
Franz Klein, Mauro Cappelletti y la misión de los cultores del Derecho Procesal Comparado^(*)

Bryant Garth^(**)

Hace cien años, precediendo el fin de Siglo de Viena, el famoso Código Procesal Civil Austríaco de 1895 era elaborado por Franz Klein, un profesor universitario que trabajaba para el Ministerio de Justicia. Este acontecimiento trascendental en el Derecho Procesal Civil ha sido celebrado apropiadamente en este Congreso Internacional de Viena. Casi todo discípulo conoce la famosa máxima de Klein, hecha en 1901, acerca del Proceso Civil, que dice:

«El fenómeno del procedimiento civil, escuálido, árido y descuidado, está rigurosamente conectado con una gran corriente intelectual, y sus diversas manifestaciones se hallan entre los documentos más importantes de la humanidad.»⁽¹⁾

Podemos entonces reflexionar acerca de esta afirmación a la luz de la llegada de un nuevo Siglo en Viena. Adviértase que Klein estaba un tanto a la defensiva al sugerir que el Procedimiento Civil estaba siendo descuidado, hasta el punto de ser considerado muy árido como disciplina jurídica. En esa época, tanto el Estado de Viena, como su burocracia, estaban dominados por abogados pero es dudoso que las Cortes se hayan

(*) Traducción libre del Dr. Aníbal Quiroga León, Editor General, con la asistencia de la alumna Michelle Montaña Derteano. N. del Traductor.

(**) Director de la *American Bar Foundation*, y Vice-Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Procesal.

1 Cit. por Mauro Cappelletti en: «Aspectos Sociales y Políticos y Tendencias en Europa Oriental y Europa Occidental»; 69 Mich. *Law Rev.* 847, 885-6 (1971).

constituido en instrumentos de la reforma. El Derecho estaba siendo objeto de un ataque. La economía se desarrollaba como un primo desafiante, encabezada por Carl Menger, hermano de uno de los profesores famosos de Klein. Por su lado, el Prof. Sigmund Freud, quien a último minuto decidió rechazar el consejo de su padre y optó por una carrera de ciencias en vez del Derecho, publicó su célebre *Interpretación de los Sueños* en 1900. Freud desafió con ello a la autoridad racional que el Derecho y su padre representaban. En 1901 Gustav Klimpt pintó su trabajo titulado «Jurisprudencia» en el que retrata al Derecho como un poder infernal, el cual, según un analista, «solo evidencia y legitima la violencia»⁽²⁾. La posición del Derecho como motor de desarrollo era así valorada. A lo sumo, rara vez era relevante, pero lo más usual era que el Derecho, y los abogados, eran considerados como obstáculos para el progreso. Klein y su reforma buscaban alinear el Derecho y sus procedimientos con el desarrollo de un estado de bienestar social .

El desarrollo político posterior sugiere que el Derecho no se mantuvo en el centro de la evolución política e intelectual en Austria. Sin embargo, lo interesante es que el Código Procesal Civil elaborado por Klein buscó un lugar para el Derecho progresivo dentro de este desafiante contexto. Supuestamente, el Derecho no debía constituir un obstáculo para el logro de la justicia y la paz social, sino un instrumento que, mediante los iluminadores coloquios realizados por jueces y litigantes, podría traer paz social y facilitar la consolidación del Estado de Bienestar⁽³⁾. La visión de Klein de un juez activo iría perfecto con un Estado activo. El Código austríaco se convirtió en la inspiración de la reforma en los sistemas legales civiles (y aún más allá) en todo el mundo. Era la culminación de los esfuerzos dirigidos hacia la «oralidad», «inmediación», y la «concentración de procedimientos». Podía ser constantemente invocado en Europa, especialmente en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial.

Los avances promovidos por Klein tienen fuertes paralelos con el movimiento social de cambio entre los años sesentas y setentas. Fue un periodo intenso, plagado de movimientos sociales, Estados de bienestar, y retos para el Derecho originados por un gobierno poderoso y por

2 Schorske, Carl.- Viena *Fin de Siècle*; 1980, p.251.

3 Ver A. Homberger.- *Funciones de la Oralidad en los Procesos Civiles Americanos y Australianos*, Buffalo Law Review, (1970).

disciplinas relativamente nuevas como la economía, la sociología y la ciencia política. Una vez más, en el mundo civilista pocos no-eruditos en el campo del Derecho hubiesen pensado que el Derecho era la llave para mantener el progreso de la sociedad. Esto se aplicaba sobre todo a Italia, la cual a su vez, estaba dominada por un complejo proceso de ajuste político. Dentro de este contexto, Mauro Cappelletti, gran procesalista italiano, tuvo que redefinir el rol del proceso.

Conocí personalmente a Mauro Cappelletti, quien fue el presidente de la Asociación Internacional de Derecho Procesal en 1975, cuando me graduaba de la Facultad de Derecho y fui a trabajar en su proyecto «Acceso a la Justicia», el cual estaba siendo elaborado en Florencia. Cuando trabajé para él, una de las primeras cosas que aprendí fue que tenía una cita procesal favorita, la cual pertenecía a Franz Klein, citada anteriormente. Esta no era tan sólo una cita para Cappelletti, sino un problema que definió su carrera. Él pensaba que los procesos civiles debían estar estrictamente conectados con los grandes movimientos intelectuales, y como lo expresó en un artículo publicado en 1971, pensaba al mismo tiempo que citaba a Klein, insistiendo que el procedimiento debía estar estrechamente vinculado a la política y a la sociedad. En otras palabras, el Proceso Civil debía estar involucrado en el cambio social que tenía lugar en ese entonces.

La visión de Cappelletti no se salvaba de la controversia. El problema era tanto interno, dentro del campo del Derecho Procesal Civil en Italia, como externo, entre aquellos que dudaban de la importancia del Derecho Procesal. Dentro del medio, Cappelletti atacaba a aquellos, que en su opinión, se concedían a sí mismos y al Derecho una posición marginal, al lidiar sólo con asuntos formalistas y técnicos derivados de los tratados y códigos procesales civiles. El Código de Klein fue reverenciado, pero la inspiración intelectual y política ya había sido olvidada. El mismo Cappelletti tuvo que manejar esta concepción, aunque carente de imaginación en su opinión, para poder ganar una posición en el Derecho Procesal Civil en Italia. Sus ataques hacia este sistema repercutieron negativamente en él y en sus estudiantes, pero igual continuó luchando. Esta Asociación Internacional de Derecho Procesal fue revivida, en parte, para continuar esta labor.

¿Cómo pudo Mauro Cappelletti aproximarse a este problema del Derecho y del Proceso Civil Comparado?. Él tomó el paso radical de buscar fuera del ámbito del Derecho Civil, en los Estados

Unidos, donde el Derecho y el Proceso han tomado un papel clave en el estado de bienestar y en los movimientos sociales, así como en la lucha por los derechos civiles. Para simplificar, él tomaba a su cargo proyectos que pudiesen relacionar las innovaciones legales en los Estados Unidos con los usualmente fragmentados e incoados desarrollos en Europa (y afuera), y destilar modelos basados en dichas experiencias. La comparación podría resaltar nuevas posibilidades para el Derecho Procesal, especialmente en Europa. Los ejemplos podrían multiplicarse, pero sería suficiente tan sólo mencionar la Revisión Judicial de las Leyes, la ayuda legal, las Acciones de Clase, el juicio organizacional, el acceso a la justicia, la resolución alternativa de una disputa, y el federalismo.

No es necesario agregar que estos tópicos, situados fuera de los tratados y códigos de procedimiento, reestructuraron la agenda del procedimiento civil. Tal y como Cappelletti deseaba, esto trajo como consecuencia el acercamiento del procedimiento civil a los grandes movimientos intelectuales y sociales de la época. Cappelletti hizo que los discípulos del Derecho Procesal Civil se sintieran orgullosos de su campo. Además, instruyó a los sociólogos legalistas, quienes situaban estas innovaciones procesales dentro de un contexto social más amplio, para describir como éstas funcionaban en la práctica. Cappelletti siempre buscó información y estudios empíricos, lo cual culminó en estudios empíricos detallados en sus volúmenes de *Acceso a la Justicia*.

Un elemento clave de su estudio fue el desarrollo de los modelos comparativos: revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes difusa *vs.* la revisión judicial concentrada; Fiscales del Estado *vs.* acciones de clase *vs.* el *status* de las organizaciones aprobadas por el gobierno; el Poder Judicial *vs.* personal de asesoría legal; los Estados Unidos *vs.* Europa. Él podía utilizar los modelos para producir ideas o reformas que, aunque promoviesen el modelo de los Estados Unidos, usualmente extremista, o el modelo civilista, lograría aproximar el Derecho y el proceso comparado con los conflictos sociales más trascendentes. Los discípulos del Derecho procesal podrían construir un campo, debatiendo los modelos que podrían ser transplantados. Las soluciones del Derecho civil, incluyendo aquellas derivadas del Modelo Australiano de Procedimiento, siempre fueron visibles y posibles. Las comparaciones se retrotrajeron a los debates en Estados Unidos, ayudando a mantener los discípulos norteamericanos menos parroquiales y más conscientes de las excentricidades

de los Estados Unidos. Existen muchos casos donde los modelos de Cappelletti y sus comparaciones hicieron posible la promulgación de las reformas que lograron consolidar lo que buscaba en términos del rol del proceso.

Vamos ahora a movernos al presente. ¿Cuál es el reto hoy en día para la visión Klein y Cappelletti?. Ya no hay forma de reconciliar al Derecho liberal con el Estado de bienestar social. La tercera vía no se encuentra entre el capitalismo y el socialismo, sino que se revela como ciertas variantes de la democracia del mercado liberal. Los economistas asumieron el poder en los años setentas y ochentas, y restringieron el papel de los estados activistas. El socialismo ha muerto y el fenómeno (o el marketeo) de la globalización está cambiando la composición de los Estados y del Derecho. En verdad, hay innumerables operadores (similares a los actores gubernamentales) sobre, por debajo y alrededor de los estados, que recién han sido descubiertos y legitimados por los abogados. ¿Qué importancia tienen estos procesos en el Proceso Civil Comparado?.

Una breve historia podría ser útil. A comienzo de la década de los noventas, algunos de nosotros -incluyendo a Marcel Storme y a mí- fuimos invitados a Argentina para asesorar un Proyecto de Reforma Judicial del Banco Mundial. Accedí a visitar Argentina, no porque piense que podría decirles a los argentinos algo que ya no supieran, sino porque pensé que podría promover el trabajo de discípulos que yo ya conocía y estimaba. Durante mi estancia, me preguntaban acerca de la Resolución Alternativa de Conflictos de los Estados Unidos (ADR, *Alternative Dispute Resolution*). Redacté un informe para el Banco Mundial sobre la tradición del Proceso Civil en el Continente, incluyendo el legado de Klein, de lo que podía aprenderse de la Reforma Procesal de los participantes en este Congreso de Viena. La reforma más importante, en el ámbito del Derecho Procesal argentino, consistió en la mediación obligatoria, tomada explícitamente de los Estados Unidos y de la industria del «ADR». Estas reformas se debieron menos a los estudios comparados y más a los reformadores-pioneros (*entrepreneurs*), quienes usaban fundaciones no lucrativas, contactos políticos, contactos con los «*entrepreneurs*» estadounidenses, y el prestigio de las instituciones norteamericanas para promover este cambio. La reforma puede ser sumamente exitosa. El punto clave consiste en el hecho de que lo que tenemos ante nosotros es un proceso distinto y una aproximación diferente de la que Cappelletti

impulsó y fomentó. En lugar de darse una Reforma del Proceso Comparado, estudios sistemáticos y los diferentes modelos de práctica que pudieran hacer el Derecho más útil a las necesidades de hoy en día; vemos ante nosotros un mercado de reformadores «*entrepreneurs*» dominados por los Estados Unidos. Es como comprar reformas de un menú de los Estados Unidos. La historia de Argentina no es inusual.

Vale la pena analizar aproximaciones opuestas. En lugar de elevar puentes entre los vacíos existentes entre el Derecho Civil y el Derecho Comparado, especialmente los Estados Unidos; los modelos del Derecho Civil se han vuelto increíblemente marginales. No están contruidos sistemáticamente como para constituirse como una opción seria. El arbitraje comercial internacional sirve de ejemplo del proceso de transformación legal de mercado; lo que veinte años atrás era un proceso informal caracterizado por procedimientos que probablemente se hallan muy cerca de lo que Klein estaba buscando. Sutilmente, se ha «americanizado», no por su propia voluntad, sino por la influencia de los Estados Unidos y los abogados entrenados en este país quienes consideran que las armas legales que han aprendido a utilizar no representan productos históricos de los Estados Unidos, sino que se han convertido en los fundamentos esenciales de un Proceso Civil justo. Muchos de estos mismos abogados ahora arguyen que, ya que el arbitraje se ha vuelto muy costoso, disputado, americanizado, el único remedio es el ADR (Solución Alternativa de Conflictos) al estilo americano. Esta no es una conspiración, pero sí un proceso que se repite a través de mercados mal informados que tienden a dirigirse a los Estados Unidos.

Mucho de lo que ocurre fuera del sistema de los tribunales nacionales, hasta los procesos de transición son difíciles de entender. Ya no se trata de estudios comparados profundos realizados por expertos académicos escudados de la política y del poder del Ministerio de Justicia⁴). Por consiguiente, un peligro consiste en que la reforma procesal seguirá un mercado que sustituye prestigio, jerarquía, y notoriedad por investigación profunda y comparada.

El problema conexo es que los procesalistas que no estén en demanda se retraerán. Estarían más confortables y seguros con lo que ya saben, evitando, así, el estudio sistemático y el modelado que asegure que más

⁴ Esto constituye una amplia posibilidad para todos, sin que exista la garantía de que las importantes opiniones de los expertos sean necesariamente acogidas. N. de Traductor.

de un modelo sea considerado. Cappelletti vio, a su favor, la creciente influencia de los Estados Unidos e intentó utilizarlo no solamente para hacer más céntrico el procedimiento civil sino también para producir información detallada que pudiese fomentar lo que el sistema legal civilista había generado.

¿Qué deberíamos hacer en este nuevo contexto? Desafortunadamente ya no contamos con el formidable cerebro de Mauro Cappelletti, ni con su capacidad organizacional para ayudarnos. Algo que podemos hacer es formar alianzas una vez más con aquellos que analizarán críticamente el proceso de cambio. Yo creo, por ejemplo, que podemos encontrar una fuente del dominio de la tendencia estadounidense en el hecho de que ahora hay grandes corporaciones de Firmas de Abogados modelados según el patrón de las grandes Firmas de Abogados norteamericanos. Los abogados dentro de estas grandes Firmas hablan el mismo lenguaje legal y promueven aproximaciones legales similares. Pero la institución de los grandes Estudios de Abogados de interés público no ha sido un buen producto de exportación. ¿Pueden funcionar los modelos cuando sólo parte de ellos es adoptado, específicamente la parte que fomenta el negocio y la práctica del Derecho?

En segundo lugar, podríamos volver a afirmar la relevancia de Klein y otros en comparación con la aproximación estadounidense, la cual permite «un litigio agotador», un descubrimiento que implica jugadas rutinarias como esconder documentos, deposiciones que tienen como único propósito que pase el tiempo y que aseguren la consolidación de una negociación, y en general el litigio se utiliza como un arma para la competencia entre negocios. Los relativistas deberían ayudar a construir un equilibrio, especialmente cuando los aspectos negativos de los modelos norteamericanos son olvidados cuando se toman en cuenta las exportaciones. Siguiendo a Cappelletti, podríamos argüir una vez más a favor de un sofisticado pluralismo de pareceres, analizando el poder de los modelos estadounidense pero sin promoverlos como soluciones universales.

Finalmente, los procesalistas del Derecho Comparado deberían invertir más en la reforma del mercado. Mauro Cappelletti, cuando aún era un estudiante, no temía a la «*entrepreneurial activity*». Si el procedimiento civil comparado va a jugar un papel en la transformación global que se está dando a nuestro alrededor, entonces necesitamos ascender, expandir y reinventar nuestro campo. Una ventaja comparativa de las tendencias

norteamericanas en el competitivo mercado de expertos/especialistas es que los estudiantes de abogacía se encuentran sumergidos en un mundo altamente competitivo de erudición. En lugar de estar reactualizando tratados o esperando que se les abra las puertas de los tradicionales emporios/dominios legales, ellos se encuentran en la obligación de encontrar nuevos terrenos para captar atención. Así como las compañías europeas han tenido que transformarse para poder competir eficazmente con las compañías norteamericanas, de repente sea necesario desformalizar el mercado académico para fomentar más innovaciones en el Proceso Civil.

Considero, además, que existen grandes oportunidades para que la erudición de muestras de un nuevo Derecho, basado en el tradicional Derecho privado y público. Los procesos en estas áreas son de vital importancia, pero los procesalistas aún no han arribado sistemáticamente a este campo.

La Organización Mundial de Comercio, por ejemplo, está debatiendo quien debe tener resistencia, y si debería haber algún lugar para las organizaciones no gubernamentales. Los temas de comercio generalmente, las disputas sobre NAFTA y más usualmente el *anti-dumping*, implican importantes temas procesales incluyendo a aquellos que se refieren al acceso. El Derecho Civil global tendrá preocupaciones similares, con nuevos procesos y entidades. La propiedad intelectual y la disputa WIOPO de maquinaria también son importantes, surgiendo regímenes con temas procesales. Similarmente, ahora que el valor de los accionistas se está convirtiendo en la clave de las estrategias de los negocios mundialmente, ¿Qué pasará con los litigios sobre accionistas en todo el mundo?. Ahora que los perjuicios masivos también se han globalizado: ¿Qué debería de hacerse en este caso? Otras áreas que todavía no han sido objeto del escrutinio procesal incluyen al Jurado de Inspección realizado por el Banco Mundial, los cuales tienen jurisdicción para determinar que acontecimientos desafían los proyectos ambientales del Banco Mundial. Las organizaciones de Derechos Humanos son actores claves mundialmente reconocidos, y no hemos examinado los procedimientos que deberían seguir para que se les otorgue legitimidad. Las *Truth Commissions* despiertan importantes temas procesales para su éxito y legitimación. Ahora también hay una industria acerca de las «Reglas de Derecho» que utilizan al Banco Mundial y muchas otras entidades para promover el entrenamiento judicial y la reforma. Estos esfuerzos son estudiados y evaluados

sólo por unas pocas organizaciones activistas. ¿Quién puede asesorar las variadas experiencias, relacionarlo con los tiempos y lugares, y producir modelos claves?. Podríamos multiplicar estos ejemplos, incluso mencionando la importancia de los procedimientos para hacer las reglas. El punto es que creo que los procesalistas poseen diversos dominios fuera de los tradicionales que incitan la investigación sistemática académica.

¿Por qué deberíamos concentrarnos en estas áreas?. Una razón es que estamos siguiendo los diseños de Klein, Cappelletti y otros en cuanto a que el Derecho procesal debería encontrar una forma de relacionarse a nuevos movimientos nacionales y globales. Fundamentalmente, el procedimiento es la clave para lograr la justicia del Derecho y su legitimidad. El Derecho Procesal es esencial para el Derecho. Muchos operadores, por razones propias, están utilizando el Derecho y los procedimientos para fines diversos, pero no tienen ni el interés ni la formación necesaria para explorar esquemáticamente interrogantes referentes a la resistencia, grupos vs. individuos, formalismo vs. informalismo, acceso, equidad de «*arms*» (*equity of arms*), publicidad (en el sentido europeo), la calidad de las tomas de decisiones, y el nexa a los modelos históricos del estado existentes. Los valores del Derecho Procesal evolucionan, pero el punto es que sean tomados en serio para mantener a la sociedad en movimiento, en otras palabras, los *comparative* procesalistas civiles tendrán que invertir en nuevos dominios y reinventar su campo. Esto no significa que los viejos problemas deban ser olvidados, pero, como Mauro Cappelletti sugirió, el campo debe ser expandido.

El reto para los *comparative* procesalistas civiles es explorar nuevos temas y nuevos campos. Con el espíritu de impulsar algunas innovaciones al estilo de los *entrepreneurs* estadounidenses en un contexto más europeo, me gustaría darle un consejo a la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Un modesto paso hacia adelante sería el dedicar una porción de los programas de las reuniones a sesiones, ideas y estudios que no estén necesariamente preprogramados. La idea sería el dar una voz a algunos estudiantes quienes están fuera de la corriente general (*mainstream*), pero que estarían estrechando los linderos del Proceso Civil comparado. Podemos ver lo que ellos tienen que decir y usarlo para construir y mantener un lugar para esta organización y sus discípulos, ayudando a lograr que la enseñanza del Derecho procesal llegue a nuevos desarrollos sociales.

Reconozco que estoy sugiriendo una dosis de la competitividad y

franqueza norteamericana. Debido a mis antecedentes, yo tiendo a brindar un tanto de confianza y a la vez escepticismo acerca de los pareceres estadounidenses que forman parte de mi. Considero, empero, que el tiempo se acerca en que el proceso civil, eventualmente, celebrará nuestra marginalidad o encontrará nuevas rutas para tomar contacto con los grandes movimientos de masas. Toma mucho trabajo -más que en las épocas en que Klein y de Cappelletti produjeron su trabajo-. Actualmente, existen muchas cosas en la erudición procesal que siguen fielmente los mandatos de Klein y de Cappelletti. Esto no es sorprendente, pero no estaría demás recordar nuestra misión, y desafío con respecto a erudición procesal en la proximidad de un nuevo milenio.