

por Eduardo J. Couture
Profesor de Derecho Procesal Civil en la Facultad -
de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo

- o -

INTRODUCCION

1.- Un tema de disputa.

Se cuenta que en cierta reunión en la que se discutía sobre Derechos del hombre, causó admiración la poca dificultad en formular una lista de tales Derechos, aceptada sin discrepancia por los defensores de las ideologías más opuestas. "Sí, contestaron ellos. Estamos de acuerdo sobre estos derechos, pero a condición de que no se nos pregunte porqué. Con el porqué comienza la disputa".¹⁾

La tutela de la persona humana mediante la justicia, asegurada ésta mediante un debido proceso, en el sentido latino y no norteamericano de estas palabras, no es objeto de discusión. La discusión comienza cuando se trata de saber qué significa un debido proceso: qué mínimo de elementos jurídicos se requiere para que exista proceso y qué cúmulo de elementos se deben reunir para que este sea debido, o sea adecuado, apropiado, ajustado a sus fines.

Este tema fué debatido en el reciente Congreso de Derecho Procesal Civil celebrado en el mes de octubre en la ciudad de Viena.²⁾ En cierto modo él significaba llevar adelante un debate preliminar del precedente Congreso de Florencia, realizado hace tres años.

En dicha reunión, en su discurso preliminar, señaló Calamandrei los lazos que unen el derecho procesal con el derecho constitucional. Todas las libertades son vanas, dijo³⁾, si no se pueden reivindicar y defender en juicio y si el ordenamiento de este juicio no se funda sobre el respeto de la persona humana, el cual reconoce en cada hombre una conciencia libre, sólo responsable ante sí misma, y por esto inviolable. Se escuchó luego la relación de Espósito sobre el tema del contralor jurisdiccional de las leyes⁴⁾, la de Andrioli sobre los aspectos procesales del mismo tema⁵⁾ y la de Satta sobre la tutela del derecho en el proceso, en términos de filosofía general y aún de sociología jurídica.⁶⁾

Las ideas allí vertidas pueden y deben ser motivo de ulterior consideración. El tema de las garantías constitucionales del proceso civil, al que en otra oportunidad hemos prestado particular atención,⁷⁾ ha sido examinado, en uno u

La tradición francesa, en cambio, a la cual la mayoría de nuestros sistemas se ha plegado, opta por la revisión jurisdiccional de la actividad administrativa y aún legislativa. La última reforma de la Constitución uruguaya, al a este concepto, ha instituido no solo la acción efectiva del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sino también todo un sistema de recursos de impugnación de los actos administrativos para ante los propios órganos de la Administración, ante sus superiores jerárquicos, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y aún ante la jurisdicción ordinaria.⁵⁴⁾

No cabe sentar preceptos generalmente obligatorios en este orden de cosas, puesto que el derecho público de cada país forma parte de su propia trayectoria histórica. Pero creemos ser fieles a nuestra mejor convicción, cuando proclamamos que sólo un sistema amplio de verificación jurisdiccional de la acción administrativa, corresponde a la concepción democrática del gobierno y a la tutela de los individuos frente al orden jurídico que rige su vida.

18.- Inconstitucionalidad por inidoneidad del juez.

Llevando más adelante las palabras de Calamandrei citadas en un comienzo, podría añadir que "todas las libertades son vanas si no se pueden reivindicar y defender en juicio si el individuo no encuentra ante sí jueces capaces de darle la razón".

La Suprema Corte de los Estados Unidos ha sostenido que es garantía fundamental la existencia de un tribunal "competente e imparcial"⁵⁵⁾ y que viola la garantía del due process of law la existencia de un juez inferior que cobra sus servicios sólo cuando condena al demandado y no cuando lo absuelve.⁵⁶⁾

Con motivos más consistentes desde el punto de vista de la fundamentación, nosotros deberíamos llegar a conclusiones análogas.

En nuestro concepto, la garantía constitucional exige, cuando menos, tres condiciones: independencia para que el juez pueda hallarse por encima de los poderes políticos y aún de las masas que pretenden presionar sobre las decisiones; autoridad, para que sus fallos no sean dictámenes académicos ni piezas de doctrina, y se cumplan efectivamente por los órganos encargados de eje-

CIENCIA Y EXPERIENCIA JURIDICA

19.- Visión global del campo del proceso.

Las páginas precedentes no aspiran a representar un nuevo modo de exámen de los fenómenos procesales, ni siquiera una contribución de importancia para un tema particular. Pero acaso apunten lo que se puede lograr mediante la aproximación de dos métodos jurídicos.

Decía Roscoe Pound, acaso el mas sagaz de los filósofos norteamericanos del derecho, que ellos no pueden concebir el derecho "como un sistema completo de legislación, según el cual todo caso sería previsto, si no por expresa disposición, al menor por una base legal para el desarrollo lógico del precepto requerido que regula el caso. Entre nosotros, dice, la legislación no ha podido ser completa, limitándose a proveer disposiciones definitivas y detalladas para situaciones de hecho igualmente definidas y detalladas".

58)

¡Que diferencia con nuestras habituales concepciones, que no solo consideran el derecho como un sistema unitario, sino que le agregan, además, su condición de plenitud hermética!

Pero a medida que se ahonda en el conocimiento de ambos sistemas, se advierte que, a pesar de estas diferencias, existen acuerdo sobre puntos fundamentales, y acerca de muchas soluciones particulares que a cada instante se adelantan a nuestro paso con sorprendente unidad.

Las páginas precedentes, como se ha dicho, aspiran a ser apenas un esfuerzo de superación de las dificultades del método. Hemos tomado un pequeño sector del mundo jurídico y hemos tratado de contemplar, en grandes planos y sin entrar en detalles de estilo, el fenómeno de la tutela constitucional del proceso en ambos regímenes.

Mas que un ensayo o una contribución científica, cuanto precede aspira a señalar cómo podría ser un ensayo sobre un tema particular, encarado -- con la visión unitaria de estas "dos maneras de pensar" del hombre en su búsqueda de la justicia.

20.- Conclusiones.

Las ideas precedentes no tienen gran originalidad en el ámbito de los países que, como los del Rio de la Plata, han sido fieles a la concepción --

so en forma legal. Nuestros repertorios están llenos de decisiones invalidando o negando aplicación a leyes violatorias de las garantías de defensa en juicio. Su interés es mucho mayor, en cambio, en aquellos países que desconocen o no han desenvuelto suficientemente este instrumento de tutela de la persona humana.

Se trata, en último término, de que el derecho no quede a merced del proceso y de que pueda sucumbir por la ausencia o insuficiencia de este. 59)

Tratemos, pues, de resumir un conjunto de conclusiones que pueden observarse en forma paralela, tanto en el sistema del common law como en el sistema de la codificación, para asegurar al individuo la justicia que le promete la Constitución.

1) La teoría de la tutela constitucional del proceso consiste en establecer, en el ordenamiento jerárquico de las normas jurídicas la primacía de la Constitución sobre las formas legales o reglamentarias del proceso civil.

2) Mediante ese concepto, las Constituciones que contienen normas que determinan la garantía de los derechos esenciales de la persona humana, frente a los riesgos del proceso civil o penal, no pueden ser desconocidas directa o indirectamente por las leyes procesales.

3) Si la ley procesal priva de la posibilidad de accionar, de defenderse, de producir prueba, de alegar, de impugnar la sentencia, de ser juzgado por jueces idóneos, en términos no razonables, es inconstitucional. Debe, entonces, ser invalidada como tal, dentro de los términos que instituya el derecho positivo para anular el efecto de las leyes violatorias de la Constitución.

4) La idea de razonabilidad puede determinarse en forma genérica como una relación adecuada entre el fin y los medios; o en forma específica, ante las particularidades de cada caso concreto, en una casuística de amplia extensión.

5) La jurisprudencia del common law anglo americana suministra muy abundantes y provechosos materiales de investigación al jurista de formación romana, aprovechables para determinar la razonabilidad de la ley procesal. Por su parte, la dogmática de los juristas de formación latina, que operan dentro del sistema de la codificación, está en condiciones de suministrar importantes fundamentos de lógica jurídica, susceptibles de superar una simple concepción empírica y sociológica, de la invalidación por inconstitucionalidad de las leyes procesales.

X X X

Estas conclusiones no necesitan mas motivación que la que surge de las páginas precedentes. Pero debemos resumir, a modo de confirmación, señalando de qué manera los juristas de uno y otro estilo, aún sin recíproca comunicación, dicen las mismas cosas y hasta las conciben con análogas imágenes. 60)

Esto acontece porque en toda observación de largo alcance termina por advertirse no solo la universalidad, sino también la unidad del derecho. En cierto modo él es reflejo de los fenómenos sociales a los que aspira a regir. Refleja lo que proyecta y ordena. Acaso por esto los juristas medievales llamaban a sus obras Espejo: el Speculum Juris, el Espero de Sajonia. El Espéculo es-

N O T A S

- 1) Les droits de l'homme. Problemes, vues et aspects. Textos originales publicados por la Unesco, con prefacio de Jacques Maritain, París 1948, p.2
- 2) En dicho Congreso, figuraron, además de este tema, que tuvimos a nuestro cargo, los siguientes: LENHOFF (Buffalo): La ejecución forzada de las decisiones extranjeras en los Estados Unidos; MONACO (Roma): La competencia internacional; BLOMEYER (Munich): La sumisión del juez a la ley y la libre apreciación en el cuadro del derecho procesal civil; PRIETO CASTRO (Madrid): Los sistemas de restricción de las vías de recurso; LIEBMAN (Pavía): Los presupuestos de la ejecución forzada; MC MAHON-ALLORIO (Milán) El nuevo Código de práctica procesal de la Luisiana: una síntesis de los procedimientos anglo-americanos y continentales. Las sesiones se realizaron en el Auditorio Máximo de la Universidad de Viena. La dirección general de los trabajos estuvo a cargo del profesor Hans Schima, de la misma Universidad. En el Congreso quedó constituida la Asociación Internacional de Derecho Procesal, cuyas autoridades provisorias tendrán a su cargo la organización del próximo Congreso y fueron constituidas con los profesores Redenti (Bolonía), Carnacini, (Bolonía), Pauhle (Ehrlangen), Schima (Viena), Wyness Millar (Evanston), Da Cunha (Rio de Janeiro), Alcalá Zamora (México) y Couture (Uruguay).
- 3) CALAMANDREI, Processo e giustizia, en "Atti del Congresso Internazionale di diritto processuale civile", Padova 1953, p.22.
- 4) Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia, op. cit., p.27.
- 5) Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi, op. cit., p.43.
- 6) La tutela del diritto nel processo, p. cit., p.79.
- 7) Las garantías constitucionales del proceso civil, publ. originariamente en el volumen de estudios en honor de Alsina, Buenos Aires 1945 y posteriormente en "Estudios de Derecho Procesal civil", t.1, Buenos Aires 1949.
- 8) Cfr., por ejemplo, FAIRÉN GUILLEN, Acción, en "Nueva Enciclopedia Jurídica Seix", y en "Revista de derecho procesal", Buenos Aires, 1951, I, p.40; BARTOLONI FERRO, Acerca de los principios fundamentales del proceso penal, en la misma Revista 1948, I, p.53; SILVEIRA, Figuras de la procesalística americana, en la misma Revista 1948, I, p.355; GELSI BIDART, Enfoque preliminar del proceso en la misma Revista, 1951, I, p.291; LOVATO, Principios constitucionales del derecho procesal, en "Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado, de la Universidad Central de Ecuador", Quito, enero-marzo 1953; LIEBMAN, Diritto costituzionale e proceso civile, en "Riv. dir. processuale", 1953, I., y en "La Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración", Montevideo, 1953, p.121; VERTIZ, La acción civil como derecho cívico de petición, en "Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Córdoba, 1951, p.455.
- 9) Véase, sin embargo, Mc. ILWAIN, Due process of law in Magna Carta, en "Selected Essays in Constitutional Law compiled and edited by Comitee of the Association of American Law Schools", Chicago 1938, t.1, p.174.
- 0) Sobre esta Ordenanza, THORPE, The Federal State Constitutions, Colonial Laws, Washinton, 1901, t.2, p.960.
- 1) Union Interparlamentaire, Information Constitutionnelle et Parlémentaire, Section Autonome des Services Généraux de Parlements, avec la collaboration du Bureau Interparlamentaire, Ginebra, 1948/49/50; asimismo, Naciones Unidas, Year book on Human Rights for 1950, N. York, 1952.
- 2) MOTT, Due process of law. A Historical and analytical Treatrise of the principles and methode followed by the Courts in the application of the law of the land, Indiannápolis, 1926, p.II

- land, 1906; TAYLOR, Due Process of Law and the Equal Protection of the Laws, Chicago, 1917; Corpus Juris Secundum, Vol 16 (1939) Constitutional Law, Subd XII §§ 567-707; American Jurisprudence, 1938, vol. 12, Constitutional Law, Subd. XIV, §§ 567-701; ROTTSCHAEFER, Constitutional Law, 1939; WOOD, Due Process of Law, Louisiana 1932-1949, 1951; REPPY, Civil Rights in the United States, New York, 1951; BOSKEY and Pickering Federal Restrictions on State Criminal Procedure, "Chicago Law Rev." (1946), p. 266; FELLMAN, Rigth to Counsel in State Courts, "Nebraska Law Review" 1951, p. 15; INBAU, The Confession Dilema in the United States Supreme Court, "Illinois Law Review", 1948, p. 422; ALLON, Wolf Case: Search and Seizure, Federalims and the Civil Liberties, en "Illinois Law Review" 1950, p. 1; PERLMAN, Due Process and the Admissibility of Evidence, en "Harvard Law Review" 1951, p. 1304; COOPER, Administrative Agencies and the Courts, Michigan 1951.-
- 14) Cfr. la excelente exposición de LINARES, El debido proceso como garantía inominada en la Constitución Argentina. Razonabilidad de las leyes, Buenos Aires-1944.
- 15) MOTT, op. cit., 192 y sigts.
- 16) Darby's case, 3 Wheeler Cr. Cass, N. York 1824, l. La tesis continuá con centenares de decisiones.
- 17) Véase 12, Corpus Juris. 1207, 1208; 16 Ruling Case Law, 201; 6, Ruling Case Law, 458, MOTT, op. cit., p. 213.-
- 18) La tesis fué enunciada antes, en 1817, en el argumento del juez Mason en el leading case Darmouth College y Woodward, 65, N.H. (1819), 473. "MOTT, op. cit., 213.-
- 19) Reetz v/ Michigán 188 U.S. (1903) 505, 47, L. ed. 563.
- 20) Mc. Mille v. Anderson, 95 U.S. (1877), 37, 24, L. ed. 335.
- 21) Y por tal se entiende lo siguiente en el caso Londoner v. Denver, 210 U.S. (1908), 373 a 376, 52 L. ed. 1103, 1113; "Una audiencia en su esencia, requiere que el titular de un derecho se halle habilitado para sostener sus alegaciones y argumentos, tanto mediante una exposición escrita como con pruebas, aun sin carácter formal".
- 22) Cfr. últimamente, BOSCH, El procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América, en "Revista de la Facultad de Derecho y S. Sociales", Montevideo, --- 1953, t. 1, p. 9 en cuyo trabajo se exponen en forma excelente el tema, con aporte de copiosa literatura.
- 23) MOTT, op. cit., p. 233.
- 24) MOTT, op. cit., p. 236.
- 25) Walker v. Sauvinet, 92 U.S. (1875) 90, 23, L. ed. 678 y numerosos casos posteriores.
- 26) MOTT, op. cit., p. 240.
- 27) WILLOUGHBY, The Constitutional Law of the United States, t. 3, p. 1709.
- 28) MAC MILLIAN, Deux Manières de penser, en "Recueil d'études en honneur de Edouard Lambert", t. 2, p. 3
- 29) Cfr. DAVID, Traité Élémentaire de droit civil comparé, Paris 1950, p. 284.
- 30) Los casos que a continuación citaremos han sido tomados de la colección The - Constitutions of the United States of América, editada oficialmente por el Departamento Editorial del Gobierno. Washington 1938. Ha sido traducida al español por Linares Quintana y Amadeo, en una edición de Kraft Ltda. Buenos Aires, - 1949.-
- 31) Twning v. New Jersey, 211, U.S., 78, 110 (1908).
- 32) Cod. de Proc. Uruguay, art. 676, inc. 1.
- 33) Simon v. Southern Railcars Co., 236, U.S., 115, 122 (1915).

- 36) Las garantías constitucionales del proceso civil, cit. y posteriormente, con más rigurosa fundamentación, en exposición sistemática, en la teoría de los actos procesales, en Fundamentos del derecho procesal civil, 2a. edición, Buenos Aires 1951.
- 37) Introduction a l'étude de la procédure civile, Paris, 1950, p. 64. Esta obra tiene diversas ediciones aparecidas sucesivamente en Buenos Aires 1950 y 1953; - New Orleans (U.S.A.) 1950; Rio de Janeiro, 1951; Lisboa, 1952. Dada la índole de este trabajo, utilizaremos la versión francesa. Preferimos asimismo este libro elemental, a cualquiera de los otros que tiene mas precisiones y detalles, en razón precisamente, de ser una obra caracterizada por su amplia generalidad.
- 38) Grannin v. Ordean, 234 U.S. 385, 394 (1914).
- 39) Rules of Civil Procedure for the District courts of the United States, Washington 1938, Regla V, B.
- 40) El fallo es Roller v. Holly, 176 U.S. 398, 407, 408. Pero su emisión es de 1900. Los medios de comunicación han cambiado, pero la tesis sigue siendo válida.
- 41) Introduction a l'étude de la procédure civile, cit., p. 33.
- 42) Wilson v. Stanfeder, 184, U.S., 399, 415 (1902).
- 43) Introduction a l'étude de la procédure civile, cit. p. 51.
- 44) Las Euménides, episodio III.
- 45) Hawes v. Georgia, 258 U.S. 1, 4 (1922). Lindsley v. Natural Carbonic Gas Co. 220 - U.S. 61, 81 (1911). Adams v. New York, 192 U.S. 585, 588 (1904).
- 46) Mooney v. Holohan, U.S. 103, 112 (1935).
- 47) Brown v. Mississippi, 297 U.S. 278, 286 (1936).
- 48) Bandini Petroleum Co. v. Superior Ct. 284 U.S. 8, 18 (1931); Mobile J. & K.C.R. Co. v. Henderson 279 U.S. 639, 642 (1929).
- 49) Fundamentos del derecho procesal civil, cit., p. 124.
James v. Apple, 192 U.S., 129, 137 (1904); Pittsburg U.C. & St. L.R. Co. v. Backus, - 154 U.S. 421 (1894); Roetz v. Michigan, 188 U.S., 505, 508 (1903); Andrews v. Swartz, 156 U.S., 272, 275 (1895); Twining v. New Jersey, 211 U.S. 78 (1908).
- 51) Ohio ex rel. Bryant v. Akron Metropolitan Park Dis. 281, U.S., 74 (1930); Brown v. Missisipi 207 U.S. 278, 286 (1936); Moore v. Depsey, 261 U.S. 86, 91 (1923).
- 52) CARNELUTTI, Impresiones sobre el Segundo Congreso de Derecho Procesal Argentino, en "La Ley", Buenos Aires, t. 51, p. 1126.
- 53) Ofr. BOSCH, El procedimiento en los Estados Unidos de América, en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo" t. 4 (1953), p. 9, cit. -
- 54) Ofr. Ultimamente, MENDEZ, El contencioso de nulación en el derecho uruguayo, - Montevideo 1952; SAYAGUES LASO, El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, - Montevideo 1952; JIMENEZ DE ARBCHAGA, La Constitución de 1952, Montevideo, 1953.
- 55) Jordan v. Massachussets, 255 U.S. 167, 176 (1912).
- 56) Tumey v. Ohio 273, U.S. 510, 523, 531 (1927).
- 57) En particular los estudios publicados en el t. 1 de Estudios de derecho procesal civil. La Constitución y el proceso civil, Buenos Aires, 1949.
- 58) Prólogo al libro de SILVEIRA, A interpretação da lei no sistema da codificação e no direito angloamericano, Rio de Janeiro, 1947.
- 59) "El imponente edificio del common law, dice un jurista inglés en páginas recientes, es una estructura que demuestra no menos que las catedrales góticas

el poder del pensamiento medioeval" (SULLIVAN, The inheritance of the common law, Londres 1950, p. 117). Pero cincuenta años antes, en páginas memorables, Chio-
venda había señalado en qué consistía ese pensamiento medioeval. En uno de sus más famosos ensayos mostró lo que había de romano, de germano, de franco y aún de inglés, en el derecho procesal que surgió de la Edad Media. Y cuando quiso representarlo gráficamente, él que tan poco amaba las imágenes, señaló que, en último término, ese instante espiritual correspondía a la idea del hombre "transportando la visión de la justicia a sus relaciones con la divinidad; la idea de juicio se representaba en los lugares sagrados, desde aquel imitador de Orcagna en el Camposanto de Pisa hasta Miguel Ángel, que reproducían en lugares sagrados el juicio universal" (L'idea romana nel proceso civile moderno, en "Rivista di diritto processuale civile", 1932, I, p. 317).

0) SATTI, Relazione, cit.

-----000-----

2.6.000
Stampa or War IV

en sostener que law of the land no era simplemente toda ley sancionada por una legislatura, sino las normas y actos de las otras ramas del poder público. Quedaron así bajo el contralor de inconstitucionalidad, no sólo las leyes sino también los propios actos administrativos.

Y refiriéndose a la materia procesal, el asunto básico consistió en sostener que quedaba violada la garantía del due process of law, toda vez que se excluyeran métodos o normas de procedimiento que privaran a los ciudadanos del derecho a defenderse en condiciones adecuadas.

Se entendió, en términos generales, que una ley procesal era violatoria de la Constitución cuando privaba al individuo de su derecho a lo que se llamó notice and hearing (citación y audiencia).

El requerimiento de una audiencia para defenderse, como parte del debido proceso legal, fué el natural corolario de la idea de que la frase pertenecía a los principios esenciales del common law inglés. Una relación muy estrecha existe entre el debido proceso y el procedimiento del derecho inglés; y esto fué advertido opinión tras opinión.

Esto ocurrió, naturalmente, en los primeros tiempos de los Estados Unidos en razón del hecho de que los tribunales coloniales hayan procedido de acuerdo con el derecho inglés y aplicado sus criterios de interpretación.

7.- Situaciones especiales ante la garantía constitucional.

Una de las primeras cuestiones que se planteó en este orden de cosas fué la de saber si los colonos tenían un derecho sustancial a ser juzgados por un tribunal de jurado.

La jurisprudencia se inclinó en el sentido de sostener que la falta de jurado no era necesariamente violatoria de los derechos fundamentales. La decisión de la Corte de Nueva York en este sentido fué persistentemente seguida.¹⁶⁾

Otro punto que fué planteado, surgió en el sentido de establecer que la garantía del debido proceso no tiene relación con ninguna forma particular de procedimiento y que, en consecuencia, los distintos regímenes procesales de cada Estado pueden adoptar formas enteramente diferentes, toda vez que no violen las garantías fundamentales.¹⁷⁾

Durante la tercera y cuarta década del siglo XIX, las Cortes contestaron que por lo menos era necesario "un proceso regular ante un organismo judicial". Este punto de vista llegó a ser dominante y persistió una vez transcurridas la-

Fué a partir de este momento que los tribunales comenzaron a desenvol-
ver su teoría de la "citación y audiencia".

En el siglo XVIII los tribunales ingleses habían insistido en que era
necesario que existiera una citación al demandado y una audiencia del mismo en
toda determinación de naturaleza judicial o cuasi judicial, que declarara la pro-
tección y tutela de los derechos naturales. Esta regla llegó a ser generalmente
aceptada y se admitió que los derechos sustanciales de propiedad no podían ser
afectados sin que se diera una oportunidad al demandante para hacer valer sus
derechos. Tratando de determinar en qué consistían "citación y audiencia", los
tribunales dijeron que era necesaria una notificación o comunicación de carác-
ter general y una oportunidad razonable para hacerse presente en el procedimien-
to .

Se hizo necesario en consecuencia, delimitar el alcance de esta regla.

En términos generales, los tribunales se decidieron por una forma de --
procedimiento que, en último término, tuviera las características de una audien-
cia judicial.

Los tribunales cortaron de plano, en cambio, los requerimientos de notifi-
cación y audiencia en el ejercicio del poder de policía por los órganos adminis-
trativos. Es este uno de los puntos más delicados que ha tenido el derecho pro-
cesal norteamericano, existiendo toda una literatura sobre este particular, en --
torno al derecho procesal administrativo.

Hay ciertos tipos de casos en los cuales la citación y la audiencia pue-
den ser dispensadas; así, por ejemplo, frente a determinados impuestos, o para la
revocación de ciertas licencias y autorizaciones, o frente a los titulares de
derechos que habiendo comprado tierras públicas dejaran de hacer los pagos res-
pectivos.

La segunda clase de casos que no requieren noticia y audiencia son aqu-
llos en los cuales el Estado tiene un derecho de contralor discrecional. Se ha
sostenido, así, frente a la destitución de empleados públicos, revocación de lice-
ncias, denegación de permisos para inmigrantes, y a las compañías navieras en de-
terminadas situaciones .

En directa conexión con este tema de la citación y de la audiencia se
encuentra el derecho de apelación. Se ha sostenido frecuentemente que no está
violada la garantía del debido proceso legal por la sola circunstancia de que
un fallo de las Cortes inferiores sea notoriamente erróneo, y no haya apelación

como conclusión general se ha sostenido que la citación y la audiencia no son absolutamente necesarias en todos los casos, sino en aquellos en que la naturaleza del asunto lo exige. Los tribunales han construido en esta forma una manera práctica de ejercer sus prerrogativas constitucionales y acordar en sustancia esta protección. Pero a despecho de las limitaciones dictadas por conveniencias administrativas, la citación y la audiencia son considerados los mas importantes elementos en el procedimiento requerido por la garantía del debido proceso. 26)

Recordemos, finalmente, Willoughby ha resumido así la jurisprudencia sobre este particular: La garantía de citación y audiencia se revela en el derecho de estar un día ante el Tribunal (his day in Court); este derecho consiste: a) que el demandado haya tenido debida noticia la que puede ser actual o implícita; b) que se le haya dado una razonable oportunidad de comparecer y exponer sus derechos, incluso el de declarar por si mismo, presentar testigos, presentar documentos relevantes y otras pruebas; c) que el Tribunal ante el cual los derechos son cuestionados esté constituido de tal manera que de una seguridad razonable de su honestidad e imparcialidad; d) que sea un tribunal competente. 27)

---oOo---

Capítulo III

LA TUTELA CONSTITUCIONAL DEL PROCESO Y LA TEORIA DE LOS ACTOS PROCESALES.

8.- Experiencia y ciencia del proceso.

El jurista habituado a las precisiones y rigores lógicos de la codificación no se declara satisfecho frente a estas aproximaciones, tanteos, vaguedades, tan características del derecho anglo-americano.

Cada día resulta mas exacta la proposición de que el derecho inglés y el derecho codificado constituyen dos maneras distintas de pensar. 28)

Hagamos, simplemente, la experiencia de confrontar estas ideas, con la teoría de los actos procesales, elaborada en la obra de Goldschmidt o en cualquiera de nuestros libros, inspirados en la obra de aquel o de los maestros italianos dedicados al tema. Advertiremos en la comparación, ante todo, la diferencia que media entre una concepción sistemática, plenaria, del derecho, y una concepción empírica, aproximativa, casuística, del mismo.

Sin embargo la diferencia de estos

27
rio de soluciones del derecho codificado. Lo que difiere es la motivación, -
recorrido lógico que permite llegar hasta las soluciones; pero no las solu-
ones mismas.

Hagamos, pues, la experiencia, frente al tema en estudio.

9.- Alcance de las soluciones.

La teoría de la inconstitucionalidad de la ley procesal no es, propiamente, como hemos dicho, una guía de orientación para el intérprete. Antes bien, es una construcción jurídica que determina el ámbito de validez de la obra del legislador.

Más que al juez, al defensor, al profesor, esta teoría contiene las admisiones del constituyente al legislador y traza los límites dentro de los cuales éste puede desenvolver válidamente su cometido.

La tarea del juez, del defensor, del docente, se desenvuelven a posteriori cuando se trata de juzgar si la obra del legislador se ha realizado dentro del ámbito de validez fijado por la norma constitucional. En cambio, para el legislador, la norma constitucional es un a priori de su tarea constructiva.

La teoría de la tutela constitucional del proceso en fijar los fundamentos y las soluciones que permitan establecer, frente a cada caso particular, pero a través de un criterio de validez general, si un proceso proyectado o regulado por la ley, es o no idóneo y apto para cumplir los fines de justicia, seguridad, orden, que instituye la Constitución.

No existe una teoría general de la tutela constitucional del proceso, en el sentido de enumeración conclusiva de soluciones. La tesis sentada para un derecho positivo, puede no tener validez para otro. En todo caso, esta teoría consiste en determinar la relación entre el ámbito de validez de una Constitución, en sentido positivo, y la forma dada a un proceso por una ley dictada dentro de ese mismo derecho positivo.

La teoría general sólo podría sentar como proposición, la de que el legislador no puede, mediante una irrazonable restricción de formas para la defensa del derecho, privar a una parte del atributo que la Constitución le asigna, de poder defender su derecho mediante un adecuado método de debate.

Pero la determinación de soluciones concretas, sólo puede hacerse dentro de un sistema constitucional determinado y con relación a un régimen legislativo determinado.

10.- Inconstitucionalidad y nulidad.

Conviene comenzar con una premisa que resulta fundamental para toda la teoría que tratamos de construir.

Cuando se estudian sistemáticamente los casos decididos por la jurisprudencia de los Estados Unidos, se advierte que muchas de las cuestiones decididas no constituyen violaciones a la Constitución sino violaciones a la ley.³⁰⁾

Así, por ejemplo, cuando se decide que el tribunal debe tener jurisdicción,³¹⁾ se resuelve un caso, que dentro de cualquiera de los derechos codificados que nos son familiares, constituye causa de nulidad.³²⁾ O cuando se establece que hay violación de la Enmienda XIV cuando una parte no ha sido debidamente notificada,³³⁾ se da una solución que en cualquiera de nuestros Códigos da motivo a la invalidación del acto nulo por medio de los recursos ordinarios.³⁴⁾ La inconstitucionalidad de la ley no está en juego en esos casos.

Corresponde comenzar por subrayar, en consecuencia, que de acuerdo con la concepción que nos es familiar, la teoría de la tutela constitucional del proceso no procura corregir errores de procedimiento, sino los errores que el legislador puede cometer al regular las formas del procedimiento.

11.- Proceso civil y proceso penal.

Los textos constitucionales arriba citados (supra, 3) podrían ordenarse en tres grupos: los que contienen garantías para la persona humana, específicamente frente a los peligros del proceso penal; los que consagran esas garantías también en forma específica frente al proceso civil; y, por último, los que en forma expresa o implícita abarcan ambos tipos de procesos.

Hemos señalado antes de ahora, que de la tutela del proceso penal ya heblada Montesquieu.³⁵⁾ Pero también creemos haber subrayado que el sistema de la Constitución tutela, genéricamente, la validez del proceso civil.³⁶⁾ No nos parece oportuno insistir ahora sobre este punto de vista, ya que no hemos visto tampoco que provocara resistencias fundamentales.

Creemos conveniente, en cambio, insistir sobre aquellos puntos que, tanto en la concepción del common law como en la del derecho codificado, han sido objeto de proposiciones concretas en lo que atañe al proceso civil.

12.- Inconstitucionalidad por falta de citación.

do por la ley, aparece en nulidad según criterio dominante en el derecho procesal comparado .
37)

Pero la inconstitucionalidad de la ley procesal se presenta cuando la ley autoriza un emplazamiento que no configura una razonable oportunidad de que el demandado llegue a tener conocimiento del juicio. La Suprema Corte de los Estados Unidos ha sentado esta tesis en forma rigurosa .
38)

El caso se presenta, reiteradamente, por ejemplo, en algunas legislaciones estaduales de América Latina, que permiten seguir el juicio en rebeldía a personas notoriamente domiciliadas fuera de la ciudad donde tiene su sede el tribunal. Un simple emplazamiento colocado en la oficina judicial mediante un anuncio al demandado, suple a la notificación efectiva.

Numerosos juicios relativos al estado civil de las personas se apoyan sobre procedimientos de esta índole. Si la ley autoriza tal cosa, es visiblemente inconstitucional ante el texto de la Constitución menos exigente en este orden de problemas.

Los países latinos exigen muchas mas solemnidades para la citación que los países anglo-sajones. En estos, al amparo del precepto de que los abogados son funcionarios del Tribunal, se admite la citación verificada por el propio abogado adversario . Una solución semejante no prevalecería en muchas legislaciones latinas, donde la citación debe ser realizada necesariamente -- por funcionarios públicos.
39)

Como proposición válida para los dos sistemas jurídicos, podríamos establecer la de que la demanda debe ser efectivamente comunicada al demandado, según las formas que la ley procesal determine. Puede hacerse, por supuesto, comunicación indirecta, tal como lo establecen muchas legislaciones. Hoy no se exige unánimemente una citación en la persona misma del demandado. Pero se exige que verosimilmente el demandado tenga noticia del proceso.

La citación por edictos debe también tener esas características. La forma y plazo de los mismos debe ser razonablemente proporcionado al lugar, a los medios de información, a las posibilidades de comunicación.

La ley que no instituyera formas eficaces y términos razonables para enterarse, estaría viciada de inconstitucionalidad, dentro de los términos que estableciera el texto constitucional respectivo, en forma expresa o implícita.

los, invalidó, hace ya mucho tiempo, una ley estadual de Texas que establecía un -
término de cinco días para que compareciera un demandado en Virginia. Según la
propia sentencia, se necesitaban cuatro días para trasladarse de un lugar a otro.

Es esta una situación clara de inconstitucionalidad de una ley procesal.

No conocemos precedentes de una situación semejante dentro del derecho de la codificación. Pero por aplicación de los principios que nos son familiares ⁴¹⁾, debe llegarse a análoga conclusión. Como bien se advierte, el vicio no se hallaría en el acto procesal, que podría ser válido con arreglo a la ley, sino en la ley que estaría en pugna con la inviolabilidad del derecho de defensa tutelado por la Constitución, en aquellos regímenes que, como los arriba mencionados, contengan provisiones expresas o implícitas en esta materia.

14.- Inconstitucionalidad por privación de audiencia.

Es consistente la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en el sentido de que la privación de una razonable oportunidad de ser escuchado, supone violación de la tutela constitucional del proceso ⁴²⁾.

No se establecen a este respecto, formas solemnes. Pero un mínimo de oportunidad, antes de ser dictada la sentencia, se requiere para que no haya violación de la Enmienda XIV.

A análoga conclusión se llegaría aplicando los conceptos de legislación y de doctrina que nos son familiares ⁴³⁾.

Una ley que prive de audiencia, ya sea oral, ya sea escrita, es violatoria de la tutela constitucional del proceso.

La máxima de que nadie puede ser condenado sin ser escuchado, ha pasado del lenguaje de la ciencia jurídica al lenguaje popular. O, acaso, si bien se piensa, es probable que el recorrido haya sido inverso y que la sabiduría popular sea la que ha impuesto esa regla al pensamiento jurídico. Esquilo pone en los labios de Pallas Atenea aquellas palabras: "Aquí hay dos partes; hasta ahora no he oído más que a una" ⁴⁴⁾. El poeta hablaba como el más sagaz procesalista de nuestro tiempo.

15.- Inconstitucionalidad por privación de prueba.

Cuando se examinan en conjunto las decisiones de los Tribunales de los Estados Unidos en materia de prueba, se advierte que frecuentemente se trata

mo una garantía mínima del demandado.

Se reconoce a los Estados el derecho de regular la prueba en la legislación procesal que cada uno se de. ⁴⁵⁾ Pero se ha declarado, por ejemplo, que se viola la garantía del debido proceso, cuando se obtiene una condena por la presentación de un testigo que las autoridades acusadoras reconocen que es perjuro ⁴⁶⁾, o cuando se trata de una simple aperiencia de juicio ⁴⁷⁾.

Estrechamente ligado a estas circunstancias, se halla el tema relativo a las presunciones legales. La jurisprudencia de la Suprema Corte ha decidido que compete a los Estados, en su legislación interna, establecer el régimen de presunciones legales que han de regir la tarea de los jueces. Pero junto a ese principio se ha sostenido que viola la garantía constitucional, el establecimiento de presunciones ilógicas o que instituyen "una discriminación odiosa" o que tienden a privar a una parte de oportunidad razonable para presentar los hechos pertinentes a su defensa. ⁴⁸⁾

También aquí cabe formular la distinción entre motivos de nulidad, por infracción a la ley y motivos de inconstitucionalidad de la ley por violación de la garantía del proceso.

Las garantías de la prueba pertenecen, en el sistema de la codificación, a la ley ordinaria, la que ordena la producción de la misma con un criterio de razonable equidad para ambas partes, con arreglo al principio de igualdad de las mismas en el proceso. ⁴⁹⁾ Todos los días nuestros tribunales anulan procedimientos por apartamiento de las garantías inherentes a la producción de la prueba.

En cambio, de acuerdo con nuestro criterio, sería correcta la conclusión de que una ley instituyendo una presunción absurda o irrazonable que no admita prueba en contrario, es violatoria de la garantía constitucional de defensa en juicio.

16.- Inconstitucionalidad por privación de recursos.

Reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, que las apelaciones no son esenciales para la validez constitucional de un procedimiento ⁵⁰⁾; sobre este punto la conclusión es pacífica. Pero se ha sostenido, en cambio, que la apelación es esencial, si la primera instancia se ha desenvuelto en forma tal que priva al litigante de garantías mínimas de la defensa. ⁵¹⁾

La privación de un recurso...
ad de la tutela constitucional del proceso. Cuando todavía se discute el te
de la instancia única o múltiple, las razones que se hacen en favor de la
instancia múltiple no dicen referencia a la Constitución sino a la convenien--
o inconveniencia de una u otra solución. La Constitución no está necesaria
52)
ente en peligro, en términos generales, en el sistema de la única instancia.

Pero ¿qué decidir si la única instancia se encuentra privada de ga-
ntías de defensa de tal forma que practicamente invalida sus resultados?. --
ué concluir cuando la instancia es sólo aparentemente un proceso, pero en sus
ncia no permite formar un juicio de valoración del derecho cuestionado?

El problema adquiere extrema magnitud cuando la instancia tiene ca-
cter administrativo y no judicial. En otros términos, cuando se trata de sa--
r qué derechos acuerda la Constitución a los ciudadanos en los casos en que
Administración, sin proceso sustancial, les priva de sus derechos.

El punto tiene extrema importancia. Sólo puede ser tratado aquí es-
quemáticamente, lo que haremos por separado.

17.- Inconstitucionalidad por privación de revisión judicial.

El tema precedentemente apuntado dice relación con el sistema que -
l derecho público positivo de cada país instituye para el contralor de los --
ctos administrativos.

Una instancia administrativa puede ser, efectivamente, un proceso con
todas las garantías que para él instituye la Constitución. En el derecho urugua
vo los procedimientos electorales y la adquisición o pérdida de la ciudadanía,
se hallan fuera de la jurisdicción común, pero confiados a una Corte Electoral,
compuesta con mayoría de jueces neutrales. Nada habría que observar a una ins--
tancia, aún de índole administrativa, con procedimientos y jueces de tal catego--
ría.

Pero si esas garantías no existen, la revisión judicial del acto ad-
ministrativo constituye el mínimo de garantía derivado de la tutela constitu--
cional del proceso.

Mas de una vez la jurisprudencia de los Estados Unidos ha sentado el
principio de que no incumbe a los tribunales investigar la intención de los go-
bernantes, ni criticar sus razones de actuación: "sus conocimientos y buena fe
no pueden ser puestos en materia de juicio". Pero en cambio de ello, ese país ha
importantes pasos hacia adelante en la ordenación de sus procedimientos ad

2.- El concepto de "debido proceso"

Numerosos textos constitucionales, que más adelante serán referidos, hablan de "debido proceso", "proceso en legal forma", "proceso establecido", "formas -- revistas por la ley", etc.

Muchas de esas expresiones tienen relación directa o indirectamente, con algunos vocablos contenidos en la Carta Magna inglesa y su ulterior desenvolvimiento en los Estados Unidos.

Pero no conocemos, ni en la doctrina inglesa ni en la de los Estados Unidos, un estudio que establezca la relación evidente que existe entre esos textos las instituciones que en el derecho codificado, de origen romano, encaran los mismos fenómenos. Los libros y estudios que más adelante serán citados, examinan el tema en el ámbito propio del derecho de cada país o de cada sistema. Una visión común de este tema en ambos sistemas, no ha sido expuesta hasta ahora, que nosotros sepamos, en ninguno de los dos sistemas jurídicos.

Por nuestra parte, creemos poder señalar en este trabajo, de qué manera las conclusiones de la doctrina y de la jurisprudencia de los Estados Unidos, coinciden, en términos generales, con las soluciones instituidas en los Códigos y leyes de los países de filiación jurídica romana. Incluimos en estos, por supuesto, aquellos países del norte del Europa que en su tiempo recibieron el derecho romano y sobre sus fórmulas forjaron ulteriormente su ciencia del derecho.

Pero desde ya advertimos que en tanto los países continentales europeos -- han podido crear con su pensamiento una verdadera ciencia del proceso, los países anglo-americanos, en cambio, no han creado una ciencia, ni aspirado a crearla en -- torno a este tema.

Desde pocas partes del mundo puede percibirse mas claramente este fenómeno de disparidad de medios de técnica jurídica, que desde el Río de la Plata. La geografía nos ha colocado en el vértice de un triángulo cuyos otros extremos se encuentran en forma casi equidistante, en Europa y en los Estados Unidos. En muchos puntos, esas dos mentalidades no se comprenden; nosotros, por nuestra parte, en mas de una oportunidad, tenemos el privilegio de comprenderlos a los dos.

Hagamos, pues, la experiencia de saber qué quiere decir "debido proceso" en el léxico anglo-americano, de donde ha surgido, y en el léxico de la codificación en el que ha sido virtualmente adoptado.

3.- El proceso en las Constituciones modernas.

Acaso corresponda colocar en la Carta Magna una de las mas antiguas formulaciones de los actuales textos constitucionales que tutelan la efectividad del proceso. Su texto inglés fué:

"No freeman shall be taken or imprisoned or disseized or exiled or in any way destroyed, nor will be go upon him - nor send upon him, except by the lawful judgement of his -- peers and by the law of the land".

No creemos que se haya determinado aún suficientemente, a la luz del pensamiento jurídico latino, ese concepto de lawful judgement, equivalente a nuestra-
9) idea de juicio en legal forma .

En un texto anterior a la Constitución de los Estados Unidos, la Nordwets Ordinance de 1787, instituída por el Continental Congress del Territorio del No - -
Ohio, Indiana, Illinois, Michigan y Wisconsin, vuelve a aparecer este concepto.

Dice así el artículo II de dicha Ordenanza:

"The inhabitants of the said territory shall always be entitled to the benefits of the writ of "habeas corpus", and of trial by jury, of a proportionate representation of the -- people in the legislature and of the judicial proceedings -- according of the course of the common law... No man shall be deprived of his life, liberty or property, but by the judge-- ment of his peers, or the law of the land, and should the pu-- blic exigences make it necessary for the common preservation to take any person's property or to demand his particular -- services, full compensation shall be made for the same" 10)

Ya aparece aquí claramente consignado que el proceso de condena, abarcando tanto a la persona como a los bienes, debe ser tramitado con arreglo al derecho pre-establecido.

Casi ochenta años después, como consecuencia de la guerra civil, se sancio-
nan las Enmiendas V y XIV a la Constitución de los Estados Unidos cuyos textos-
dicen:

"V.- No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indict-- ment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or-
naval forces, or in the militia, when actual service intime of war or public danger; nor shall any person be subject for -- the same affense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness-- against himself, nor be deprived of life, liberty or property--
without the process of law; nor shall private property be ta-
ken for public use, without just compensation".-

"XIV.- All persons born or naturalized in the United - States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens

property without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws".

Estos textos pasaron, con variantes de forma y mas de una vez en su ver-
in literal, a las Constituciones del resto del Continente americano.

Las Constituciones del siglo XX han considerado, con muy escasas excepcio-
s, que una proclamación programática de esta índole era necesaria, en el con-
to de los derechos de la persona humana y de las garantías a que ella se ha
acreedora.

Los informes mas recientes en esta materia ¹¹⁾, muestran disposiciones que,
recta o indirectamente, tutelan la eficacia del proceso civil o penal, como ga-
ntía de la persona humana en las Constituciones de Albania (1950), art. 22; Ale-
nia Occidental (1949), artículos 103 y 104; Alemania Oriental (1949), arts. 133 a
6; Argentina (1949), art. 29; Austria (1929, con remisión a las Verfassungsgesetze
1862, 1867 y 1919); Berlín (1950), arts. 9, 65 y 67; Bélgica (1831) arts. 7 y 8; Bir-
ania (1947), art. 27; Bolinia (1945), artículos 7, 11 y 14; Brasil (1940), art. 122; -
ulgaria (1947), art. 82; Cirenaica (1949), art. 10; Colombia (1947), art. 4; Costa Ri-
a (1949), art. 39; Cuba (1940) art. 28; Checoeslovaquia (1948), arts. 3, 13⁴, 14⁴; Chile-
1943), art. 11; China (1947), art. 8; Dominicana (1947), art. 6; Ecuador (1946), arts. -
21, 169; España (1945) artículos 17, 18 y 19; Francia (1946), sin proclamación ex-
resa, pero insita en el Preámbulo; Guam (1949), art. 6; Guatemala (1945), arts. 42, -
75; Hungría (1949), art. 40; India (1949), art. 21; Indonesia (1950/51), art. 12, 13, 14;
rlanda (1937), art. 38; Italia (1947), arts. 24, 25; Japón (1946), art. 31; Laos (1947),
situación análoga a la de la Constitución francesa; Liechtenstein (1921), art. 23;
Lituania (1928, pero sin información posterior), art. 12; Luxemburgo (1868-1948), -
art. 12; México (1938), art. 20; Nicaragua (1938), art. 20; Nicaragua (1948), arts. 40, -
45, 49; Noruega (1814-1948), art. 96; Panamá (1946), arts. 32, 33; Paraguay (1940), art.
26; Perú (1933), art. 57; Polonia (1935, pero sin información ulterior), art. 68; Por-
tugal (1933) art. 8; Rumania (1948), art. 30; Salvador (1950), art. 164; Samoa (1949)
art. 28; Siam (1949), art. 30; Siria (1950), art. 10; Suiza (1874-1947), art. 50; Turquía
(1924), art. 72; U.R.S.S. (1936), art. 112; Uruguay (1952), art. 12; Venezuela (1931) -
art. 76; Yugooslavia (1946), art. 28.

Y por último, en un orden ascendente de categorías jurídicas, esos precep-
tos constitucionales han llegado hasta la declaración universal de los derec-
hos del hombre, formulados por la Asamblea de las Naciones Unidas, de 10 de di-
ciembre de 1948, cuyos textos dicen:

"8.- Toda persona tiene un recurso para ante los tribuna-

"10.- Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia -- por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".

Incumbe, ahora, a la doctrina, la responsabilidad de saber qué significa - en el lenguaje universal, "un proceso", "un recurso", "plena igualdad", "ser oído públicamente", etc.

Es esta una materia específicamente nuestra, en la cual hemos trabajado - todos nosotros durante largos años. Nuestros libros son, en cierto modo, respuestas a estas preguntas. Pero ahora que el tema ha adquirido dimensión universal, nuestras responsabilidades se han acrecentado.

Tratemos, pues, siguiendo el hilo histórico de donde tales textos provienen tanto en el derecho anglo-americano como en el de los países cuyo derecho emana de la civilización romana, de establecer el significado que tienen esos vocablos, dentro de la teoría de la tutela constitucional del proceso.-

4.- Concepción empírica y concepción dogmática del proceso.

Tal como lo hemos anticipado, creemos posible mostrar de qué manera, por caminos diferentes, la jurisprudencia de los Estados Unidos y la doctrina de los países de codificación, han llegado a conclusiones análogas.

La primera, con simples observaciones de experiencia, mediante la idea de razonabilidad, con contribuciones de lo que nosotros llamaríamos jurisprudencia-sociológica, ha dado un conjunto de soluciones tendientes a explicar como debe - ser un proceso para que se considere de acuerdo a la Constitución. La segunda, - mediante proposiciones lógicas, sistemáticas, conceptuales y, en buena medida, apriorísticas, ha logrado decir al intérprete qué es un proceso y al legislador cómo puede ser un proceso, dentro del conjunto de principios de derecho histórico y - comparado.

En último término, el concepto de tutela constitucional del proceso consiste en determinar cuándo una forma procesal instituida en la ley, responde al -- concepto de que ella surge de la Constitución.

No parece posible hablar de inconstitucionalidad de la ley procesal por - exceso de garantías en favor de la persona humana. No debe descartarse que tal cosa ocurra, en aquellos casos en que el exceso de garantías haga ilusoria la - certeza del derecho; pero no es esa la situación que ha creado problemas en el ámbito de la experiencia jurídica. En cambio, puede hablarse de inconstitucional

cionales arriba citadas.

El problema es, pues, en último término, el de formular un juicio de validez constitucional de la ley.

En su desenvolvimiento lógico, las premisas y conclusiones de este tema se dan las siguientes: a) la Constitución presupone la existencia de un proceso como garantía de la persona humana; b) la ley, en el desenvolvimiento normativo jerárquico de preceptos, debe instituir ese proceso; c) pero la ley no puede instituir formas que hagan ilusoria la concepción del proceso consagrada a la Constitución; d) si la ley instituyera una forma de proceso que privara al individuo de una razonable oportunidad de defenderse, sería inconstitucional; e) en esas condiciones, deben entrar en juego los medios de impugnación que el orden jurídico local instituya para hacer efectivo el contralor de la constitucionalidad de las leyes.

Pero ¿qué es una razonable oportunidad de defenderse?

Tenemos delante nuestro dos respuestas: la del "common law", lograda, como veíamos, mediante la observación directa de la experiencia jurídica, y con una jurisprudencia sociológica; y, por otra parte, la de la ciencia del proceso, mediante lo que habitualmente denominamos teoría de los actos procesales.

Antes de dar nuestra contestación, tratemos de examinar ambas respuestas en forma muy sumaria y procedamos a una comparación de las mismas.

Capítulo II

CONCEPCION EMPIRICA DE LA TUTELA CONSTITUCIONAL DEL PROCESO

5.- La concepción norteamericana de "due process of law"

La concepción americana del due process of law desborda en amplia medida el campo del derecho procesal.

Ese concepto puede desdoblarse, virtualmente, en dos grandes campos: el substantive due process of law y el adjective due process of law.

Del primero dice un escritor, al que seguiremos en algunos desarrollos sucesivos¹²⁾, que ha provocado, en los Estados Unidos, mas litigios que cualesquiera otra materia contenida en la Constitución. Le hace competencia al capítulo sobre los poderes del Congreso. Pero este sucede porque, por un desenvolvimiento

chos a transformarse en una forma de contralor acerca de la efectiva vigencia del orden jurídico en su totalidad, en los Estados Unidos la idea de "due process of law" se ha consustanciado con la de law of the land, de la que se considera sinónima.

Due process of law viene a ser, en un sentido amplio, la garantía que surge de una elaboración regular y correcta de la ley; pero también es due process law la garantía de que esa ley elaborada por el parlamento es razonable, es justa y se halla dentro de los términos consagrados por la Constitución. Por su parte - el concepto de judicial process, no significa, como parece surgir de su tenor - literal, proceso judicial, sino aplicación judicial de la ley y, por extensión, - interpretación judicial de la misma.

La literatura sobre este tema es prácticamente inagotable ¹³⁾. Aún en el sig tema de la codificación, uno de los mejores escritores jóvenes argentinos, ¹⁴⁾ ha considerado aprovechable el resultado de esa tendencia y ha hablado de la razonabilidad como una "garantía innominada" de la Constitución.

En cambio, el concepto de adjective due process of law no ha tenido análogo desenvolvimiento. Forma sólo un capítulo de las obras generales y no de los más importantes.

Sin embargo, este es el tema que nos preocupa y a él dedicaremos los párrafos sucesivos.

6.- Proceso y procedimiento.

Dentro del léxico de los tribunales de Estados Unidos, las garantías del proceso pueden ser violadas, en el orden civil y penal, cuando el legislador instituye una forma de procedimiento no razonable, o cuando priva de los elementos que se reputan básicos para que un proceso pueda cumplir debidamente sus fines.

En último término, corresponde hacer la distinción entre due process y procedure.

En los primeros tiempos de los tribunales norteamericanos, un sencillo manejo de los casos fué dediciendo en ellos los aspectos que debían ser considerados en conjunto y considerados como due process. El primer intento para una definición legal de lo que debe entenderse por tal, fué dado de una manera muy limitada. El único problema que fué seriamente encarado durante este primer período, fué el relativo a saber si la cláusula de due process era una limitación al Poder Legislativo o simplemente al Poder Ejecutivo. La contestación que se dió a