

I

DERECHO PROCESAL Y COSTUMBRE JUDICIAL

1. Fundamento racional de las normas de derecho procesal.—2. Necesidad de que el proceso desemboque siempre en una decisión, aun cuando no sea suficiente la lógica común.—3. La “racionalización del poder” en el proceso.—4. Importancia de la costumbre en la vida constitucional.—5. Importancia de la costumbre en la práctica judicial.—6. Concepto general de “procedimiento”.—7. Proceso y justicia.

1. Fundamento racional de las normas de derecho procesal.

En alguna ocasión, conversando en clase con mis alumnos, hice la observación de que, en sustancia, el derecho procesal, civil o penal, no es sino un *método* (y la ciencia procesal una *metodología*) impuesto por la autoridad para llegar a la justicia; un método de razonamiento, prefijado y ordenado por la ley, que las partes y los jueces deben seguir etapa por etapa, de acuerdo con una sucesión preestablecida y una coordina-

ción dialéctica, con el fin de obtener una sentencia justa; y el proceso no es sino una "operación" conducida según este método.

Las reglas del derecho procesal, mirándolas contra la luz, no son en su esencia otra cosa que máximas de lógica, de buen sentido y de habilidad técnica, traducidas en reglas obligatorias; en el fondo (decía bromeando a mis alumnos) no existe mucha diferencia, bajo el aspecto lógico, entre los códigos de procedimientos civiles o penales, que enseñan cómo se debe "proceder" para obtener justicia, y ciertos manuales de técnica elemental que enseñan "el procedimiento" (también la palabra es la misma) de cualquier arte o de cualquier oficio, y que se intitulan, por ejemplo, "Cómo cultivar rosas", "Cómo llegar a ser fotógrafo" o "Cómo se puede llegar a ser pescador submarino".

Entonces un estudiante me dirigió una pregunta que a primera vista podía parecer ingenua, pero que en realidad era oportuna y muy atinada: "¿Por qué, si todo el derecho procesal se reduce, en sustancia, a máximas de lógica y de buen sentido, es necesario fatigarse tanto para estudiarlo y para traducir en leyes rigurosas y en complicadas teorías esos principios racionales de los cuales están dotados por la naturaleza todos los hombres?".

A todas horas del día los hombres se encuentran frente a cuestiones prácticas que no pueden

ser resueltas sino por medio del razonamiento; y a cada paso de la vida surge una duda y con ella una invitación a razonar. ¿Por qué en todos estos casos los hombres están en libertad de razonar como mejor saben, y el Estado no se encarga de regular sus razonamientos con preceptos obligatorios?

Descubrir al verdadero autor de una pintura antigua cuya autenticidad se discute, hacer el diagnóstico de una enfermedad mortal, fundar una gran empresa, industrializar un gran descubrimiento científico, son en la vida de los hombres otros tantos problemas y dudas que solamente pueden ser resueltos a través de investigaciones y razonamientos. En todos estos casos los hombres pueden sentarse alrededor de una mesa para investigar y para razonar, uniendo sus esfuerzos en la búsqueda de la verdad, y en la controversia se exponen argumentaciones opuestas, en las que las hipótesis son objeto de refutación, pero finalmente, a través de la libre discusión, sale a la luz la verdad, la duda es superada y el problema resuelto. ¿Por qué en estas situaciones el Estado no siente la necesidad de intervenir para fijar el itinerario de la discusión y para garantizar el orden del contradictorio, no obstante que también en estos casos se discuten cuestiones importantes, como lo son la vida de un hombre o tal vez la suerte política de un pueblo?

2. *Necesidad de que el proceso desemboque siempre en una decisión, aun cuando no sea suficiente la lógica común.*

Es preciso encontrar la respuesta a este interrogante.

Es verdad que el derecho procesal constituye sustancialmente una técnica del buen razonar en juicio, pero por otra parte esta técnica es impuesta obligatoriamente y vigilada por el Estado (y por este motivo las reglas técnicas se transforman en normas jurídicas) en virtud de que ese procedimiento técnico constituye la realización de la función más solemne y más elevada del Estado, de la función con la que el Estado asegura la vida pacífica de la sociedad, es decir, la justicia, que es *fundamentum reipublicae*.

También la sentencia es obra del razonamiento humano, y la lógica judicial no se diferencia de la que utilizan los hombres para resolver racionalmente las cuestiones prácticas frente a las cuales los sitúa la vida. Pero el Estado asume el monopolio y la responsabilidad de la resolución judicial, no obstante que proviene del razonamiento humano y, por tanto, la justicia es producto de la razón, pero de una razón oficial, garantizada por el Estado.

Por este motivo, el Estado ha sentido la necesidad de fijar, a través de un sistema de reglas obligatorias (el *corpus* de las cuales constituye

precisamente el derecho procesal), las fases y los mecanismos de la técnica judicial. No puede permitir que las formas de hacer justicia, que comprometen la autoridad del Estado, sean abandonadas a la improvisación y a la multiforme fantasía individual y, por tanto, traduciendo su reglamentación en disposiciones jurídicas uniformes, ha querido asegurar que el método por el cual se cumple con la justicia, la más augusta entre las misiones del Estado, corresponda en todo caso a la razón: una razón de Estado reducida a operaciones obligatorias e iguales para todos.

Si el derecho sustancial, considerado como ley general y abstracta, debe ser aplicado en concreto de manera uniforme a todos los casos iguales, no es concebible que el procedimiento técnico necesario para aplicar la propia ley a los casos controvertidos se plasme de manera diversa, de acuerdo con la sagacidad de las partes en el litigio, y que el equilibrio del contradictorio sea trastornado, según los casos, por la preeminencia del más fuerte o por la habilidad del más astuto. El derecho procesal ha tenido su origen en la necesidad de intervención del Estado, en su calidad de tercero imparcial, para garantizar la lealtad en el combate material, y posteriormente, cuando la lucha armada se transformó en contraste de argumentaciones, la lealtad del contradictorio.

Por otra parte es preciso advertir que en el razonamiento judicial, a diferencia de lo que sucede en otras materias, la decisión es siempre necesaria; así, por ejemplo, no está prohibido a los médicos, después de haber discutido ampliamente alrededor del lecho de un enfermo, que concluyan la consulta con el honesto reconocimiento de que no es posible emitir un diagnóstico preciso; pero, por el contrario, el juez no puede terminar el proceso con un *non liquet*. Cuando los métodos de la lógica no sean suficientes para resolver el problema, sino que se ven obligados a detenerse ante el obstáculo insuperable de una duda más fuerte que cualquier razonamiento, el método judicial proporciona la receta para obtener a toda costa la decisión. Para lograr la certeza en las relaciones jurídicas, que constituye una condición esencial para la paz social, el Estado se sirve normalmente de las reglas de la lógica natural, codificadas en el derecho procesal; pero cuando el objetivo que pretende alcanzarse es tan importante que la lógica natural no es suficiente, el Estado está dispuesto a hacerla a un lado con tal de llegar a una decisión, y es precisamente para estos casos, considerados insolubles para el razonamiento común, cuando se crea, por conducto de ingeniosos mecanismos procesales, una especie de lógica "artificial" u "oficial" que sirve para resolver todas las cuestiones en la sentencia.

3. La "racionalización del poder" en el proceso.

Esta concepción del derecho procesal, considerado como una especie de "lógica codificada", nos recuerda, por su similitud, el fenómeno que atrajo la atención de los constitucionalistas de los primeros años posteriores a la primera guerra mundial y que MIRKINE-GUETZEVITCH, a quien corresponde el mérito de haber comprendido el significado de esta tendencia, definió con la expresión, que posteriormente ha llegado a adquirir celebridad entre los tratadistas, de "*tendance á la rationalisation du pouvoir*" (9). En efecto, si se estudian las nuevas constituciones de tipo parlamentario nacidas en los Estados de la Europa Continental con posterioridad a la primera guerra mundial, se observa ostensiblemente la tendencia a traducir en disposiciones escritas, codificadas en la Carta Constitucional, los principios no escritos de técnica y de rectitud gubernativa, que en el régimen parlamentario inglés, que las citadas constituciones han tomado como modelo, son confiados únicamente a la práctica consuetudinaria y al sentido de responsabilidad y de educación política de los gobernantes.

Ahora bien, esta tendencia a la "*rationalisation du pouvoir*", que los constitucionalistas han

(9) Cfr. de este autor *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 2ª ed., París, 1936, capítulo I; *Id.*, *Les constitutions européennes*, 1951, I, *Essai synthétique*, pág. 14.

estudiado como un fenómeno reciente en el campo de los poderes legislativo y ejecutivo, es un fenómeno antiguo en el campo del poder jurisdiccional. Desde hace muchos siglos y tal vez milenios, la transformación de la técnica consuetudinaria en derecho codificado está en continuo progreso en el campo de las instituciones judiciales; y el admirable florecimiento de los estudios procesales en este último siglo es el mejor testimonio de esta ascensión gradual del "procedimiento", entendido como técnica de la actividad práctica, hasta la "sistemática" del proceso, entendida como ciencia de principios racionales.

Toda la historia del proceso, desde las *formulae* del derecho romano a las *positiones* del derecho común, desde los estatutos italianos a las *coutumes* francesas, hasta llegar a las codificaciones, constituye sustancialmente la historia de las transformaciones de la práctica judicial en derecho procesal; de la *practica fori* y del *stylus Curiae* ha brotado poco a poco un sistema arquitectónico de reglas formales que, si bien han perdido toda conexión aparente con los motivos de conveniencia técnica que les dieron origen, no dejan por ello de constituir la traducción de las experiencias recogidas en fórmulas jurídicas por la razón común; basta pensar en la manera cómo en el derecho intermedio ha nacido el sistema de la prueba legal, con sus minuciosas tarifas de valoración probatoria, para comprender

cómo desde entonces ya se había iniciado en el proceso esta evolución gradual de lo que podemos calificar como pragmatismo al racionalismo judicial.

La causa por la cual este movimiento de "racionalización" del poder se inició en el poder jurisdiccional antes que en los otros poderes del Estado, se explica fácilmente. Como ha sido revelado con frecuencia, la justicia de los hombres tiene necesidad, para realizar su función clarificadora y pacificadora, no sólo de ser, sino de *parecer*, justa. Los justiciables, para inclinarse sin rebeldía ante la terrible omnipotencia de la justicia, deben resignarse a creer que el juez es un ser casi divino, distinto de los otros hombres, y provisto de virtudes sobrenaturales que no admiten revisión humana. A esto se debe el misterio casi religioso que circunda la resolución de los jueces en las épocas primitivas, cuando se sientan en lo alto, sobre sus tronos, y sus voces descienden desde lejos (como la voz de la Sibila invisible que repercutía en las galerías de la caverna); también de esta situación proviene el carácter casi litúrgico o espectacular del *ritus* procesal, del que quedan vestigios actualmente en algunas ceremonias solemnes, y en ciertas manifestaciones anticuadas, tales como la peluca o la toga, y en algunas arquitecturas teatrales o casi eclesiásticas de ciertas aulas judiciales.

Pero cuando el juez desciende del cielo a la

tierra, y se observa que también es un hombre, para dar crédito a su sentencia es preciso iniciar la búsqueda, en el mecanismo cada vez más preciso del procedimiento, de las garantías necesarias para asegurar que la sentencia constituya, en todo caso, no el producto de la arbitrariedad, sino de la razón.

Para el lenguaje italiano de los primeros siglos, “razón” fue sinónimo de justicia; “dar la razón” significaba hacer justicia, y por esto el edificio en el que se administraba justicia se llamaba, y se llama aún en la actualidad en algunas ciudades de Italia Septentrional, “Palacio de la Razón”. En el antiguo proverbio veneciano que enumera irónicamente los requisitos necesarios para vencer en juicio, razón equivale a derecho: “. . . tener razón, saberla exponer, encontrar quien la entienda, y quien la quiera dar. . .”.

Para aceptar sin rebelarse el juicio, aunque sea injusto, es necesario, por tanto, creer en el valor litúrgico del proceso y en la inspiración divina de la sentencia, o bien, cuando la justicia desciende a la tierra, confiar en el valor racional del juicio. De esta fe iluminista en la omnipotencia de la razón, nace la ilusión de poder reducir el proceso, de función religiosa, a un engranaje de silogismos, o a una simple operación aritmética.

4. *Importancia de la costumbre en la vida constitucional.*

Pero en relación con la eficacia práctica de este movimiento de la "racionalización" del poder, los mismos constitucionalistas que habían saludado su advenimiento con posterioridad a la primera guerra mundial, actualmente empiezan a mostrarse escépticos. El más autorizado sostenedor de esta corriente, después de haber observado la forma en que han funcionado las Constituciones nacidas en la primera postguerra y haber asistido a los primeros experimentos de las surgidas de la segunda guerra mundial, se muestra en la actualidad inclinado a reconocer que la tentativa de aprisionar la vida política de un país en una rígida armadura de normas racionales consignadas en la Constitución, constituye una ilusión y una utopía. En las más recientes Leyes Fundamentales Europeas, en las que se ha querido traducir en disposiciones escritas la práctica parlamentaria inglesa, se observa que esta "religión sin dogmas", típica por su carácter irracional y pragmático y por su irreductible elasticidad, escapa a toda rigurosa geometría sistemática. Por otra parte, la experiencia política de este último decenio ha demostrado que fórmulas constitucionales aparentemente idénticas proporcionan resultados profundamente divergentes cuando se aplican a pueblos diversos. El

sistema parlamentario inglés, adoptado por las Constituciones de la Europa Continental, ha llegado a ser irreconocible, como un árbol trasplantado a otros climas. La experiencia ha confirmado, también, que detrás de los rígidos esquemas de las constituciones "racionalizadas", continúa desenvolviéndose la vida política de cada pueblo, de acuerdo con su impulso irracional, que se configura sin tomar en consideración recetas constitucionales predeterminadas.

En estos últimos decenios ha surgido en la doctrina constitucional, especialmente en Francia, un claro retorno a la idea de que en el orden de las fuentes del derecho constitucional, el primer lugar corresponde a las costumbres, y mientras que con anterioridad apenas se le reconocía a la costumbre una eficacia simplemente integradora de la ley escrita, actualmente se vuelve a repetir que: "... *sur le terrain du mécanisme politique, la coutume est presque tout*" (10).

En Italia se ha tenido una instructiva experiencia, precisamente en estos años, sobre la exactitud de este reconocimiento, puesto que no siempre corresponde a la realidad política el texto constitucional; instituciones reglamentadas minuciosamente por las disposiciones de la Ley

(10) Palabras escritas por SALEILLES en 1903 y mencionadas por PRÉLOT en el prólogo al vol. I de la obra citada, *Les constitutions européennes*.

Suprema, tales como la Corte Constitucional o el Ordenamiento Regional (d), permanecen hasta ahora, después de cinco años, en el estado platónico de los deseos irrealizados, lo que significa que las fórmulas constitucionales solamente tienen vida en tanto circula por ellas, como la san-

(d) *Las instituciones a que se refiere CALAMANDREI, venciendo todas las dificultades, han sido llevadas a la práctica; la Corte Constitucional inició sus actividades oficialmente el 23 de enero de 1956, con un brillante discurso inaugural del Presidente de la República Italiana, ENRICO DE NICOLA, y con ese motivo, el genio de CALAMANDREI sustentó el 11 de febrero de 1956, ante los distinguidos integrantes de la Corte y de la Magistratura italianas, una conferencia que puede considerarse como un mensaje histórico, intitulado Corte Costituzionale e Autorità Giudiziaria, publicada posteriormente en la "Rivista di diritto processuale", 1956, I, págs. 7-55 (traducción española de HÉCTOR FIX ZAMUDIO, en el "Boletín de Información Judicial", Nos. 110 y 111, octubre y noviembre de 1956, págs. 685 y sigtes.). La primera sesión de trabajo, después de la aprobación de sus propios estatutos, se efectuó el 23 de abril de 1956. Cfr. PASQUALE CURCI, La Corte Costituzionale, Milano, 1956, pág. 8. En cuanto a los Ordenamientos Regionales, se han promulgado los de Sicilia, Trentino-Alto Adigio, Cerdeña y Valle de Aosta. Cfr. ENRICO REDENTI, Le leggi delle Regioni davanti alla Corte costituzionale, "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", año XII, Nº 2, junio de 1958, págs. 421-457, Milán, Italia; y la profunda reseña que sobre este artículo redactó NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", Nº 34, enero-abril de 1959, págs. 210-211. (N. del T.)*

gre en las venas, la fuerza política que las alimenta, pero si ésta disminuye, se atrofian y mueren de esclerosis (11).

5. *Importancia de la costumbre en la práctica judicial.*

Un fenómeno similar se produce en el proceso.

Aparentemente todo el derecho procesal está contenido en los códigos, y sobre la base del derecho codificado, la doctrina levanta construcciones monumentales de conceptos majestuosos como catedrales góticas. Pero en realidad el proceso no es esto, *no es solamente esto*.

Cuando aquellos que se han graduado en Derecho inician, apenas salidos de nuestras Universidades, su noviciado forense en el bufete de algún abogado, advierten que el proceso se desenvuelve en la práctica de manera del todo diversa de como lo habían estudiado en los libros de texto, y en los desorbitados ademanes que ven en acción en las aulas judiciales, cuando entran en ellas por vez primera, no llegan a reconocer las arquitecturas simétricas que habían vislumbrado en la erudita palabra de los profesores.

Recuerdo con frecuencia la admonición de un antiguo empleado que encontré en el bufete de mi padre cuando, recién recibido, iniciaba mi

(11) Cfr. CALAMANDREI, *Insensibilità costituzionale*, en el *Ponte*, setiembre de 1952.

aprendizaje profesional. Era casi un analfabeto, pero en cincuenta años de práctica había llegado a ser un gran conocedor de todas las pequeñas argucias de los corredores judiciales.

Entraba en mi despacho, y viéndome sumergido en montones de libros, sacudía la cabeza en señal de conmiseración y me decía con un suspiro: —¡Pobre señor doctor! ¡No pierda el tiempo estudiando. Créame: lo que cuenta es la práctica!

“Lo que cuenta es la práctica”; rechazaba entonces con juvenil desprecio las sugerencias de aquel viejo inoportuno, pero hoy, después de cuarenta años, he llegado a advertir que bajo aquellas modestas palabras se escondía una gran verdad. Hoy debo reconocer que el proceso, tal como está escrito en el Código, no es sino un molde vacío que asume distintas figuras, al traducirse en la realidad, de acuerdo con las sustancias que se le vierten en el interior; y es así cómo de un modelo único pueden surgir procedimientos de los tipos más variados en las diversas circunscripciones judiciales del mismo Estado, que aun cuando todos ellos pretenden ser aplicaciones fieles de la misma ley procesal, guardan entre sí una semejanza menor que la que tienen los hijos de la misma madre.

En Italia, aun después de haber entrado en vigor el nuevo Código de Procedimiento Civil (1942), el desenvolvimiento práctico de los pro-

cesos varía, acaso de manera ostensible, de región a región; y así en Milán se sigue todavía el procedimiento consuetudinario que es llamado irónicamente "rito ambrosiano", tomado del nombre de San Ambrosio, patrono de la ciudad; y en Nápoles, a pesar de cualquier reforma, se conserva por inveterada tradición una bien reconocible fisonomía local que paralelamente podrá denominarse, en virtud de su protector, San Genaro, "rito genariano". De acuerdo con las tradiciones locales, la práctica otorga diverso desarrollo a las instituciones consagradas en la ley procesal, en algunos casos acrecentando su importancia, en otros, disminuyéndola, hasta acantonarlas y hacerlas caer en el olvido.

En el Código Procesal Italiano existen dos disposiciones que por su singularidad de carácter teórico nunca dejan de merecer la atención del profesor de la materia durante el curso; los artículos 113 y 114, que otorgan a las partes que se encuentren de acuerdo la facultad de transformar el juicio de derecho en juicio de equidad, y el artículo 360, que da a las partes concordes la facultad de impugnar directamente en casación, *omisso medio*, la sentencia de primer grado. Se trata de dos innovaciones que ofrecían a las partes la manera de abreviar y simplificar el proceso; el legislador creía que estas simplificaciones encontrarían el beneplácito de los litigantes. Pero fue una ilusión. La práctica ignoró estas innova-

ciones; y en diez años, a partir de la entrada en vigor del nuevo código, no creo que por una sola vez las partes (o los abogados) se hayan puesto de acuerdo para solicitar al juez que decida según equidad o para utilizar el recurso de casación *per saltum*, que permitiría ahorrarse el juicio de apelación.

Así puede suceder que determinadas instituciones que están escritas en la ley, en la práctica se atrofian y desaparecen, y, viceversa, en la práctica pueden surgir modos de proceder que la ley escrita no conoce; en Italia Meridional, partiendo de Roma para abajo, es frecuente en los tribunales y en las cortes que la discusión de la causa se practique en "cámara de consejo", en tanto que en los Tribunales de Italia Septentrional se realiza siempre en audiencia, como lo prescribe el Código de Procedimientos (artículo 275).

A veces la práctica va más allá; puede transformar insensiblemente toda la orientación de una reforma, paralizando las intenciones renovadoras con una sorda resistencia, más mortífera que una abierta rebelión. Repetidas experiencias históricas han demostrado que la práctica actúa principalmente en el sentido de retardar la marcha del proceso, más que en el de acelerarlo, contrariando las reformas a través de las cuales el legislador tiende a imprimirle un ritmo más rápido. Cada vez que la ley ha pretendido introducir, para los casos más urgentes, un procedi-

miento "sumario" de carácter especial con el fin de remediar la lentitud del proceso ordinario, ha ocurrido que insensiblemente dichos procedimientos han tomado en la práctica el lugar del ordinario, pero al mismo tiempo han heredado sus dilaciones, olvidando los caracteres de rapidez que deberían constituir, de acuerdo con la intención del legislador, su típica virtud, y que justificaban su nombre. La práctica tiende a moderar, pero tiende también a complicar; donde la ley ha previsto las relaciones simples y expeditas de la oralidad *inter presentes*, la práctica tiende a introducir nuevamente los trámites burocráticos de los escritos *inter absentes*. La fase instructoria del proceso civil, que según el vigente Código Italiano habría debido ser "siempre oral" (artículo 180), retrocede cada vez más hacia las formas del proceso escrito, debido a la repugnancia contra la oralidad, en la cual se encuentran de acuerdo abogados y jueces, hasta reducirse en la práctica a una serie de intercambios de los escritos de los abogados. Otras transformaciones aún más gravemente subversivas de los principios consagrados en la ley se pueden encontrar en el proceso penal, como ha sucedido, para dar un solo ejemplo, respecto de las averiguaciones instructorias para la búsqueda de los culpables de un delito, que según el Código de Procedimiento Penal deberían ser encomendadas a la Magistratura, pero que en la práctica de estos últimos

decenios, en Italia y en Francia, son asumidas, cada vez en mayor grado, contra lo dispuesto por la ley, por los agentes de seguridad pública, de manera que el proceso penal, con un retroceso de siglos, ha vuelto a ser un proceso inquisitorio de policía.

No escapó a la amplia visión de GIUSEPPE CHIOVENDA hasta dónde las costumbres de un pueblo pueden reflejarse en el proceso, por lo que advirtió en sus *Principii* ⁽¹²⁾, que: "entre las instituciones jurídicas, el proceso civil es el organismo más delicado, ya que constituye el medio de atribuir los bienes de la vida a través de la actuación de la ley, por lo que tiene una posición central entre las instituciones de derecho privado y de derecho público, y siendo una relación tan compleja, en ella resaltan tanto el aspecto jurídico como el político y el social, de tal manera que los más ligeros cambios en las condiciones morales, políticas y sociales de la época se reflejan en su funcionamiento. Por ejemplo, en la medida en que dominan la rectitud y la buena fe en las relaciones sociales, así impera la confianza en las relaciones políticas entre los ciudadanos y los poderes públicos; cuanto más se encuentra difundido el hábito de mirar la sustancia de las cosas y menos divulgado el espíritu del formalismo, las controversias serán tramitadas en forma expedita

(12) *Principii di dir. proc. civ.*, 3ª ed., pág. 131.

y requerirán menos garantías formales. Esta situación determina que se produzca con mayor facilidad que en otras materias una falta de armonía entre las normas y las necesidades de la práctica, ya que las formas creadas para determinado momento son inadecuadas para otro, además de que las clases forenses son eminentemente conservadoras respecto del tecnicismo procesal. Por consecuencia, existen disposiciones procesales que han perdido toda razón histórica de ser, pero no por ello puede el intérprete rehusar su aplicación, sino que debe señalarlas al legislador para que haga las reformas pertinentes. Otros preceptos pueden aún ser aplicados a las condiciones actuales, pero han sido entendidos de manera enteramente diversa en el pasado, no en cuanto a su contenido (lo que equivaldría a modificarlas), sino en relación con los fines que persiguen, lo que puede influir sobre los límites y la manera de su aplicación, y además nos advierte en la utilización de la doctrina antigua”.

Por tanto, la costumbre es estimada como uno de los elementos variables que deben tomarse en consideración al interpretar históricamente la ley procesal, o sea, como un factor de interpretación evolutiva del proceso. Pero la importancia práctica de la costumbre judicial va más allá de los límites de las teorías sobre la interpretación de la ley, aun de las más audaces. En realidad, lo que modela al proceso, lo que le da su fisonomía

típica, no es la ley procesal, sino la costumbre que la pone en práctica. El derecho escrito no constituye sino un contorno externo, cuyo relieve interior, con sus colores y claroscuros, lo proporciona la costumbre. También en cuanto al derecho procesal se puede repetir lo que SALEILLES escribía respecto del derecho constitucional: "...les textes écrits ne son guère que la trame très légère sur laquelle travaille e fonctionne la force organisatrice et regulatrice qui met en oeuvre la vie collective d'un pays" (13).

"La vie collective d'un pays"; también el proceso no es sino un aspecto de esta vida, y las leyes procesales no son otra cosa que una frágil red a través de cuyas mallas presiona y a veces desborda la realidad social.

6. Concepto general de "procedimiento".

Esta presión de la realidad social, que se advierte a cada paso bajo las formas del procedimiento judicial, la encontramos en aspectos similares en los "procedimientos" predeterminados para el ejercicio de cualquiera de las funciones del Estado. El concepto de "procedimiento" (alemán: *Verfahren*) es en cierto sentido más amplio que el de "proceso" (alemán: *Prozess*). El

(13) R. SALEILLES, en *Revue pol. et parlementaire*, vol. XXXVI, 1903, págs. 118-119.

proceso es un concepto propio de la función judicial, pero se puede hablar de "procedimiento" también para las funciones legislativa y ejecutiva. Todas las veces que para llegar a un acto de declaración de voluntad del Estado (ya sea una ley, un decreto o una sentencia) se haya preestablecido por disposiciones expresas de carácter instrumental la forma y el orden cronológico de las diversas actividades que deben ser realizadas por las personas que cooperan en la creación del acto final, la sucesión dialéctica de estas operaciones, jurídicamente reguladas en vista de ese fin, constituye un "procedimiento"; comúnmente se habla de procedimiento administrativo para indicar la serie de actividades que conducen a la resolución concreta de la administración pública; y de procedimiento "legislativo" para señalar la serie de las discusiones y de las deliberaciones de las cuales surge finalmente la ley (14).

Todo el sistema parlamentario no es, en sustancia, sino un "procedimiento", una serie de "operaciones" dirigidas a determinado efecto. Estas semejanzas sorprendentes entre los procedimientos judicial y parlamentario se revelan so-

(14) Cfr. MORTATI, *Istituzioni di dir. pubblico*, Padova, 1952, capítulo V, § 3, págs. 26 y 55, sobre el "procedimiento legislativo"; ZANOBINI, *Corso di dir. amm.*, 6ª ed., vol. I, Milano, 1952, págs. 218 y sigtes., acerca del "procedimiento administrativo".

lamente a quien tenga experiencia práctica de la manera en la cual funciona el Parlamento, y advierte cómo la táctica de las discusiones políticas se aproxima a la de los debates forenses, y cómo gran parte de las batallas parlamentarias se reducen a “cuestiones de procedimiento”, *litis ingressum impediendes*. Sobre esta afinidad tendremos frecuentemente la ocasión de ocuparnos nuevamente en el curso de estas pláticas, porque tengo la seguridad de que los estudios de derecho procesal se favorecerían mucho con la profundización de estas referencias al procedimiento parlamentario.

También existe un estrecho parentesco entre el Parlamento y la audiencia. En el primero, el acento recae sobre lo que se dice, y en la segunda, sobre lo que se escucha; pero, en suma, en ambas instituciones todo está organizado con el objeto de que alguien hable para hacerse escuchar por otros, y de que alguien escuche lo que otros dicen. En la audiencia, si se debe hacer honor a la etimología, es preciso que los abogados hablen para que los jueces puedan escuchar, y en el Parlamento, para que tenga sentido lo que expresan los diputados, se requiere que el Gobierno los escuche. (Esto es exacto en teoría, pero la semejanza continúa también en la práctica, porque puede suceder que en la audiencia ninguno hable y que en el Parlamento ninguno escuche.)

Por consecuencia, todo “procedimiento” tiene

esta característica: que por minuciosas que sean las disposiciones que disciplinan su desarrollo, las actividades que lo componen no pueden ser previstas de manera tan rigurosa que no dejen cierto margen a la iniciativa y a la discreción del que debe cumplirlas. No obstante que sean muy detalladas las determinaciones formales del procedimiento, y se aproximen dichas determinaciones a los actos que lo integran, permanece el propio procedimiento, en todo caso, como un esquema cuya continuidad conceptual llega a constituir en la realidad externa un desmenuzamiento de operaciones yuxtapuestas, pero discontinuas, aproximadas, pero separadas por intervalos de tiempo y de espacio; no se trata, por tanto, de actividades invariables, porque muchas veces el mismo esquema prevé que una determinada operación de la cadena pueda ser realizada, a elección de quien debe efectuarla, en dos o más formas diversas, de manera que también las operaciones sucesivas deberán ser realizadas en forma distinta para corresponder a las que le preceden, y que en cierto sentido las condicionan.

De estos intersticios en las juntas se aprovecha la costumbre para insinuarse en el esquema jurídico del procedimiento y acelerar o retardar su ritmo; a través de estas situaciones alternativas, la práctica logra transformar o deformar la figura, hasta reducirla a algo totalmente diferente de lo que la ley había previsto. Estas son las

ventanas abiertas en el Palacio de la Razón, a través de las cuales penetra el viento de lo irracional, trastornando todas las previsiones.

Las normas de la rectitud parlamentaria, elaboradas por la práctica inglesa, han sido incorporadas y depuradas en las más recientes Constituciones europeas; y, sin embargo, si se toma en consideración la forma cómo se desarrollan las sesiones en la Cámara de los Comunes y se compara con las que se realizan en los recintos de las Cámaras francesa e italiana, no puede menos que advertirse la profunda diversidad de estilos, que deriva, no tanto de la diversidad de leyes, sino de la diversidad de costumbres y de educación política.

La misma comparación se puede hacer en relación con el proceso. En Italia una audiencia corre el riesgo de asemejarse a un espectáculo teatral; en Inglaterra se parece principalmente a una función religiosa. En una visita reciente que hice a la Universidad de Cambridge, advertí con sorpresa que en las Universidades inglesas no se enseña derecho procesal y, por tanto, la manera de comportarse ante los jueces no es materia de estudio, sino que se aprende en la práctica profesional, por constituir objeto no de ciencia, sino de urbanidad.

7. *Proceso y justicia.*

Surge en esta ocasión, amigo ALCALÁ-ZAMORA, al hacer estas comparaciones, el sentimiento de inconformidad y casi de angustia, en el cual nos sentimos hermanados todos los cultivadores del derecho procesal en el último Congreso internacional de Florencia, en cuyo éxito participaste con la autorizada contribución de tu presencia (15).

Al finalizar nuestras discusiones nos congratulamos de la prometedora continuación de nuestros estudios y del alto nivel alcanzado por nuestra ciencia tanto en Europa como en América; pero con posterioridad nos hicimos las siguientes preguntas: ¿Nuestras construcciones teóricas son verdaderamente útiles a la justicia? ¿Nuestro refinado conceptualismo sirve verdaderamente para lograr que las sentencias de los jueces sean más justas? ¿Y el proceso, que debería ser estudiado para hacer de él un instrumento adecuado a las exigencias de la sociedad, es verdaderamente el mecanismo de precisión, hecho de elegancias lógicas con las que teorizamos en nuestros tratados?

(15) Cfr. *Atti del Congresso internazionale di dir. proc. civile*, Padova, 1953, en los cuales se incluye también la comunicación de N. ALCALÁ-ZAMORA sobre la *Aportación hispánica a la difusión de la ciencia procesal italiana*, págs. 173 y sigtes.

Al terminar el Congreso, que es memorable también por esta causa, nos propusimos la tarea de continuar con renovado fervor nuestro trabajo de estudio, pero no para favorecer el estilo arquitectónico de las abstractas construcciones sistemáticas, sino para servir concretamente a la justicia, para servir a los hombres, que tienen sed de justicia (16).

Por tanto, para permanecer fieles a esta obligación, es necesario persuadirnos cada vez más de que el proceso objeto de nuestros estudios no es como el legislador lo ha previsto en abstracto, sino como lo hacen vivir, como lo "representan" (en el sentido teatral de la palabra) los hombres, jueces y justiciables, que participan en él en concreto, y que no son muñecos mecánicos contruidos en serie, sino hombres vivos, cada uno situado en su mundo individual y social, con sentimientos, intereses, opiniones y costumbres; estas últimas pueden ser, desafortunadamente, malas costumbres.

Esas malas costumbres constituyen otro punto de semejanza entre el procedimiento judicial y el parlamentario. La *chicana* judicial, que es la degeneración del proceso, y el "parlamentarismo", que es la degeneración del Parlamento, sín-

(16) Cfr. el discurso de inauguración del citado Congreso: CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, en *Atti*, cit., págs. 9 y sigtes.

tomas de la misma enfermedad, que consiste en la falta de educación cívica y de la solidaridad social, sin las cuales decaen fatalmente, en cualquier campo, las instituciones democráticas. El peligro del cual debe cuidarse la democracia es precisamente esta adoración iluminista de la razón abstracta, considerada capaz de gobernar por sí misma, con sus propias fuerzas, los destinos de los hombres.

El verdadero secreto para la salvación de los regímenes democráticos radica en la circunstancia de que para hacer vivir una democracia no es suficiente la razón codificada por los preceptos de una Constitución Democrática, sino que se requiere que detrás de la Ley Fundamental se encuentre la laboriosa presencia de las costumbres democráticas con las que se pretenda y se sepa traducirla, día a día, en una concreta, razonada y razonable realidad.

“La démocratie est un comportement, un engagement. Faute de cet engagement, la technique constitutionnelle est morte” (17).

Este es también el secreto de la técnica *procesal*.

(14 de febrero de 1952)

(17) MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les const. europ.*, cit., I, pág. 153.