

**ACADEMIA DE DERECHO Y DE ALTOS ESTUDIOS JUDICIALES
BIBLIOTECA
DERECHO PROCESAL GARANTISTA
IDEOLOGÍA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL**

**EN EL CÉNTENARIO DEL REGLAMENTO DE KLEIN¹
(El proceso civil entre libertad y autoridad)**

**FRANCO CIPRIANI
BARI - ITALIA 1995**

Sumario:

1. Franz Klein y el Reglamento de 1895
2. El pensamiento y el proceso de Klein
3. Las raíces del Reglamento de Klein: el Reglamento giuseppino de 1781
4. El proceso como mal social y su influencia en la economía nacional
5. El objeto social. La concepción publicística. La negación de las partes
6. Reforzamiento de los poderes del juez y tratamiento forzado de las causas
7. Klein y la libertad de las partes
8. Klein y la Convención Europea de los Derechos del Hombre
9. Klein en Italia. La inútil experiencia de 1942
10. La polémica acerca del Reglamento austríaco después de la guerra
11. La aplicación del Reglamento austríaco en Trento y Trieste
12. La sustitución del Reglamento austríaco con el CPC: testimonio de Asquini
13. Las estadísticas de Klein.

¹ Traducción de Adolfo Alvarado Velloso.

1. FRANZ KLEIN Y EL REGLAMENTO DE 1895

Se cumple este año el centésimo aniversario del Reglamento hecho por el Guardase los Franz Klein para el proceso civil del Imperio Austro-Húngaro.

En 1895, Franz Klein tenía 41 años, habiendo nacido en Viena en 1854. De joven se dedicó primeramente a la abogacía y luego a la enseñanza del derecho romano y del derecho procesal civil. Nombrado Guardasellos, consiguió aprobar un proyecto suyo de ZPO, convirtiéndose así para muchos en el legislador procesal por antonomasia; tanto, que en los años veinte surgió en Italia una especie de competencia para llegar a ser el "*Klein italiano*".²

Su Reglamento, todavía vigente en Austria, pudo realizarse con base a una gran *vacatio legis* que el Guardasellos utilizó, bien para preparar a los jueces con *mano dura* que aplicaran la nueva ley³, bien para amansar a los abogados de Viena que en 1897 amenazaron con una revolución con el fin de impedir la implementación del nuevo procedimiento⁴.

Tiempo después del 1º de enero de 1898, día de la entrada en vigencia de su Reglamento, Klein –siendo siempre Guardasellos (y tal vez considerando aquella *media revolución*)– proclamó con los hechos la necesidad de dar un respiro al Poder Ejecutivo en los momentos graves que se vivían⁵ y se hizo "custodio vigilante de la integridad del nuevo ordenamiento", instituyendo "una asidua vigilancia sobre los tribunales (...) en el período crítico de la primera aplicación"⁶.

Para imponer su ley en la realidad, Klein (a quien el destino le había asignado el triste deber de suscribir para su país el *Tratado de Saint*

² En el sentido de que "Chiovenda no fue, lamentablemente, pero habría querido y debido ser el Klein italiano", Carnelutti, *Addio Chiovenda* en esta Revista 1948, I, p. 121. Pero, en el sentido de que el Klein italiano debería haber sido Carnelutti. Ver *Osservazioni sul progetto del nuovo codice di procedura civile*, 1927, I, p. 123.

³ Menestrina, *Francesco Klein*, en esta Revista 1926, I, p. 270.

⁴ A esto hace referencia Chiovenda, *L'oralità e la prova* (1924), en *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, a cargo de Proto Pisani, II, Milán 1993, p. 205.

⁵ Menestrina, *Francesco Klein*, p. 271.

⁶ Calamandrei, *L'opera di Francesco Klein e il processo civile austriaco*, en esta Revista 1925, I, p. 80.

Germaine, que signó el fin del Imperio Austro Húngaro y, también, el traspaso de la Venecia Giulia y la Venecia Tridentina a Italia), utilizó como recurso la “felicísima institución de los inspectores judiciales”⁷ que distribuyó por todo el territorio del Imperio.

En efecto: los inspectores de Klein –lo asegura un testimonio ocular– “acudían imprevistamente a los más remotos juzgados de campo, examinaban fascículos procesales, asistían a audiencias y comunicaban el resultado de la respectiva inspección a Viena, desde donde partían circulares, recomendaciones y reproches o encomios, según el caso.

¡Qué lucha vigorosa contra el temido abuso de las escrituras preparatorias! ¡Qué desgracia para los jueces indiferentes a la concentración procesal! ¡Qué fervor de provisión de discursos de publicaciones hechas para un único animador!”⁸.

El Reglamento de Klein encontró no pocas resistencias y “encendidas discusiones pues preveía un proceso construido a *menoscabo de las partes*”⁹. Así, algunos lo tacharon de inconstitucional¹⁰; otros –como el Rector de la Universidad de Viena, Schrutka– lamentaron que “a los crecientes poderes y a la noble posición del juez no correspondiera un aumento proporcional en las garantías de independencia”¹¹; otros –como Adolf Wach, valiente defensor de la concepción liberal del proceso– le reprocharon estar en contra de la naturaleza dispositiva del proceso civil¹²; otros aun –como el trentino Francesco Menestrina– de haber sido concebido “en un momento de ingenuo optimismo”¹³; finalmente

⁷ También Calamandrei, ver nota anterior.

⁸ Menestrina, *Francesco Klein*, p. 271.

⁹ König, *La ZPO austriaca dopo la novella del 1983*, en esta Revista 1988, p. 713.

¹⁰ A esto hace referencia Menestrina, *Francesco Klein*, p. 272.

¹¹ Lo dice Chiovenda, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, (1901, en Saggi, I, p. 372.

¹² V. Wach, *Grundfragen und Reform des Zivilprozess*, Berlín 1914, p. 19 en adelante, cuyas perplejidades fueron distribuidas por Calamandrei, *Questioni fondamentali e riforma del processo civile*, (1914), también en *Opere giuridiche*, a cargo de Cappelletti, I, Nápoles 1965, p. 75 en adelante.

¹³ Menestrina, *Il processo civile nella pratica dei giudizi trentini*, (1909), en *Scritti giuridici vari*, Milán 1964, p. 263 en adelante, especialmente 280, según el cual el Reglamento austríaco, al dar muchos poderes al juez, no había considerado que el juez podría convertirse en un “burro matriculado”. Posteriormente, en cambio, en *Francesco Klein*, p. 270 en adelante, aun subrayando “el espectáculo de la alegre confianza creativa de Klein”, se mostró más generoso con la crítica del Reglamento austríaco.

otros –como el joven Giuseppe Chiovenda– y sin disimular su perplejidad, prefirieron no pronunciarse¹⁴.

De todos modos, las críticas no le impidieron a Klein decir rápidamente que estaba muy satisfecho de la *gran mejora* obtenida con su reforma¹⁵, ni tampoco que su reglamento había tenido éxito. A más de ellos y, en particular, es notorio que la ideología de Klein fue acogida por el Código Procesal Civil italiano de 1940 y que el Reglamento austríaco ha representado y todavía representa para muchos italianos el ideal a imitar y la meta a alcanzar¹⁶.

2. EL PENSAMIENTO Y EL PROCESO DE KLEIN

Suele decirse que “el gran mérito de Klein fue aquel de individualizar el aspecto sociológico-económico del instituto del proceso (...) La disciplina del proceso austríaco fue la primera entre aquellas relativas a los ordenamientos procesales modernos “en basarse efectivamente en el hecho de que el proceso es un fenómeno social de masas y que debe ser reglamentado como un instituto de bienestar”¹⁷.

Al querer examinar de cerca el pensamiento y el proceso de Klein debe decirse que estos están basados en dos grandes postulados:

¹⁴ “No hablo sobre este sistema”: dijo en 1901, Chiovenda, *Le forme...*, p. 371, el cual, sin embargo, aun sin pronunciarse dedicó páginas durísimas al proceso austríaco. Hay que resaltar que esa fue la única vez que Chiovenda analizó de cerca el proceso de Klein. De hecho, a partir de ese momento, habló siempre en términos generales, dando por descontada la excelencia y la analogía con el alemán (v. especialmente, *Lo statuto attuale del processo civile italiano e il progetto Orlando di riforme processuali*, (1919), en *Saggi*, 1. p. 403). También, Alcalá-Zamora y Castillo, *La influencia de Wach y de Klein sobre Chiovenda*, en *Rev. Der. Proc.* Buenos Aires 1947, ps. 389 en adelante.

¹⁵ Klein, *Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses*, Wien 1900, pp. 1 en adelante y 58. El libro tiene un prefacio fechado en noviembre de 1899. Ergo, las grandes mejoras se habrían logrado en menos de dos años: un milagro.

¹⁶ Advierte Tarello, *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo*, (1977), en *Dottrine del processo civile*, a cargo de Guastini y Rebuffa, Bologna 1989, p. 23, que “en Italia la suerte de la reforma austríaca se identifica con la obra de Giuseppe Chiovenda y con la suerte de esta última”. Debe señalarse, sin embargo, la importancia que se le dio a Klein en años más recientes, en particular, por Cappelletti, *Ideologie nel diritto processuale*, (1962), en *Processo e ideologie*, Bologna 1969, especialmente p. 19 en adelante, un libro que tiene como epígrafe a un pensamiento de Klein.

¹⁷ Lo dice Sprung, *Le basi del diritto processuale civile austriaco*, en esta Revista 1979,

- a) las únicas controversias son de "los males relacionados con pérdida de tiempo, dispendio de dinero, indisponibilidad infructuosa de bienes patrimoniales, fomento del odio y de ira entre las partes litigantes y de otras pasiones fatales para la convivencia de la sociedad"¹⁸.
- b) el proceso, en la medida en que bloquea los bienes en espera de la decisión judicial, incide sobre la economía nacional. Tanto, que "cada causa altera la colaboración pacífica, rompe nexos económicos ordenados, bloquea valores y distrae la circulación ordinaria. La sociedad tiene, de todos modos, un interés en sanar lo más rápidamente posible las heridas sobre el propio cuerpo"¹⁹.

De estos postulados el gran procesalista y Guardasellos austríaco extraía con toda coherencia los corolarios: el interés del legislador a que aquellos "males sociales" que son los procesos tengan una "definición rápida, poco costosa y simple", "posiblemente en una única audiencia"²⁰; la necesidad de que "el legislador no admita que el poder de conducir el proceso sea dejado en las manos de las partes privadas"²¹; y la exigencia, en fin, de que el proceso sea oral²² y que el Estado, a través del juez, asuma "desde el principio la responsabilidad del funcionamiento del proceso y que vele por una individualización rápida de la verdad exenta de complicaciones"²³. De tal forma, "el proceso será racional y conforme al concepto moderno del Estado sólo si la defensa del derecho consiste efectivamente en la concesión de la asistencia del Estado, no sólo con la sentencia, sino desde la primera fase del proceso"²⁴.

En el proceso de Klein, entonces, el juez no se limita a juzgar: antes bien, administra y dirige el proceso desde el inicio hasta el final. Para eso es que, a tal fin, "cuenta con grandes poderes discrecionales"²⁵, con la

¹⁸ Sprung, *Le basi*, p. 27.

¹⁹ Sprung, *Le basi*, p. 38.

²⁰ Compendiando el pensamiento de Klein, Sprung, *Le basi*, pp. 27 y 28.

²¹ König, *La ZPO austriaca*, p. 712.

²² Klein, *Vorlesungen*.

²³ Compendiando el pensamiento de Klein, Baur, *Potere giudiziale e formalismo del diritto processuale*, en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 1965, p. 1689.

²⁴ Klein, *Zeit-und Geistesströmung im Prozess*, Leipzig 1901, citado por Baur.

²⁵ Sprung, *Le basi* p. 27. En el sentido de que tratase de poderes meramente auxiliares y no también sustitutivos de la voluntad de las partes, Cappelletti, *Ideologie nel diritto processuale*, p. 21 en el cual, sin embargo, parece tener una posición muy distinta: en efecto, advierte que "un

obvia consecuencia de que no es más –como en los ordenamientos liberales– una “marioneta que puede moverse sólo si las partes le tiran de los hilos”²⁶ sino el *director*²⁷, el *capitán*, el *representante profesional del bien común*, aquél a quien el legislador asigna el delicadísimo deber de asegurar que en el proceso –instituto de derecho público– sean también satisfechos, además de los intereses de las partes, “los más altos valores sociales”²⁸.

Por todo esto, es posible que “a veces, con la libertad de cada uno, se pagan limitaciones a beneficio del todo y del Estado” y se espera que “jueces, abogados y partes *colaboren en la formación de una decisión justa*”²⁹.

Desde esta perspectiva, la *expeditividad* –problema importante para todos los legisladores– asume en Klein un particularísimo relieve destinado a devenir en un aumento esencial de sus poderes en el proceso, máxime teniendo en cuenta que si bien en sede civil el Estado no muestra interés en el *objeto del litigio*, lo muestra “en el modo en que éste se desarrolla”³⁰.

Aun más: ello se advierte “con la estrecha relación entre vida y proceso y también con la necesidad de que la relación entre el proceso y el derecho material se vuelva más justa”³¹.

En el proceso de Klein, por lo tanto, “no debe haber tardanzas inútiles porque también el Estado tiene interés en deshacerse lo más rápido posible

proceso en el cual las partes y el juez no contarán con ciertas garantías fundamentales, sería más peligroso como proceso oral que como proceso escrito” (*Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna 1994, pág. 161).

²⁶ Sprung, *Le basi*, p. 31, el cual se refiere al proceso vigente en Austria en 1897, que considera liberal.

²⁷ Según Alcalá-Zamora y Castillo, citado por Comoglio, *Direzione del processo e responsabilità del giudice*, en *Scritti in onore di Liebman*, I, Milán 1979, p. 478, existirían tres tipos de jueces civiles: el *espectador*, propio de los ordenamientos liberales, el *director*, propio de los ordenamientos kleinianos, y el *dictador*, propio de los procesos penales o inquisidores. La tripartición es insostenible: *los espectadores asisten, no juzgan!*

²⁸ Sprung, *Le basi* p. 36. Ver también Köning, *La ZPO austriaca*, p. 712.

²⁹ Sprung, *Le basi*, pp. 36 y 37.

³⁰ Son las célebres palabras de Chiovenda, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, (1907), en *Saggi*, I, p. 385. Pero es sólo observar que todos los legisladores se interesan en el modo en que se desarrollan los procesos.

³¹ Klein, *Vorlesungen*, p. 10.

de la pretensión dirigida en su contra”, porque “el impedimento de las causas que se reenvían distrae inútilmente su actividad”³².

De aquí, un último corolario: en el proceso de Klein las partes no tienen ningún derecho a pedir reenvíos, teniendo en cuenta que sólo es el juez quien los dispone “cuando lo cree necesario”³³, “pero sólo en caso de absoluta necesidad”³⁴.

Se puede decir que la posición kleiniana del proceso civil –al margen de argumentos previsibles como la simpleza, la rapidez y el bajo costo, que son perseguidos por todos los legisladores– presenta perfiles de indudable originalidad. Más aún en la medida en que hace hincapié en el bien común, en la colaboración y en los altos valores sociales sobre los cuales el Estado no puede dejar de ser sensible. La idea se manifiesta muy sugestiva y, como lo demuestra el gran éxito alcanzado especialmente en Italia durante todo este siglo, parece que debe tener seguramente una gran fascinación.

Mi impresión es, por el contrario, que todo ha sido producto de su tiempo y que tal vez haya tenido, al menos en Italia, más fortuna de la que necesitaba. En cambio, creo que en la Italia de hoy día, vigente la Constitución de 1948, no es posible seguirla.

3. LAS RAÍCES DEL REGLAMENTO DE KLEIN: EL REGLAMENTO GIUSEPPINO DE 1781

Convendría preliminarmente recordar que el reglamento de Klein no surge en el imperio Austro Húngaro de 1895 como Minerva de la cabeza de Venus. Es que su punto de partida no está en el Código Napoleónico de 1806 ni en nuestro CPC de Italia de 1865, ni en la ZPO alemana de 1877, sino en el *Reglamento Judicial de Giuseppe II* de 1871, un monumento del despotismo ilustrado del siglo XVIII³⁵.

³² Compendiando el pensamiento de Klein, Chiovenda, *Le forme*, p. 371.

³³ En 1901, con evidente incredulidad, Chiovenda, *Le forme*, p. 371.

³⁴ En 1909, sin complacencia disimulada, Chiovenda, *Los stato attuale*, pp. 418 y 419.

³⁵ Denti, *La giustizia civile*, Bologna 1989, p. 15; Picardi, *Codice di procedura civile*, en Digesto, Discipline privatistiche, II, Torino 1988, p. 457 en adelante; Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna, I, Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1980, p. 38.

El Reglamento giuseppino, justamente considerado por la historia como el primer código procesal moderno, preveía un proceso ordinario "escrito y secreto"³⁶, con la interposición de la demanda subordinada a la autorización del juez³⁷, con sólo dos actos a disposición de cualquiera de las partes (demanda, contestación, réplica y dúplica)³⁸, con el sistema de la prueba legal³⁹ y "la preeminencia absoluta de los poderes del juez en la dirección del procedimiento"⁴⁰, la imposibilidad de modificar las demandas y las excepciones en el curso de la primera instancia, las sentencias motivadas sólo si impugnadas y la prohibición de los nova en la apelación⁴¹.

Se trataba entonces, como era de prever, de un proceso con escasísimas libertades para las partes y, con el "juez señor del juicio"⁴², un proceso netamente sin libertades y autoritario⁴³.

Sobre aquel proceso vino a incidir en poco tiempo el edicto del 1º de febrero de 1786, con el cual Giuseppe II reformó el ordenamiento judicial, aboliendo las jurisdicciones especiales y privilegiadas y previendo la articulación jerárquica de las instancias del juicio⁴⁴. En consecuencia, con aquel edicto Giuseppe II *se procuró el control de todos los jueces (y de todos los procesos)*.

Este sistema se mantiene en vigencia hasta la reforma de Klein⁴⁵ la cual –si es valorada desde esta perspectiva, como es obviamente necesario– no puede dejar de tener un significado bien preciso.

³⁶ Gianzana, *Codice di procedura civile*, IV Torino 1889, p. XIII. En el mismo sentido Manfredini, *Il procedimento civile e le riforme*, Padova 1885, p. 94. Estos autores se referían en realidad al reglamento procesal para Lombardía y Veneto, c. Galiziano, apenas diferente al josefino. Sobre aquel reglamento, mi ensayo sobre *Il processo civile in Italia sal codice napoleonico al 1942* a ser publicado en *Riv. Dir. Civ.* 1995.

³⁷ Denti, *La giustizia civile*, p. 14 en adelante; Tarello, *Storia*, p. 514.

³⁸ Gianzana, *Codice*, IV, p. XIII; Manfredini, *Il procedimento*, p. 94; Taruffo, *La giustizia civile*, p. 35.

³⁹ Gianzana, *Codice*, IV, p. XIII; Taruffo, *La giustizia civile*, p. 37.

⁴⁰ Denti, *La giustizia civile*, p. 14 en adelante.

⁴¹ Taruffo, *La giustizia civile*, pp. 35 y 37.

⁴² Con referencia al Reglamento galiciano (v. Supra la nota 35), Pisanelli, *Relazione alla Camera nella tornata del 2 novembre 1864*.

⁴³ Denti, *La giustizia civile*, p. 14 en adelante; Tarello, *Storia*, p. 513. Al contrario, según Taruffo, *La giustizia civile*, p. 38, se trataba de un proceso remitido sin límites reales a las partes; para Sprung, *Le basi*, p. 31 de un proceso liberal.

⁴⁴ Denti, *La giustizia civile*, p. 15; Taruffo, *La giustizia civile*, p. 39.

⁴⁵ Acerca de los largos trabajos preparatorios de la reforma de 1895, Manfredini, *Il procedimento*, p. 95 en adelante; Tarello, *Storia*, p. 513, en notas; Sprung, *Le basi*, p. 24 en adelante.

En efecto: cuando se parte de un proceso como aquel del Reglamento giuseppino y se establece un ordenamiento en el cual los jueces deben tender no sólo a las inspecciones sino también a los *zuniagasos* del Guardasellos⁴⁶, afirmando así más los poderes del juez y limitando aún más las garantías de las partes, no puede más que tener –al margen de las intenciones tenidas en mira y/o declaradas– un solo significado: utilizar al controladísimo juez para neutralizar definitivamente a las partes (*rectius*, los abogados, desde siempre responsables de la causa de muchos cuando no de todos los males del proceso)⁴⁷. En otras palabras: controlar desde arriba toda la administración de la justicia civil.

4. EL PROCESO COMO MAL SOCIAL Y SU INFLUENCIA EN LA ECONOMÍA NACIONAL

Que la *ratio* de la reforma de 1895 es ésta y no otra se demuestra no sólo después de la comparación entre el Reglamento giuseppino con el kleiniano, sino también –y sobre todo– por la sorprendente fragilidad de las bases político-ideológicas que Klein muestra en su reforma.

Como se ha visto *supra*, las bases del discurso de Klein son dos: que el proceso es un mal social y que la lentitud del proceso incide en la economía nacional⁴⁸.

Aunque es sentimiento generalizado el que es mejor mantenerse lejos de los procesos y de los tribunales, ello no autoriza a considerar el proceso como un *mal social*, fuente de “*heridas para el cuerpo de la sociedad*”, porque no es el proceso lo que hace litigar a los hombres sino la vida.

⁴⁶ Es al que se refiere Menestrina, *Francesco Klein*, p. 271.

⁴⁷ La desconfianza en las confrontaciones de los abogados es muy difusa (Chiarloni, *Introduzione allo studio del diritto processuale civile*, Torino, 1975, p. 99) y, según parece, inextirpable: basta con decir que recientemente se les ha consentido notificar los actos (I. 21 enero 1994), pero si son previstas tales y cuales cautelas para desalentar no sólo los abusos, sino también el uso: que yo sepa, la I. 53/94 se ha vuelto letra muerta. El problema es vasto y no puede ser confrontado por esta sede. Bastará con decir que los abogados, aún con todos los inconvenientes verdaderos o presuntos que implica su presencia, son esenciales en un sistema fundado en la ley y en el respeto a la ley.

⁴⁸ Para probar la fragilidad de tales bases, puede observarse que Chioventa, aún estando inspirado, de 1909 en adelante, en el Reglamento austriaco, no lo ha señalado nunca.

Por el contrario, el proceso es el instrumento con el cual se rinde justicia en este mundo. Es un mecanismo ideado y fundado por el hombre –como tal, imperfectísimo– que puede funcionar al revés y producir grandes injusticias. Empero, y al menos hasta que seamos capaces de inventar una computadora que establezca quién tiene razón y quién miente, debemos contentarnos –como máximo– con esforzarnos por mejorarlo y perfeccionarlo. De hecho, esto es lo que desde siempre todos proponen hacer y que alguno, como apuntó Franz Klein, tiene de tanto en tanto el honor de hacer.

En cuanto a la incidencia que cada proceso o la masa de los procesos puede tener sobre la economía nacional, estimo que las preocupaciones de Klein son, por lo menos, excesivas⁴⁹.

Es verdad que la lentitud del proceso provoca ocasionalmente algunos no pequeños desastres económicos. Pero no creo que el proceso civil pueda llegar a poner en peligro la economía nacional: y es que el proceso –salvo el caso de secuestro– implica sólo raramente el bloqueo de los bienes en discusión. De tal forma, parece razonable concluir que el valor litigioso en las causas civiles no resulta suficiente como para incidir directamente en la economía nacional; prueba de esto es que ningún Estado ha quebrado jamás por motivos procesales.

Por último, tenemos buenas pruebas de que, para nuestra fortuna, la riqueza de un Estado no depende de la velocidad de los procesos civiles: Italia tiene hoy en día un proceso lentísimo, tal vez el más lento del mundo, pero eso no le impide encontrarse entre los países más industrializados y más ricos del orbe. Por el contrario, y para dar sólo un ejemplo: Albania tiene un proceso rapidísimo (¡la primera instancia dura, en promedio, un par de meses!...), pero eso no le impide encontrarse entre los países más pobres del mundo.

Se puede decir que Klein exasperó los inconvenientes fisiológicos e ineliminables con el fin de demostrar aquello que lo apremiaba: la necesidad de sustraer a las partes las pocas garantías que tenían aseguradas por el

⁴⁹ De la pretendida incidencia de la duración de los procesos en la economía nacional no encuentro rastros en el libro de Castellano-Pace-Palomba-Raspini, *L'efficacia della giustizia italiana e i suoi aspetti economicosociale*, Bari 1970. En este sentido, ver también Ferrarese, *La litigazione tra diritti e mercato*, en *Pol. Dir.* 1993, p. 601, que de sus páginas resulta claro que la economía de los Estados Unidos no fue dañada por la *litigation explosion*.

Reglamento giuseppino, haciendo que el juez pudiera tomar las riendas del proceso desde el inicio y obrar a discreción suya, pero bajo control del Ejecutivo.

5. EL OBJETO SOCIAL. LA CONCEPCIÓN PUBLICÍSTICA. LA NEGACIÓN DE LAS PARTES

Elucidado el campo de los postulados tenidos en cuenta por Klein, es ahora oportuno detenerse en dos méritos suyos que son admitidos tradicionalmente en nuestro Estado, pero que a mi parecer no es justo reconocerle: el haber advertido que el objeto del proceso trasciende el interés de las partes y el haber tenido y propugnado como consecuencia una concepción publicista del proceso civil.

En realidad, el Estado, la *res pública*, el ordenamiento sancionando la prohibición de hacer justicia por mano propia y previendo el proceso civil⁵⁰, persigue fines que están al margen de la tutela de los derechos de los particulares.

Esto es un hecho que el hombre común ha advertido mucho antes que Klein.

También es verdad que ya en la Roma clásica el ordenamiento se preocupara de "ejercitar el más amplio control sobre el proceso civil, el control político, sin el cual no será garantizada la paz social"⁵¹. Parece entonces por lo menos excesivo decir que el fin público del proceso civil haya sido intuido sólo cien años atrás.

Ni qué decir que los objetivos sociales perseguidos por Klein fueran diferentes a los de sus predecesores y que pudieran ser relacionados por aquéllos, indudablemente nuevos, del socialismo jurídico afirmados a fines del siglo pasado.

Aunque Anton Menger, el apóstol del socialismo jurídico, haya sido complacido por la reforma de 1895 y, en particular, por la multiplicación de

⁵⁰ En el sentido de que el proceso civil encontró su fundamento en la prohibición de hacer justicia por sí mismo, Mortara, *Manuale della procedura civile*, I, Torino 1929, p. 17; Lessona, *Lezioni de procedura civile*, Milán 1932, p. 4; Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 1994, p. 5.

⁵¹ Crf, *Lezioni di storia del diritto romano in età monarchica e repubblicana*, Bologna 1994, p. 201.

poderes oficiosos⁵², no parece que Klein pueda ser considerado un secuaz de Menger⁵³, teniendo en cuenta que él, reafirmando los poderes del juez, no pensaba sólo o prevalentemente en los pobres, sino en el proceso *tout court*, o sea, para todos. Por su objeto social, entonces, no se puede atribuirle honestamente el mérito de la originalidad.

En cuanto a la concepción publicística del proceso civil, ya es tiempo de decir que los estudiosos ajenos al pensamiento de Klein no pueden ser considerados como *partidarios* de una ya superada concepción *privatista* o, peor aún, *individualista de la justicia civil*. Ideas similares podrían tenerse en los tiempos de los fueros personales y hereditarios. Pero, desde que la jurisdicción devino con el Estado moderno como prerrogativa exclusiva e inalienable del Estado, nadie ha tenido jamás una concepción privatista del proceso civil y todos han coincidido en advertir que el Estado tiene como ánimo la administración de la justicia y quiere que los procesos se desanden en el mejor y más racional de los modos⁵⁴.

Es entonces un mero artilugio dialéctico –sino propiamente una *boutade*– considerar a los Pescatore, Pisanelli y los Mattiolo (por no hablar de los Mortara y del primer Chiovenda) como personas que no se daban cuenta de la importancia que tiene el proceso para el Estado o como estudiosos que han escrito sus libros para demostrar que el Estado debe desinteresarse del proceso civil⁵⁵.

Justamente por el contrario, parece cierto que aquellos estudiosos eran *legalistas* y tenían una concepción *garantista* del proceso civil, una aceptada creencia que los llevaba a enfrentarse por la independencia de

⁵² Menger, *Lo stato socialista*, (1902), trad. Ital. de Lerda Olberg, Milán, 1949, p. 183, en las notas, el cual creía que en el estado democrático y socialista el proceso civil habría tomado “la forma de un procedimiento de oficio”. Es inútil decir que es una suerte que estas ideas democráticas (!) y socialistas (!), que nos habrían llevado a vivir en un estado de policía, no hayan sucedido no haya pasado. Del mismo aviso, Montero Aroca, *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*, Madrid, 1982, pp. 77 en adelante, que no duda en definir como “pseudo-jurista” a un procesalista soviético que razonaba, en los tiempos del comunismo, como Menger.

⁵³ Denti, *La giustizia civile*, p. 28; V. Pocar, *Il giudice come amministratore: Anton Menger*, en *L'educazione giuridica*, a cargo de Giuliani y Picardi, VI, 1, Nápoles 1994, p. 231.

⁵⁴ Ver Mortara, *Lo Stato moderno e la giustizia*, (1885) Nápoles.

⁵⁵ Con esto no quiero decir que no existen diferencias entre el modelo de Mattiolo de concebir el proceso y el de Mortara. Las diferencias existen, pero no al punto de considerar privatista la primera y publicista la segunda: ver mi *Storie di processualisti e di oligarchi* Milán 1991, pp. 32

los jueces ante el Ejecutivo (problema que debía hacer sonreír a Klein...) y a no fiarse de la necesidad de que los jueces ostenten mayores facultades para lograr un acabado conocimiento de los pleitos, pues ellos son "hombres como los demás"⁵⁶.

Por eso es que, ampliando los poderes directivos discrecionales del juez, se deja a las partes en poder de su arbitrio, de sus errores y de sus eventuales abusos⁵⁷: no en vano Luigi Mattiolo enseñaba que el proceso "representa la necesidad de sustituir el sistema de la legalidad con la licencia y el arbitrio de las partes y del juez"⁵⁸.

Se agrega que nadie piensa ni ha pensado jamás que las partes deban dirigir el proceso. Tan cierto es esto que, con nuestro viejo código, la dirección estaba destinada al juez y no a las partes⁵⁹. Pero hay algo evidente: una cosa es dar al juez los poderes estrictamente necesarios –y no por ello poco vastos⁶⁰– para dirigir el proceso y otra muy distinta es establecer que el juez puede hacer todo aquello que considere oportuno⁶¹ o, peor aún, que en el proceso civil no se pueda mover una foja sin el permiso del juez⁶².

⁵⁶ Lo asegura un ex magistrado, Pera, *La magistratura oggi 1994*, en *Giust. Civ.* 1994, II, p. 355.

⁵⁷ En tal sentido, en 1901, Chiovenda, *Le forme*, p. 372 (ver nota 107). Sobre el tema, ver mi *Autoritarismo y garantismo nel processo civile*, en esta Revista 1994, p. 24 en adelante.

⁵⁸ Mattiolo, *Istituzioni di diritto giuridziario civile italiano*, Torino 1899, p. 161.

⁵⁹ Diana, *Le funzioni del presidente nel processo civile*, Milán 1991, I, pp. 13 en adelante. Es cierto que aquí se confunde la dirección con el impulso de las partes. Por ejemplo. Hazard y Taruffo, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna 1933, pp. 101 y 105, al relevar que el juez americano normalmente "se limita a responder los argumentos de las partes", afirman que el juez, en los países del *common law*, sería sólo un árbitro en posición neutral y esencialmente pasiva y tendría un papel de segundo plano en la conducción del proceso. No creo que sea así: también en esos países el proceso es dirigido por el juez; es la incidencia del proceso lo que queda en manos de las partes.

⁶⁰ Raselli, *Il potere discrezionale del giudice*, II Padova 1935, p. 190, el cual, con el viejo código, llegó a notar que nuestro juez, contrariamente a lo que se sostenía, tenía una miriada de poderes directivos discrecionales.

⁶¹ Se piensa, por ejemplo, en el art. 118 del C.P.C., por el cual el juez puede ordenar la inspección corporal de un tercero. Es decir, por si eventualmente no fuere claro, que en un proceso civil entre Tizio y Caro, ¡el juez puede ordenar la inspección corporal de Sempronio! La norma, por suerte y naturalmente, no se usa nunca. Pero nos hace estremecer. No obstante, hay quienes la encuentran insuficiente porque el tercero, si rechaza ser inspeccionado, puede ser condenado sólo a una multa no superior a diez mil liras (Cappelletti, *Libertà individuale e giustizia sociale nel processo civile italiano*, (1972), en *Giustizia e società*, Milán 1972, p. 34, que escribía cuando la multa no podía superar las ocho mil liras, pero que no considera que en 1940 el techo de la multa fuera fijado en dos mil liras, que en esa época era un patrimonio).

⁶² Para dar sólo un ejemplo, los arts. 169 C.P.C. y 77 C.P.C. quieren que las partes, para retirar el propio expediente de la cancillería, deban pedir el permiso (por carta timbrada) al juez. Por esto,

Y, en efecto, descubriendo el equívoco que se encuentra en la base del pensamiento de Klein y sus secuaces, puede observarse que es al menos forzado sostener que el juez es un rey *travicello* en los ordenamientos liberales o, como también se ha llegado a decir, una *marioneta*, un *títere*⁶³, un *contestador automático*⁶⁴, un sujeto —en suma— que dicta sentencia sin siquiera saber por qué lo hace, “como un autómeta cuando el peso de una moneda cayendo le hace dar un dulce o una entrada”⁶⁵.

El juez, de quien se espera que *juzgue*, es la persona más importante y temida del proceso, frente al cual las partes —y sobre todo los abogados— se han inclinado y se inclinarán siempre y no lo ven como a alguien que se pueda comparar con muñecos⁶⁶ y con maquinillas automáticas⁶⁷. Que luego el juez civil pueda (y deba) juzgar sólo a instancia de parte es cosa diferente que no puede hacer confundir el discurso⁶⁸.

En cuanto a la peregrina idea de que los legisladores y los estudiosos liberales tendrían del proceso civil como una “negación de las partes” o, como también se ha dicho, “una negociación privada, cuya suerte puede ser abandonada al interés individual de los contendientes”⁶⁹, debo decir que en las obras de Pescatore, de Pisanelli y de Martirolo se intentaría en vano encontrar rastros de una idea similar. Ergo, estas afirmaciones les son atribuidas para denigrarlos y, al mismo tiempo, para mostrar a contrario la nobleza de las ideas “pluralistas”.

se sostiene que nuestro código, lejos de ser antiliberal y autoritario, estaría inspirado en una concepción privatista del derecho y del proceso civil (Cappelletti, *Libertà individuale*, p. 33 en adelante), más precisamente en la ideología liberal que gusta a los abogados (Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, Milán, 1971, p. 19).

⁶³ Sprung, *Le basi*, p. 31.

⁶⁴ Andrioli, *Il nuovissimo progetto di riforma del processo civile*, en *Dir. e giur.* 1947, p. 24.

⁶⁵ Chiovenda, *Le riforme*, p. 385. De “autómata” habla también Segni, *La riforma del processo civile e le sue direttive*, (1924), en *Scritti giuridici* I, Torino, 1965, p. 309.

⁶⁶ De hecho, en el sentido de que en los Estados Unidos (donde, según la concepción analizada en el texto, los jueces serían marionetas) los abogados saben bien que los jueces “no son muñecos”, v. Roberg de Laurentis, *La difesa del povero in America*, Milán 1957, p. 43.

⁶⁷ De hecho, en el sentido de que ya Gnaeus Flavius advirtiera que los jueces no son maquinillas automáticas, Calamandrei, *Il processo como giuoco*, (1950), en *Opere giuridiche*, I, p. 539.

⁶⁸ Es significativo que el mismo Cappelletti, que años atrás había dicho estar en contra de que los países comunistas hubieran “dejado de lado el principio de la pregunta” (v. *Ideologie nel diritto processuale*, p. 18), haya ahora cambiado de opinión (v. *Dimensione della giustizia*, p. 162).

⁶⁹ Calamandrei, *Relazione al re sul C.P.C.* p. 12.

Por lo tanto, desde el momento mismo en que el proceso civil nace por voluntad de una de las partes y puede ser siempre abandonado por ellas, no es seguramente absurdo considerarlo una negociación que interesa esencialmente a las partes y, por ello, cabe regularlo en consecuencia⁷⁰.

Por lo tanto, debiéndose concluir que desde que existe el Estado moderno han existido siempre legisladores o estudiosos con una concepción privatista o agnóstica del proceso civil, es evidente que *la contraposición se ve entre aquellos que prefieren el garantismo y aquellos que aman el autoritarismo*, o bien, como agudamente se ha dicho, entre una concepción *“liberal y realista”* y una concepción *“autoritaria y moralista”*⁷¹. La concepción de Klein, entonces, no puede razonablemente ser considerada (sólo) publicista⁷², pero debe ser recordada como *“aliberal y autoritaria”*⁷³, y no solamente *“fuertemente autoritaria”*⁷⁴ y, agregaría, moralista: cuando se les quitan derechos a las partes y se otorgan derechos discrecionales al juez se hace uso del *autoritarismo procesal*⁷⁵; y cuando se ve en el proceso un *“mal social”* y *“una herida para el cuerpo de la sociedad”*, se hace uso del *moralismo*.

6. REFORZAMIENTO DE LOS PODERES DEL JUEZ Y TRATAMIENTO FORZADO DE LAS CAUSAS

Lo hasta aquí constatado –ciertamente sorprendente para quien, como nosotros los italianos, está acostumbrado a pensar que el reglamento de

⁷⁰ Sobre el mismo tema, Monteleone, *Nota sui rapporti tra giurisdizione e legge nello Stato di diritto*, en *Riv. Trim. Dir. proc. Civ.* 1987, p. 18.

⁷¹ Grasso, *Le “storie” di Franco Cipriani, la conoscenza scientifica del processo e i metodi* en *Quaderno fiorentini* 23, 1994, p. 512.

⁷² Es éste el *leitmotiv* de la procesal-civilista italiana (v. Liebman, *Storiografia giuridica “manipolata”* in esta Revista 1974, p. 100 en adelante) la cual, si no me equivoco, considera autoritario sólo el proceso del proyecto preliminar, que se ha definido como *“policiaco”* (Andrioli-Micheli, *Riforma del codice di procedura civile*, en *Ann. dir. comp.* 1946, p. 209). Es un hecho que, si se prescinde del célebre deber de decir la verdad y de cualquier otra pequeña norma (ver Taruffo, *La giustizia civile*, p. 262), no se sabría qué diferencia sustancial existe entre proyecto preliminar, proyecto definitivo y código de 1940 (ver también Satta, *Guida pratica per il nuovo processo civile italiano*, Padova 1941, p. 8).

⁷³ König, *La ZPO austríaca*, p. 712.

⁷⁴ Tarello, *Il problema della riforma processuale*, p. 22.

⁷⁵ Ver mi *Autoritarismo e garantismo*, especialmente p. 32. Sobre el proceso como actuación de elecciones políticas en la organización jerárquica del poder, ver Damaska, *I volti della giustizia e del potere*, (1986), trad. It. De Giussani y Rota, Bologna 1991, especialmente p. 303 en adelante, sobre el cual ver Ferrarese, *Ci saranno ancora dei giudici a Bedino?* En *Soc. dir* 1991, p. 103 en adelante.

Klein representa todavía la meta a alcanzar— lleva a preguntarse si una concepción similar del proceso, que se encuentra a un paso de propugnar la transformación de la jurisdicción en una rama de la administración⁷⁶, aunque claramente incompatible con nuestra Constitución, puede (al menos) ser útil en la Italia de hoy.

Más precisamente puede preguntarse si es verdad o no que, imponiendo al juez que dirija las causas desde el inicio y sometiendo a las partes a ritmos oficiosos, se obtengan resultados positivos para el propósito de aceleración del proceso civil, que representa notoriamente la causa por la cual todos luchamos.

Con tal fin, parece preliminarmente oportuno pretender ver, bajo el auspicio de Klein, todas las causas decididas posiblemente en una única audiencia.

Aquel auspicio, en efecto, ciertamente apreciable en el plano teórico se revela difícilmente realizable en concreto porque, en el proceso civil, debiendo la mayoría de las veces ser asumidas de las pruebas orales, la hipótesis de la causa que (en primera instancia) se define en una única audiencia “no puede ser más que en un caso excepcional”⁷⁷.

Es también oportuno recordar que Klein, al sostener que su tesis representa el único modo para asegurar que el proceso llegue rápidamente a la sentencia —lo que implica sustraer a las partes la conducción del proceso y atribuirlo al juez— parece no tener presentes dos datos que de hecho emergen de la realidad: a) hay casos (pocos o muchos, no importa, pero ciertamente no pocos) en los cuales una parte, generalmente la actora, está apurada, muy apurada, seguramente más apurada que el juez; b) el 60% de los procesos civiles se concluyen en primera instancia *sin sentencia*⁷⁸.

⁷⁶ Advierte Sprung, *Le basi* p. 36, que el proceso, para Klein, sería una suerte de procedimiento administrativo con el cual se tutelan los intereses sociales y los bienes individuales. Es inútil subrayar la distancia que separa tales ideas de nuestra Constitución.

⁷⁷ En 1909, Cammeo, *Lezioni di procedura civile*, Padova, 1992, p. 564. Quiero agregar que el hecho de que sea un poco difícil que una causa se decida en la primer audiencia, no implica que se deba prever, como prevemos nosotros, un proceso que no consiente, ni siquiera en apelación, decidir las causas en la primera audiencia.

⁷⁸ En 1992, sobre 843.827 procesos definidos en primera instancia, 350.228 fueron concluidos con sentencia y 493.599 sin sentencia (ver *Statistiche giudiziarie civile anno 1992*, Roma 1994, p. 28); los comparemos con el 50%. Se debe resaltar que, según parece, el porcentaje se mantiene constante

Podemos deducir que Klein, dando poderes a los jueces para hacer avanzar los procedimientos civiles, encuentra una puerta abierta en las causas en las que también las partes quieren ver decididas sus pretensiones y sujetas al tratamiento forzado: las causas que, de otra manera, dormirían y, tal vez, no llegarían jamás a sentencia.

Lo que significa, si no me equivoco, que el discurso de Klein no lleva tanto a acelerar el proceso civil sino más bien a imponer el tratamiento forzado de las causas que las partes querrían, al menos por el momento, no mantener en *surplace*.

De aquí, algunas consecuencias. La primera es que el discurso de Klein presupone que el juez tenga poco para hacer; más precisamente, que las causas que las partes quieren ver decididas se abandonan por un tiempo indefinido. En efecto, puesto el juez a trabajar, debe hacerlo por treinta, cuarenta o cincuenta horas semanales. Y si, llegado el martes, por ejemplo, no tiene más nada que hacer, es comprensible que el legislador le diga que se ocupe también de las causas que las partes no quieren ver resueltas. Entonces, y por ejemplo, en la Austria de hoy, que tiene 1.600 jueces para procesar 85.000 causas pendientes⁷⁹, lo lógico del Reglamento de Klein, por liberal que sea, puede entenderse de todas maneras. La segunda consecuencia del discurso de Klein, por obligar al juez a ocuparse de las causas que las partes no quieren tratar, se resuelve no sólo a menoscabo de la libertad de las partes sino también a daño del juez, que se ve constreñido a trabajar de más (a cambio de su mísera retribución).

Para conducir el proceso desde el inicio el juez debe conocerlo y, por consiguiente, debe estudiarlo con el riesgo de que, al hacerlo al inicio mismo del juicio, puede ser inútil en elevado número de asuntos. Así se explica por qué Klein, como Guardasellos, estuviera constreñido a controlar *con mano dura* a los jueces.

desde siempre: en el decenio del 1956 al 1963 fue del 60% (ver Castellano, *Aspetti economici e sociali della crisi della giustizia*, en Catellano-Pace-Palomba-Raspini, *L'efficienza*, p. 34). El número de causas que se definen sin sentencia se reduce fuertemente en apelación (en 1992, sobre 69.986 procesos de apelación definidos, 56.941 se concluyeron con sentencia y 13.045 sin sentencia: ver también *Statistiche*, p. 28). Para más datos, ver mi ensayo sobre *Il problema dell'arretrato*, en *Foro it.* 1995, p. 278.

⁷⁹ Valcavi, *Sullo stato presente della giustizia civile in Italia*, en esta Revista 1989, p. 212, también en las notas.

La tercera consecuencia nos vigila desde cerca: el discurso de Klein, sí tiene sentido cuando el juez no tiene nada que hacer, se toma peligroso cuando las causas a decidir por voluntad de las partes hacen uso de todo el tiempo del juez y pierde toda razonabilidad cuando sobre el escritorio del juez se forma –como en la Italia de hoy, que tiene 2.200 jueces para más de dos millones de causas pendientes⁸⁰– una montaña de trabajo atrasado.

En realidad, cuando el número de causas listas para la decisión por sobre el impulso de la parte es tal que absorbe todo el tiempo del juez, obliga al mismo juez a ser el *capitán*, y a estudiar y a seguir desde el inicio todas las causas, incluso aquellas que no llegarán nunca a sentencia (que en primera instancia son –lo repito– el 60%). Significa ello que se impone a juez una clara sustracción del tiempo precioso para destinarlo a la actividad decisoria, que es la más importante.

Si, además, el juez debe hacer las cuentas sobre el vencimiento, el sistema de Klein se vuelve una aberración. En tal caso, en efecto y como lo demuestra la Italia de hoy, mientras las partes son obligadas a esperar las decisiones y las audiencias, el proceso se encuentra sometido a un director que en realidad es un fantasma. Un fantasma que no sólo está constreñido a operar los poderes directivos oficiosos, aquellos que le fueron atribuidos en 1942 por el *interés superior de la justicia y del Estado (fascista)* no ya para acelerar sino, es increíble decirlo, ¡para moderar las causas!⁸¹.

El tratamiento forzoso de las causas, entonces, al menos y especialmente cuando el juez está empeñado en esa tarea, se revela como una pura ilusión y un contrasentido. Ésta, en efecto y como los italianos bien sabemos, se resuelve con obligar a todas las causas a estar en la nómina de audiencias, en vanagloriarse artificialmente los jueces de sus

⁸⁰ Los pretores adheridos al civil son alrededor de 900, los jueces alrededor de 1.300: ver Proto Pisani, *Lezioni*,

⁸¹ Como justamente ha relevado Monteleone, *Tipi e cause dei rinvii*, en *Foro it* 1995, p. 267, los jueces italianos, actualmente, jutilizan los reenvíos para defenderse! De hecho, en el sentido de que los jueces utilizan los poderes directivos para estacionar las causas en instrucción, ver mi *Autoritarismo e garantismo*, p. 44, en las notas. No obstante se ha asegurado que, sometiendo al proceso al ritmo del juez, se habría evitado la “porquería” de la “contención del procedimiento”: en decidida defensa del principio de autoridad, Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile*, *J. Diritto* 1941, pp. 229 y 230, sobre tal pensamiento ver la nota siguiente.

roles, en alargar el intervalo entre una audiencia y otra y en el rendir ingobernable de la justicia civil.

Entonces, considerando que el juez –al menos en Italia– siempre tiene el escritorio y los estantes llenos de expedientes, parecería inevitable preferir un proceso que, lejos de prever el tratamiento forzado de todas las causas, despejare del horizonte a aquellas que las partes quieren ver resueltas y al mismo tiempo consiguiera acantonar aquellas que las partes no quieren, al menos por el momento, tratar: más bien, que sea dicho con toda franqueza, desde el momento en que sabemos ciertamente que sobre cien causas, sesenta no llegan siquiera a la sentencia de primera instancia, es difícil entender cómo se puede tener la oportunidad de agilizar y agotar la selección natural de las causas si puede concentrarse en aquéllas que las partes quieren tratar.

7. KLEIN Y LA LIBERTAD DE LAS PARTES

Sostiene Klein que un régimen procesal que consienta el abandono de las causas que las partes no quieren tratar –al menos por el momento– en la medida en que se asegure a las partes no sólo el derecho de llegar sentencia cuando más lo prefieran, sino también el derecho de hacer permanecer indefinidamente o por un cierto tiempo las causas en *surplace*, representaría una “porquería”⁸²: “del poder que tienen las partes de disponer la relación sustancial no deriva como lógica consecuencia el poder de arrastrar los litigios ante el juez y de estorbar las salas judiciales por un tiempo más largo que aquel que el juez precisa para administrar justicia; (...) nadie fuerza al actor a subir al barco de la justicia; si eso decide al embarcarse en ella, sólo a él concierne fijar el inicio y la meta de su viaje. Empero, una vez emprendida la navegación, el timón debe ser asignado exclusivamente al juez”⁸³.

⁸² En referencia a la disciplina de la perdurabilidad prevista por el viejo código, Calamandrei, *Istituzioni I*, p. 238. En el mismo sentido, *La Reazione al re sul c.p.c.*

⁸³ Calamandrei, *Istituzioni I*, pp. 239 y 240, resistiendo a las críticas hechas al código de 1940 por Carmelutti, *Carattere del nuovo processo civile italiano*. En esta Revista 1941, I, p. 51, y por Satta, *Guida pratica*, p. 19. Hay que resaltar que, cuando la realidad se encargó de demostrar cuán desastrosa había sido la idea de prever el tratamiento forzado de todas las causas, Calamandrei, *Il processo como giuoco*, p. 551, reconoció que se había tratado de “uno de los más graves errores” del legislador de 1940. A pesar de ello, nada se hizo ni se ha hecho hasta ahora para eliminar ese error de mérito; si luego las debieran andar de otra manera, nosotros no podemos hacer nada y será necesario adaptar la disciplina procesal a las diversas exigencias que de a poco van surgiendo;

Como ya se habrá comprendido, aquí nos situamos ante el encuentro frontal entre dos ideologías antagónicas:

- a) los *garantistas* encuentran lógico que las partes, siendo libres de disponer de la relación sustancial, gocen de una cierta libertad en el proceso. Y agregan que, desde el momento en que los recursos disponibles son limitados, debemos agradecerle al cielo que, sobre cien causas, sesenta no lleguen a sentencia;
- b) los *publicistas*, por el contrario, sostienen que –durante el proceso– la libertad de disponer de la relación sustancial es en realidad sólo una concesión⁸⁴ y, por lo tanto, no implica disponer de los tiempos del proceso, lo cual sería en realidad una “porquería”: a su aviso, quien sube al barco de la justicia...

Sin embargo, no creo que la lógica lleve a los publicistas a donde ellos quieren llegar en tanto, al menos, que la libertad de disponer de la relación sustancial sea una concesión.

Legalmente, el ilícito civil, por grave que sea o pueda ser, nunca es tan grave como el ilícito penal. Entonces, sería absurdo que la demanda penal fuere igualada a la querrela irrevocable o, peor aún, a la denuncia: no casualmente, ningún ordenamiento –que yo sepa, ni siquiera el más despótico– ha negado jamás la libertad de las partes y el derecho de conciliar en el juicio.

En cuanto al barco y a la sentencia de mérito como meta del proceso, el equívoco es evidente: mientras los pasajeros nunca pueden descender del barco en navegación, las partes de un proceso civil siempre tienen la libertad de encontrar un acuerdo y abandonar el proceso y a su capitán antes de llegar a sus propios destinos.

pero, que las partes puedan llegar a un acuerdo y hacer extinguir el proceso, es una eventualidad que no se manifiesta durante el proceso, y no es cierto que “nosotros no podemos hacer nada”: podemos, por el contrario, confiar en la selección natural de las causas y concentrar nuestra atención a aquellas que las partes quieren ver decididas.

⁸⁴ Calamandrei, *Istituzioni*, I, p. 239, según el cual el legislador de 1940, al disciplinar el proceso civil, habría podido regularse al disciplinar el C.P.P. y prever “el absoluto imperio del impulso oficial”

La sentencia de mérito, en efecto, no es la meta obligada del proceso, sino una de las posibles desembocaduras del proceso (los otros son la conciliación y la extinción) ni tampoco el más frecuente, ya que ni siquiera el 40% de las causas se concluyen con la sentencia: ésta, en realidad, es la última playa o, si se prefiere, la *extrema ratio* aquella a la que se llega cuando no se puede encontrar una solución concordada⁸⁵, no ciertamente –como suele sostenerse– la meta “natural” del proceso. Entonces, pretender que las causas sean tratadas contra la voluntad de las partes, significa subvertir la lógica del proceso civil y pretender que las partes lleguen donde no quieren llegar y litiguen más de lo que quieren litigar.

Ni qué decir que este discurso, “absolutamente correcto si supiéramos *a priori* cuál será la suerte de los procesos”, es insostenible por la imposibilidad de saber desde el inicio cómo va a terminar⁸⁶. Es conveniente repetir que la imposibilidad de prever el éxito del proceso no implica que no se sepa *a priori* que las partes puedan ponerse de acuerdo en el transcurso del juicio ni tampoco que el proceso deba ser disciplinado como quería Klein. Del resto, incluso en los ordenamientos liberales, no se sabe cómo van a terminar, pero allí, mientras las partes gocen de libertades que en Austria y en la Italia de hoy no tienen, el juez es un juzgador utilizado para solucionar un conflicto y no para ser su capitán.

Por lo tanto, se puede remarcar que es justo prever un régimen procesal en grado de posibilitar la rápida llegada a la sentencia en todas las causas que las propias partes quieren ver decididas y dejar que las demás vivan sin disturbar al juez más de lo necesario.

⁸⁵ Sobre las bases de Mattiolo y Mortara, Tarello, *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale (1973)*, en *Dottrine del processo civile*, p. 152; contra Liebman, *Storiografia*, p. 107.

⁸⁶ Es la objeción que me ha surgido por Verde, *Ma la colpa non è dei rinviati* en *Foro it.* 1995, p. 272, según el cual, nosotros, no pudiendo conocer *a priori* el éxito de los procesos, “estamos limitados a disciplinar el proceso, sobre la presuposición de que se llegará a una decisión de mérito; si luego las debieran andar de otra manera, nosotros no podemos hacer nada y será necesario adaptar la disciplina procesal a las diversas exigencias que de a poco van surgiendo”. “Pero, que las partes puedan llegar a un acuerdo y hacer extinguir el proceso, es una eventualidad que no se manifiesta durante el proceso, y no es cierto que “nosotros no podemos hacer nada”: podemos, por el contrario, confiar en la selección natural de las causas y concentrar nuestra atención a aquellas que las partes quieren ver decididas.

8. KLEIN Y LA CONVENCION EUROPEA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE

Con la convicción de que la conclusión recién elaborada es la única exacta por ser la lógica consecuencia de la naturaleza dispositiva del proceso civil, hoy puede aducirse además otro argumento en pro de ella: la Convención Europea de los Derechos del Hombre (CEDH) asegura a todos un proceso en tiempos razonables y no ve como cierto nuestro problema desde la perspectiva de Klein.

El Estado italiano, en efecto, sufre continuamente condenas de la Corte de Strasburgo por daños causados por la lentitud con la que administra la justicia civil; empero, ello no deviene por las causas que duran mucho porque las partes prefieren alargarlas, sino sólo por aquéllas que duran mucho por culpa del oficio⁸⁷.

Es entonces evidente que la Convención Europea por los Derechos del Hombre, lejos de proclamar el interés supranacional de que todas las causas civiles sean decididas lo más rápidamente posible, y lejos de seguir a Klein en el abanderar el noble interés público de ver todas las causas resueltas en tiempo breve, asegura a todos el derecho de un proceso veloz y sanciona la obligación jurídica de los Estados de decidir en tiempos razonables (sólo) las causas que las partes quieren ver resueltas: las demás, aquellas que las partes no quieren tratar y que están destinadas a no llegar nunca a sentencia, no conllevan ningún problema en particular para la CEDH.

Se puede establecer entonces un punto cierto: ya que la CEDH quiere que los Estados adherentes piensen sobre todo en administrar justicia a quien lo solicita (no sólo con la citación sino con todos los demás actos necesarios para llegar a sentencia)⁸⁸, es deber deducir que Italia tiene hoy en día la obligación jurídica de prever un proceso legal que asegure a las

⁸⁷ Starate *Durata ragionevole del lprocesso e impegni internazionali dell'Italia*, en *Foro it.* 2995, p. 263; *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Bari 1992 p. 124.

⁸⁸ Liebman, *Sotoriografia giuridica*, p. 107, para demostrar la necesidad de acoger la concepción kleiniana, advierte que "la demanda judicial es *demanda de juicio*" (en cursiva en el texto). Es preciso observar, sin embargo, que la citación, por sí misma, no es suficiente para llegar a sentencia y que, estando en la Corte de Strasburgo, el problema no surge si una citación no es derivable a una sentencia, **más bien sólo el juez no responde en tiempos razonables a las demandas varias de las partes.**

partes el derecho de tener justicia en un tiempo razonable y que, al mismo tiempo, no implique el tratamiento de causas que las partes no quieren ver resueltas.

En otras y más claras palabras: si en 1940 Italia tenía la libertad de seguir a Klein y a sus ideas, hoy tiene el deber de proveer un proceso que, contrariamente a lo que se estableció en 1940 en base a la estela de Klein y sus partidarios, *vaya a la velocidad requerida por las partes*.

Se sostiene, sin embargo, que un proceso que fuere a la velocidad requerida por las partes no podría encontrar lugar en nuestro ordenamiento en tanto que, siendo el proceso un *servicio público esencial*, no se podría consentir a las partes que lo usen como les convenga pues "así obstaculizarían el uso que los demás ciudadanos querrían hacer del mismo servicio"⁸⁹. Observación sobre la cual un estudioso notoriamente garantista –como Andrea Proto Pisani– ha deducido que, vigente el carácter publicista de la jurisdicción, las partes que pretendieren dejar los procesos en *surplace* violarían el derecho de acción de las demás partes y, por lo tanto, el art. 24 de la Constitución⁹⁰. Es decir, en vigencia nuestra Constitución, la adopción de un proceso inspirado en la concepción kleiniana, aunque en contraste con la CEDH, sería, para nosotros, italianos, inevitable.

A mí, en cambio, me parece que las cosas son diferentes. Por suerte.

En realidad, no sin haber antepuesto que el problema surge sólo si las partes están de acuerdo (si no lo estuvieran, el proceso no tendría ninguna posibilidad de estar en *surplace*), no parece que el carácter publicista de la jurisdicción consienta la adhesión a las tesis de Klein.

⁸⁹ Micheli, *Problemi attuali del processo civile in Italia*, en esta Revista 1968, p. 302 (y en *Opere minori di diritto processuale civile*, I, Milán 1982, p. 215), el cual no dudaba en advertir que juez "con la fusta en la mano" no tendría nada de autoritario, pero sería la lógica consecuencia de la concepción publicista de la jurisdicción.

⁹⁰ Proto Pisani, *Il processo civile di cognizioni a tren anni dal codice*, en esta Revista 1972, p. 49, según el cual las demandas propuestas al solo fin de pedir la transcripción o de llegar a una transacción, serían nulas, art. 156, C.P.C. El insigne estudioso parece tomar posiciones profundamente diversas, sino opuestas: es extremadamente significativo que sostenga que, vigente el principio dispositivo y estando prevista la institución de la renuncia a los hechos, las partes puedan, si están de acuerdo, renunciar a los impedimentos (Id. *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 232); también es significativo que reconozca la oportunidad de los reenvíos sobre instancias concordadas de las partes (Id., *Appunti sull'arretrato*, en *Foro it.* 1995, p. 287).

También los hospitales son un servicio público esencial, pero esto no significa que se opere a los pacientes contra su voluntad. Ciertamente, los enfermos no pueden pretender que los hospitales se conviertan en hoteles, pero *est modus in rebus*: habrá también un *spatium temporis* en el que el enfermo –estando en el hospital– pueda decidir libremente entre hacerse operar o no.

Entonces no se entiende por qué en el proceso –y particularmente en primera instancia donde, no contando todavía con una sentencia, la incertidumbre es máxima– las partes no puedan tener la posibilidad de tomarse un tiempo en vista a una bondadosa composición de la controversia. Ciertamente, éstas no pueden pretender reflexionar indefinidamente, pero como lo ha sancionado significativamente la Corte Constitucional bajo la presidencia de Virgilio Andrioli⁹¹, es absurdo (y, yo diría también constitucionalmente ilegítimo)⁹² negarles de raíz el derecho de sobreseer en vista de una solución concordada. El problema, entonces, no se resuelve negando *maiores*, sino disciplinando con equilibrio el derecho de las partes a tomarse tiempo: esto es lo que preveía la reforma de 1901, aquella que me produce tantos dolores de cabeza pero que me sigue pareciendo tan sabia⁹³.

En cuanto a la violación del derecho de los otros, es difícil entender cómo es posible que las partes que no quieren sentencia obstaculicen a aquellas que, en otros procesos, la quieran. Ciertamente, no es indiferente que un proceso dependa o no del rol del juez; empero, si se prescinde del hecho de que se podría encontrar un sistema (que, de hecho, hasta fines

⁹¹ Corte Constitucional, Presidencia de Andreoli, 31 de diciembre de 1986, *Foro it.* 1987, I, p. 2590, sobre la cual ver Oriani, *L'inattività delle parti nel processo del lavoro*. En esta Revista 1989, p. 377 en adelante.

⁹² En el sentido de que el art. 420 del C.P.C., si se entiende que los reenvíos están excluidos aun cuando quedan pendientes tratativas de bondadosa composición, sería de “dudosa constitucionalidad”, Verde, *Ma la colpa non è dei rinvii*, p. 271. Sobre el mismo tema, ver Ruisi, *Il rinvio dell'udienza istruttoria*, en *Il giudice istruttore nel processo civile*, Milán 1955, p. 145 en adelante.

⁹³ El art. 61, 31 de marzo de 1901, preveía la institución de la cancelación del registro por exceso de reenvíos. Más precisamente: el primer reenvío podía ser requerido por una sola parte, del segundo al quinto debía haber consenso entre todas las partes; después de esto, si las partes no estaban dispuestas a discutir la causa, el juez podía cancelarla del registro de oficio (con la posibilidad para las partes de reiniciarla dentro de los tres años). Es para resaltar que si una parte depositaba actos y documentos dentro de los cuatro días de la audiencia y no se lo hacía saber a la otra parte, esta última no podía requerir ningún reenvío (art. 5 de la misma ley).

de 1942 existía...)⁹⁴ para evitar que las partes estén constreñidas a tener las causas bajo una nómina de audiencias hasta que no haya ideas claras de cómo proceder, no parece que aquellos que no quieren sentencia molesten a aquellos que, en otros procesos, la quieren.

Más bien parece cierto lo contrario: si delante de un juez hay cien causas y todas quieren sentencia, es inevitable que alguna termine esperando; pero si las partes de algunas de esas cien causas están de acuerdo en sobreseer, creo que habría que agradecerles. Por esto queda descartado el que las partes que están de acuerdo en mantener el proceso en *surplace* violen los derechos de los otros.

En nuestro ordenamiento, por tanto, todo lleva a que se reconozca a las partes el derecho a tomarse un tiempo para lograr una (siempre recomendable) solución acordada. Sería, entonces, muy oportuno que nuestro legislador, antes que violentar la realidad vetando los reenvíos, la admitiera con toda evidencia como un aspecto y una proyección del derecho de acción y de defensa.

No es verdad, por lo tanto, que en nuestra Constitución prevalezca el interés público, teorizado por Klein y sus partidarios, de tratamiento forzado de las causas. Justamente por el contrario parece cierto que nuestra Carta, inspirada como fue en principios democráticos, liberales y garantistas, exija que también el proceso esté inspirado en los mismos principios.

Es entonces vedada la preferencia del legislador –proclamada por el fascismo en 1940– por el proceso constituido desde el punto de vista del juez en lugar del de la parte que pide justicia⁹⁵; y es repudiada, como contraria a los más elementales principios de nuestra Constitución, propugnada también por el legislador fascista kleiniano de 1940, que el proceso civil deba estar fundado en el principio de *autoridad* antes que en el de *libertad*⁹⁶.

Cierto es que la Constitución republicana italiana, en la medida en que considera al proceso como un instrumento de garantía de los derechos

⁹⁴ Ver la nota precedente, mi libro sobre *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli 1992, p. 69, y la nota sucesiva.

⁹⁵ El ya citado *Relazione al re sul C.P.C.* y Calamandrei, *Istituzioni*, I, p. 233 en adelante.

⁹⁶ Ver también *Relazione al re sul C.P.C.*

de los ciudadanos y no como un mal social de cuidado del Imperio, es la antípoda de las ideas de Klein.

Lo cual no sorprende tanto si se tiene en cuenta que Franz Klein era un hombre del imperio Austro-Húngaro de su tiempo: es obvio que sus ideas resultan diferentes a aquellas democráticas y garantistas de nuestra Carta.

Habida cuenta de ello, los italianos de hoy no podemos tener dudas en creer superado y, como tal, inutilizable el nudo esencial de las enseñanzas de Klein y de su Reglamento.

9. KLEIN EN ITALIA. LA INÚTIL EXPERIENCIA DE 1942

Hasta aquí la teoría. Ahora es el momento de aprovechar la experiencia acumulada en todo este siglo para verificar si el proceso de Klein tenía de su lado, por lo menos, la realidad. En otras palabras: si aplicándola, habría obtenido tales y tantos éxitos para decir que valía la pena.

Si se pasa de la teoría a la realidad, se constata que –al menos en Italia– las ideas de Klein se ven como decididamente nefastas. Y también es necesario destacar que, por un extraño juego del destino, cuando no se lo ha negado, se lo ha olvidado.

En 1942, cuando pasamos del proceso *liberal* al proceso *publicista* acaece el fin del mundo. Basta con pensar que las partes fueron constreñidas a llevar la nómina de audiencias de “todas las causas que dormían” en cancillería⁹⁷ (que, según parece, eran la mitad de las que estaban pendientes)⁹⁸ con el fin de que fueran rápidamente o conciliadas o resueltas.

Los jueces se encontraron así, de la noche a la mañana, con sus roles sustancialmente aumentados y con la obligación de ser (también) *capitanes* en todas las causas. Con la consecuencia que estos, en vez de decidir rápidamente y bien todas las causas, terminaron decidiendo muchas menos que antes.

⁹⁷ La ahora célebre frase es del guardasellos Alfredo de Marsico: ver mi libro sobre *II codice*, p. 434.

⁹⁸ Ver también mi libro sobre *II codice* p. 69.

La lección de 1942, sin embargo, no sirvió. Primeramente, se dice que la culpa era de las disposiciones transitorias⁹⁹ y, luego, que lamentablemente estaba la guerra¹⁰⁰.

Creo yo, en cambio, que la culpa la tenía con clara evidencia el Código, que pretendía que el juez llegara preparado a la primera audiencia en todas las causas y que en todas procurara que fueran conciliadas o resueltas lo más rápidamente posible. La estrangulación, lo que hoy se llama *el cuello de la botella*, en lugar de formarse sólo al final, se formaba desde el inicio, con la consecuencia de que las primeras audiencias se fijaban con cuentagotas: directamente a dos años¹⁰¹. Dos años durante los cuales el interesado no estaba autorizado a hablar: así, no habría sentencias ni transacciones¹⁰².

Una verdadera aberración. A lo cual, afortunadamente, puso fin la reforma de 1950, que en cierto sentido autorizó al juez a no estudiar las causas en vista a la primera audiencia y a dedicarse a las sentencias (pero, lamentablemente, no autorizó a dejar aparte las causas que pretendían estar en *surplace*).

Pero se negó esto también y se dijo que la reforma de 1950 había desfigurado la perfección del Código. No obstante, no fue aquélla la primera vez que en Italia se asistía al fracaso de una experiencia *publicista*. Había habido otra, que evidentemente todos habían olvidado, pero que hoy, en el centenario del Reglamento de Klein, es el momento de volver a evocarla.

10. LA POLÉMICA SOBRE EL REGLAMENTO AUSTRIACO A POSTERIORI DE LA GUERRA 1915-1918

Las vicisitudes resurgieron en el primer período de posguerra cuando Trento y Trieste, hasta ayer sometidas al Imperio Austro-Húngaro y al Reglamento de Klein, fueron anexadas al Reino de Italia.

⁹⁹ Calamandrei, *Il processo come giuoco*, p. 551.

¹⁰⁰ Calamandrei, *Su la riforma dei codici*, (1945), en *Sacritti e discorsi politici*, a cargo de Bobbio, I, 1, Florencia 1966, p. 96.

¹⁰¹ Ver nuevamente mi libro sobre *Il codice*, p. 97. Y ver también mi ensayo sobre *La ribellione degli avvocati al C.P.C. del 1942 e il silenzio del Consiglio nazionale forense*, in *Rass. For.* 1992, p. 71 en adelante.

¹⁰² Es así que, próximas a las audiencias, las partes, y en particular lo pactado, entraban en pánico. De aquí, a menudo surgían las transacciones. Se sostiene, por el contrario, que no es grave que la primera audiencia se haga esperar, que lo esencial sería que el proceso, "después de la pausa inicial", llegue rápidamente a sentencia (Proto Pisani, *La nuova disciplina*, p. 174).

Como es notorio, después del 4 de noviembre de 1918, en aquellas tierras se dejaron temporalmente en vigencia muchas leyes –incluyendo el Reglamento de Klein– no porque los gobernantes italianos prefirieran las leyes extranjeras antes que las nuestras sino por intuitivos motivos de oportunidad política.

Mientras que a todos les parecía obvio que tarde o temprano las nuevas provincias estarían sometidas a nuestras leyes, no todos estaban de acuerdo en que Trento y Trieste tuvieran nuestro código procesal: más bien, había quienes sostenían que debía traducirse el Reglamento de Klein al italiano y “¡ofrecerlo como regalo exquisito a todo el reino!”¹⁰³.

Ya durante la guerra se habían elevado voces a favor de la supervivencia del Reglamento de Klein en una eventual y asegurada victoria de Italia¹⁰⁴. Sobre todo, porque aquel reglamento tenía desde hacía unos años en Italia un gran y autorizado simpatizante en Giuseppe Chiovenda, titular de la cátedra de Procedimiento Civil en Roma.

De hecho, Chiovenda –inicialmente perplejo por la bondad que reconocía respecto de las ideas del “valeroso procesalista” austriaco¹⁰⁵– comenzó a partir de 1906 a mirar con otros ojos el Reglamento de Klein¹⁰⁶ y, después de 1909, se convirtió en el paladin, no sólo de la oralidad, sino también del proceso austriaco¹⁰⁷. Y eso que hasta ayer tenía bien claro que “el aumento de los poderes en manos del juez era peligroso”¹⁰⁸.

¹⁰³ Lo recuerda Alberto Asquini, refiriéndose a lo propuesto en un congreso forense: ver *infra* el punto 12.

¹⁰⁴ El abogado trentino Dalla Bona, *Il processo civile austriaco di fronte a quello italiano*, en *Mon. Trib.*, 1916, p. 461 en adelante.

¹⁰⁵ En 1901, Chiovenda, *Le forme*, p. 371.

¹⁰⁶ Ver Chiovenda, *Le riforme processuali* p. 382.

¹⁰⁷ Chiovenda, *Lo stato attuale*, especialmente p. 405. Me atrevo a decir que no puedo llegar a entender la razón por la cual un estudioso como Giuseppe Chiovenda, que no era un político ni un hombre con poder, haya podido repetir las ideas de Klein. Si tuviera que opinar, diría que en 1909, poniéndose del lado de la oralidad (la cual, si se entiende como un proceso que consiente un diálogo en público entre las partes y el juez, no representaba y no representa un problema, más bien, es apreciada, teniendo en cuenta que se contraponen al proceso escrito y secreto), le debió parecer inevitable conceder que se aumentaran los poderes del juez pues “tal aumento es una consecuencia necesaria del mutado concepto del proceso civil” (*op. ult. cit.*, p. 423). A mis ojos, sin embargo, es extremadamente significativo que haya luego enderezado el tiro: “la oralidad se puede actuar independientemente de los crecientes poderes del juez” (id. *Sul funzionamento del giudice unico nei tribunali* (1911), en *Saggi*, III, p. 328); “la oralidad por sí misma no requiere un

61 Con la consecuencia de que, cuando terminó la guerra, Chiovenda –aceptando que “nosotros ahora tenemos en nuestra casa la ley austríaca” y que los “ciudadanos italianos reclaman con justa razón no ser privados de su propia ley procesal”– propuso que no siendo obviamente “admisible y conveniente que Italia adoptara la ley austríaca”, fuera preparada “lo más rápidamente posible una nueva ley que, conteniendo lo mejor de la ley austríaca fuera, sin embargo, ley italiana¹⁰⁹: y, como todos saben, preparó un proyecto que rescataba declaradamente el Reglamento de Klein.

La propuesta, como también saben todos, no tuvo suerte. No sabemos si porque, como habría de pensarse hoy en día, era *ab origine* políticamente incorrecto que la tuviera, pero lo cierto es que no la tuvo. En 1923 atrajo sobre su autor, desde luego, la “sospecha de austriacantismo”¹¹⁰.

aumento considerable en la injerencia directiva del magistrado” (Id., *L'oralità e la prova*, p. 203, en cursiva en el texto original).

Deduzco que existe una profunda diferencia entre Chiovenda y Klein: el primero creía en la oralidad y consideraba un corolario el aumento de los poderes del juez que, de hecho, en su sistema se encuentra en el quinto lugar (ver nuevamente *Lo stato attuale*, p. 423): para él, el problema esencial era que las pruebas fueran asumidas por el juez que debía juzgar (v. infra la nota 109); el segundo, en cambio, creía en el aumento de los poderes del juez y consideraba un corolario la oralidad, de la cual –en su libro sobre la reforma– comenzaba a tratar en la p. 123 (v. Klein, *Vorlesungen*, p. 123 en adelante): no hay rastros en sus obras de la necesidad que para juzgar sea el juez quien asuma las pruebas. De hecho, mientras Chiovenda pasó a la historia por la oralidad, la concentración y la inmediatez (v. Grasso, *Le “storie”*, p. 519), Klein pasó a la historia por motivos muy diferentes (v. Sprung, *Le basi*, p. 36 en adelante).

Es claro a esta altura lo que sucedió en 1937-1940: el fascismo (con los proyectos Solmi y con el código: v. Suora la nota 71) pone el proceso en manos del controladísimo juez y *lo hace invocando a Chiovenda*. La doctrina, frente al proyecto preliminar, advirtió que Chiovenda tenía poco que ver con aquel proyecto, pero va al frente con el proyecto definitivo y asiente con el código: es más, Chiovenda, sobre los poderes del juez, no había escrito jamás las cosas que, como se ha visto *supra*, ha escrito Calamandrei al aprobar el código, *Istituzioni*, I, especialmente p. 236 en adelante. Ergo, el fascismo y Calamandrei invocaron a Chiovenda para sus propios fines: no digo que lo hayan invocado “porque sí”, pero no quedan dudas de que habría sido más justo si hubieran invocado a Klein. Así habría quedado claro que estábamos volviendo al absolutismo asbúrguico, no muy diferente –en el fondo– al fascismo.

¹⁰⁸ Chiovenda, *Le forme*, p. 372.

¹⁰⁹ 1910-1920, Chiovenda, *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra*, en *Saggi* II, pp. 22 y 23.

¹¹⁰ Chiovenda, *L'oralità e la prova*, p. 207, que fue desdeñado. Para sublevar la sospecha, estuvo Mortara, *per il nuovo codice della procedura civile*, in *Giur. it.*, 1923, IV, p. 141. La polémica fue bien reconstruida por König, *Die Österreichische Zivilprozessordnung und das Königreich Italien*, en *Juristische Blätter*; 1981, p. 585 en adelante, especialmente p. 590.

Es un hecho, sin embargo, que aquella propuesta, si se quiere, por la autoridad y la inasistencia de Chioventa o porque fue apoyada por los magistrados y abogados de las nuevas provincias¹¹¹, logró retrasar por más de diez años la aplicación de nuestro CPC en las tierras redimidas (y, convendrá agregar, logró dar a Franz Klein el triste consuelo de concluir en 1926 sus días sabiendo que su Reglamento estaba todavía en vigencia en tierras extranjeras): la unificación legislativa se dio sólo por efecto del real decreto del 4 de noviembre de 1928, N° 2325, vigente desde el 1° de julio de 1929.

11. LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO AUSTRÍACO EN TRENTO Y TRIESTE DESDE 1918 A 1929

Nosotros, los italianos, tuvimos por casi once años la posibilidad de experimentar de cerca el proceso austríaco: no una imitación más o menos lograda, sino el original, el de Klein.

Extrañamente, sin embargo, ninguno –por lo que yo sé– se preocupó jamás en saber cómo anduvieron las cosas en Trento y en Trieste entre noviembre de 1918 y julio de 1929.

Calamandrei, que a comienzos de 1919 se había empeñado en hacernos saber que el Presidente del Tribunal de Rovereto le había asegurado que, gracias a Klein, los procesos civiles no duraban allí casi nunca más de dos meses¹¹², nada dijo sobre lo que sucedió en aquellas tierras cuando, todavía estando vigente el Reglamento de Klein, fue izada la bandera tricolor.

¹¹¹ Chioventa, en el período de posguerra, habló dos veces en Trieste: la primera, en setiembre de 1921, en la Sociedad Italiana por el Progreso de las Ciencias (v. Chioventa, *Saggi*, I, p. 380 en las notas); la segunda, en setiembre de 1925, en el VI Congreso Jurídico-Forense “que se pronunció nuevamente por la oralidad pura y simple” (v. Id., *Saggi* II, p. 109). Es para resaltar, que en un breve artículo sobre el Congreso de Trieste, el *Corriere della Sera* del 22 de setiembre de 1925, p. 2, al referirse al pensamiento de Chioventa aludió, obviamente, a la oralidad y a la concentración, pero no hizo alusión alguna al aumento de los poderes del juez: en cambio, pone el acento en que el problema, para Chioventa, era que para juzgar estuviera el juez que había reunido las pruebas. Lo que, a mi parecer, confirma lo dicho más arriba en la nota 107).

¹¹² Calamandrei, *Problemi giudiziari nella Venezia tridentina*, en *Riv. Dir. Comm.* 1919, I, p. 32 (ahora en *Opere giuridiche*, IX, Nápoles 1983, p. 525 en adelante, especialmente p. 536). Sobre tal ensayo ver mi *Le peripezie di Carlo Lessona tra Mortara, Chioventa e Calamandrei*, en esta Revista 1991, p. 773. Una interpretación distinta sobre aquel ensayo fue hecha por König, *La ZPO austriaca*, p. 713.

En verdad, con respecto a esto tenemos sólo pocas noticias. Sobre todo, la relación del Guardasellos Alfredo Rocco con el real decreto N° 2325/28. En él se lee que, "a la luz de una demasiada larga experiencia, ciertos preconceptos escolásticos sobre la pretendida superioridad de la legislación austríaca y sobre la oportunidad de su transplante a ordenamientos patrios, han sido completamente falaces, aun en aquel campo del derecho procesal, que, según algunos, debería haber constituido el tipo de nuestro derecho de mañana (...).

Los graves y siempre crecientes inconvenientes a los cuales ha hecho desengañar cada objetivo asertorio sobre la capacidad de adaptación de tales procedimientos a las exigencias prácticas de nuestro ambiente judicial, habrían aconsejado la inmediata aplicación del procedimiento patrio a las causas en curso, en el estado en que éstas se encontraban; porque en la actuación práctica el procedimiento italiano, a pesar de algunas deficiencias propias que la próxima reforma remediará, ha hecho en conjunto *la mejor prueba del oficioso y oral procedimiento austríaco*¹¹³.

La relación de Rocco –ni siquiera mencionada por Antonio Segni en su esmeradísima Reseña de Legislación¹¹⁴– fue publicada íntegramente por la *Jurisprudencia Italiana* de Mortara, que la hace preceder por un breve comentario de un tal E.S. el cual, al relevar que el pensamiento de Rocco coincidía con el de Mortara, dijo alegremente que "la voz de nuestro maestro" recibió "el mejor y más autorizado tributo de reconocimiento"¹¹⁵.

En 1931, sin embargo, luego que la Corte de Apelaciones de Trieste tuviera la oportunidad de confirmar las palabras de Roco¹¹⁶ en una sentencia, el diagnóstico del Guardasellos fue contestado por Chiovenda:

"Los ministros, por autorizados que sean, no pueden juzgar con base a experiencias locales sino al tenor de los informes que reciben (...). Otros juicios sobre el proceso austríaco he recibido yo no sólo de magistrados provenientes de la administración austríaca, sino de un

¹¹³ El Guardasellos Rocco en la relación con el rey sobre r.d. 2325/28, en *Giur. It.* 1928, pp. 150 y 155.

¹¹⁴ Segni, *Rasegna di legislazione italiana (II semestr 1928)*, en esta Revista 1928, I, p. 277.

¹¹⁵ E.S., *L'unificazione legislativa all'interno*, en *Giur. it.* de 1928, IV, p. 149. No sabría decir quién es E.S. Señalo, sin embargo, que en la *Giur. it.* de 1928 hay un artículo de Enrique Soprano.

¹¹⁶ Trieste, 21 de enero de 1930, en *Giur. It.* 1930, I, 2, p. 178.

alto e iluminado magistrado de las viejas provincias enviado a suministrar justicia en las nuevas. Indudablemente, también el proceso oral (...), lejos de lograr la perfección, que no existe en las cosas humanas, puede presentar inconvenientes; y estos inconvenientes pueden agravarse en período de necesario desorden, como el que se encuentra detrás de la guerra: el enorme atraso de negociaciones pendientes; la liberación de los viejos magistrados del energético control que venía siendo ejercitado sobre el funcionamiento del proceso oral por el ministerio de Viena; la falta de preparación de los magistrados nuevos; la afluencia de abogados de las viejas provincias; las demasiado justificadas antipatías por los institutos austríacos; éstas y otras causas pueden explicar el anormal funcionamiento del proceso austríaco después de la anexión. Pero estas irregularidades debidas a causas transitorias no pueden sacudir el convencimiento de quienes, como yo, se han oñentado hacia la oralidad y han sostenido la superioridad, no tanto de la legislación procesal austríaca sobre las otras sino del proceso oral sobre el proceso escrito...¹¹⁷.

Como se ve, Chiovenda, a pesar de defender el proceso de Klein y de atribuir a la guerra el "enorme atraso" que debimos afrontar *a posteriori* de la anexión, reconoce que en los años inmediatamente sucesivos las cosas habían andado aún peor, pero las explicó con el advenimiento del "enérgico control del ministerio de Viena"¹¹⁸.

Por el contrario, en la revalidación de su propio convencimiento acerca de la superioridad del proceso oral sobre el escrito, él nada dice sobre lo que había acontecido en las Venecias Giulia y Tridentina cuando les fue aplicado nuestro CPC. Y esto, habrá que reconocerlo, es bastante extraño porque, mientras Rocco escribía en 1928, Chiovenda escribía en 1931, cuando nuestro CPC estaba en vigencia en las tierras redimidas ya desde hacía un par de años. Por lo tanto, en 1931, no podía limitarse a justificar

¹¹⁷ Chiovenda, páginas agregadas en 1931 a la *Relazione sul progetto*, p. 111.

¹¹⁸ La explicación debería sonar para nosotros como una amonestación: un proceso con el timón en manos del juez se vuelve un salto en la oscuridad si no se cuenta con instrumentos para estar seguros de que el juez usará el timón en vista del interés de las partes. Nosotros, en cambio, hoy en día, le sacamos derechos a las partes y le damos poderes discrecionales al juez sin tener presente que tenemos un sistema que no asegura "controles eficaces sobre la profesionalidad y sobre la eficacia de los magistrados de carrera" (Proto Pisani, *Lezioni*, p. 13; en el mismo sentido, mi *In memoria dell'udienza collegiale*, en *Foro it.* 1994, I, p. 1887 en adelante; Ichino, *Il controllo sulla professionalità e sulla produttività dei magistrati*, en *Questione giustizia*, 1992, p. 169 en adelante).

las disfunciones que el proceso civil austríaco había hecho registrar entre 1919 y 1929, pero podía y debería haber dicho qué cosa habría acontecido en Trento y Trieste cuando entró en vigencia nuestro tan vituperado CPC.

Ninguno de los procesalistas italianos se detuvo ante el problema. Pero, sin embargo, hubo alguien que lo hizo: Alberto Asquini, un comercialista.

12. LA SUSTITUCIÓN DEL REGLAMENTO AUSTRÍACO CON NUESTRO C.P.C.: EL TESTIMONIO DE ALBERTO ASQUINI

Asquini dio un importante discurso ante la Cámara:

"... la unificación legislativa de las Venecias Giulia y Tridentina no está dirigida sólo a las provincias sino a a todos aquellos que se preocupan por la reforma del código, porque está encaminada a desprestigiar muchos prejuicios escolásticos que inferían en la pretendida santidad del proceso austríaco respecto a nuestro procedimiento sumario.

Ustedes recuerdan, ciertamente, los himnos que justo después de la anexión se soltaron al procedimiento austríaco. Parecía casi que nosotros debíamos ruborizarnos por nuestro procedimiento sumario porque no estaba inspirado en los bien notorios principios de la oralidad, de la concentración, de la inmediatez, al margen de los cuales, también según una escuela procesal entre nosotros autorizadísima, no habríamos tenido salvación¹¹⁹.

Y ustedes saben que, en el nombre de estos principios inmortales, en los últimos congresos de no grato recuerdo –en los cuales había una particular voluntad de hablar mal de las cosas nuestras– hubo casi una batalla (por suerte incruenta) para ofrecer el código austríaco como un regalo exquisito a todo el Reino.

¹¹⁹ Es difícil decir si estas palabras de Asquini pueden o deben ser explicadas políticamente. Si se considera que Chiovenda, en 1925, se contaba entre los firmantes del manifiesto de Croce, cosa que ciertamente no le procuró la simpatía del régimen que, en efecto, en 1928 le impidió irse a España (v. mis *Giuseppe Chiovenda, il manifesto di Croce e il fascismo*, en *Riv. Dir. civ. m.* 1995, II, p. 121 en adelante, y *Las conferencias no pronunciadas por Giuseppe Chiovenda en Barcelona*, trad. de Montero Aroca, en *Rev. Der. Proc.*, Madrid 1995, p. 289 en adelante). Las cosas, sin embargo, cambiaron seguramente en noviembre de 1931, con el juramento, tanto es así que, en abril de 1932, Chiovenda se va a Rumania (esto surge del fascículo personal de Chiovenda conservado en el Archivo Central del Estado). No sé decir, sin embargo, si en abril de 1931, época del discurso de Asquini en la Cámara, Chiovenda estuviera todavía en el índice o no.

Aquellas discusiones tuvieron eco inclusive en esta Cámara, cuando se debatió la ley que delega al gobierno los poderes para la reforma de los códigos, como han tenido gran eco en los trabajos de las comisiones que han preparado los recientes proyectos de reforma”.

Hoy, con la experiencia completa, digerida y madurada, es el momento de volver brevemente sobre el argumento, porque la lección de los hechos puede servir mucho más que varias lecciones de libros.

No diría ciertamente la verdad si dijera que nuestro procedimiento fue acogido con arcos de triunfo. No se pueden colocar arcos de triunfo a un procedimiento que tiene unos 60 o 70 años de vida y al cual se le ha dado una inyección de juventud sólo lograda parcialmente por la ley de procedimiento sumario. Pero ciertamente, está dicho que *—coeteris paribus*, y con la reserva de aquello que se ha observado en principio acerca del funcionamiento de la administración de la justicia— nuestro procedimiento ha emprendido en el curso de los juicios un ritmo que pareció una verdadera carrera comparado con el del viejo procedimiento austríaco. Las estadísticas oficiales austríacas, reportadas también en nuestros tratados, pueden decir lo contrario; pero yo no dudo acerca de que aquellos compiladores de estadísticas las hayan falsificado, porque es un hecho que en 1919 encontramos procesos civiles que databan de 1906-1907.

Quien ha hecho las indagaciones en la materia, dice que en las estadísticas oficiales se reportaban a nuevo, cada año, como si comenzaran el 1º de enero.

Ahora, este arcano se explica teniendo presente que el procedimiento austríaco quedó precisamente prisionero de los dogmas de la oficiosidad, de la oralidad y de la concentración de las discusiones, sin tener en cuenta los medios disponibles.

Ciertamente, en sentido abstracto, la oficiosidad puede parecer un principio logiquísimo: porque si el proceso sirve a las partes, sirve también a un objeto de carácter público, cual es la aplicación del derecho objetivo. Pero en la práctica, si ustedes aplican al ciento por ciento el principio de la oficiosidad, transforman a los tribunales en puras y simples organizaciones burocráticas con todos los defectos de las organizaciones burocráticas, y simplemente a honor y gloria de los servicios de archivo.

Y la iniciativa de parte que se expulsa de la puerta entra luego por la ventana de la peor manera, con la intromisión de las cancillerías, clandestinas y favorables a la intriga.

También el principio de la oralidad y el principio de la inmediatez pueden en teoría parecer principios sacrosantos, si las palabras fueran como podría parecer en una visión angélica del mundo, el rostro del alma y si las pruebas testimoniales fuesen, como en la edad de los patriarcas, el mejor medio para llegar a la verdad.

Pero en la práctica, la aplicación de estos principios lleva a la discusión desordenada, al cansancio de los jueces, a la tentativa sistemática de cambiar los papeles sobre la mesa en el transcurso del proceso y, por lo tanto, al perpetuarse de las causas.

Del resto, la prueba se obtuvo de la práctica en las nuevas provincias porque, a pesar de todas las previsiones del código austríaco, en ningún lugar se ha escrito tanto y tan desordenadamente como bajo la barba del proceso oral austríaco.

¿Cuáles son las conclusiones a las que se puede llegar a partir de todo esto? Que nuestro procedimiento ha sido reformado profundamente. No hay necesidad de decir cuáles son los defectos. Todos los conocen.

Puede ser conveniente también que en cierta medida se aumenten los poderes de los jueces y se favorezca la discusión oral. Pero creo que después de la experiencia de las Venecias Giulia y Tridentina, a nadie puede venirle a la mente el resucitar nostalgias por el tipo de proceso austríaco, que ha tenido en las nuevas provincias un funeral de tercera clase¹²⁰.

Por tanto, mientras el Guardasellos Alfredo Rocco, en 1928, sobre la base de aquello que había acontecido en Trento y en Trieste entre 1919 y 1928, había aceptado que el proceso austríaco era efectivamente más rápido que el nuestro, Alberto Asquini en 1931 fue aún más preciso y, sobre la base de lo que había acontecido en aquellas provincias entre 1929 y 1931, aseguró que nuestro CPC, una vez entrado en vigencia en

¹²⁰ *Atti parlamentari*, Cámara, XXVIII Legislatura, 1ª sesión, Discusiones, 28 de abril de 1931, p. 4338 en adelante.

las tierras redimidas, habla dado a los procesos civiles una velocidad decididamente más alta que aquella conseguida hasta entonces por el Reglamento de Klein.

Naturalmente, nosotros no podemos concluir que Rocco y Asquini hayan exagerado o directamente dicho cosas en todo o en parte no ciertas. Pero tampoco podemos concluir que hayan dicho la pura verdad del resto: si se puede considerar políticamente obvio que, para justificar la supresión del reglamento de Klein, Rocco dijera las cosas que dijo, no puede ciertamente explicarse con la política el hecho de que Asquini –con la supresión ocurrida dos años atrás– se haya lanzado a afirmar que en aquellas tierras los procesos civiles habrían comenzado a andar tan “a la carrera” gracias a nuestro CPC, agregando que a nadie “se le vendría a la mente resucitar nostalgias por el tipo de proceso austríaco”.

Por lo demás, mientras Rocco fue contrastado sólo por Chiovenda y en el mundo innegablemente genérico que se ha visto en adelante, el extenso y circunstancial discurso de Asquini quedó sin respuesta¹²¹. Por este motivo diría yo, al menos hasta obtener una prueba contraria, no podemos fiarnos de ellos.

13. LAS ESTADÍSTICAS DE KLEIN

Aquel discurso de Asquini a la Cámara, sin embargo, tiene también una particular importancia por otro motivo.

Asquini (que era de Tricesimo, en la provincia de Udine y que, por lo tanto, debía saber bien cómo estaban en realidad las cosas allí) tocó un argumento delicado como pocos, con base al cual suele establecerse si un proceso es más rápido que otro o no: las estadísticas.

Y bien: como se habrá notado, si Asquini no llegó a advertir que las estadísticas citadas por Chiovenda en varias ocasiones acerca de la duración del proceso austríaco eran siempre distintas¹²², sí entendió que en los datos estadísticos de Chiovenda había algo que no funcionaba.

¹²¹ Más bien, el dictamen de Asquini fue remachado cuatro años después. Fani, *Sulla riforma del codice di procedura civile*. Discurso en la Cámara de Diputados del 14 de marzo de 1935, Roma 1935, p. 8.

¹²² V. mi *Serie di processualisti*, p. 202 en las notas.

Y es que, al asegurar que en 1919 se habían encontrado causas iniciadas en 1906 en los tribunales de las tierras redimidas, se refiere a que en el imperio asburgo las estadísticas judiciales se efectuaban con un sistema muy singular: por lo que parece, Klein –“der gute Klein”¹²³– y los austríacos hacían que a fin de año las causas pendientes fueran alteradas, y “en las estadísticas oficiales se reportaban de nuevo, cada año, los procesos como si comenzaran el 1º de enero”.

El hecho suena a leyenda, tanto que propondría no considerarlo verdadero. Sin embargo debo decir que, luego de haber leído tantas estadísticas sobre la duración del proceso austríaco, no sé más que pensar: tanto Chiovenda, como Semeraro¹²⁴ Baur¹²⁵ y Klein¹²⁶, entienden que lejos de ser las más “precisas”¹²⁷, son (aquellas que conozco yo) seguramente las más extrañas, porque además de decir cuánto duraban los procesos en primera y segunda instancia, dicen –sin citar la fuente– cuánto duraban conjuntamente en las dos instancias y cuánto duraban en segunda instancia, con la increíble consecuencia de que, no siendo la apelación obligatoria, ¡no se llega a entender cuántos eran y cuánto duraban los procesos en primera instancia!¹²⁸.

Como fuere, lo que es cierto es que, según las estadísticas de Klein citadas por Baur y que refieren a la primera instancia, el proceso civil austríaco en primer grado de conocimiento era más rápido que el alemán, pero duraba por lo menso el doble que el nuestro.

De hecho, aquellas estadísticas nos dicen que en el año 1900, el 87% de las causas civiles en Austria de competencia de los tribunales inferiores

¹²³ Wach. (...)

¹²⁴ Semeraro, *Il processo civile austriaco e il suo funzionamento*, en *Riv. Dir. Pubbl.*, 1914, p. 513 en adelante.

¹²⁵ Que reporta datos de Klein: v. Baur, *Il processo e le correnti culturali contemporanee*, trad. it De Ferrí en esta Revista 1972, p. 262.

¹²⁶ Klein, *Vorlesungen*, p. 7 en adelante.

¹²⁷ Cappelletti, *Aspetti sociali e politici de lla procedura civile*, (1970), en *Giustizia e società*, p. 63.

¹²⁸ V. nuevamente Klein, *op. Loc. Ult. Cit*, quien no hace referencia ni siquiera a los totales, limitándose a referir los datos de las provincias. Entonces y por ejemplo: en Viena, en 1898, sobre 862 procesos que llegaron a apelación, 734 duraron menos de seis meses (entre primera y segunda instancia), 126 menos de un año y 2 más de un año. Sólo en apelación, 449 duraron menos de un mes, 395 menos de tres meses, 16 menos de seis meses, 2 más de seis meses.

(nuestros pretorios) y el 54% de las causas de competencia de los tribunales superiores (nuestros tribunales) duraron "apenas" tres meses¹²⁹; en Italia, en cambio, en el mismo año, todas las causas duraron, en promedio, 55 días en pretorios y 116 días en tribunales¹³⁰.

Estando así las cosas, podemos afirmar definitivamente que el proceso de Franz Klein, si se quiere por ser inspirado en una ideología completamente opuesta a la de nuestra Constitución o por ser objetivamente no idóneo –como demuestra la experiencia– para mejorar la justicia civil italiana, no es útil a nuestros fines. Austria no hizo otra cosa que un homenaje a su tradición plurisecular y es bien libre de continuar operándolo, pero nosotros deberemos aprovechar la oportunidad de dar vuelta la página.

FRANCO CIPRIANI

Profesor de la Universidad de Bari – Italia

¹²⁹ Baur, op. *Loc. Ult. Cit.*

¹³⁰ Cecchi, *analisi statistica dei procedimenti civili di cognizione in Italia*, Bari 1975, p. 78.