Miguel y Alonso, *La onerosidad de los juicios civiles en España*, en la misma Revista señalada en la nota anterior, pp. 625-657.

²⁰⁵ Cfr. Francisco Arrieta Gallegos, *La onerosidad de los juicios en El Salvador*, en la propia Revista, pp. 591-623.

²⁰⁶ Cfr. Adolfo Gelsi Bidart, *La onerosidad de los juicios*, en la mencionada Revista, pp. 659-677.

²⁰⁷ Cfr. Ricardo Raimundín, *La onerosidad en los juicios*, en la repetida Revista, pp. 753-761.

Dominicana,²⁰⁸ por lo que puede afirmarse que en dicho Congreso se debatió una situación genérica de Latinoamérica.

Al respecto, conviene transcribir dos de las conclusiones aprobadas en el propio Congreso, que son significativas en relación con el problema en nuestro Continente:

2º El principio de gratuidad de la justicia, tan debatida en otras épocas con argumentos de tipo político más que jurídico, es una cuestión ya superada en la actualidad, por lo que quedó relegada a una aspiración puramente ideal, que no parece realizable en la práctica. 3º La onerosidad del presupuesto financiero del proceso, no puede ser prácticamente eliminada; frente al derecho a la tutela jurídica (acción como derecho subjetivo público frente al Estado), la prestación de la actividad jurisdiccional es siempre onerosa.²⁰⁹

27. *La asistencia jurídica*

Desde nuestro punto de vista, la única forma práctica de lograr un equilibrio efectivo de las partes en el proceso consiste en garantizar a la parte más débil, además de una exención de las costas judiciales —cuando existen— y de las de carácter procesal, una *asistencia letrada obligatoria y gratuita*, que le permita superar su situación de inferioridad frente a la otra, cuando esta última posee mayores elementos económicos, y por tanto, de asesoramiento, y si ambas están en la misma condición de penuria, el beneficio debe establecerse para ambas.

Este problema, que está estrechamente relacionado con el mencionado en el inciso anterior —justicia gratuita o beneficio de pobreza— ha empezado a adquirir caracteres propios debido a que los sistemas tradicionales de los defensores de oficio, o de los abogados libres que efectúan este servicio social en forma voluntaria o forzosa, no han logrado superar totalmente la desigualdad procesal de las partes.

La asistencia jurídica (*legal aid*) que ha evolucionado paulatinamente en los últimos tiempos y que ha sido objeto de discusiones en varios congresos internacionales sobre derechos humanos,²¹⁰ se ha desarrollado considerablemente en el proceso penal, pero también empieza a abrirse paso en el proceso civil, como lo demuestra el minucioso estudio comparativo de Norman S. Marsh.²¹¹

²⁰⁸ Cfr. Clyde Eugenio Rosario, *La onerosidad de los procesos en la República Dominicana*, en la Revista mencionada en las notas anteriores, pp. 763-773.

²⁰⁹ En la misma Revista a que se ha venido haciendo referencia, p. 780.

²¹⁰ Cfr. Comisión Internacional de Juristas, *Imperio del derecho y derechos humanos. Principios y definiciones*, Ginebra, 1967, pp. 17, 27, 29, 33, 34, 40, 41, 43 y 45.

²¹¹ *La asistencia jurídica y el imperio de la ley: notas para un estudio comparativo*

A este respecto, son varias las Cartas Fundamentales de Latinoamérica que han consignado disposiciones programáticas sobre este ideal tan difícil de alcanzar, de la asistencia letrada obligatoria, y así podemos mencionar que si bien la Constitución Federal Argentina no consigna disposición al respecto, son varias las Cartas Provinciales que establecen esta declaración,²¹² y además se pueden citar en esta dirección, los artículos 153, parágrafo 3º de la Constitución del Brasil,²¹³ 80 de Honduras,²¹⁴ y 68 de Venezuela.²¹⁵

Por lo que se refiere a México, la situación es similar a la de la Argentina, ya que son las Cartas locales las que consignan la institución de la defensoría de oficio no sólo en el proceso penal —regulada por el artículo 20 de la Constitución Federal—²¹⁶ sino también en materia civil y administrativa, y al respecto podemos mencionar las Leyes Fundamentales de los Estados de Baja California (artículos 74-75); Colima (artículos 84-85); Michoacán (artículos 102-103); Morelos (artículos 108 y 109); Nayarit (artículos 102-105); Sinaloa (artículos 78-79); Sonora (artículos 106-111), y Tamaulipas (artículos 127-129).²¹⁷

del problema, en "Revista de la Comisión Internacional de Juristas", Ginebra, invierno de 1959, primavera-verano de 1960, pp. 107-131.

²¹² Podemos mencionar al respecto, los siguientes textos de carácter provincial: Constitución del Chaco, artículo 17, tercer párrafo; y Ley Fundamental de la Provincia de Formosa artículo 13; cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Derecho constitucional de las nuevas Provincias*, cit., pp. 97-98, 162-163.

²¹³ El citado precepto dispone en lo conducente: "La Constitución asegura a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad de los derechos concernientes a la vida, la libertad, la seguridad y la propiedad, en los términos siguientes: . . . 32. Será concedida *asistencia judicial* a los necesitados, en la forma establecida por la ley. . ."; esta disposición es equivalente al artículo 141, parágrafo 35, de la Carta Fundamental de 1946, comentada por Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, cit., tomo V, pp. 384-386.

²¹⁴ El citado precepto determina: "Corresponde al Estado nombrar Procuradores que defiendan a los pobres, y velen por las personas o intereses de los menores y demás incapaces, darán a ellos *asistencia legal* y los representarán judicialmente en la defensa de su libertad individual y de sus derechos laborales."

²¹⁵ En su parte conducente, el referido precepto dispone: "Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses en los términos y condiciones establecidos por la ley, la cual fijará normas para *asegurar el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes. . .*"

²¹⁶ Sobre el sistema de la defensoría de oficio en todas las ramas procesales, cfr., el documentado estudio panorámico del tratadista Sergio García Ramírez, *Noticia sobre el defensor en el derecho mexicano*, en el volumen "Comunicaciones mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado (Pescara, 1970). México, 1971, pp. 391-406.

²¹⁷ Cfr. Margarita de la Villa, *Constituciones Vigentes en la República Mexicana*,

70 CONSTITUCIÓN Y PROCESO CIVIL EN LATINOAMÉRICA

Lo cierto es que la experiencia mexicana no es muy estimulante en cuanto al sistema de la defensoría de oficio combinada con la aspiración de la justicia gratuita, ya que salvo honrosas excepciones, los defensores de oficio, con una remuneración insuficiente y abrumados de asuntos, no atienden debidamente a los justiciables carentes de recursos, por lo que estos últimos acuden al auxilio de prácticos o actúan por sí mismos, sin el auxilio de abogados, lo que se permite en el derecho mexicano y en algunos otros ordenamientos, lo que tampoco resuelve el problema, sino que más bien lo agrava, ya que lo podemos comparar con la automedicación en la medicina.²¹⁸

28. *La seguridad social y la asistencia judicial*

El concepto de asistencia judicial que impera en Latinoamérica resulta notoriamente anacrónico en relación con los recientes adelantos que observan en numerosos ordenamientos que tienden a transformar el clásico sistema de auxilio caritativo a los litigantes de escasos recursos a través de los colegios de abogados o de los defensores de oficio, en un programa de seguridad social de carácter jurídico.

Desde este punto de vista podemos señalar la transformación que ha operado paulatinamente en varios países angloamericanos, especialmente Inglaterra y los Estados Unidos, así como en varios ordenamientos de Europa Continental, en los cuales se ha adoptado un criterio intermedio entre el tradicional de carácter caritativo y el moderno de la seguridad social, pero orientándose cada vez con mayor vigor en este último sentido.

México, 1962, tomo I, pp. 118, 220, 517, 557; tomo II, 589, 798, 846, 847 y 930, respectivamente. En relación con algunas leyes locales sobre defensoría de oficio, o sea las de Campeche, Jalisco, Tabasco, Colima, México, Baja California, Michoacán, Puebla, Tamaulipas y Coahuila, cfr. Sergio García Ramírez, *op. ult. cit.*, pp. 400-403.

²¹⁸ En esta dirección podemos mencionar como ejemplo las Constituciones provinciales argentinas del Neuquén, artículos 50 y 163 de acuerdo con las cuales, y en su parte relativa: "...Queda establecida la *libre defensa* y representación en causa propia", y "Queda establecida en todos los tribunales de la Provincia la *libre defensa en causa civil propia y la libre representación* con las restricciones que establezca la ley de la materia"; y el artículo 123 de la Ley Suprema de Santiago del Estero el cual dispone: "Queda establecida ante todos los tribunales de la Provincia la *libre defensa en causa civil propia y la libre representación*, con las restricciones que establezca la ley de la materia"; cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Derecho constitucional de las nuevas Provincias*, cit., pp. 230, 246 y 327.

a) En Inglaterra se advierte claramente esta transformación en los diversos ordenamientos que se iniciaron con la *Legal Aid and Service Act* de 1949, complementada en 1960 y 1964, así como el Reglamento intitulado *Legal Aid (general) Regulations, 1971*, los cuales establecieron un fondo especial integrado por las aportaciones de los beneficiarios, de acuerdo con su situación económica; los ingresos derivados de las costas judiciales; y finalmente, por una aportación gubernamental.

Este fondo se utiliza para cubrir los honorarios de los abogados y las costas judiciales de los procesos respectivos, y está administrado por la *Law Society*, que es un organismo profesional que agrupa a los procuradores (*solicitors*).

La petición de ayuda de asistencia jurídica se dirige a una de las doce Comisiones locales (*District Legal Aid Committees*) integrada por cierto número de procuradores (*solicitors*), abogados (*barristers*), y por funcionarios judiciales y de la seguridad social, los que deciden sobre la procedencia de la solicitud, pero si la resolución es negativa, el afectado puede apelar ante el Departamento de Asistencia Legal (*Legal Aid Appeal Authority*).²¹⁹

b) En los Estados Unidos hasta hace muy pocos años había impedido el sistema clásico del abogado defensor designado por los tribunales (*assigned counsel*); el defensor de oficio (*public defender*) y el auxilio prestado por asociaciones privadas (*Legal Aid Societies*).

Sin embargo, a partir de 1964, con motivo de la legislación contra la pobreza, especialmente la ley denominada *Economic Opportunity Act*, se estableció un verdadero programa de asistencia jurídica (*Legal services programm*), perfeccionado en 1967, en el cual destaca el establecimiento de Oficinas locales de asistencia jurídica (*Neighborhood Law Firms*) en los barrios populares y en los distritos rurales, para prestar auxilio jurídico en sentido amplio y no sólo de carácter judicial, a las personas de escasos recursos.

En la actualidad existen 850 oficinas locales de asistencia legal, que

²¹⁹ Cfr. Mauro Cappelletti y James Gordley, *Legal aid: modern themes and variations*, en "Stanford Law Review", Stanford, California, enero de 1972, pp. 374-376; Bruno Oppetit, *L'aide judiciaire*, en "Recueil Dalloz, Sirey", Paris, 10 de marzo de 1972, p. 42; Harry Street, *Freedom, the individual and the law*, Harmondword, Middlesex, England, 2ª Ed., 1967, pp. 268-269.

72 CONSTITUCIÓN Y PROCESO CIVIL EN LATINOAMÉRICA

tienen a su servicio dos mil abogados de tiempo completo que realizan una labor encomiable de orientación y asistencia jurídica.²²⁰

c) En otros países angloamericanos se ha iniciado también esta evolución hacia la asistencia jurídica de carácter social, y al respecto podemos mencionar como ejemplo la *Legal Aid Act* expedida en 1969, en Nueva Zelandia, y que sigue muy de cerca el sistema británico.²²¹

d) Por lo que se refiere a Europa Continental, destaca la ley francesa número 72-11 de 3 de enero de 1972 sobre la ayuda judicial (*aide judiciaire*) que como lo ha hecho notar un tratadista su denominación implica en cambio en el concepto tradicional de "asistencia judicial" (*assistance judiciaire*) ya el citado ordenamiento pone el acento sobre una idea de solidaridad social más que sobre la clásica de la caridad.²²²

De acuerdo con esta ley francesa, los justiciables de escasos recursos pueden solicitar esta ayuda ante las respectivas oficinas judiciales que funcionan en los tribunales de apelación, los tribunales administrativos, la Corte de Casación, el Consejo de Estado y el Tribunal de Conflictos, pudiendo apelarse contra las resoluciones negativas ante una Oficina Superior de Ayuda Judicial que depende del Ministerio de Justicia.

La ayuda puede ser total o parcial, según el solicitante demuestre tener ingresos inferiores a 900 francos mensuales, o superiores a esta suma pero hasta el máximo de 1500, e incluye tanto el honorario de un abogado designado por el tribunal, como los gastos judiciales y procesales, o bien, una parte proporcional de los mismos.²²³

e) En Italia se ha pretendido modificar el sistema tradicional y para ello se han presentado varios proyectos legislativos, el último de los cuales fue aprobado por el Senado el 10 de marzo de 1971, por lo

²²⁰ Cfr. Mauro Cappelletti y James Gordley, *op. ult. cit.*, pp. 376-379; Bruno Oppetit, *op. ult. cit.*, pp. 42-43; John S. Bradway, *Legal aid, its concept, organization and importance*, en "Louisiana Law Review", Baton Rouge, abril de 1954, pp. 554-557.

²²¹ Cfr. P. J. Evans y S. D. Ross, *Legal aid in New Zealand and abroad*, en "New Zealand Universities Law Review", Wellington, Nueva Zelandia, abril de 1972, páginas 1-20.

²²² Cfr. Bruno Oppetit, *L'aide judiciaire*, cit., p. 41.

²²³ Cfr. Bruno Oppetit, *op. ult. cit.*, pp. 44-46; Mauro Cappelletti y James Gordley, *Legal aid*, cit., pp. 368-370; Mauro Cappelletti *Due disegni di legge istitutivi del patrocinio statale per i non abbienti in Italia e in Francia*, en su libro "Giustizia e società", Milano, 1972, pp. 273-280.

que en la actualidad se encuentra en discusión ante la Cámara de Diputados.

De acuerdo con el citado proyecto, las personas de escasos recursos tendrían derecho a solicitar auxilio judicial gratuito prestado por abogados libremente designados por los justiciables y cuyos honorarios serían cubiertos por el Gobierno, de acuerdo con una tarifa preestablecida.

Aun cuando el criterio seguido por el proyecto es bastante flexible y además posee sobre la legislación actualmente en vigor, la ventaja de no exigir la apreciación preliminar sobre las posibilidades de éxito de las pretensiones del solicitante, ya que sólo se negaría la ayuda cuando dichas pretensiones fuesen notoriamente maliciosas o injustificadas, la doctrina señala la necesidad de un programa más ambicioso que comprenda también la asesoría jurídica en asuntos no litigiosos.²²⁴

f) Por lo que respecta a la República Federal de Alemania, el Tribunal Federal Constitucional ha interpretado los artículos 3º parágrafo primero, 101 y 103 de la Ley Fundamental de 1949, que consagran la igualdad ante la ley y el derecho a la jurisdicción, en el sentido de que también comprenden de manera implícita el derecho constitucional a la asistencia jurídica.

Sin embargo, en la práctica no se ha llegado a cumplir satisfactoriamente con esta exigencia constitucional, en virtud de que la asistencia judicial está prevista por los artículos 114 a 127 del Código Procesal Civil de 1877 (*ZPO*), preceptos reformados en varias ocasiones a partir de 1919, pero conservando todavía el criterio tradicional, en cuanto los interesados deben demostrar ante el tribunal que carecen de recursos suficientes para cubrir los gastos del proceso, y una vez obtenido el beneficio, la asistencia jurídica se encuentra a cargo de un abogado designado por el propio tribunal y que recibe un honorario inferior al que normalmente corresponde a los miembros del foro, por lo que si bien se imparte dicha ayuda en un buen porcentaje de asuntos la misma debe estimarse limitada.²²⁵

²²⁴ Cfr. Mauro Cappelletti y James Gordley, *op. ult. cit.*, pp. 364-368; Mauro Cappelletti, *Due disegni*, cit., pp. 267-273; Id. *Povertà e giustizia*, en el mismo libro "Giustizia e società", cit., pp. 237-266.

²²⁵ Cfr. Mauro Cappelletti y James Gordley, *op. ult. cit.*, pp. 371-373.

74 CONSTITUCIÓN Y PROCESO CIVIL EN LATINOAMÉRICA

Al lado de este régimen, se está abriendo paso en la misma República Federal un sistema de seguros privados sobre gastos judiciales y procesales (*Rechtsschutzversicherung*), de acuerdo con el cual, una empresa privada de seguros expide una póliza, que ofrece al beneficiario cubrir los gastos del abogado y del proceso, salvo los casos de pretensiones maliciosas o injustificadas.²²⁶

g) La evolución anterior nos demuestra con claridad la necesidad de introducir en América Latina instrumentos eficaces de asistencia o ayuda jurídica, pues así como el seguro social ha logrado un desarrollo muy dinámico en nuestros países, particularmente en cuanto a la protección de riesgos tales como cesantía, maternidad, vejez, enfermedad, accidentes de trabajo, etc.,²²⁷ no ha ocurrido lo mismo en cuanto a la asistencia técnica de carácter jurídico, no sólo en el campo del proceso, sino en los diversos aspectos de la vida social en los cuales se requiere.

Cabría pensar en el establecimiento de un seguro de asistencia legal a través de instituciones que podrían depender directamente del gobierno, o mejor aún, por conducto de organismos públicos descentralizados —que es el sistema predominante en el régimen del seguro social—, con la colaboración de las escuelas de derecho y de los colegios de abogados, pero dotados de un cuerpo permanente y capacitado de asesores remunerados decorosamente y dedicados en forma total a la defensa gratuita de todos aquellos que carecen de recursos económicos y en toda clase de procesos, pero particularmente en materia civil, que es la más abandonada, ya que algo se ha intentado hacer con los llamados defensores penales y los procuradores laborales y agrarios.²²⁸

Pero la asistencia técnica de carácter jurídico no debe ser la única que comprenda un posible seguro legal de asistencia procesal, sino también el auxilio en cuanto a las costas y los costos del proceso, que podrían sufragarse por los organismos aseguradores en beneficio de la parte o partes necesitadas, sin perjuicio de recuperarlas de los perdidosos, en el supuesto de que tuviesen posibilidades económicas.²²⁹

²²⁶ Cfr. Bruno Oppetit, *L'aide judiciaire*, cit., p. 43.

²²⁷ Cfr. Juan Bernaldo de Quirós, *El seguro social en Iberoamérica*, México, 1945, pp. 89 y 90; Conferencia Interamericana de Seguridad Social, *Legislación comparada de los seguros sociales en América Latina*, México, 1956, pp. 32 y ss.

²²⁸ Para este problema en México, cfr. Sergio García Ramírez, *Noticia sobre el defensor en el derecho mexicano*, en el volumen "Comunicaciones mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado", México, 1971, pp. 391-406.

²²⁹ En el artículo 164 del Código de Procedimiento Civil Colombiano se establece:

Claro que este sistema que proponemos tendría que complementarse con la exigencia estricta de los deberes de lealtad y probidad de las partes, pues de lo contrario se propiciaría el ánimo litigioso, los procesos temerarios o inclusive los fraudulentos, desvirtuando los nobles fines de la asistencia jurídica gratuita.

Sólo con un sistema de esta clase podría alcanzarse la aspiración que se contiene en la proposición de la base 10ª aprobada en las Quintas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal: *“Debe asegurarse la efectiva igualdad de las partes en todas las actuaciones del proceso.”*²³⁰

“Al apoderado corresponden las agencias en derecho que el juez señale a cargo de la parte contraria. Si el amparado (por causa de pobreza) obtiene provecho económico por razón del proceso, deberá pagar el apoderado el veinte por ciento de tal provecho si el proceso fuere ordinario y el diez por ciento en los demás casos, con deducción de lo que éste hubiere recibido por concepto de agencias en derecho. El juez regulará los honorarios de plano, o por incidente, cuando fuere necesario...”

²³⁰ En “Estudios de Derecho”, cit., p. 394.