

DISPOSICIÓN DE LAS FORMAS: SU RENUNCIA

CARLOS A. AYARRAGARAY

Profesor Titular de Derecho Procesal II

El mejor homenaje que pueda tributarse a Hugo Alsina, incansable investigador y divulgador de las modernas doctrinas procesales, está en el curso de lecciones semanales, dispuestas por esta Universidad, al cumplirse el primer aniversario de su muerte. Y para nosotros, es doblemente grato el tener oportunidad de referirnos a sus enseñanzas, no obstante apartarnos de alguna de ellas, con lo que traducimos la mejor prueba de cariño al maestro, quien así revive en la novedad de la crítica con respecto a lo que enseñara. La culminación de la obra del trabajador intelectual está en la pesquisa y aporte ulterior de quienes patentizan las mismas inquietudes del antecesor.

- ✓ El objeto de nuestra clase será el referirnos a la disposición de las formas, tema acerca del cual tenemos ideas distintas a las corrientes que cultivan los procesalistas argentinos. Partiremos para ello de una norma de nuestro Código procesal en lo civil, poco estudiada, y que no ha merecido mayor consideración: es el artículo 66, el cual textualmente dice: "Todas las contiendas judiciales entre partes, que no tengan una tramitación especial, serán ventiladas en juicio ordinario.". Esta norma no existe en esos mismos términos en el Código de procedimientos civiles de la provincia de Buenos Aires, la cual está redactada con la siguiente originalidad: "Las leyes de procedimientos son de orden público y sólo renunciábiles en los términos de los artículos 19 y 21 del Código civil.". La modificación de la legislación bonaerense nada significa en nuestro concepto, y claramente la precisó el maestro Lascano cuando dijo que de ella resulta que las normas procesales son de orden público y renunciábiles cuando no son de orden público. El problema que expondremos se perfila con estas preguntas: ¿pueden las partes abandonar las formas procesales estatuidas? ¿Puede abandonárselas al juez? ¿Puede no usarse la forma de juicio dispuesta por la ley, por voluntad de una de las partes o por acuerdo de las mismas? Estas preguntas tendrían respuesta subsumida en esta concreta preposición con un título ejecutivo en mapo, ¿puede el acreedor seguir a su voluntad para

su realización el juicio ordinario, desentando la forma especial del juicio ejecutivo ordenada por la ley? Alsina y los contemporáneos afirman que sí. Ello en razón de que la renuncia a las formas procesales es natural, desde que el juicio ejecutivo está establecido en prejuicio del acreedor y no del deudor, y además porque el ejecutado puede, a continuación del juicio ejecutivo, en el cual hubiera sido vencido, defenderse mediante el juicio ordinario subsiguiente. Se empieza, por lo tanto, por donde se puede acabar. Esa solución era correlativa a la facultad atingente y reconocida de la renuncia anticipada a oponer excepciones. Así lo decían los autores argentinos, hasta que en el orden nacional se sancionó el artículo 58 de la ley 14.237, que declaró irrenunciables la citación de pago, la citación para oponer excepciones y la sentencia. Nosotros entendemos que tal renuncia, ni aun antes de la sanción del artículo 58 era legalmente válida, por ser ello una especie en el género de la disposición de las formas procesales. Es el tema, problema íntimamente unido a solución inspirada y, más que inspirada, concorde con principios constitucionales relacionados con la defensa en juicio. Creemos que todas las formas rituales son consecuencia de la reglamentación de la garantía de la defensa en juicio a que se refiere el artículo 18 de la C. N.

Las formas deben apreciarse atendiendo a sus antecedentes históricos. Ellas fueron originariamente más que proceder, eminentemente formulistas, y tuvieron carácter férreo en la época romana, a punto que cualquier transgresión a su imperatividad destruía el proceso. La forma simbolizó su origen en expresiones refinadas: la posesión que era lucha, tomando la tierra a puñadas; el despojo guerra apropiada tocándolo con el asta. Ello simbolizaba lo que podríamos llamar la "onomatopeya" representativa.

Mas las cosas lentamente fueron cambiando, y hemos llegado en la actualidad a extremos desconcertantes. Como la forma desconocida trae en consecuencia la nulidad del acto y de los actos que de él derivan en el futuro, se intenta disminuir tan intensos efectos, en consideraciones de la idoneidad de los mismos, apreciados a la finalidad perseguida. Pero cuando se afloja la rigidez del sistema, se cae en el extremo opuesto, y así se desacredita a veces la justicia. Por ejemplo, en un escrito firmado por el letrado que no es parte, y que no lleva la firma del procurador, un tribunal argentino acaba de declarar que ello no es causa de nulidad de la presentación y de su eficacia. En otro caso, se dice que, violada la competencia legal en primera instancia, sin observación de las partes, no obstante ser ella *ratione materiæ*, no debe anularse la sentencia y cabe su confirmación en segunda instancia (se olvida que la competencia mencionada es de orden público). Mas, en cambio, mediando una notificación hecha sin respetarse el artículo 77 (cumplir con el aviso previo de que el demandado espere para el día siguiente, anacronismo borrado del

Código de procedimientos bonaerense), debe anularse la sentencia de primera instancia por violación de la garantía en juicio. Reflejan estos juicios el resultado de la conjunción del pasado y del presente, por el entremezclamiento del criterio estrecho de la prevalencia de la forma, que se hace valer por sí y para sí, y de las tendencias modernas de quitar valor singular a las mismas. Es la teoría del Código italiano de 1940: la idoneidad de las formas se determina según la finalidad del acto o del juicio, o sea que impera el principio de la elasticidad de la misma. En el Código de Mendoza su regulación en definitiva es voluntad del órgano (art. 104). Esa misma cuestión está encerrada desde años atrás por la doctrina: el ideal es que jamás se disponga una nulidad por cuestiones de forma. Y finalmente, este asunto está protegido en la legislación soviética, como criterio de política procesal y de prevalencia del organismo jurisdiccional, consagrando la violación de la forma para el señorio de su derecho objetivo.

Para el análisis de la materia de la renuncia de las formas debe pensarse a quién van las mismas dirigidas. ¿Al actor, al demandado, al juez? Es inmediatamente preguntarse, ¿pueden algunos de ellos apartarse de las mismas? La solución se dificulta, pues inciden en ella las ideas que cada uno tiene del Estado y de los poderes del ciudadano. El Estado moderno, con sus perfiles todopoderosos, afirma la posibilidad del apartamiento de las formas estatuidas, bastando que el litigante obtenga justicia sin repararse en más; la vigilancia continua del proceso hace que el juez pueda hasta disponer la suspensión de la prueba, desde que entienda estar el hecho suficientemente probado. Cabe al organismo judicial la facultad de disponer medidas para la más pronta y económica tramitación del proceso. Para nosotros esa afirmación está relacionada principalmente con el artículo 23, gemelo del artículo 31 de la ley 14.237, y que murió prematuramente por falta de perspicacia de la Comisión contrareformadora. De donde se comprende que el problema está más en contacto con las facultades reconocidas a las partes litigantes. El problema, en su intimidad, se resuelve según se aquilata el publicismo y el privatismo. Es de llamar la atención que si se clasifica al derecho procesal como perteneciente al derecho público, es incomprensible que se admita y se entienda que su contenido pueda ser renunciado, y más, dejado de lado para someterse el ciudadano al arbitraje, solución extrajurisdiccional. De donde se observa que la intervención jurisdiccional es solamente obligatoria para las secciones indisponibles (divorcio, nulidad de matrimonio, declaración de insania y otras especies). Pero dentro del proceso cabe, además, la disposición de ciertas formas concretas. El asunto tiene sus bemoles, y nos referiremos a ellos más adelante.

Lo que no podemos admitir es que, con motivo de la renuncia de trámites procesales, pueda convertirse el proceso en motivo

de opresión, cuando el mismo debe inevitablemente, como hemos dicho muchas veces, ser medio de asegurar la libertad, y jamás de dominio ni de avasallamiento. La forma, expresión espectante, tiene un fin y va dirigida, no sólo al organismo judicial, sino también a las partes. Las formas van dirigidas tanto al juez como a las partes. Su regulación es asunto de ideas y propósitos políticos. El proceso es y será una de las actividades más sobresalientes para hacer efectivo el planeamiento de una determinada actividad: es la idea política de una nación en un momento dado, representativa de una orientación general preestablecida, de previsibilidad de gobierno, como fin esencial al superior derrotero de un país. Ellas tienen que ser ordenadas y uniformes, equilibradas y coordinadas, en un esfuerzo para culminar en el propósito común que se disputa supremo. Todo gobierno se orienta hacia el imperio de un régimen jurídico-constitucional. No puede ser excepción a ello el programa procesal. Y así, éste se configura consubstancialmente como medio realizador de las diversas manifestaciones de un conglomerado social. De donde reflejará el mismo la mayor o menor relevancia del Estado o del ciudadano. Más dentro de esta idea no cabe que el individuo pueda valerse del proceso y de sus formas, para hacer con él lo que le está prohibido: administrarse justicia por sí mismo. Y como el proceso es una actividad dinámica, he ahí su valor como elaborador de la política general y precípua de una Nación, y con él se obtengan las realizaciones de una época, según sea el genio de un momento histórico.

Las formas son medios de expresión, como actos externos de la voluntad individual, dentro del marco de la ley y en la medida que son necesarias para su eficacia. Su incidencia en el proceso es de importancia y contribuye a que el mismo, que es una relación pública, unitaria y progresiva de actos regulados en serie, satisfaga la ansiedad de su fin, la justicia. Mas su satisfacción no debe ser en perjuicio de nadie, pues la justicia coesagrada, destruyendo al ciudadano, sería una derrota de la legalidad, de la libertad y de la igualdad. De donde la reforma, que etimológicamente es *re más formare*, importa un apartamiento de la norma legal preestablecida. Es por ello que la experiencia milenaria enseña y revela que siempre hubieron formas, aunque no estuvieran concretadas en la ley, ni perpetuadas por la costumbre. El juicio del Paraíso revela un concepto de la litis y del proceso sustentado en una política de controversia y de prueba legal: probada la violación del precepto, con doble testimonio, la serpiente es condenada sin ser oída. Ya el propio Aristófanes, en una de sus comedias, pone en boca de Coro la frase de ¡feliz quien inventó que hay que oír a ambas partes! Tales principios van cimentando lentamente la configuración del proceso, que adquiere con el andar del tiempo robustez, como expresión preeminente



de la sabiduría de los pueblos. Si así no fuera, preponderaría el proceso la arbitrariedad, el desorden, el atropello y la insubordinación. Cada vez que se han querido violar o desconocer las formas, ha nacido el caos y el desprecio de los derechos ciudadanos. Durante la revolución francesa ellas se suprimieron (3 Brumario II, o sea en el año de 1793). Poco después se reimplantaban las mismas. Ningún país ha prosperado cuando la mentalidad y capricho de un tirano ha configurado con su predominancia la justicia en un momento determinado. En plena formación de nuestro país, cuando la chirimía del director Alvear, en un decreto se dijo: "... de que en tales circunstancias el verdadero orden judicial era no observar ninguno, sacrificando la rutina ordinaria a las normas judiciales, y teniéndose la voz pública o notoriedad vulgar por suficiente prueba moral para pronunciar sentencia de condenación". ¡Esas son las armas poderosas de los revolucionarios, que han perdido la noción de la legalidad en la lucha, en momento que aflora la barbarie contra la legalidad; jamás la notoriedad vulgar, el rumor callejero, constituyen prueba, sino en la mente desvariada y eufórica del revolucionario! Es el caso de Cuba, donde funcionan los tribunales entre el bramido público, y la esclavitud servil de sus jueces populares, y de fiscales lacayunos. Cuando los jueces tienen miedo, el ciudadano tiembla, y así lo decía Couture. Y agregamos que simultáneamente, y por generación espontánea, aparecen los jueces aduladores. Repetimos, el proceso es un instrumento diabólico, consagratorio de la opresión o de la libertad.

Las formas han sido prenda aprovechada por la literatura en burla y desprecio, y para ridiculizar a la justicia. Y nadie sobrepasó en esa tarea a Rabelais en Gargantúa. El tema de la forma del proceso y de la actividad del Tribunal, hacen que la justicia sea la pocilga y el refugio del mangonero del rabulismo y son, en definitiva, más que ataque a la justicia, que se convierte así en el chivo emisario del descargo popular, tumba de la justicia. Lo mismo sucede en el arte médico, donde las reglas de la medicina tienen tal valor que permitió a Molière decir que más vale que el enfermo se muera, antes que ser salvado contra las reglas establecidas. Cuando así se opina, se olvida que el proceso y la justicia están unidos para prestigiar el destino glorioso de la Nación, y que la forma está para ello, y los jueces por su calidad, junto con los abogados, no son más que reflejo de la moral ambiente y de la idiosincrasia del cuerpo social dentro del cual actúan. Es por ello que cada país consagra una técnica jurídica adecuada a su política general. Es el derecho procesal un fragmento de la legislación general, la cual es concorde con hegemonías intereses sociales, morales, políticos, financieros, económicos, religiosos.

Las formas son atacadas por los diletantes y por el pueblo.

Igual cosa sucede con la justicia. Y en todos los países del mundo, pues ella a veces es símbolo de lo absurdo o campo de dominio de modalidades formales. No colabora el sentir popular con la justicia, ya que ve en ella un reducto de combinaciones y ritos groseros; para él, la justicia tendría que desenvolverse en sueño evangélico. Se juzga para la condena y su resultado y se hace entonces del ataque, un medio de propaganda demagógica por los campeones destructores del orden. Más nosotros afirmamos que las formas son garantía de la libertad, y que ellas son la vida y alma de la ley, como decía Daguesseau. Nada vale el derecho substancial sin el derecho procesal, como afirma Wythes Miller. La forma consagra la regularidad de la relación procesal, o sea que es instrumento insustituible de la estabilidad jurídica y es, en definitiva, respaldo de excelencia y magno de la garantía de la defensa en juicio.

¿Existen aun en pleno desborde social y en los períodos post revolucionarios, como telón de fondo del escenario patibulario!

El problema de la forma es de sumo interés, ya que ellas existen *ad solennitatem*, *ad probationem* y *ad arbitrium* de quien ejecuta un acto. El exceso de formas existe; mas es el precio que se paga por la libertad. Y ésta es una política dogmática para cualquiera, como perfume de perfección de gobierno y legalidad. El derecho canónico, en la edad media, proliferó el aspecto de las formas, como entretenimiento de la casuística monacal y en aprovechamiento de las esportulas, cautelas y contracautelas. Y también las utilizó como medio educativo en inspiración totalitaria. Y trató de salvar sus excesos con la *clausula salutaria*, que poco o nada remedió y fue farsa y herramienta del histrionismo.

A la prudencia del legislador se confía la organización de las formas procesales, y las mismas, salvo ser de orden público, pueden determinar un negocio procesal, por las partes, y que ahora, y en ciertos casos, tal negocio puede ser impedido por el órgano jurisdiccional (art. 21 ley 14.237). Esta consecuencia está relacionada con los intereses contradictorios que se enfrentan en el proceso. El actor quiere solución rápida; el demandado procura demorar, y más cuando especula en la desinflación; la sociedad por su lado exige una decisión justa en satisfacción de la jurisdicción y del orden público, para asentar la paz. Ante este juego de intereses contrapuestos, debemos considerar cómo se regulan las formas procesales. Ello es así:

a) regulación legal que integra lo que se llama el sistema de la legalidad (ope legis), por el cual la norma procesal es ineludible, por ser imperativa. Sin perjuicio de la renuncia en los casos que considera, sin resolver, el artículo 80 del Código de procedimientos bonaerense. Esas renunciencias, fáciles de escribir, resultan de

difícilísimas solución en la práctica, porque está la renuncia vinculada insanablemente a criterios constitucionales:

b) regulación judicial, o sea el sistema de la forma como atendiendo a la idoneidad del fin perseguido, o sea la adaptabilidad al caso concreto y que se perfila por la elasticidad de la Forma. La forma es ope judiciali. Algo tiene que ver este aspecto con la norma del artículo 21 de la ley 14.237, la cual dispone que el juez dispondrá las medidas necesarias para la más rápida y económica tramitación del proceso. Verdad que no avienen en concordancia de medio a fin, la forma, con el averiguamiento de la verdad, y no salva el obstáculo el deber de probidad, lealtad y de buena fe a cargo del litigante, y menos el trágico deber de decir la verdad, verdadero atropello al individuo a quien se considera objeto del proceso, olvidándose que es sujeto, e inviolable su intimidad y su parcialidad en el ataque y defensa. Nada se consigue así, y la forma sigue siendo un cuco, cuando no se presta para quebrantar la libertad, si es manejada ligera e interesadamente. Sobre este particular Alsina, en la segunda edición de su conocido Tratado, no modificó en nada el planteo de la cuestión, y se mantiene en perfecta neutralidad y ajeno a la incidencia del artículo 21 de la ley 14.237. Consigna su sanción pero no aplica el principio, ni analiza sus efectos posibles;

c) las formas se determinan por su regulación consensual. Según este punto de vista, cabe la renuncia de la forma, y ello nos sitúa en el centro del problema que estamos estudiando, cuestión candente y que nosotros creemos que solamente puede extinguirse al través de su resolución en acuerdos, o sea por mutuo consentimiento. Y aun así existen facetas de las cuales no podremos prescindir. La abolición de las formas es aceptable sólo que con ello se vulneren garantías constitucionales. Podemos afirmar que no cabe proceso sin formas, dentro del campo jurisdiccional, ya que en caso de arbitraje voluntario podría apartarse quien ha de laudar, de haber consentimiento concreto sobre el particular. La forma es el canavá sobre el cual se teje el proceso, y por ello, con precisión, ha dicho la Corte Suprema de nuestro país que "la vía procesal inexistente no atribuye competencia, pues alteraría el orden de los juicios, y transgrediría los modos y términos de la legislación de forma, que son de cumplimiento ineludible" (Fallos, tº 159, p. 69, recordado por los jueces de la Corte Suprema Oyhanarte y Arlos de Lamadrid, en el caso Kelly, con fecha 22 de octubre de 1958). La más rudimentaria tramitación jurisdiccional siempre se afirma sobre formas, en todos los países y en todas las épocas.

Nuestro artículo 68 del Cód. de Ptos. es casi reproducción de la ley española de 1853 (art. 231). Caravantes, refiriéndose a este artículo, dice que por exclusión se determina la procedencia

del juicio ordinario. Así lo dicen también quienes siguieron sus huellas en nuestro país: Casarino afirma que por el artículo 66 y "por su modo" se evita toda clase de inconvenientes, precisando cuál es el procedimiento a que deben ajustarse los juicios que no tengan marcado un procedimiento especial (pág. 118, Ed. Abeledo, año 1917). Coincide en ello Rodríguez. La ley procesal española de 1883 cambia la redacción de aquel artículo 221 del año 1855, y dispone que el juicio se tramita en el modo que lo solicita (el actor), si correspondiera (art. 481). De donde Aragoneses Alonso concretó el principio de la inadecuación al procedimiento, para fijar la imperatividad de las formas estatuida por la ley, y ello en atención a lo que se llama en España la justicia rogada (principio dispositivo), y va cuando hay una forma estatuida por la ley. En ningún caso el legislador español ni argentino ha dicho que el actor impone la forma al demandado. Ello porque sería violar el principio de la igualdad, y dar privilegio en la iniciación de la demanda y además en la determinación de la forma a seguirse. Mas nadie niega que las partes puedan apartarse de la forma mediante: a) arbitraje y dando las normas de forma seguirse por el arbitrador; b) mediante la prórroga de la competencia territorial, de lo cual se considera accesoria la forma propia de cada fuero; c) renunciando a ciertos trámites formales o facultades; d) imponiendo al juez que la causa sea tramitada como de puro derecho; e) mediante la conciliación; f) mediante la confesión que determina en alguna legislación la sentencia inmediata (ley 50, art. 87). Mas no se dice por los autores extranjeros, únicamente los nacionales, que se puede imponer la forma a la parte contraria. No puede olvidarse que contractualmente ello es posible (renuncia a los trámites en las escrituras hipotecarias, por ejemplo); mas sostenemos que ello es ilegal, pues en tales casos dicho contrato, en parte, está impuesto al deudor y la renuncia es, a la postre, renuncia a la garantía constitucional, que es indeclinable. Nadie podría pretender eludir responsabilidad si el deudor autorizara que, ante su incumplimiento, pudiera ser ajusticiado privadamente por el acreedor. Solamente veremos cabe la renuncia expresa o tácita dentro del juicio. La renuncia extra procesal carece de valor porque el más fuerte impone su ley, y así se viola la Constitución y la ley, o sea la defensa en juicio y la forma estatuida como reglamentación de la norma constitucional. De paso decimos que no se excluyen la inconstitucionalidad y la ilegalidad, y que, al contrario, se complementan magníficamente.

Si lo que afirmamos es exacto, formulamos la pregunta: ¿pueden los litigantes renunciar a oponer excepciones a la ejecución y que consagra el artículo 488 del Código de Procedimientos? El asunto ha quedado resuelto por el artículo 59 de la ley 14.237, que dió la pauta correcta desde el punto de vista constitucional. Sostener lo contrario a esta norma, en el modo que lo enseña

Alcina, es olvidar el contenido constitucional y que en nuestro país, cualquiera que sea la forma de los juicios, todos ellos tienen en mayor o menor extensión un período de conocimiento. Si así no fuera, el órgano judicial, ante el requerimiento del ejecutante, no tendría más que una salida: dictar la sentencia de remate. Quedaría así abolida la defensa en juicio, por voluntad del acreedor al acordar el mutuo, al extender el pagaré o al escriturar el préstamo con garantía hipotecaria, y en pleno auge la justicia por mano propia, con el agravante de que se utilizaría para ello al organismo jurisdiccional. Importaría esa solución someterse a la influencia de la doctrina italiana y de la gravitación del poderío del actor, en recrudescimiento de viejas prácticas medievales, donde el acreedor invadía el predio de su deudor y se hacía justicia a sí mismo, y después presentaba el caso al juez para que convalidara su campaña coactiva. El deudor quedaría reducido a la categoría de un sujeto despreciable, equiparado a un esclavo, y todo ello por olvidarse que la Constitución pregonó otra manera de resolver los conflictos y querellas. Nadie renuncia a la Constitución, ni a la forma procesal, pues ella regla una garantía constitucional. Nadie puede renunciar a la Constitución. El que no la quiera, se puede ir del país, o preparar públicamente su reforma, pero jamás soslayarla. Nadie, por consecuencia, impone al contrario la forma de tramitar un juicio, salvo medie acuerdo judicial. Ni las partes la imponen al juez. Ni éste a las partes. Todos están obligados a respetarla, y su contenido de ética orientadora para una civilización no es materia disponible. La forma está estructurada de acuerdo con la naturaleza de la acción, ha dicho Werner Goldschmidt. De ahí la pluralidad de tipos de proceso. Así, la rapidez en el juicio de alimentos, pues, como decían los romanos, el estómago no admite dilaciones; amplio en el investigar y probar en los de conocimiento; simple y rápido en los ejecutivos, que se conforman en su esencia a considerarse juicios de "insatisfacción".

Otras nociones rigen en otros países. Así, en Italia, nos encontramos con el principio, en cuanto a las formas, llamado de la adaptabilidad al caso según proclamación de Grandi; y con referencia a dicho sistema, Carnelutti le designa como el de la adecuación a las posibilidades del oficio, lo que significaría referirlo a los poderes del juez. Inspirado por esas ideas, tan ajenas a nuestra modalidad vernácula, Podetti en su Código de Mendoza, para el caso de solicitar una de las partes una modificación en la forma, y no haber conformidad, decide que es el juez el que la fija. De donde en ese sistema cabe una sentencia determinativa de la forma. Solución propia del autor que siempre anduvo en el camino del hiperpublicismo. Cuando ello avenga en generalidad, nuestro país habría cambiado su fisonomía social, y desfilaría

entre los que viven bajo el régimen del paternalismo y del totalitarismo del Estado!

En cambio, es de llamar la atención que en Rusia no cabe el cambio de forma, salvo en favor del Estado, lo que configura que su legislación es sistemática y encaminada al fin de satisfacer bra que proyecta la llamada defensa en juicio: solamente cabe dentro del juicio y como negocio procesal. Por donde la tramitación de las demandas debe hacerse según el tipo prefijado por la ley y, en su defecto, por la modalidad del juicio ordinario. Mas, enseñando lo contrario Alsina, perturbó a muchos; antes que la enseñanza se alejara de la ruta tradicional ello no se concebía.

Si bien es cierto que la imperatividad de la forma procesal mata el derecho, ello no se salva ni aun con la *clausula soluturis* del derecho canónico. Mas siendo peor la falta de forma, queda por examinar otro aspecto del problema que consideramos. ¿Es la forma la que retarda la obtención rápida de la sentencia? Jamás. La demora es consecuencia de la incompreensión de los poderes públicos, que no aumentan la planta judicial, ni mejoran su selección cuando propone magistrados sin calidad. Lafaille, en conversación con el Presidente Justo, y considerando este problema de la justicia, dijo: "No importa, señor Presidente, que tengamos algunos malos jueces; el asunto está en dejar los actuales y nombrar en sustitución de ellos, buenos jueces. Esto es la obligación y deber del señor Presidente". En ello reside todq el problema de la justicia, y con malas leyes procesales y buenos jueces, se hace más que con excelentes leyes rituales y malos jueces. Un justo equilibrio en la clase y carácter de las formas procesales es un desideratum, y de ese equilibrio mucho cabe esperar. El enfoque es extremadamente serio y aun reunidos los dos factores, leyes y jueces, en cada época asistiremos a su caída y a su triunfo, según las ideas ambientes y moralidad imperante. Pero jamás se tendrá una justicia constitucional admitiéndose la renuncia indiscriminada, por voluntad unilateral o por exigencia contractual, de las formas procesales, por ser ellas manifestaciones incompatibles con la Constitución y con una recta administraciónincomodamente a la clase obrera campesina. De todo ello podemos afirmar que las formas no son renunciabiles en los sistemas publicísticos y que ello es discutible en los países de raizcambre y conformación privatística. Esta característica depende de la contratación de justicia. Renunciar a las excepciones del juicio ejecutivo, renunciar a las formas precisas de los juicios especiales, es apartarse de lo que llamamos, años atrás, principio de adecuación del Código ritual frente a la Constitución, y cuyo bautismo creamos en memoria de Jofré, que tenía esa preciosa inquietud.

Ya nuestra jurisprudencia reacciona. Recientemente el juez en lo civil Dr. Gartland, integrante de la Cámara de Apelaciones,

Sala A, dijo: "...la disposición de la forma está unida a la teoría del abuso de la forma", y agregó que "ello existe cuando se ha elegido la forma más dañosa de ejercer el derecho" (*La Ley*, 18 octubre 1958). Quien, con un pagaré protestado, inicia juicio ordinario para su cobro, abusa de la forma. Efectivamente: en el juicio ejecutivo se intima el pago y a su falta se traba el embargo, y epuestas o no excepciones se llega a la sentencia de remate; en cambio, en el juicio ordinario, puede iniciarse con un embargo preventivo y seguirse la penosa marcha del proceso. No caben más defensas a resolver con la sentencia y el embargo sólo se puede sustituir por otra medida cautelar que durará durante todo el trámite del juicio más solemne y lento que pueda imaginarse. Pagar significa allanarse. ¿Todo esto, en provecho de quién? Del acreedor, que ahí aprovecharía del proceso como manera de perjudicar al demandado. El proceso no puede ser manejado para satisfacer posturas jactanciosas y mangoneos del actor. Tampoco la inversa, y así traemos una última justificación al principio que estamos exponiendo.

No creemos que el proceso pueda mejorarse con la supresión de la forma. Pero sí creemos que con acuerdo de partes pueda suprimirse la forma, aun de lo esencial. Va un caso. La constitución de parte es de rigor en el Código italiano. Entre nosotros ya hemos dicho que ello es, por el artículo 77 del Cód. de Proc., como manifestación de respeto a la Constitución. Sin embargo, actor y demandado pueden presentarse ante el juez competente, mediante lo que llamamos demanda bilateral. Esta figura procesal se nos ha ocurrido pensando en el Código de Procedimientos Italiano, el cual, en su artículo 415, dispone la interposición bilateral de la demanda. Presentada la petición solicitada de común acuerdo por actor y demandado, para la decisión de la contienda, en materia de cuestiones detrahejo, sobreviene la prueba o no, y luego la sentencia. Esta figura procesal es distinta a la renuncia de trámites, y expresa una sustitución de la forma, respetándose los aspectos constitucionales de la constitución de partes y de la promoción de la demanda por el principio dispositivo. La economía evidente de tiempo —demanda bilateral y no unilateral— con la colaboración de partes y de los abogados, son factores que prestigian la demanda bilateral. Abriría esta modalidad un resquicio ante el negro panorama de la inoperancia de las reformas procesales en nuestro país. Es esta demanda bilateral manifestación de un nuevo espíritu. La posibilidad de obrar en el modo antes indicado ya ha sido juzgada en los tribunales de la Capital. Siguiendo nuestras enseñanzas, dos litigantes se presentaron ante el Juzgado en lo Civil a cargo del Dr. Horacio Stegman, y éste aceptó dicha forma, y directamente, ante el primer escrito, siendo la cuestión pedida como de puro derecho, tuvo a los peticionantes por parte (demandado y actor respectivamente) y llamando autos

para sentencia, dictó la misma. Claro que para que ello siga prosperando es menester un alto sentido de responsabilidad, y el deseo de actuar en los tribunales con respeto, decoro y cordura. No son ellos atributos normales y corrientes. Y ello prueba cómo las formas pueden ser renunciadas, cuidándose de respetar y conservar los esenciales caracteres de la defensa en juicio, que existen tanto para el actor como para el demandado. El juez, de tal manera, llamado a resolver una contienda que se le somete, dentro de las leyes, los principios apreciativos de las pruebas que determina la ley, y el aporte de las partes, con las garantías que ofrecen el respeto, los principios constitucionales en favor de las partes en juicio, y evitando errores, extravíos y excesos, falla en absoluta independencia. El artículo 21, tan pomposo y tan poco aprovechado, es un mascarón de proa, sin vida ni eficacia en la Argentina. Hasta hacen pocos días la estadística de los tribunales de la Capital indica que solamente 21 causas fueron resueltas teniendo en cuenta esta directiva superior. De donde afirmamos que la misma no tiene ararigo en nuestro país, ni provecho una vez suprimido el artículo 23 de la ley 14.237.

Más todavía. La renuncia a la forma no corresponde ejercida por la voluntad soberana de una de las partes. La ley no acepta su renuncia en cualquier caso y ocasión. Lo prueban los principios de excepción que rigen para la acumulación de acciones y la reconvencción. Nadie impone la forma de un proceso por su simple voluntad. Sólo se acumulan las acciones si pueden substanciarse por los mismos trámites, y en cuanto a la reconvencción, recordamos el viejo adagio de *convenio y reconvenio, pari passu ambulat*. Y al expresarlo, no olvidamos la solución contraria en esta materia de la reconvencción, que estenta como solución específica, concreta y en contrario, el derecho canónico, que ha permanecido fiel a su tradición milenaria, por razones de su formación centralizadora.

La forma no va contra la economía del proceso. Nosotros hemos estudiado este asunto y hemos creído encontrar la solución para su correcta economía en ciertas normas y aspectos que hemos dado en llamar el *principio de la immaculación*, y que en breve aparecerá publicado, por estar estos estudios en prensa. La idea del despacho saneador brasileño, las *pre trial conferences* del derecho norteamericano, y otros correctivos de la legislación extranjera, entran por la portada renovadora donde se enseña el derecho procesal. Su eficacia es extraordinaria, y suprimidas así las nulidades en gran parte, y con los poderes del juez, se puede construir en cualquier país una justicia asentada sobre un pedestal granítico de orden, de respeto y de sentido realista de su función.

Haciendo un resumen de lo expuesto, podemos decir que las formas son disponibles por las partes dentro del proceso, si están

de acuerdo con ello y cuando ellas no estén prohibidas por ser de orden público, criterio que se enlaza con el respeto del orden constitucional: que el juez no puede apartarse de las formas, ni siquiera por prudencia o entender, como el supuesto referido por Alsina, que determinó el rechazo de una contestación a la demanda por no haber el juez dispuesto lo que imperativamente le ordena el artículo 76 (correr el traslado), lo que expresa en la segunda edición de su *Tratado* (tº III, pág. 30, nota 5/3); que por falta de concepto acerca del valor de los distintos tipos de proceso, anduvo contaminado y viciado el proceso ejecutivo en nuestro país; que la forma se da de conformidad con la lógica, y que por ella, por lo tanto, se estructura la forma según la naturaleza de la acción; que el proceso no es refugio de la mala fe, ni se maneja de acuerdo a la voluntad de una de las partes, sino de pleno acuerdo las partes entre sí y con el juez, ya que lo contrario importaría interponer con abuso de facultades la demanda en juicio y comprometería el proceso: la disponibilidad de la forma por las partes no puede ser para obrar en fraude de la contraparte, ni por el juez en perjuicio de ellas, de donde debe consagrarse el principio de la trilateralidad que hemos proclamado como de la esencia del proceso frente a la actividad del ciudadano (considera los sujetos de la relación procesal y no a las partes).

Y concluimos agradeciendo a Alsina, que por sus enseñanzas nos llevó a estudiar cuestiones que, modificando su criterio, afirman que el mismo ha sido maestro en la vida y maestro después de muerto, pues lo es quien fecunda con su recuerdo la investigación procesal.