

Humanización del Proceso

Por

SANTIAGO SENTÍS MELENDO

SUMARIO: 1. Título del artículo: genérico o indefinido. 2. ¿Qué es proceso? 3. Evolución de todos los procesos. El proceso judicial como excepción. 4. Motivos de la no evolución del proceso judicial. Su explicación. 5. La sensación de fracaso. 6. Dónde no se ha fracasado. 7. Enseñanzas: adaptación o adecuación. 8. Naturaleza del Derecho procesal. 9. Cómo humanizar el proceso.

1. *Título del artículo: genérico o indefinido.*

EL TÍTULO de este trabajo es bien genérico o, como reza el epígrafe de este parágrafo, indefinido; bajo él, los problemas que plantea el proceso pueden contemplarse o enfocarse desde ángulos visuales muy diversos.

En ocasión de inaugurar el Colegio de Abogados de Mar del Plata su nueva sede, debía ocupar la tribuna otro colega de jerarquía científica bien superior a la mía, tan modesta: el doctor Amilcar A. Mercader. Pero los deberes de su alto cargo no le permitieron hacerlo y al pedirme que lo sustituyera, lo único que solicité de Mercader es que me señalara un tema que pudiera ser motivo de la exposición; y como los dos, con los colegas Morello y Palacios, hemos trabajado en la redacción del Anteproyecto de Código de Procedimiento civil para la Provincia de Buenos Aires, que la Legislatura encomendó a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, me indicó Mercader, y acepté con agrado, que la charla versara sobre la necesidad de que el proceso tuviera en cuenta, en su regulación, la evolución y el grado a que ha llegado actualmente la sociedad en que ha de funcionar y aplicarse.

Esto es lo que he querido significar al poner como título *humanización del proceso*: no he querido ni siquiera insinuar que nuestro proceso, este proceso regulado por los códigos liberales del pasado siglo, sea un proceso inhumano o antihumano. Lo considero, simple-

mente, un proceso *a-humano* o inactual; un proceso que nada tiene que ver con la humanidad de hoy a la que, con todas sus particularidades, debe tratar de resolver sus problemas judiciales; es un proceso que se olvida de la vida humana¹ de hoy. No se trata, pues, de enfrentar humanismo y barbarie, humanistas y bárbaros, como tan categóricamente ha hecho André Philip en un maravilloso trabajo reciente²: el bárbaro es aquél para quien el fin justifica cualquier medio; el humanista es aquél que no está dispuesto a alcanzar un resultado a costa de un cierto precio. Aquí no se trata de ese enfrentamiento. Aquí, a la humanidad actual la enfrentamos con un tipo de proceso que no da solución a sus necesidades, que se ha quedado retrasado. Este es, simplemente, nuestro problema de humanización del proceso o de su actualización para adaptarlo a las exigencias de la humanidad de hoy, tan cambiada respecto de la que contempló el nacimiento de nuestros códigos. De este problema, que es bien grave, queremos hablar.

2. *¿Qué es proceso?*

Pero si queremos actualizarlo, adaptarlo a la humanidad de hoy, lo primero que necesitamos es ponernos de acuerdo acerca de la naturaleza del proceso. Que no nos ocurra como a aquel alto magistrado

¹ Como en el título de la obra tan conocida y apreciada de mi viejo condiscípulo (hace cuarenta años, en estos días, que los dos egresamos de la Universidad de Barcelona) LUIS RECASENS SICHES, *la vida humana, la sociedad y el derecho* no pueden disociarse.

² Que figura como apéndice en el libro de SIMONE DE BEAUVOIR y GISELE HALIMI, *Djamila Boupacha (Proceso a la tortura)*, colección *Testimonio*, Seix-Barral, Barcelona, 1954. Pero acaso no esté fuera del lugar decir ya que también entre los estudiosos del proceso (no solamente en la práctica del proceso) la clasificación encuentra su reflejo: bárbaro es quien pretende hacer del proceso civil una mera manifestación de jurisdicción voluntaria (BAUMBACH, en la Alemania de Hitler), humanista es quien sale al paso de esa pretensión pseudo-científica (CALAMANDREI, no obstante escribir en la Italia de Mussolini); véase *¿Abolición del proceso civil?* en *Estudios sobre el proceso civil*, traducción de SANTIAGO SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, 1945, págs. 343 y sigtes.; este trabajo se publicó originariamente en Italia, *Rivista di diritto processuale civile*, 1938, I, págs. 336 y sigtes.

Humanización del Proceso

francés que había pasado cuarenta años interviniendo en procesos, sin plantearse el problema de la naturaleza del proceso³.

Todas las palabras de nuestros idiomas latinos, y aun de los germanos, que comienzan por el prefijo o la partícula *proce*, contienen la idea de caminar, de avanzar, de sucesión. Todo en la vida es sucesión; todo tiene su *proceso*, que se realiza con un determinado *procedimiento*; el proceso es un recorrido; el procedimiento es la forma de realizarlo; hoy nos hemos acostumbrado a la idea de ver en el proceso al *conjunto* de actos que se suceden unos a otros; en el procedimiento, a la *sucesión* de esos actos. En todo itinerario y en todo recorrido, por corto que parezca, hay etapas y momentos; y el Derecho procesal di-

³ No olvidemos que fue a un francés a quien se le ocurrió que alguien pudiera escribir en prosa sin saberlo. Nada tiene de extraño que, siglos después de MOLLÈRE, un magistrado se pase la vida manejando mecanismos cuya naturaleza desconoce; es más: ni siquiera se plantea el problema de tal naturaleza. Fue necesario que, desde las orillas de este Río de la Plata, volase hasta París nuestro COUTURE (*a douze mille kilometres de sa patrie*) y pronunciara allí aquellas magníficas conferencias (por su forma, por su exposición, para todos; por su contenido, para los franceses —que, para quienes somos estudiosos de lengua castellana, ese contenido hubiera resultado perfectamente conocido; *pour la France et le Maroc*, podríamos decir modificando la frase que los franceses acuñaron) para que Mr. Fremicourt, Presidente de la Corte de Casación de Francia, hiciera aquella deliciosa confesión: *Debo confesar, con verdadera confusión que nunca me había preguntado a mí mismo ni había tratado de resolver, no obstante mi calidad de juez qué es un proceso*, que puede encontrarse en la versión taquigráfica del debate que siguió a las cuatro charlas (COUTURE, *Introducción al estudio del proceso civil*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949, pág. 83); por cierto: esa versión taquigráfica no figura en la edición francesa de las conferencias: *Introduction à l'étude de la Procédura Civile*, Librairie du Recueil Sirey y P. F. A., Cahiers de Législation et de Bibliographie Juridique de l'Amérique latine, Paris, 1950 (COUTURE supongo que debió respetar hasta la traducción del título: si se ignoraba el proceso, ¿por qué había de figurar la palabra en el título de las conferencias?). Acaso los franceses se asustasen de tanta ingenuidad; recordemos las palabras de JULES SUPERVIELLE que COUTURE acompaña a su dedicatoria a HENRY SOLUS: *Pardon pour vous, pardon pour eux, pour le silence - Et les mots inconsidérés*. Pero vaya por nuestra parte, otra confesión: hace un par de años, en un Instituto de la Facultad de La Plata hicimos un cursillo sobre la *prueba de indicios*; lo empezamos... y lo terminamos sin tener la seguridad de haber logrado establecer claridad acerca de la *naturaleza* de la prueba indiciaria; ¿fenómeno cuantitativo o cualitativo? ¿De dimensiones o de esencia? Y conste que durante una docena de años he debido procesar a imputados por apreciar *algún indicio racional de criminalidad* (art. 384 de la ley de enjuiciamiento criminal española). Valga la inquietud científica, aunque sea retrospectiva, para disculpar iguales posibles ingenuidades en los inicios de la vida judicial.

ferencia esas etapas mediante la *preclusión*, que ha alcanzado la categoría de institución procesal. Hoy vamos a contemplar el proceso y el procedimiento que se siguen para resolver las controversias que se llevan a los estrados judiciales. Lo que antes se denominaba *Procedimientos judiciales*, como materia universitaria, se llama hoy *Derecho procesal*. ¿Por qué no Derecho procedimental? Para algunos autores, la denominación más adecuada ha parecido *Derecho judicial*, y quizá no estén equivocados: es el derecho que regula el proceso; pero no un proceso cualquiera, sino el que se sigue ante los jueces para llegar a definir una controversia planteada ante ellos; la palabra *proceso* es genérica, que se especifica con el adjetivo judicial⁴.

3. *Evolución de todos los procesos. El proceso judicial como excepción.*

Todos los procesos se han modificado; todos han evolucionado. El proceso de cualquier enfermedad ha sido modificado, al modificarse el proceso de la asistencia médica: las cataplasmas, las sangrías o las sanguijuelas han sido sustituidas por las inyecciones y por los antibióticos; el proceso bélico no es el mismo del siglo XIX, porque la aviación, y ya no digamos los gases tóxicos y más aún la bomba atómica, han trastornado todos los conceptos que de la guerra se tenían en los siglos pasados; los regimientos de caballería hoy son de tanques, y hasta se los denomina *caballería motorizada*; el proceso de la edificación y de la construcción en general, en nada se asemeja al seguido para levantar aquellas catedrales y aquellos palacios del románico, del gótico y del renacimiento; el cemento se trabaja de manera muy distinta a la exigida para labrar la piedra; hasta el proceso

⁴ MATTIROLLO denominó *Diritto giudiziario* a sus libros. Al traducirse su *Tratado* se respetó esa denominación, y como *Tratado de derecho judicial* aparecieron los cuatro volúmenes que llegaron a publicarse en castellano (con aquella pintoresca multiplicidad de traductores y, consiguientemente, de terminologías); en cambio, muchos años antes, sus *Instituciones* aparecieron en nuestro idioma como de *Derecho procesal* (el *Tratado* se publicó por la Editorial Reus, Madrid, 1930-36 en cuanto a esos cuatro primeros volúmenes; las *Instituciones* las publicó muchos años antes, debió ser a principios de siglo, sin fecha, aquella benemérita editorial que fue La España Moderna).

Humanización del Proceso

religioso (mientras no se trate del judicial) ha evolucionado profundamente: y así la misa puede celebrarse por la tarde⁵, y en nada se parecen los métodos utilizados para convocar y reunir el Concilio Vaticano actual a los utilizados para que los conciliares se reunieran en Trento.

El único inmóvil es el proceso judicial. Pueden los magistrados judiciales viajar en avión; pero el testigo debe seguir caminando a razón de seis leguas por día, que es lo normal para quien cabalga a lomo de mula o de asno, y aunque ese tiempo baste para llegar de Europa a América; se discutirá la utilización de las grabaciones como medio de prueba, no por razones técnicas, en virtud de posibles falsificaciones (que también caben en los escritos, los cuales por algo pueden ser impugnados), sino por no encajar en los medios regulados por las legislaciones vigentes; se aprecia resistencia a sustituir los taquígrafos por esos mismos procedimientos mecánicos; y no se hable de novedades cinematográficas y televisivas, aunque las mismas hayan entrado hasta en la vida de la Iglesia, mientras no se trate de juzgar⁶. Lo procesal es *tabú*: en lo civil, en lo penal, en lo administrativo, en lo militar, en lo eclesiástico. Es un proceso inmovilizado; resulta teatral, y en muchos casos de teatro bufo o de marionetas. Cuando la vida exige un proceso sociológico, una justicia funcional, seguimos teniendo un proceso que, por lo desconcertante, encuentra su mejor intérprete y comentarista en Kafka: el proceso judicial de hoy es, en efecto, un proceso kafkiano.

⁵ Claro es que no faltan países donde los católicos son más papistas que el Papa y se escandalizan ante tales reformaciones.

⁶ En términos generales, en la vida procesal, la Iglesia Católica no es retardataria: del Código de procedimiento para el Estado de la Ciudad del Vaticano pudo decir ALCALÁ ZAMORA que era uno de los más liberales que se habían promulgado en los últimos tiempos; mientras podía afirmar que nada tenía de avanzada la obra de ANDREI VISHINSKI, *La teoría de la prueba en el derecho soviético*. Recuérdese que cuando, después del Tratado de Letrán, se hubo de dar un ordenamiento jurídico al nuevo Estado constituido por la Sacra Ciudad del Vaticano, el Papa Pío XI encomendó esa tarea a un judío: al gran FEDERICO CAMMEO (sobre la vida de éste, véase el volumen de CALAMANDREI, titulado (en nuestra edición) *Chiovenna - Recuerdos de juristas*, publicado por EJEAA, Buenos Aires, 1959), y recuérdese también, a título de anécdota, el comentario atribuido al Pontífice: el trabajo lo había realizado Cammeo y era un *cammeo* (un camafeo).

4. *Motivos de la no evolución del proceso judicial. Su explicación.*

Se pueden concretar en pocas palabras: consisten en la no adaptación del órgano a la función; es por eso que el mecanismo no funciona.

Pero es necesario tratar de desentrañar esos motivos; tratar de explicar porqué el proceso judicial sufre esa rémora, precisamente en unos momentos o en una época en que el estudio de ese proceso, de manera incontestable, se eleva a la jerarquía de ciencia, que tanto costó se le reconociera; en una época en que los estudios alemanes, primero, y después los italianos han aplicado el método científico más riguroso a la investigación del proceso⁷. Veamos, en primer término, cómo se ha concebido el proceso a través de su evolución histórica.

En un primer momento, el proceso se concibe como un *contrato*; después como un *cuasi-contrato*: el proceso es el cuasi-contrato de *litis-contestatio*. La primera concepción significa la absoluta rigidez jurídica; en la segunda: a modo de contrato, como un contrato, casi un contrato, esa rigidez se ha perdido, ha disminuido considerablemente. Pero vendrá más tarde la etapa científica; y, como explicación de la naturaleza del proceso, tendremos en un primer momento, la *relación jurídica*. La relación es un fenómeno jurídico, pero lo es también humano; la relación es vivencia; es la vida de relación; tengamos en cuenta que si hoy estudiamos la relación jurídica⁸, hasta época relativamente reciente esta expresión se ha utilizado, casi exclusivamente, con

⁷ No ha de extrañar que nuestra colección de libros procesales, en la que figuran tantas obras maestras de esas dos escuelas aparezca con la denominación de *Ciencia del proceso*; no creemos haber incluido en ella obra alguna que no hiciera honor al título de la Colección.

⁸ Cuando de relación jurídica se trata, conviene no olvidar el concepto que de ella nos da un autor tan original como BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, sexta ed., Torino, UTET, 1962, I, n° 50, pág. 115: *Relación jurídica es una relación entre un determinado sujeto y el ordenamiento jurídico, a través trámite de una norma jurídica*; aclarando en nota a pie de página: no hablo, como es claro, de relación de *dos sujetos*, sino de un *sujeto con el ordenamiento*, trámite *una norma jurídica*. Y las iras de CARNELUTTI por si debe decirse *trámite* (a secas) o *por trámite de*, me parece que no tienen mayor importancia.

Humanización del Proceso

un sentido a-jurídico; las *relaciones son cosa privada*: así, las relaciones amorosas, que en un tiempo pedían (Fulanito *le ha pedido* relaciones a Menganita) y tenían un punto definido de comienzo; hoy tienen más importancia las *relaciones públicas*, que son una forma de actividad y hasta profesional; en otra época acaso no se contemplaban como relaciones públicas y oficiales otras que las relaciones exteriores, o al menos eran las únicas que daban nombre a un Ministerio en casi todos los países. Hoy en día no podemos dejar de contemplar que la relación es jurídica, es norma; aunque al mismo tiempo no podamos dejar de tener en cuenta que es un fenómeno existencial. Siguen adelantando los estudios procesales y al proceso se lo contempla como *situación jurídica*⁹; se atenúa el aspecto jurídico en esta concepción, para intensificarse el aspecto humano; la *situación* es vida. Podemos pasar de largo, casi resbalar, sobre el concepto de *institución* para explicar el proceso¹⁰ que, a los fines de esta charla, poco nos ayudaría.

⁹ La obra en que JAMES GOLDSCHMIT desarrolla su doctrina, y, desde luego, la fundamental en su producción es *Der Prozess als Rechtslage-Eine Kritik des prozessualen Denken*, publicada en Berlín en 1925 y cuyo comentario hizo CALAMANDREI en 1927 en la *Rivista di diritto processuale civile*, primera parte, pág. 219, 226, rechazando la doctrina del maestro alemán; pero no habían de pasar muchos años sin que el maestro de Florencia rectificara su criterio, con la sinceridad en él característica: en 1951, al rendir la *Revista de Derecho Procesal* (argentina) homenaje a la memoria de GOLDSCHMIT, a los diez años de su muerte (con la publicación de los dos más admirables volúmenes que nuestra Revista produjo), homenaje en el que estuvieron presentes, con los estudiosos de América, los de Alemania, Italia y España, nos dedicó CALAMANDREI su magnífico trabajo *Un Maestro de Liberalismo procesal*, y en él, tras de afirmar (pág. 161 del primer volumen) que *la figura de James Goldschmidt se hace en lontananza cada vez mejor reconocible, como la de un estudioso de excepción, que tuvo, como pocos, algo de nuevo y de importante que decir, y cuya obra marca verdaderamente, en el camino de los estudios de derecho procesal, una piedra miliar*, agrega en seguida (pág. 162): *Al releer hoy, a la distancia de más de veinte años, la nota que escribí sobre aquel libro a poco de aparecer, no me sentiría capaz de confirmar íntegramente las reservas que entonces me pareció poder expresar sobre la teoría de la situación jurídica que, según el autor, debía estar destinada a ocupar el puesto de la teoría tradicional de la relación jurídica.*

¹⁰ En un primer momento tuvo cierto auge esta doctrina, cuyo principal defensor, en nuestro idioma, es JAIME GUASP. Entre nosotros, encontró la aceptación de COUTURE, la cual se manifestó en la segunda edición de los *Fundamentos*, pero que se rectifica, con una categórica negativa, en la edición póstuma. Como en otros aspectos de su labor científica, debo a la sinceridad de COUTURE la satisfacción de haberme dado la razón: así, al incluir en sus *Fundamentos*, también en la

Vemos que, conceptualmente al menos, la evolución contrato - cuasi-contrato - relación - situación, significa una constante humanización de la idea de proceso y una constante disminución de rigidez jurídica: desde los romanos hasta James Goldschmidt, el proceso se va incorporando a la vida humana; va perdiendo formalismo para ganar vitalidad (prescindamos de ciertas etapas, aunque se prolonguen siglos, más o menos oscuras en la evolución jurídica); en el contrato, el vínculo es absoluto y directo; y subsiste, aunque aflojándose, en el cuasi-contrato; después, todavía la *relación* (sustantivo) *jurídica* (*adjetivo*), lleva consigo derechos y obligaciones, sobre todo si, como esencia de ella, contemplamos el derecho subjetivo; o, al menos, significará, ya que no obligaciones, en el sentido específico, *obblighi*, como concepto más genérico, o *deberes*, como forma de imperativo jurídico. Por el contrario,

tercera edición, el estudio de la *jurisdicción*, que falta en las dos primeras y en la edición brasileña, por atribuirle carácter constitucional y no procesal. La *institución*, como el *negocio jurídico*, son ideas y conceptos que pueden servir para aclarar una construcción científica; pero no siempre para servir de cimiento de ella. De una manera general, la doctrina de la institución ha sido estudiada por los autores franceses, en particular por HAURIU y RENARD. No ha de extrañar que cuando COUTURE pronunció sus conferencias en la Sorbona, y se refirió a la *institución* como doctrina que puede explicar la naturaleza del proceso, fuera éste el punto que con mayor firmeza se tratara en la mesa redonda (a que me he referido en la nota 3) y en el que mayor dominio pusieran de manifiesto los franceses, y residentes, que intervinieron en el debate. Pero no hay que creer que todo sea unanimidad entre los autores franceses acerca de la *institución*; basta acudir a RENÉ SAVATIER, el ilustre Decano honorario de Poitiers, para encontrar una falta de entusiasmo: en su libro *Les Métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui* (Première série), *Panorama des Mutations*, 3ème édition, Paris, 1964, nos dirá (nº 95, pág. 110): *La palabra institución es una palabra cómoda, porque es vaga. Sus propugnadores* (Parrains es el vocablo exacto utilizado por Savatier), *en efecto, Hauriou y Renard no han dado jamás una definición particularmente clara; y, más adelante* (nº 101, pág. 115): *¿Cuáles serán los caracteres de esta institución de la que se acaba de señalar los progresos y la importancia? Nosotros decimos que ni Hauriou, ni Renard, que, ciertamente, han hablado mucho de ello, que han subrayado su vuelo, su desarrollo, y que, de manera particular, han mostrado que sustituía, cada vez más, al contrato, no han llegado a definirla; se buscaría en vano, en sus obras, esa definición. Esto nos recuerda lo que dijo COUTURE, aún en la época en que no había rechazado la doctrina de la institución: que ésta se presentaba como una nebulosa y como algo que producía vértigo. De los autores italianos quien, separándose de la nebulosa francesa, ha ofrecido ideas más claras sobre la institución, ha sido SANTI ROMANO en L'Ordinamento giuridico, y después en los Frammenti di un Dizionario giuridico (cuya edición en lengua castellana acabamos de realizar).*

Humanización del Proceso

la *situación*, absolutamente vital, da lugar a *espectativas* y *cargas*: en la relación predomina el *derecho*; en la situación, el *hecho*.

*Los códigos que hoy se redacten deben ser códigos de cargas*¹¹; pero es que los viejos, esos códigos a veces tan sin razón vilipendiados, con ese tipo de código liberal-burgués, tan siglo XIX, no suelen contener tampoco obligaciones ni verdaderos deberes¹²; le dejan al litigante que administre su libertad.

5. *La sensación de fracaso*

Una alta ciencia procesal. No es exagerado afirmar que, entre las jurídicas, es la rama que más ha evolucionado; quizá porque se encontraba en retardo de siglos con respecto a las demás: el derecho civil y el derecho penal habían contemplado el *procedimiento* (no el *derecho procesal*)¹³ como un apéndice, como el aspecto meramente formal de su

¹¹ Así vengo propugnándolo desde hace tantos años. ¿Me dejarán aplicar este criterio en el Proyecto de Código de Procedimiento Civil para la Provincia de La Pampa?

¹² Respecto del proceso alemán, señala GOLDSCHMIDT (*Tratado de Derecho Procesal Civil*, Trad. esp., Barcelona, 1936, pág. 201) que no existen deberes de las partes, y que la única excepción es la obligación de comparencia personal sancionada por el § 141, III, después de la reforma de 13 de febrero de 1924. Ese inciso preceptúa que si la parte citada no comparece, se le podrán imponer las mismas sanciones que a los testigos inobedientes, excepto la prisión subsidiaria de la multa. Con respecto a la Ley de Enjuiciamiento Civil española, cuyo art. 592 establece que el litigante que resida dentro del partido judicial podrá ser obligado a comparecer ante el juez que conozca del pleito para prestar su declaración, afirma ALCALÁ-ZAMORA (Notas a la traducción de GOLDSCHMIDT que se acaba de citar, pág. 204, que a la parte que haya de comparecer a declarar no se le considera como sujeto del proceso, sino como medio de prueba. Pero aparte de que no se podría armonizar muy bien esta opinión con el principio en virtud de cual *nemo tenetur edere contra se*, ha de tenerse presente que el siguiente artículo 593, al establecer que si el llamado a declarar no compareciere a la segunda citación sin justa causa, rehusare declarar o persistiere en no responder afirmativa o negativamente, a pesar del apercibimiento que se le haya hecho, podrá ser tenido por confeso en la sentencia definitiva, convierte la obligación en verdadera carga procesal. En el derecho argentino, debe recordarse el art. 21 de la Ley 14.237, cuyo inciso 2º establecía la obligación de comparecer el litigante, cuando fuere llamado a los efectos del art. 64 del Código. Ese inciso fue derogado por el Decreto Ley 23.398. Pero no se olvide que, en algunas Provincias, antiguos Territorios Nacionales, la Ley 14.237 tiene vigencia, y no en cambio el Decreto Ley modificatorio.

¹³ He dicho en otras ocasiones que hasta en la denominación legislativa y uni-

estudio. Pero el avance se produjo, iniciándose el movimiento en Alemania donde —aun si prescindimos de la famosa *Polémica* sobre la acción, entre Windscheid y Muther¹⁴— la obra de Bülow sobre las *excepciones y los presupuestos procesales*¹⁵ señala un indiscutible enfoque científico, de carácter autónomo, de la materia procesal; no tardaremos mucho en llegar a Wach, acaso el procesalista alemán que más influencia (aunque sea indirecta y de segunda mano) ha tenido sobre nosotros, a través de Chiovenda; y finalmente (sin olvidar a Rosenberg, Kisch, Schönke) la figura grandiosa de Goldschmidt, el jurista que vino a acabar su vida en estas playas del río de la Plata.

Pero es, sin duda, la doctrina italiana (aunque ella encuentre su origen en la alemana) la que nosotros hemos asimilado: Mortara, Chiovenda, Carnelutti, Redenti; si fijamos la vista en España, veremos a Becerra; y después a Prieto Castro, a Alcalá-Zamora (en seguida desplazado a América); y poco después a Guasp, Fairén Guillén. En nuestra región rioplatense, Alsina, Couture, Lascano, Podetti. ¿Cuál es el fenómeno que homogeneiza a todos estos estudiosos de distintos países latinos? Hay uno que no podemos considerar de detalle: es que

versitaria encuentra su reflejo esta sensación de inferioridad: frente a las denominaciones de *Código Civil* o *Código Penal*, los cuerpos legales que regulan la materia procesal, se llaman en España *Ley de Enjuiciamiento Civil* y *Ley de Enjuiciamiento Criminal*; y no es distinto el fenómeno en Alemania, al denominarse *Zivilprozessordnung*, esto es, Ordenanza Procesal Civil, en lugar de Código, al cuerpo legal regulador del proceso civil. En las Universidades, a quien enseña Derecho Civil se le ha denominado siempre civilista; como se ha llamado penalista, romanista o administrativista, a quienes enseñan Derecho Penal, Romano o Administrativo, respectivamente; pero no se encontraba adjetivo adecuado para quien enseñaba *Procedimientos*, y se ha necesitado llegar a la denominación de *Derecho Procesal* para llamarle *procesalista*.

¹⁴ Los tres trabajos que la componen (el primero, de WINDSCHEID, contestación de MUTHER, y réplica de WINDSCHEID) se recogieron en un volumen, hoy muy difícil de encontrar en la edición en lengua original (véase al respecto lo que dice PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Madrid, 1952, pág. 72, nota 106, quien cita la polémica por referencia de CHIOVENDA, pero sin haber conseguido disponer del volumen alemán), pero cuyo estudio ha facilitado la admirable versión italiana de PUGLIESE y HEINITZ (con un prólogo de alto valor científico de PUGLIESE), publicada por Sassoni, Firenze, 1952, en la Colección *Classici del Diritto*, dirigida por Calasso.

¹⁵ Acaba de aparecer en nuestra Colección *Clásicos del Derecho Procesal*, traducido por MIGUEL ANGEL ROSAS LICHTSCHNEIN.

Humanización del Proceso

todos ellos tienen que aplicar las doctrinas nuevas, que van elaborando, a códigos viejos: el de 1865, en Italia; la ley de 1881, en España; los códigos formados sobre la ley española de 1855, en Argentina y Uruguay. Forzosamente habría de manifestarse una falta de coordinación entre el mecanismo y su aplicación. Pero veamos, dónde ese fenómeno es más patente, cuál sea la mentalidad de cada uno de los hombres que deben trabajar sobre el viejo código: observemos el fenómeno en Italia. Mortara es un *magistrado* (no importan el político ni el abogado); Chiovenda es un *profesor* (tampoco nos interesa el abogado¹⁶); Redenti es un *jurista*¹⁷; Carnelutti es, sobre todo, un *abogado*; Carnelutti tiene demasiadas facetas; pero tomamos la que aquí más nos interesa; si de humanizar el proceso se trata, nada más humano, demasiado humano, que Carnelutti; ha sido él, entre sus pequeños grandes libros, quien ha escrito *Cómo se hace un proceso* y *Las miserias del proceso penal*. Pero ¿qué unirá también a todos estos hombres? Creo que un factor negativo: la deformación (más que formación) profesional.

De los italianos, como síntesis de lo humano, superando a las cuatro grandes figuras que acabamos de mencionar, podríamos tomar a Calamandrei: el humanista por excelencia; por su formación y por su mentalidad; en la clasificación de André Philip (¡cuánto bien me ha producido esta clasificación del humanista francés! ¡Cuánta claridad me ha proporcionado! ¡Hay precios que no se deben pagar!). Calamandrei es el humanista, el antibárbaro absoluto. Y frente a nuestra necesidad de humanizar el proceso, de adaptarlo a las necesidades humanas, Calamandrei es el hombre que escribió (más aún que el *Elogio de los jueces*) *De las buenas relaciones entre los jueces y los abogados*; y

¹⁶ Aunque CHIOVENDA no fuera un teórico puro, sino un abogado en ejercicio; él lo dijo con frase que encierra un concepto terminante: *el puro teórico en el procedimiento es algo que carece de sentido; pero el puro práctico es una desdicha* (*Del sistema en los estudios del proceso civil*, en *Ensayos de derecho procesal civil*, trad. de Sentis Melendo, EJEJA, Buenos Aires, 1949, tomo I, pág. 376).

¹⁷ Recordaré la opinión y la expresión de CALAMANDREI al preguntarle, con propósito de traducción, sobre las obras de dos procesalistas, me contestó: *el libro de X. X. es el libro de un magnífico profesor; el de REDENTI es el libro de un altísimo jurista.*

es el abogado (más que el profesor) que, ante el espectáculo de la justicia inglesa, exclama: ¿Cambiarían los ingleses su mejor justicia por nuestra más alta ciencia?

Pero acudamos a Goldschmidt, a James Goldschmidt, profesor y decano de Berlín, antes de que el nazismo deshonrara a Alemania; y también hay facetas personales: el israelita perseguido; el hombre que hizo una guerra... que no era la suya; porque Calamandrei también la hizo; pero era la suya; o, al menos, cuando la hizo, creyó hacer su guerra¹⁸. Goldschmidt vio el proceso como una guerra; vio en él lo aleatorio de todas las luchas; y, por eso, lo contempló como una situación jurídica; y sobre esa idea básica escribió *Der prozess als Rechtslage* libro que, con su trabajo de veinte años antes *Materielles justizrecht*, ofrece el pensamiento procesal de este Maestro llamado a gravitar cada día más sobre las concepciones del proceso.

Pero la sensación de fracaso sigue envolviéndonos.

6. *Dónde no se ha fracasado*

Prescindamos de la justicia paternal administrada por el histérico monarca bajo la encina no menos histórica; eso ya no es posible ni siquiera en los minúsculos Estados que, también por razones históricas, han llegado a nuestros días. Prescindamos igualmente de los tribunales especializados que juzgan sobre controversias de tipo bien particularizado (¿por qué no traer a colación al Tribunal de Aguas de Valencia, con sus mil años recién cumplidos de historia y con su actuación siempre ejemplar?). La historia debe de tener su importancia y su influencia en la perfección de las instituciones, ya que las creadas hoy en día, no obstante su especialización, dejan bastante que desear en orden a su funcionamiento¹⁹.

¹⁸ Recuérdese la dedicatoria de *Demasiados Abogados: A la memoria de los abogados y de los estudiantes italianos de leyes muertos en la guerra por servir el Derecho*; y recuérdese también que CALAMANDREI, esencialmente antibelicista, fue un buen militar en esa guerra que creyó era la suya; pero fue también el más profundo intérprete de la *Resistencia* en la guerra que no era la suya ni la de Italia.

¹⁹ En nuestros cursos monográficos en el Colegio de Abogados de Buenos Aires,

Humanización del Proceso

Contemplemos las justicias de tipo general y normal de nuestros días, ¿dónde encontramos una que pueda servirnos de modelo? ²⁰. Quizá únicamente en Austria. Chiovenda y Couture, redactores ambos de Proyectos de Código de Procedimiento Civil, nos la pintan como ejemplo; y no dejan de ser curiosas las estadísticas que acompañan, de las cuales resulta que mientras en Uruguay no se termina un proceso en primera instancia antes de dos años, y son muchos los que se prolongan por varios años más, en Austria solamente por rara excepción puede un proceso llegar a durar un año. ¿Quién hizo el código austríaco que, lo mismo durante el Imperio que en la minúscula República de hoy, funciona tan ejemplarmente? Klein: un profesor, pero que era ministro, que contó con su ciencia de maestro y con su experiencia de político; y, además, con los medios necesarios para poner en práctica un proyecto que no dejó de encontrar resistencias. Recordemos con Couture que un código no es una obra académica sino una obra política. Si el código de Austria lo hizo un profesor, lo impuso un ministro.

Y de Inglaterra ¿qué decimos? Separándome, en esto, de Calamandrei y de Couture, yo no soy un admirador de la justicia inglesa; no creo en las virtudes de esa justicia, al menos a título de ejemplo a seguir. La justicia inglesa es superlativamente lenta; debe tenerse presente lo que Couture dice de la lentitud; es una justicia poco dúctil, lo que quiere decir poco humana, porque la rigidez, por sí sola, no es rectitud. No creo que se pueda tomar como modelo. Pero hay algo que es de admirar en la justicia inglesa: que es la justicia para ingleses,

versó una lección sobre el Tribunal Arbitral organizado por la Bolsa de Comercio de esta Capital, tribunal que llevaba funcionando en aquel momento más de seis meses. Cuando —en el debate que siguió a la lección— se me ocurrió preguntar, ingenuamente, cuántos fallos se habían pronunciado en aquel medio año, se me contestó que todavía no se había llegado a resolver ningún proceso. Debo confesar que no me entusiasmo su velocidad procesal.

²⁰ No basta con que COUTURE nos dijera (*Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Exposición de motivos, n. 8, pág. 32): *El país se considera satisfecho con sus jueces; y que La justicia de este país es admirable en cuanto a su calidad, tanto en el orden intelectual como en el orden moral* (Presentación del Proyecto, II, pág. 10), si inmediatamente se nos dice que *adolece de extraordinaria lentitud, de debilidad para con el litigante malicioso, de ineficacia en cuanto al cumplimiento de los fallos; y si en la misma Exposición* (n. 10, pág. 37) se afirma que *en el procedimiento el tiempo es algo más que oro: es justicia.*

adaptada a la mentalidad inglesa. Añádase a ello que el inglés admira sus instituciones y que la respeta por el hecho de ser inglesas. Esta es la razón por la cual la *cosa juzgada* tiene mucha más fuerza en Inglaterra que en el resto del planeta. La misma lentitud es un fenómeno inglés. Creo que la justicia inglesa es una magnífica justicia... para los ingleses. No podría tomarla como modelo²¹. Sigamos pensando en la de Austria.

7. Enseñanzas: adaptación o adecuación

¿Qué persigue un proceso? Verificar un hecho y aplicarle una norma jurídica; o bien, a la inversa, subsumir ese hecho bajo una norma. Es lo mismo: es cuestión de palabras. La subsunción nos parece una cosa más nueva; quizá porque la palabra nos ha llegado por vía germana²²; sin embargo, el silogismo judicial es cosa bien vieja y la operación de subsumir exige pensar en la norma (premisa mayor) para colocar bajo ella el hecho verificado (premisa menor); mientras que aplicar el derecho al hecho significa pensar en la premisa menor para aplicarle la mayor; y es que ambas premisas son de difícil disociación: el *tatbestand*, nos dirán los alemanes o la *fattispecie*, los italianos; esto es, el *tipo jurídico* (que no es idea exclusiva del derecho penal, sino que corresponde a cualquier zona jurídica) sólo se comprende pensando al mismo tiempo en el hecho y en el derecho, en la norma y en la realidad.

²¹ Se nos haría difícil a nosotros tomar como modelo la justicia de un país donde el derecho procesal, como estudio doctrinal y hasta como disciplina universitaria, se puede considerar inexistente. Aunque creamos que lo esencial del proceso es la prueba (y a ella sí le conceden importancia los ingleses), no podemos comprender que el proceso puede mejorar desconociendo o negando al mismo toda base científica. Otro aspecto de la vida jurídica anglo-sajona es la naturaleza no codificada de su derecho, su sistema del *caso*, que quizá no sea tan ajeno a la vida jurídica argentina, a pesar de nuestro sistema codificado; la búsqueda del precedente, en nuestras colecciones de jurisprudencia, ha llegado a adquirir tal importancia entre nosotros, que parece situarnos en una posición intermedia entre el derecho continental europeo y el derecho anglo-sajón.

²² Aunque, a la verdad, es un perfecto latinismo; tanto que si, aún habiéndonos llegado de Alemania, buscamos la palabra en un diccionario alemán, no la encontraremos; y, en cambio, *subsum* está en cualquier diccionario latino.

Humanización del Proceso

Esa finalidad de combinación de hecho y derecho se cumple por medio del proceso; y el proceso ya dijimos que consiste en *avanzar*, y que el avance se efectúa por *etapas*, pasándose de una a otra utilizando la *preclusión*. Hay una etapa pre-procesal durante la cual toda *averiguación* es no solamente lícita sino necesaria, indispensable; hay que *averiguar* para poder *afirmar*; después estas afirmaciones, al enfrentarse con las contrarias, habrá que *concretarlas*; después pasaremos a *verificarlas*; para hacer más tarde *alegaciones* en orden a lo que ha sido el desarrollo del proceso; y vendrá finalmente, etapa definitiva, el *pronunciamiento* del juez.

Vemos, pues:

Averiguación: anterior al proceso;

Afirmación: en la demanda y en la contestación;

Concretación: después de enfrentarse ambas;

Verificación: mediante la prueba;

Alegación: examen de todo lo actuado;

Pronunciamiento: resolución del juzgador, que pone fin al proceso.

¿Cómo debe manifestarse la adecuación? Utilizando en cada momento procesal los medios más idóneos. No ha de extrañar que contemplemos esa adecuación de esta manera simplista:

los medios de *averiguación* y de *preparación*, de naturaleza pre-procesal son de libre iniciativa de quienes se preparan para litigar: cada uno los administrará como mejor le parezca y con la eficacia que le sea posible;

afirmar, iniciando el proceso, *debe hacerse por escrito* para una mejor constancia de lo que se pretende;

concretar lo que se controvierte (recuérdese el fenecido art. 23 de la ley 14.237) exige un contacto *inmediato* entre las partes y de ellas con el juez; un cambio de impresiones; y nadie creería que ello pueda realizarse de otra manera que conversando; esto es, *oralmente*;

verificar las afirmaciones, esto es, *probarlas*, aportar al proceso los elementos de convicción necesarios es actividad que debe desarrollarse en armonía con la naturaleza de cada elemento aportado. *Orali-*

dad no quiere decir rechazamiento de elementos escritos: un documento no puede convertirse en una actuación oral; lo que ocurre es que podrá incorporarse al proceso mediante una diligencia de carácter oral; un informe vendrá también en forma escrita; y hasta un dictamen pericial podrá producirse por escrito, sin perjuicio de explicaciones y aclaraciones en forma oral (no olvidemos que la *prueba de peritos* se ha denominado, históricamente, *juicio de peritos*, esto es, algo que se asemeja a un pronunciamiento judicial (y ello aun prescindiendo de que todavía hoy en nuestros códigos, existe ese tipo de proceso que se denomina *juicio pericial*); no cabe duda que las declaraciones de partes y testigos deberán prestarse en forma oral; y que la escritura relativa a un reconocimiento judicial podrá reducirse al mínimo;

la *alegación* sobre lo actuado, deberán hacerla las partes cuando proceda, en forma oral; y el momento definitivo, el del resolver el juez, por medio de la *sentencia*, habrá de ser, como regla general, escrito.

O sea que, en el proceso más dominado por la oralidad, el planeamiento de la controversia y su resolución deberán hacerse por escrito; además de incorporarse igualmente por escrito al proceso ciertos elementos probatorios cuya naturaleza así lo exija.

8. *Naturaleza del derecho procesal*

Hemos dado un repaso al proceso: a su naturaleza y a su desenvolvimiento. Del proceso se ocupa el derecho procesal. Me parece que hay necesidad de que establezcamos o determinemos lo que el derecho procesal sea.

Se suele decir que el derecho procesal es un derecho formal; a veces, hasta se da a esta afirmación un cierto sentido peyorativo. Sin embargo, digamos que las formas son el precio de la libertad, según Chiovenda recogió de Montesquieu²³. Pero es que la clasificación o

²³ CHIOVENDA, *Las formas en la defensa judicial del derecho*, en *Ensayos*, cit., tomo II, pág. 125, donde se lee: *También pertenece a la historia la rectificación de Montesquieu, que un día atacó vivamente las formalidades judiciales y más tarde se inclinó a reconocer en ellas el precio que cada ciudadano paga por su libertad (Esprit des lois, VI, 2).*

Humanización del Proceso

distinción entre derecho sustancial (o material) y derecho formal, como tantas otras en el mundo de lo jurídico, me parece que tiene mucho de incongruente, de innecesaria, y hasta de perturbadora. Me recuerda las clasificaciones de los medios de prueba: preconstituidos y no preconstituidos; y aun de los sistemas probatorios: pruebas legales y pruebas libres. No hay ninguna prueba que sea totalmente legal ni absolutamente libre; no hay ningún medio que sea totalmente preconstituido ni que se constituya totalmente en el proceso. Y no hablemos de la graduación: sospecha, indicio, semiplena prueba, plena prueba. No hay un derecho formal y un derecho sustancial; toda manifestación jurídica tiene sustancia y forma. Si por derecho formal queremos entender el derecho judicial o procesal, entonces contemplemos los preceptos jurídicos aplicables a las actuaciones judiciales; pero no olvidemos que la sustancia de lo judicial salta a la vista con sólo pensar que nadie puede tomarse la justicia por su mano, siendo indispensable una sentencia para que el derecho se realice. No se puede prescindir de que en todas las sentencias hay algo de constitutivas, como en todas, a cualquiera de los grupos a que pertenezcan, hay una declaración. Basta pensar en las sentencias de nulidad de matrimonio y de divorcio. Pero el absurdo de la distinción entre derecho sustancial y derecho formal nos lo da, precisamente, el ejemplo del matrimonio y del divorcio. ¿Estamos ante una manifestación de derecho sustancial cuando dos contrayentes acuden al registro civil a casarse, y de derecho formal cuando dos cónyuges actúan ante los tribunales en proceso de divorcio? ²⁴

Acaso la solución más profunda nos la dio Goldschmidt cuando nos dibujó la figura del *derecho judicial material*. En lo que el juez realiza en el proceso hay actuaciones de pura forma y las hay de crea-

²⁴ Y no vale la distinción entre el derecho estatal y el canónico, considerando que en éste los ministros del matrimonio son los propios contrayentes que *se casan* y en aquél el funcionario de Registro Civil que *los casa*. Me parece que, ante el divorcio y ante la nulidad de matrimonio, y aún ante la inexistencia, es necesario que el juez los divorcie (sentencia constitutiva) o que el juez anule o pronuncie la inexistencia (sentencia declarativa); sin perjuicio de repetir que todas las sentencias tienen algo de constitutivas y algo de declarativas.

ción sustancial, lo mismo que en un contrato hay forma y contenido; y, por tanto, esos dos aspectos los apreciamos en la actuación de un notario. Pero la concepción goldschmitiana tiene proyecciones para nosotros los que vivimos en derecho argentino, porque el art. 67, inciso 11° de la Constitución Nacional contiene una norma cuya interpretación puede variar según como se contemple la clasificación del maestro de Berlín ²⁵.

¿Y qué pensar de la naturaleza pública o privada del derecho procesal? Yo creo que casi todos los que estudiamos derecho procesal, aun los que creen enseñarlo, vivimos una tragedia científica: nos formamos, o sentimos inclinación, dentro del derecho privado o hacia el derecho privado; fuimos al derecho procesal, en particular al procesal civil, dentro de esa inclinación; y nos ha costado un gran esfuerzo habituarnos a la idea de que estábamos estudiando derecho público, de que la concepción general de nuestra materia pertenecía a ese derecho público para el que no estábamos preparados ni sentíamos inclinación; no nos dimos cuenta a tiempo de que nos hacía tanta o más falta el derecho constitucional que el derecho civil.

9. *Cómo humanizar el proceso.*

Acaso no sea tan difícil de resolver el problema si se lo plantea correctamente. Hemos dicho que estamos ante una falta de adaptación del órgano a la función; y hemos señalado cuáles son los distintos momentos del proceso y las particularidades de cada uno de esos momentos y sus exigencias. Con ello, el problema queda planteado en sus verdaderos términos: es necesario crear mecanismos procesales adecuados a la vida humana de hoy; y que esos mecanismos funcionen tam-

²⁵ Hace ya veinticinco años que AMÍLCAR A. MERCADER escribió su libro *Poderes de la Nación y de las Provincias*, en el que, respecto de ese precepto, sustenta tesis que pudo aparecer heterodoxa, sobre todo sustentada por quien, como MERCADER, del federalismo y del provincianismo ha hecho culto. Pero ya en 1939 MERCADER estaba percibiendo cuál podía ser la mentalidad sobre todo en el campo procesal, de los constitucionalistas de 1853, cuando todavía la polémica WINDSCHEID-MUTHER no se había planteado.

Humanización del Proceso

bién adecuadamente. Es necesario que, en el desarrollo del proceso, *se hable* cuando en la vida real la gente se entiende hablando; y que *se escriba* cuando la permanencia de la escritura resulte más adecuada a la necesidad de constancia. Hay que adecuar el procedimiento a las exigencias de cada proceso; no multiplicar innecesariamente los tipos de proceso. Sobre todo, y acerca de ello quiero insistir, hay que eliminar toda figura de *obligación procesal*, con su sentido de coerción, haciendo que funcionen las *cargas*, con su sentido de libertad. Cuando todo ello se logre, y tengamos códigos que respondan a estos principios, entonces, recordando a Calamandrei²⁶, *será necesario que magistrados y abogados se pongan al trabajo de buena gana, para hacer que esta reforma de la estructura visible del proceso vaya acompañada de una reforma de la costumbre, que opere más adentro, sobre las conciencias y sobre los espíritus.*

²⁶ *De las buenas relaciones entre los jueces y los abogados en el nuevo proceso civil*, trad. SENTÍS MELENDO, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1943, pág. 131.

