

V

EL CARACTER DIALECTICO DEL PROCESO

1. Principio del contradictorio. — 2. Carácter dialéctico del proceso. — 3. Proceso dialéctico y proceso totalitario. — 4. Proceso civil y liberalismo. — 5. Contradictorio procesal y oposición parlamentaria. — 6. Función de los abogados en el proceso dialéctico. — 7. La confianza entre abogados y jueces como fuente reguladora de las formas procesales. — 8. El fracaso de la oralidad en el proceso civil italiano. — 9. Comprensión recíproca entre abogados y jueces.

1. Principio del contradictorio.

Después de haber dedicado tres conferencias al juez como protagonista del drama procesal, es necesario ahora ocuparnos de los otros personajes indispensables en todo proceso, o sean las “partes”; que si continuamos utilizando la terminología teatral no sería exacto llamar los “antagonistas” del juez, porque ellos, adversarios entre sí, son los colaboradores indispensables del juzgador, aunque éste no lo advierta.

Las partes en el proceso son necesariamente dos, aun en aquellos procesos llamados de "única parte", porque la dialéctica del proceso (que constituye actualmente una de sus exigencias esenciales, como veremos a continuación) ha originado en los ordenamientos modernos la creación de una parte oficial, y por así decirlo, "artificial", como sucede en el proceso penal acusatorio, en el cual el Ministerio Público se contrapone al imputado, y como ocurre en algunos litigios civiles en los que está interesado el orden público, por ejemplo los de interdicción, en los que el interés del incapacitado es el único que debe tutelarse, a pesar de lo cual la ley exige la presencia en el juicio de un actor legitimado para obrar en contradictorio con él (46).

En el proceso moderno, que responde a los principios constitucionales de los nuevos ordenamientos democráticos, las dos partes son siempre indispensables. El principio fundamental del proceso, su fuerza motriz, su garantía suprema, es el "principio del contradictorio": *audiatur et altera pars; nemo potest inauditus damnari*. "La defensa constituye un derecho inviolable en todo estado y grado del procedimiento" (artículo 24

(46) CALAMANDREI, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, en *Studi*, II, págs. 321 y sigtes.; *Il Processo inquisitorio e il processo civile*, en *Studi*, V. págs. 53 y sigtes.

de la Constitución Italiana). "El juez... no puede estatuir sobre ninguna demanda si la parte contra la cual se propone no ha sido regularmente citada y no ha comparecido" (artículo 101 del Código de Procedimiento Civil Italiano).

Las partes son *personas*, es decir, sujetos de deberes y de derechos que no están situados frente al juez como súbditos, sometidos a su potestad y obligados a obedecerlo pasivamente, sino como ciudadanos libres y activos que tienen ante el juzgador no sólo deberes que cumplir sino también derechos que hacer respetar, por lo que el juez no debe estimarse únicamente como autoridad dotada de poderes, sino como un funcionario sujeto a deberes y responsabilidades frente a las partes, las que tienen derecho de hacer valer libremente sus razones y de ser escuchadas con atención. La teoría de la relación procesal, iluminada en todo su mecanismo sutil por GIUSEPPE CHIOVENDA, de tal manera que ha resistido, a mi modo de ver, todas las críticas, inclusive las más agudas de JAMES GOLDSCHMIDT⁽⁴⁷⁾, no es más que una traducción en el microcosmos del proceso de la teoría del *Rechtsstaat* (Estado de Derecho). En toda la vida pública del moderno Estado de Derecho, el ciudadano no es un *subditus* abandonado a la merced de un príncipe *legi-*

(47) J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin, 1925, págs. 1-145.

bus solutus, sino un sujeto autónomo de derechos y de obligaciones cuya autonomía está garantizada por la ley frente a la misma autoridad, y cuanto más progresa el ordenamiento constitucional hacia la democracia, con mayor precisión son definidos y "racionalizados" estos derechos y deberes recíprocos del ciudadano frente al Estado.

2. *Carácter dialéctico del proceso.*

Relación jurídica significa relación entre *personas*; cuando decimos que el proceso es una relación jurídica entre el juez y las partes, reconocemos implícitamente que en el proceso, que se integra con sujetos dotados de una voluntad autónoma y jurídicamente relevante, no existe solamente el juez sino tres personas, el propio juez y además las partes, como lo expresaba la antigua doctrina: *processus est actus trium personarum*.

Por tanto, el juez no está nunca solo en el proceso. El proceso no es un monólogo sino un diálogo, una conversación, un cambio de proposiciones, de respuestas y de réplicas, un cruzamiento de acciones y de reacciones, de estímulos y de contraestímulos, de ataques y de contraataques. Por este motivo ha sido comparado con una esgrima o con una contienda deportiva ⁽⁴⁸⁾, pero

(48) CALAMANDREI, *Il Processo come giuoco*, en *Riv. dir. proc.*, 1950, I, págs. 23 y sigtes.

se trata de una esgrima de persuasiones y de una contienda de razonamientos.

En esto consiste la *dialéctica*, que es el carácter más precioso y típico del proceso moderno, lo que significa que la voluntad del juez no tiene ya, en ningún caso, el carácter de soberanía absoluta, sino que está siempre condicionada (inclusive en el proceso penal) a la voluntad y al comportamiento de las partes, es decir, a la iniciativa, al estímulo, a la resistencia o a la aquiescencia de las mismas. Y lo mismo puede decirse para cada una de las partes, cuya voluntad y actividad se plasman y se adecuan en todo momento del proceso a los estímulos provocados por la conducta del juez y de su contraparte.

3. *Proceso dialéctico y proceso totalitario.*

Sin esta dialéctica triangular no existe proceso en el sentido moderno de la palabra, y se podría decir, parafraseando un antiguo lema, que *tres personae faciunt processum*. En ciertos períodos históricos, que hasta hace poco tiempo creíamos desaparecidos para siempre en la tenebrosidad de las hogueras, ha existido una figura de proceso en la que el juez ha estado *solo*, puesto que ante sí no veía hombres, conciencias responsables y libres para defenderse, sino únicamente víctimas indefensas, sujetas a su ilimitado arbitrio y condenadas anticipadamente al sacrificio; tal era

el proceso de la Inquisición en el que la función de investigador, de acusador y de juez se concentraban en una sola persona, el inquisidor, ante el cual el pesquisado no tenía la calidad de persona sino solamente la de un sujeto inerte, de un mísero fardo de carne, hecho para ser desgarrado y aniquilado por la tortura.

El amigo ALCALÁ-ZAMORA nos relató brillantemente en una reciente reunión académica el desarrollo de un proceso que se siguió en España hace algunos siglos contra la langosta, lo que constituye una curiosa extravagancia judicial que estuvo en uso en la época intermedia, inclusive en Italia, en la que se han recordado los procesos criminales dirigidos seriamente en contra de bestias acusadas de delitos y que fueron solemnemente condenadas a muerte ⁽⁴⁹⁾.

Constituye una parodia burlesca de esta antigua aberración el famoso proceso contra el perro doméstico, escenificado en el tercer acto de *Les Plaideurs*, de RACINE, con el objeto de proporcionar al viejo magistrado maniático el placer de juzgarlo; pero cuando estos procesos contra animales son seguidos con seriedad en ciertas épocas históricas, bajo esa extravagancia puede leerse, casi en forma de apólogo, una concepción autoritaria del proceso que hace del juez un

(49) CARLO LESSONA, *Giurisprudenza animalesca*, Città di Castello, 1906, págs. 39 y sigtes.

déspota absoluto y su único personaje. Hombre y animal significan lo mismo para el juez, que no busca la colaboración del acusado ni contempla en él la dignidad y responsabilidad de una conciencia humana, de la cual espera una respuesta que podrá ser decisiva para su suerte, sino que ve solamente un objeto sin alma, cuyo destino terrenal está ya escrito en la mente del juez, como el de la bestia que es pesada por el carnicero antes de enviarla al matadero. Este era el proceso inquisitorio, que se creía para siempre desvanecido en los siglos de la barbarie, y que, por el contrario, ha reaparecido entre nosotros en estos últimos decenios de terror, en la helada ficción de justicia, que con terminología actual se puede denominar proceso "totalitario", y en el que las partes son solamente elementos decorativos, llamados para hacer más espectacular el rito, pero el juez es todo, y única su voluntad, por lo que la sentencia no es el producto final del encuentro de voluntades contrapuestas, resultado que permanece incierto y en formación, en tanto que el proceso está *in itinere*, sino que constituye el arbitrio solitario de una sola voluntad que presenta el proceso como un artificio para dar, en forma retrospectiva, una justificación ilusoria a la decisión tomada con anterioridad.

En el proceso de carácter dialéctico, el fallo constituye la consecuencia que permanece in-

cierta hasta el fin de la marcha del proceso; en el proceso totalitario, la marcha del proceso es la consecuencia de una resolución *ya cierta desde el principio*.

4. *Proceso civil y liberalismo.*

Es fácil apreciar cierto paralelismo entre la disciplina del proceso y el régimen constitucional en el cual se desenvuelve. Inclusive en la actualidad existe el Estado absoluto y autoritario, al que corresponde un proceso de tipo totalitario en el cual el juez lo puede todo y las partes son tratadas como cosas, y, por el contrario, en el Estado liberal y democrático el proceso reproduce en su estructura, como el cielo reflejado en el agua, la dialéctica del liberalismo y de la democracia.

El ilustre ministro GARCÍA ROJAS, presidente de una de las Salas de la Suprema Corte, ha tenido la bondad de recordar mi trabajo sobre la "*relatividad de la acción*" (50), en un discurso en el cual se expresó en forma demasiado benévola sobre mi persona, trabajo en el cual traté de demostrar que en ese variable concepto de "acción" se reflejan las diversas actitudes del eterno contraste entre autoridad y libertad, en

(50) CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, en *Studi*, cit., V, págs. 1 y sigtes.

concordancia con los cambios de los regímenes constitucionales. Pero esta relación entre la figura del proceso y la estructura de los mecanismos constitucionales, dentro de los cuales es encuadrado y estudiado, no puede limitarse únicamente al concepto de acción, ya que en todo el estudio del proceso puede ser instructiva y reveladora de nuevos horizontes la comparación entre el derecho procesal y el derecho constitucional, entre el sistema de juicio y el sistema de gobierno.

Al gran procesalista alemán JAMES GOLDSCHMIDT, que murió en el exilio por causa de la locura racista, debemos la aproximación agudísima entre la dialéctica del proceso, tal como la consideramos actualmente, y la doctrina política del liberalismo. En el prólogo de su obra fundamental, *Der Prozess als Rechtslage* (1925), expresa que el derecho procesal puede florecer solamente sobre el terreno del liberalismo; y precisamente por esto, en un trabajo dedicado a honrar su memoria lo llamé “maestro de liberalismo procesal” (51).

En realidad, la dialéctica del proceso es la dialéctica de la democracia parlamentaria. En un cierto sentido (y *cum grano salis*) la pluralidad de las partes en la contienda judicial se

(51) CALAMANDREI, *Un maestro di liberalismo procesuale*, en *Riv. dir. proc.*, 1951, I, págs. 1 y sigtes.

asemeja a la pluralidad de los partidos en la lucha política. El principio de la iniciativa y de la responsabilidad de las partes, comprendido bajo el nombre de *principio dispositivo*, por el cual cada una de las partes en el proceso civil puede ser el artífice de su propia victoria, con la bondad de sus razones y con la habilidad con la que sepa hacerlas valer (*faber est suae quisque fortunae*), tiene muchos puntos de semejanza con la dialéctica política de los gobiernos parlamentarios, en los que cada uno de los partidos, a través de su programa (y a veces, desgraciadamente, con la habilidad de su propaganda), puede ser el artífice de su propia victoria electoral y, por tanto, de su ascensión al gobierno. La democracia es un régimen en movimiento, en continuo esfuerzo de superación, un sistema dinámico animado por el perdurable estímulo de mejorarse y de superar al adversario en la bondad de los programas y su eficacia persuasiva.

5. *Contradictorio procesal y oposición parlamentaria.*

El principio del contradictorio se parece como dos gotas de agua al principio de la oposición parlamentaria. Ambos están fundados sobre ciertas ideas tan simples que pueden parecer hasta ingenuas; o sea, que los hombres saben ser razo-

nables, capaces de persuadir con buenas razones y dejarse convencer por las ajenas; que la verdad sólo puede conocerse en su integridad si se observa en sus diversos aspectos, dándole vueltas para descubrir sus tres dimensiones, y que el contradictor no es un enemigo, sino un colaborador, porque con sus objeciones ayuda a descubrir y corregir los errores alimentando la contienda de emulación, que constituye el estímulo y el fermento de todo progreso humano. Como sabemos, la oposición en el sistema parlamentario inglés, una seria y fuerte oposición, se considera como un órgano necesario de buen gobierno, y hasta se denomina: "la oposición de Su Majestad", siendo apreciada hasta el extremo de que el jefe de la misma recibe una retribución no muy inferior a la del Primer Ministro, sentándose a la misma altura y frente a los miembros del Gabinete, en la misma banca del Gobierno.

Por tanto, el contradictorio es indispensable en el proceso, no para exacerbar la litigiosidad de las partes o para dar oportunidad a los abogados para hacer ostentación de su elocuencia, sino en interés de la justicia y del juez, ya que precisamente en la contraposición dialéctica de las defensas contrarias encuentra fácilmente el medio más adecuado para descubrir toda la verdad, iluminada bajo sus más diversos aspectos.

Esta aproximación de los sistemas procesal y

parlamentario, apoyado el primero en el contradictorio, y el segundo en el contraste entre la mayoría y la oposición, no tiene un valor puramente teórico, una significación, por así decirlo, de pura semejanza estética. Durante los últimos años del dominio nazista en Alemania, se discutieron proyectos de reforma del proceso civil (los cuales, si el régimen no se hubiese hundido, habrían sido traducidos mecánicamente en leyes) con las que se pretendía abolir el contradictorio y transformar el proceso de partes (*Parteiprozess*) en un procedimiento totalmente oficioso, impulsado exclusivamente por la iniciativa del juez, por lo que alguien llegó a hablar de "proceso sin partes", lo que equivaldría a hablar de "proceso sin proceso". Inclusive, un estudioso de buena voluntad ⁽⁵²⁾ descubrió que el concepto de *Parteiprozess* no era sino un maligno contagio, penetrado en la sangre de la justicia, de los odios de partido que afligían a Italia en el tiempo de los Municipios, cuando la vida política se traducía en una lucha de facciones. Y continuaba dicho estudioso expresando que así como el nazismo totalitario había llegado felizmente a liberar de los partidos la vida política, aplacando todos los contrastes en el seno paternal del *Führer*, deberían abolirse las partes en el proceso y triun-

(52) CALAMANDREI, *La crisi del processo civile en Germania*, en *Studi*, V, págs. 285 y siges.

far, aun en los tribunales, la religión del *Führerprinzip*, de manera que en las salas de justicia resonase solamente la sagrada palabra del juez oficiante, y ante él los justiciables deberían esperar en silencio, postrados y adorantes.

6. *Función de los abogados en el proceso dialéctico.*

Por el contrario, el proceso debe constituir, en un régimen democrático, un coloquio civilizado entre personas situadas en el mismo nivel humano, siendo fácil comprender la importancia del abogado, o más bien, de los abogados, interlocutores necesarios de este diálogo, en una regulación democrática de la justicia. El éxito del proceso, y por tanto la suerte de la justicia, está condicionado por el amigable y leal desenvolvimiento de este coloquio, por lo que de las buenas relaciones entre los jueces y los abogados, más que de la bondad de las leyes, depende el buen funcionamiento de la justicia.

Ya desde la primera conferencia hice notar que para el buen funcionamiento del proceso tiene mayor importancia la *costumbre judicial* que las mismas leyes, y que los creadores de esa costumbre judicial son precisamente los jueces y los abogados, a través de su moralidad, rectitud y recíproca comprensión. Jueces y abogados tienen semejanza, en el proceso, a un sistema de

vasos comunicantes, puesto que su cultura y lealtad se mantienen constantemente al mismo nivel, elevándose y disminuyendo para ambos constantemente y en igual medida. Buenos jueces hacen buenos abogados y viceversa, puesto que los magistrados que desprecian a los abogados se desprecian a sí mismos, pero los abogados que no respetan la dignidad del juzgador ofenden la dignidad de su propia toga.

En ocasiones la misma ley establece (artículo 88 del Código de Procedimiento Civil Italiano) el "deber de lealtad y de probidad" para las partes y para sus patrocinadores, pero no expresa en concreto, ni lo podría definir jamás, en qué consiste esta obligación. La lealtad y la probidad deben vivir fundamentalmente en la conciencia de los magistrados y de los abogados, de tal manera que, en la costumbre, el respeto de las "reglas del juego" no se puede imponer a quien no lo siente, pero es esencial tanto en el proceso como en el Parlamento. Por tal motivo tiene tanta importancia en la reglamentación de las profesiones forenses la jurisdicción disciplinaria que ejercitan los colegios profesionales sobre sus propios integrantes, porque la vigilancia sobre la lealtad y probidad de los abogados y sobre la observancia de las reglas no escritas de rectitud profesional debe venir de dentro de la misma conciencia y del sentido de responsabili-

dad de la Orden forense, a través de un régimen de autogobierno y de autodisciplina.

Esta es la causa por la que la abolición de la abogacía como profesión libre y su transformación en una burocracia de Estado significaría no solamente el fin de la abogacía sino también el fin de la justicia. En dos ocasiones se intentó realizar esta transformación en la Prusia de Federico el Grande y en la Rusia de Lenín (53); y las dos veces fracasó este experimento realizado por autocracias tan diversas, y para salvar la justicia fue preciso retornar al sistema del libre ejercicio de la abogacía, o al menos, como ha sucedido en Rusia, a la libertad de las partes para elegir un defensor retribuido (54).

Los abogados representan la libertad en el proceso, toda vez que constituyen el símbolo viviente del principio vital de las democracias modernas, de acuerdo con el cual, para llegar a la justicia es preciso pasar a través de la libertad, ya que la libertad es el instrumento indispensable para conquistar una mejor justicia. En los primeros tiempos del terror fascista, cuando los escuadristas iban de un lado a otro realizando expediciones punitivas, las metas de sus

(53) CALAMANDREI, *Troppi avvocati*, Firenze, 1921, págs. 25 y sigtes.

(54) CALAMANDREI, *Gli avvocati nel mondo*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, pág. 327; *Libri sugli avvocati*, *ib.*, 1930, I, pág. 350.

devastaciones no eran solamente las cámaras de trabajo y las bibliotecas populares, sino también los bufetes de los abogados. Y así en Florencia, al finalizar el año 1924, fueron incendiados más de veinte en una sola jornada. No debemos asombrarnos de que esto haya sucedido, si tomamos en consideración que para los dictadores, el abogado constituye el símbolo peligroso de la razón crítica y de la oposición que se rebela contra el conformismo; de esta manera en los regímenes de opresión y de degradación, en la toga radica el último refugio de la libertad, ya que cuando todos callan bajo el peso de la tiranía, de vez en cuando brotan de la toga voces dignas y arrogantes.

7. *La confianza entre abogados y jueces como fuente reguladora de las formas procesales.*

El curso del proceso se gobierna por la costumbre judicial, creada por la colaboración de jueces y abogados, los que lo aceleran o retardan de acuerdo con su ritmo de actividad o negligencia.

Resulta inútil que las leyes procesales establezcan decadencias y preclusiones, si magistrados y abogados no llegan a encontrar por sí el punto de contacto y de equilibrio entre las obligaciones que tienen los últimos, primeramente, de la defensa esforzada y cuidadosa de las pre-

tensiones de su cliente y el deber importantísimo de constituirse en leales colaboradores del juzgador, no retardando el curso de la justicia, por razones de táctica. Por lo que resulta ocioso que, sobre el papel, los Códigos restrinjan los términos, prohiban los aplazamientos o impongan la concentración si jueces y abogados se unen en una alianza en la que impere la cómoda costumbre de la pereza.

La historia del proceso nos ofrece en todos los tiempos ejemplos de la fatal resistencia retardataria que ejercita la costumbre judicial sobre las leyes del procedimiento, inclusive respecto de las que se han expedido con el firme propósito de obtener una concentración rápida y rigurosa; de modo que cada vez que el legislador ha creído poner remedio al estancamiento y solemnidad del proceso ordinario, creando para las causas más urgentes un procedimiento especial, abreviado y concentrado, que por tales motivos se denomina "sumario", la costumbre judicial ha logrado en pocos años transformar este procedimiento nacido para acelerar y simplificar en una secuela lenta y solemne. Y este curioso fenómeno (que con feo pero eficaz neologismo ha sido calificado de "des-sumarización del proceso sumario") se repite periódicamente en la historia, ya que el proceso sumario, puesto en contacto con la práctica, tiende al formalismo, apropiándose todas las lentitudes y complicaciones del proce-

so ordinario; tal parece que abogados y jueces, en vez de agradecer al legislador sus intenciones de hacer más ágil y menos engorroso su trabajo, suprimiendo formulismos, se encuentren de acuerdo para hacer fracasar toda tentativa de reforma que tienda a hacer más rápido el curso del procedimiento.

Tenemos la prueba de esta situación en las modificaciones que, precisamente a solicitud de los abogados, fueron hechas al Código Italiano de Procedimiento Civil de 1940, por la Ley de 14 de julio de 1950, N^o 581; todas estas reformas, que abolieron o atenuaron algunas preclusiones (artículo 184) admitieron la impugnación de ordenanzas que antes no lo eran (artículo 178) o la impugnación independiente de las sentencias parciales (artículo 339), han desembocado necesariamente (aun cuando ésta no fue la intención de quienes las habían sugerido) en una pérdida de celeridad y en un aumento de complicaciones.

La lentitud de los procesos, que todavía lamentamos en Italia, no es un fenómeno que pueda atribuirse a causas contingentes, como pudo haber ocurrido en el decenio de general estancamiento producido por la crisis bélica en todas las ramas de la administración pública, sino que tiene causas más profundas y arraigadas en la costumbre forense. La excesiva complicación del procedimiento que hace necesaria la

meticulosa observancia de formalidades condenadas por el buen sentido, podría reducirse fácilmente a sus justos límites si entre los magistrados y los abogados existiera un mayor sentido de confianza recíproca. *Es precisamente la desconfianza la que retarda y complica el proceso.*

Si hacemos una comparación entre la administración de justicia como se desarrolla en Inglaterra, con la que se practica en los países continentales como Francia e Italia, nos percatamos con dificultad de una diferencia que a primera vista parece increíble hasta el absurdo: mientras que no son suficientes en Italia cerca de seis mil magistrados de carrera para realizar las funciones jurisdiccionales, la misma se efectúa en Inglaterra, y con mayor rapidez, con sólo un centenar de jueces.

El verdadero motivo que se encuentra en la base de la rapidez y simplicidad de la justicia inglesa, y que a nosotros puede parecernos milagrosa, radica en el sentido de leal compañerismo que une a los abogados y a los jueces en Inglaterra, y que casi siempre hace superfluas las formalidades del procedimiento. Gran parte de las garantías formales que en nuestro proceso pretenden asegurar el respeto del contradictorio y cerrar el camino a las estratagemas y a las maniobras de los litigantes de mala fe se hacen necesarias por la desconfianza que existe entre las partes y también entre éstas y el juez, por lo

que es preciso regular con disposiciones minuciosas todas esas precauciones, ya que se teme que si las leyes no las prescribiesen, las partes tratarían de atropellarse recíprocamente, y cada una de ellas actuaría astutamente para impedir que el adversario se defienda, y también porque se tiene el temor de que si el desenvolvimiento del contradictorio no estuviese regulado por la ley, un juez rudo e impaciente aprovecharía esta elasticidad de poderes para truncar el debate en la primera audiencia, librándose así de la fastidiosa insistencia de los defensores.

Respecto de los ritos procesales se puede decir lo mismo que lo que se expresa en relación con los ritos religiosos: que no siempre las complicaciones formalísticas de la liturgia son síntomas de sinceridad de la fe. Todas las prescripciones con las cuales las leyes procesales pretenden garantizar la lealtad del contradictorio tienen un valor sintomático que no es de buen augurio, puesto que si la ley siente la necesidad de imponer la lealtad, significa que la misma se encuentra vacilante en las conciencias.

La confianza recíproca es, en todos los campos de las relaciones humanas, una fuerza simplificadora, puesto que confianza significa solidaridad, sociabilidad y comprensión. También en los juicios, la astucia, tan apreciada por los causídicos menudos, es la primera responsable de las complicaciones y del alargamiento del pro-

cedimiento, ya que de esta astucia surgen las *cautelae ad protrahendas causas ad longum*, y del temor hacia la astucia ajena, las contracautelas, que tienen por objeto impedir que el proceso se alargue por un adversario de mala fe; pero esta contienda de garantías formales no sirve para nada cuando falta la garantía del espíritu.

8. *El fracaso de la oralidad en el proceso civil italiano.*

Acaso el ejemplo más típico de cómo la desconfianza puede llegar a cambiar el carácter de las instituciones procesales se observa en el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil Italiano, el cual, cuando dicho Ordenamiento entró en vigor, en 1942, establecía que: “la sustanciación de la causa ante el juez instructor es *siempre* oral”. Posteriormente, el “siempre” ha sido suprimido en la reforma de 1950. El artículo continúa proclamando que la sustanciación de la causa “es oral”, pero la supresión de la palabra “siempre” demuestra que puede no llegar a serlo. En realidad, la oralidad ha caído en desgracia inclusive ante el juez instructor. La fase instructoria, que debía constituir, en la intención del legislador, un diálogo confidencial entre abogados y jueces sentados alrededor de la misma mesa, se ha transformado, como en el viejo

rito, en una serie interminable de diferimientos, otorgados voluntariamente por el juez para dar oportunidad a los abogados para realizar un intercambio de sus escritos, entre aplazamiento y aplazamiento. El juez instructor se reduce, muy frecuentemente, a un mecanismo registrador de reenvíos, ya que no tiene afecto a la conversación directa con los abogados, que podría serle útil para simplificar la causa y poner en claro los puntos esenciales; y, por su parte, los abogados prefieren escribir sus argumentos con estilo curialesco sobre el papel sellado y no exponerlos al juez con sencillez, en forma persuasiva y modesta.

Este fracaso de la oralidad y esta cristalización burocrática del juez instructor derivan evidentemente, por una parte, del excesivo trabajo con el que son recargados los jueces, ya que cuando un juez instructor, como ha sucedido en estos últimos años en los tribunales de las circunscripciones judiciales más populosas, tiene que despachar simultáneamente la instrucción de un centenar de procesos o tal vez más, se comprende que no tenga tiempo para tramitar todos y cada uno con la atención debida, y que no pueda hacer de cada expediente el diligente estudio preparatorio que le permitiría discutirlo con los abogados con pleno conocimiento. La oralidad tiene necesidad de una preparación inmediata; la escritura permite aplazar el estudio para me-

jor oportunidad, y ésta es una buena razón para que abogados y jueces prefieran la escritura.

Pero es en la desconfianza en la que radica la verdadera razón de esta preferencia. A los abogados no les gusta descubrir ante los jueces sus baterías defensoras, como deberían de hacerlo en un coloquio directo no quieren (o con frecuencia no saben) responder con rapidez, en presencia del juez, a las objeciones del adversario. Para sostener un contradictorio oral en forma de diálogo, en cuyo transcurso pueden aflorar las cuestiones más impensadas, se requiere una preparación que no todos los abogados tienen, y además sospechan que toda maniobra del adversario esconde una trampa. Por eso prefieren tomar tiempo, repensar, consultar la jurisprudencia y responder por escrito después de dos semanas de meditación. El peor enemigo de la oralidad es el miedo de "comprometerse". Puede ocurrir que también el juez vea en la conversación inmediata con los defensores el peligro de revelar prematuramente su criterio sobre el litigio, que debe permanecer en secreto, y padezca el terror de que los abogados, especialmente los más hábiles y los más acreditados, logren llevarlo por un camino falso con su insinuante elocuencia. También el juzgador desconfía y prefiere, en vez de escuchar los argumentos de las partes, leer los escritos sobre sus comparencias para poderlos meditar en la soledad.

De esta manera, la oralidad es destruida por la desconfianza. Los abogados y el juzgador ocupan tres sillas ante el mismo escritorio, acompañados del secretario dispuesto a consignar sus palabras en el acta, por lo que podrían aprovechar desde luego aquel encuentro para entrar al fondo de la controversia, pero prefieren detenerse por breves momentos solamente para ponerse de acuerdo sobre la fecha de la nueva audiencia, y lo que habrían podido decirse de viva voz en aquel instante, se lo comunicarán mediante el intercambio de escritos, y a su vez la nueva audiencia servirá únicamente para obtener un nuevo aplazamiento destinado a preparar las respuestas. De esta manera el proceso se diluye en promociones escritas, en las que tanto juez como abogados se comportan como enamorados tímidos, que cuando se encuentran no saben qué decirse, pero apenas se separan, escriben larguísima cartas de amor, que conservan por algunas semanas en espera de cambiárselas en silencio durante la próxima cita.

9. Comprensión recíproca entre abogados y jueces.

Para restablecer la confianza entre abogados y jueces, que es condición esencial para el resurgimiento del proceso, puede tener eficacia decisiva la forma de elección de los magistrados. Si

se pudiese nombrar juez a quien haya ejercitado por un cierto número de años la profesión de abogado, se podría esperar que después de la experiencia profesional ese juez encuentre argumentos para comprender ciertas exigencias de la defensa y para darse cuenta de las razones que justifican algunas intemperancias e insistencias de los abogados, y, viceversa, si los defensores hubiesen experimentado por algún tiempo, antes de ejercitar el patrocinio forense, la laboriosidad y las dificultades de la función de juzgar, la función del magistrado se engrandecería en su estima. Por esto considero excelente el sistema de elección de los jueces que se sigue en Inglaterra, donde en los cargos judiciales más importantes son designados los abogados más distinguidos y estimados, de manera que la magistratura es considerada como la prosecución y el natural puerto de llegada de la abogacía. Abogados y jueces se sienten unidos por un mismo compañerismo: el *barrister* confía en los jueces, porque ayer fueron abogados como él, y el magistrado confía en el *barrister*, porque sabe que mañana ascenderá igualmente, de la barra de la defensa, al banco del juez.

En sustancia, el problema fundamental del proceso, que es el de las relaciones entre los abogados y los jueces, es un problema de comprensión. Es necesario que el juez comprenda y aprecie hasta dónde su labor es facilitada y su esfuer-

zo reducido, por la presencia de los abogados, que asumen el duro trabajo de traducir al juez la tosca realidad en comprensible lenguaje jurídico; pero es preciso también que los abogados comprendan que el cargo de juez es más gravoso y requiere mayor compromiso que el del patrocinio forense, porque mientras que el abogado, como el soldado en la trinchera, sabe anticipadamente dónde se encuentra el enemigo y hacia qué dirección debe disparar, el juez debe elegir y es suya toda la terrible responsabilidad de la elección.

Tal vez para allanar las buenas relaciones entre abogados y jueces se requiera que entre ellos exista no sólo comprensión, sino también, me atreveré a decirlo, recíproca caridad, comprensión y caridad necesarias para los inevitables defectos y cansancio que sufren todos los hombres, tanto los jueces como los abogados, en su fatigosa jornada.

No podría decirse que da pruebas de caridad y de comprensión el juez que, antes de asistir al debate en que el abogado discutirá oralmente su negocio, ha formulado anticipadamente la sentencia, de manera que mientras el abogado se desgañita en la audiencia, el juez prefiere no prestarle atención, sino pensar en asuntos propios, amodorrándose en esa meditación. También el abogado es un hombre, no un mecanismo, y frecuentemente es un hombre viejo y en-

fermo, que realiza un gran esfuerzo y la entrega total de sí mismo al hablar en la audiencia, en la que se prodiga y se consume sin ahorro. Si el juez no pretende ser despiadado, esta razón de caridad humana, al menos, le debería imponer la obligación de escucharlo con atención.

Mas, por su parte, el abogado peca de crueldad cuando se obstina en atormentar al juez con su oratoria desenfundada e indiscreta, no obstante que el propio juez se encuentra extenuado por una jornada de audiencias y, por tanto, incapaz de escucharlo con atención, o cuando, por el contrario, en lugar de resumir su defensa en pocas páginas sintéticas y clarificadas, la diluye en voluminosas memorias que aplastan al juzgador como piedras sepulcrales.

En suma, también en las relaciones entre abogados y jueces se llega siempre al secreto de todo resurgimiento democrático: deben ser relaciones entre hombres libres, guardianes cada uno de ellos de su propia independencia y dignidad, pero al mismo tiempo conscientes de que la solidaridad social los une entre sí para la realización de un objetivo común. Jueces y abogados son en el proceso como espejos, cada uno mirando de frente al interlocutor, que reconoce y saluda, reflejada en él, su propia dignidad.

(27 de febrero de 1952)