

Proceso y democracia

Piero CALAMANDREI



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

80
años

PROCESO Y DEMOCRACIA

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, Núm. 338

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero

Secretario Técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Jefa del Departamento de Publicaciones

Miguel López Ruiz

Cuidado de la edición

José Antonio Bautista Sánchez

Formación en computadora

Óscar Martínez González

Apoyo editorial

Edith Aguilar Gálvez

Elaboración de portada



PIERO CALAMANDREI

PROCESO Y DEMOCRACIA

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO
Traducción



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
MÉXICO, 2020

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 1 de junio de 2020

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-30-2317-7

CONTENIDO

Exordio. Calamandrei en México: seis lecciones de un humanista universal.	XI
Eduardo FERRER MAC-GREGOR	
Prólogo	1
I. DERECHO PROCESAL Y COSTUMBRE JUDICIAL. . . .	13
1. Fundamento racional de las normas de derecho procesal	13
2. Necesidad de que el proceso desemboque siempre en una decisión, aun cuando no sea suficiente la lógica común.	14
3. La “racionalización del poder” en el proceso.	16
4. Importancia de la costumbre en la vida constitucional .	19
5. Importancia de la costumbre en la práctica judicial .	21
6. Concepto general de “procedimiento”.	26
7. Proceso y justicia.	28
II. JUSTICIA Y POLÍTICA: SENTENCIA Y SENTIMIENTO.	31
1. El proceso como drama	31
2. La imparcialidad como carácter esencial del juez . . .	32
3. Varios métodos para garantizar la imparcialidad. . . .	33

4. La justicia del caso particular	34
5. Justicia y política	37
6. Justicia “ <i>secundum leges</i> ”	38
7. El silogismo judicial	40
8. Imprevisibilidad de la sentencia	42
9. Insuficiencia, inclusive en el sistema de la legalidad, de la concepción meramente lógica de la sentencia. . .	44
10. La sentencia, creación de la conciencia del juez.	46
III. INDEPENDENCIA Y SENTIDO DE RESPONSABILIDAD DEL JUEZ	49
1. Independencia del juez: independencia de la magis- tratura respecto de los otros poderes, e independencia individual de cada juez	49
2. Independencia del juez en relación con estímulos ego- ístas	50
3. Independencia de toda subordinación jerárquica . . .	52
4. Injerencia del ministro de Justicia en la carrera de los magistrados y sus peligros.	53
5. El sistema de “autogobierno” de la magistratura en la Constitución italiana.	56
6. Los peligros de la “carrera”	57
7. La colegialidad	59
8. Publicidad y secreto de la deliberación.	60
9. Ejemplos de deliberación pública de la sentencia . . .	63
10. Méritos y defectos de los diversos sistemas.	64
IV. LA CRISIS DE LA MOTIVACIÓN.	69
1. La motivación como justificación lógica de la sen- tencia.	69

2. La motivación como conducto para la impugnación.	70
3. El veredicto no motivado y no impugnabile de los jurados; reforma de las Cortes de Assises en Italia	71
4. La motivación como justificación posterior de la parte dispositiva	73
5. El “sentido jurídico” de los abogados.	75
6. Intuición y lógica de la sentencia	77
7. La motivación como control del “sentido jurídico” . .	78
8. Crítica marxista de la justicia “burguesa”	80
9. La crisis de la motivación	82
10. Motivación evasiva de la ley	83
11. Motivación polémica	85
12. La crisis del derecho en los periodos de rápidas transformaciones políticas	87
V. EL CARÁCTER DIALÉCTICO DEL PROCESO	89
1. Principio del contradictorio	89
2. Carácter dialéctico del proceso.	90
3. Proceso dialéctico y proceso totalitario.	91
4. Proceso civil y liberalismo.	93
5. Contradictorio procesal y oposición parlamentaria . .	95
6. Función de los abogados en el proceso dialéctico . . .	96
7. La confianza entre abogados y jueces como fuente reguladora de las formas procesales.	98
8. El fracaso de la oralidad en el proceso civil italiano. .	101
9. Comprensión recíproca entre abogados y jueces	104
VI. EL RESPETO DE LA PERSONALIDAD EN EL PROCESO	107
1. Libertad jurídica y medios para hacerla efectiva	107

2. Igualdad jurídica e igualdad económica de las partes en el proceso	109
3. Derecho de defensa como derecho a contar con un defensor	111
4. El problema de la defensa del pobre.	112
5. El patrocinio gratuito y la confianza entre el cliente y el abogado.	115
6. Razones sociales de la crisis de la abogacía	117
7. Defensa de la personalidad humana en el proceso civil.	120
8. Referencias al proceso penal.	121
9. Conclusión	123

EXORDIO CALAMANDREI EN MÉXICO: SEIS LECCIONES DE UN HUMANISTA UNIVERSAL

Es difícil escribir unas palabras de introducción a la obra de un autor verdaderamente clásico de la literatura jurídica, o siquiera dar cuenta en apenas un par de páginas de la trascendencia del gran jurista que fue Piero Calamandrei (Florencia, 1889-1956), para quien no hay calificativos de aclamación y homenaje que le hagan justicia. ¿Qué procesalista no ha estudiado renglón a renglón su célebre *La casación civil*?, ¿o admirado sus firmes convicciones democráticas en *Fe en el derecho*?, ¿o qué estudiante en sus primeros años de estudios o abogado en ejercicio no ha quedado inspirado para siempre con el inolvidable *Elogio de los jueces escrito por un abogado*?

A esto añádase la dificultad adicional de que la traducción de este libro ha sido emprendida por otro eximio jurista que despierta todas las admiraciones posibles, el doctor Héctor Fix-Zamudio, maestro de tantos de nosotros, universitario ejemplar, ser humano excepcional y, sin duda, el jurista actual más importante de toda Iberoamérica.

La traducción de estas conferencias, como cita el propio Calamandrei, originalmente fue solicitada al ilustre procesalista don Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (Madrid, 1906-1985). No obstante, el profesor español exiliado en México, y que radicó por casi tres décadas en nuestro país, no se sintió cómodo al advertir “algunas frases de merecido elogio que Calamandrei le dedicara en sus conferencias”, por lo que la traducción se encomendó al más distinguido de sus discípulos, al doctor Héctor Fix-Zamudio, quien ahora, a más de sesenta años de distancia, aparece clara-

mente como el heredero natural de toda esta gran tradición procesal que enriquece día a día la vida intelectual de México.

Para mi fortuna, también es difícil encontrar en el mundo del derecho —y más allá— personas sin referencia elocuente de ambos, por tratarse de autores que naturalmente no precisan de presentación alguna y que cualquier introducción a su obra no hace sino retrasar el placer intelectual que significa adentrarse directamente en ese repertorio de ideas y argumentos que cada publicación de una pluma así promete.

Como es de esperarse, *Proceso y democracia* es igual en maestría a obras como las anteriormente citadas y tantas más del gran profesor de Florencia y discípulo del inmortal Giuseppe Chiovenda (Premosello, ahora Premosello-Chiovenda precisamente en su honor, 1872; Novara, 1937), pero distinta y particular también en varios aspectos. En primer lugar, no se trata de un tratado o una monografía, sino de la compilación de seis conferencias verdaderamente magistrales que el respetado procesalista pronunció en febrero de 1952 en la Facultad de Derecho de la UNAM, en el marco de los Cursos de Invierno organizados desde 1939, bajo la presentación de su dilecto amigo, don Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, entonces profesor titular de la cátedra de Derecho Procesal Civil en dicha Facultad, y que se convertiría, en palabras de Calamandrei, en “mi ángel custodio más que un presentador” durante aquella memorable visita.

Por ello, dado el marco de origen, *Proceso y democracia* —que bien podríamos llamar también las *Seis lecciones mexicanas de Calamandrei*— precede de alguna manera a una obra mucho más reciente, pero también de importancia mayor para los estudiosos de la ciencia procesal. Me refiero a *Proceso y decisión*, también conocido como el libro de las *Cinco lecciones mexicanas*, que son precisamente la memoria de las clases de derecho procesal que, en marzo de 2002, otro gran procesalista italiano, Michele Taruffo, impartió en la Ciudad de México, en la sede del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

El público asistente a dichas conferencias de 1952, además de estudiantes, también estuvo integrado por “los magistrados, catedráticos y abogados más eminentes de la ciudad”. Gracias a que en esta obra se dejó el texto original intacto de las conferencias impartidas, a los lectores de ahora nos es posible imaginar con mayor facilidad aquel “numeroso y atento auditorio que desde el primer día asistió a las conferencias con espíritu amigable, aprobación y entendimiento”. Resulta verdaderamente estimulante saber que las frases que aquí se leen fueron escuchadas, reflexionadas y dialogadas directamente con el maestro florentino, no sólo por el profesor Alcalá-Zamora, sino también por juristas tan emblemáticos de nuestra historia nacional, como don Luis Garrido Díaz (Ciudad de México, 1898; París, 1973), entonces rector de la Universidad Nacional; don Mario de la Cueva (Ciudad de México, 1901-1981), director de la Facultad de Derecho; don Alberto Vázquez del Mercado (Chilpancingo, 1893; Ciudad de México, 1980), de quien Calamandrei se maravilla ante aquella biblioteca personal que “ha reunido todo lo que se refiere a la literatura jurídica italiana”; don Antonio Pérez Verdia Fernández (Guadalajara, 1876; Ciudad de México, 1958), presidente de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación; don Gabriel García Rojas (Pinos, Zacatecas, 1893; Ciudad de México, 1981) y don Teófilo Olea y Leyva (Miacatlán, Morelos, 1895; Ciudad de México, 1956), ambos entonces ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, entre otras tantas personalidades de esa época de luces para nuestra comunidad universitaria.

Desde las primeras páginas del libro, resulta muy motivante y halagador para nuestro gremio que ya desde entonces, aun sin las posibilidades que las actuales tecnologías de la información brindan, a opinión del propio Calamandrei, “el pensamiento jurídico mexicano está en contacto con la doctrina italiana, a través de la consulta cotidiana de las obras de los juristas italianos”; que “[l]os tratados de nuestros más insignes maestros de los últimos sesenta o setenta años (civilistas, mercantilistas, penalistas y procesalistas) han sido traducidos al español y citados en la cátedra y

en el foro como textos clásicos” y que “inclusive las obras monográficas de los juristas contemporáneos, incluyendo los más jóvenes, no sólo son conocidas, sino estudiadas en el texto original y valoradas como merecen”.

El desenvolvimiento de los temas de esta publicación, que la modestia que siempre caracterizó a su autor hizo que los considerara “apenas esbozados” o que “hubiesen requerido una mayor elaboración”, evidencian en realidad una lucidez excepcional en la comprensión de cuestiones verdaderamente complejas de la ciencia procesal, y una maestría superior y privilegiada para explicarlas con una sencillez y elegancia que sólo la genialidad de Piero Calamandrei lo explica, y que, además —y tal vez esto es lo más relevante—, se trata de ideas y argumentos con ecos fuertes a los problemas de nuestro presente en general y a los desafíos de nuestros sistemas democráticos en particular, que muchas respuestas a problemas mayores que enfrentan actualmente podrían encontrar aquí.

Estas míticas conferencias impartidas en México, que aparecen reunidas con el título de *Proceso y democracia*, fueron originalmente publicadas en Buenos Aires en 1960, por EJEJA (Ediciones Jurídicas Europa-América), con el número treinta y tres de *Breviarios de Derecho*, colección dirigida por el magistrado y destacado procesalista español exiliado en Argentina, Santiago Sentís Melendo (Soria, 1900; Buenos Aires, 1979), quien estudió directamente con Calamandrei en Italia después de concluir sus estudios en Barcelona, convirtiéndose en uno de sus principales editores y traductores al español; ahora se publican, con los permisos pertinentes, por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, gracias a la feliz iniciativa y diligentes gestiones que durante años realizó el traductor de la obra, el antiguo director e investigador emérito de dicho Instituto, nuestro querido maestro Héctor Fix-Zamudio.

La nueva edición de *Proceso y democracia* llega hoy a nosotros, seis décadas después, en un momento de importantes desafíos para la formación universitaria, la impartición de justicia y el

sistema democrático mismo. Leer la obra en este momento particular de nuestra historia no sólo debería tener como propósito el placer que en sí mismo significa dejarse llevar por la pluma del gran profesor de Florencia, pues es también ésta una notable oportunidad para encontrar respuestas efectivas a esos desafíos. Seguramente, Calamandrei coincidiría con ese otro gran intelectual de su generación, el profesor inglés Arnold J. Toynbee (Londres, 1889; York, 1975), quien sostenía que una civilización crece y prospera cuando su respuesta a un desafío tiene éxito y estimula una nueva serie de desafíos, pero que también una civilización decae como resultado de su impotencia para enfrentarse a los desafíos que se le presentan. Las palabras precisas, elocuentes y siempre llenas de espíritu positivo del autor de estas páginas indudablemente invitan al éxito y estímulo de nuevos desafíos que, seguramente, nuestra generación sabrá afrontar.

Hoy más que nunca debemos reflexionar sobre el humanismo y las hondas convicciones democráticas que se advierten en Calamandrei, defensor profundo de la libertad. La democracia, en palabras del profesor florentino, “es un régimen en movimiento, en continuo esfuerzo de superación, un sistema dinámico animado por el perdurable estímulo de mejorarse”, y de ahí que hoy no podemos dejar de recordar y reflexionar sobre sus enseñanzas en cuanto a la íntima relación del proceso, el estado de derecho y la democracia. La democracia “es un compromiso”, dice nuestro autor, sosteniendo que “no queremos saber nada de los jueces de Montesquieu, *êtres inanimés*, hechos de pura lógica. Queremos jueces con alma, jueces *engagés*, que sepan llevar con humano y vigilante empeño el gran peso que implica la enorme responsabilidad de hacer justicia”. Sobre el entendimiento de la razón como sinónimo de justicia (“dar la razón significaba hacer justicia”); la relevancia y contenido de la imparcialidad e independencia judiciales; los desafíos de la motivación como justificación lógica de la sentencia, etcétera. En fin, hoy más que nunca, Calamandrei nos invita a reflexionar sobre ese ideal compartido en el campo del proceso: “mejor justicia a través de mayor libertad”.

En todo este repertorio de brillantes ideas y reflexiones, no sobra subrayar aquí la claridad comparativa del profesor de la Universidad de Florencia, que tanta justicia le ha hecho en las últimas décadas la consolidación del derecho comparado en lugares como nuestro país, cuando se refiere a

...el originalísimo recurso ante la Suprema Corte federal, denominado amparo, del cual están orgullosos con justicia los jueces mexicanos, y que para garantizar la libertad de sus ciudadanos reúne las funciones que en el ordenamiento italiano son encomendadas a diversas instituciones: los recursos de casación, ante el Consejo de Estado y ante la Corte Constitucional, por violación a la ley suprema.

También es importante citar aquí que la generosidad de Piero Calamandrei que flota en estas páginas no se limitó a la cátedra que dejó en esas tres inolvidables semanas de 1952 en México, sino que también dicha generosidad se amplió al punto de expresar la convicción respecto a que “los juristas iberoamericanos y los italianos tienen una gran tarea que realizar en común para perfeccionar conjuntamente los estudios jurídicos”; esta visión tuvo como notable consecuencia que, tal como cuenta el maestro Fix-Zamudio al pie de página,

...este noble propósito del ilustre y llorado maestro florentino se realizó bajo su patrocinio como un anexo a su cátedra de Derecho procesal civil de la Universidad de Florencia, e inició sus actividades en el año académico 1955-1956 bajo la denominación de Instituto de Derecho Procesal Comparado Italo-Iberoamericano y después de la muerte de su fundador ha seguido sus fructíferas actividades de intercambio cultural entre los procesalistas italianos e iberoamericanos.

Una vez más, he ahí la generosidad infinita de los verdaderamente grandes intelectuales y de espíritu.

Antes de finalizar, me es inevitable atreverme, con todo respeto, a hacer una corrección a las palabras de tan insigne maestro italiano, cuando afirma que todos esos honores que recibió en su memorable visita de 1952 a la Ciudad de México, fuente de este libro que valoro tanto prologar, no deben entenderse como honores a su persona, sino al prestigio de esa tradición italiana “que tiene su fuente más remota en el glorioso derecho romano, que revive y se enriquece en la doctrina del derecho común y a la cual se remontan aún en la actualidad las legislaciones iberoamericanas, como la fuente de sabiduría jurídica que ha permanecido viva y actual”.

Estoy seguro de que no fue así, de que no pudo ser sólo ésta la razón de esos merecidos homenajes. Ciertamente estoy de que esas distinciones tan elocuentes fueron principalmente a propósito de esta persona en concreto, de este humanista de talla universal, para quien honores de este tipo en modo alguno resultan desproporcionados, y que, en nuestros días, justifica que no pocos juristas mexicanos e iberoamericanos de ahora, cuando van a Italia y se detienen en Bolonia para visitar las tumbas de los grandes glosadores, también hacen lo propio en Florencia y presentan sus respetos en la tumba de Piero Calamandrei, “como quien va de peregrinación a un santuario”.

Eduardo FERRER MAC-GREGOR
*Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas
y profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM*

Ciudad Universitaria, invierno de 2020

PRÓLOGO

Este libro contiene el cursillo desarrollado a través de las seis conferencias que pronuncié en febrero de 1952 en la ciudad de México, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma,¹ que me hizo el honor de invitarme como conferenciante extranjero en los Cursos de Invierno de ese año.² Son conferencias destinadas a un público muy variado, y no lecciones rígidamente escolásticas; muchos de los temas que en ellas aparecen apenas esbozados, de haber sido abordados con rigor científico hubieran requerido una mayor elaboración y abundante aportación doctrinal; pero yo he preferido dejar intacto el texto original, inclusive con algunas frases de circunstancias, porque su estilo, carente de pedantería y de carácter discursivo, me hace revivir el recuerdo del numeroso y atento auditorio que desde el primer día asistió a las conferencias con espíritu de amigable aprobación y entendimiento.

¹ La Universidad Nacional Autónoma de México fue fundada en 1553 por orden de Carlos V con todas las prerrogativas y privilegios de la Universidad de Salamanca, existiendo una controversia con la peruana de Lima respecto de cuál de las dos constituye la universidad más antigua de América. El IV Centenario de la fundación fue celebrado con gran solemnidad por la Facultad de Derecho el 5 de junio de 1953. (*Cfr. IV Centenario de la Facultad de Derecho, 1553-1953. Actos Conmemorativos, UNAM*).

² Estos Cursos de Invierno han sido organizados, a partir de 1939, en los meses invernales, en el intervalo entre dos cursos anuales ordinarios, y están dirigidos al perfeccionamiento científico, por lo que no están destinados únicamente a los estudiantes, sino también a los profesionales. Los propios cursos invernales son impartidos a través del sistema de conferencias sobre temas especiales escogidos, año por año, por profesores mexicanos o extranjeros invitados por sus conocimientos especiales sobre la materia. (Programa de los cursos del año de 1952; en el folleto: Universidad Nacional Autónoma de México; Facultad de Derecho: Cursos de Invierno de 1952, México, Imprenta Universitaria, 1952).

Llegué a México con el temor de que hablando en italiano no fuese comprendido por los oyentes, por lo que, para prevenir este peligro, el profesor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, titular de la cátedra de Derecho procesal civil en la Facultad de Derecho de México (insigne y querido amigo, que durante mi estancia en México fue mi ángel custodio más que un presentador), había sugerido que cada una de mis conferencias fuese precedida de un breve sumario del tema, a manera de introducción, y que él mismo traduciría al español. Pero desde la primera conferencia advertimos que esta precaución era superflua, porque el auditorio, del cual formaron parte con asiduidad y paciente benevolencia los magistrados, catedráticos y abogados más eminentes de la ciudad, mostró desde un principio que entendía perfectamente mi italiano en todos sus aspectos y matices, y, además, que poseía tal conocimiento de toda la literatura jurídica europea, y especialmente de la italiana, incluso la más reciente, que me produjo asombro y conmoción.

De acuerdo con una gentil costumbre mexicana (y creo que también española), el huésped extranjero es recibido en el umbral por el jefe de la casa con estas palabras: “Esta es su casa”, y desde el primer momento de mi llegada a México tuve la impresión de encontrarme en mi casa, no sólo en virtud de las gentiles atenciones personales de que fuimos rodeados mi esposa y yo desde nuestro arribo, sino también por la perfecta correspondencia cultural, que constituye un sentido casi de parentesco y de familiaridad intelectual como sólo puede existir, a pesar de la diversidad de idiomas, entre estudiosos que posean tradiciones e ideales comunes de civilización.

Bastó la primera conferencia y las amigables conversaciones que le siguieron desde el primer día, para comprender que el pensamiento jurídico mexicano está en continuo contacto con la doctrina italiana, a través de la consulta cotidiana de las obras de los juristas italianos. Los tratados de nuestros más insignes maestros de los últimos sesenta o setenta años (civilistas, mercantilistas, penalistas y procesalistas) han sido traducidos al español y

citados en la cátedra y en el foro como textos clásicos; pero inclusive las obras monográficas de los juristas contemporáneos, incluyendo los más jóvenes, no sólo son conocidas, sino estudiadas en el texto original y valoradas como merecen. Al conversar no solamente con los colegas de la Facultad mexicana, sino también con magistrados y abogados no catedráticos, fui interrogado frecuentemente sobre jurisprudencias italianas que aún viven como si mis interlocutores los conocieran personalmente: ¿Por qué tal civilista ha dejado de escribir por tantos años? ¿Cuándo este otro procesalista se decidirá a publicar el segundo volumen de la obra que ha dejado inconclusa?, y así sucesivamente. He encontrado en las bibliotecas americanas, no solamente en las públicas, sino principalmente en las reunidas amorosamente por bibliómanos particulares, que la sección italiana se mantiene al día, como raramente sucede en los bufetes de los abogados italianos. Existe en la ciudad de México, entre otros, un jurista de gran valor, el abogado Alberto Vásquez del Mercado, que conoce y ha reunido todo lo que se refiere a la literatura jurídica italiana; digo “todo”, porque ha adquirido hasta los ejemplares litografiados de los apuntes redactados en los cursos universitarios, estando dispuesto a cualquier sacrificio para procurarse una copia. Él ha sido quien ha introducido en México muchas de las obras jurídicas italianas más recientes, por lo que todos los juristas italianos deberían agradecer a este lejano amigo, que sin que ellos lo sepan sirve de conducto para que su pensamiento llegue hasta el otro lado del océano, y agradecerle también, lo mismo que a otros como él, que con su pasión intelectual suplen la falta de una librería italiana en la ciudad de México, falta deplorable que nos revela el espíritu de las autoridades italianas que deberían preocuparse de la difusión de nuestra cultura en el extranjero.³

³ No he dejado, apenas he regresado de México, de comunicar a las autoridades ministeriales italianas (tuve una plática con el honorable Taviani, entonces subsecretario de Relaciones Exteriores) y a los diversos editores italianos la existencia de la vergonzosa situación consistente en que mientras existen en la ciudad de México florecientes librerías inglesas y francesas, los libros ita-

Muchos de nuestros jóvenes estudiosos que hacen sus primeras armas se llenarían de orgullo si tuviesen conocimiento de la forma en que sus obras son apreciadas por los lectores de América Latina, y por ese motivo no cito nombres, para evitar que el engreimiento eche a perder a esos autores noveles... Pero acaso, más que enorgullecerse, comprenderían el peso de la responsabilidad que provoca la circunstancia de ser los herederos de una tradición de estudios jurídicos tan gloriosa como la italiana.

Solamente en México he podido aquilatar hasta dónde llega fuera de Italia, y especialmente en América Latina, el prestigio de esta tradición, que tiene su fuente más remota en el glorioso derecho romano, que revive y se enriquece en la doctrina del derecho común, y a la cual se remontan aún en la actualidad las legislaciones iberoamericanas, como la fuente de sabiduría jurídica que ha permanecido viva y actual.⁴ Únicamente remontándome al prestigio de esta tradición he podido comprender el justo significado de los honores, de otra manera excesivamente desproporcionados al mérito de la persona, que se me confirieron en las tres semanas de permanencia en México, y que fueron rendidos no al hombre en sí, sino a un representante de la vocación jurídica que, irradiando de Italia, ha sido una de las fuerzas creadoras de la civilización mundial. Este sentimiento de descendencia de un único tronco doctrinal del derecho común es muy vehemente entre los juristas mexicanos, de tal manera que cuando ellos vienen a Italia me han relatado que no dejan nunca de detenerse en Bolonia para visitar, como quien va de peregrinación a un santuario, las tumbas de los glosadores.

lianos, si alguien los busca, deben encargarse a Italia, con complicadísimas y superfluas formalidades aduaneras. Una señorita de la colonia italiana me hizo saber que para tener un ejemplar de *I Promessi Sposi* había sido necesario pedir el libro a Italia, y lo esperaba desde hacía seis meses. (No tengo noticia que de marzo de 1952 a la actualidad esta vergüenza haya desaparecido).

⁴ Cfr. E. T., Liebman, *Istituti del dir. comune nel processo civile brasiliano* (en *Studi in onoredi Redenti*, vol. I), pp. 581 y ss.

Con motivo de mi estancia en México debo hacer público mi reconocimiento en primer término al rector de la Universidad, que era en aquel tiempo el profesor de Derecho penal, doctor Luis Garrido, así como al decano de la Facultad de Derecho, profesor Mario de la Cueva, eminente estudioso del Derecho del trabajo, y a los profesores Virgilio Domínguez y Óscar Morineau, que rivalizaron entre sí para hacer que mi permanencia fuese cada vez más deliciosa. Pero el interés de los juristas mexicanos por la ciencia jurídica italiana se manifestó no solamente con su asistencia benévola a las conferencias que pronuncié en la Universidad, sino además a través de una serie de invitaciones y de recepciones que me fueron hechas por institutos culturales, academias y autoridades públicas. Fui invitado por la Escuela Libre de Derecho para hablar sobre la nueva Constitución italiana, y por el Ateneo Español y la Unión de Profesores Universitarios Españoles en el Extranjero, para exponer un tema que es todavía de dolorosa actualidad para los profesores españoles en el exilio: Experiencias sobre el advenimiento y caída del fascismo en Italia.

En la sede de la sección mexicana de la Sociedad Dante Alighieri se unieron tres academias jurídicas en una solemne recepción para honrar a la ciencia jurídica italiana: la Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia, presidida por el profesor Antonio Pérez Verdía; la Academia Mexicana de Derecho Procesal, dirigida por el ministro profesor Gabriel García Rojas, presidente de una de las Salas de la Suprema Corte de Justicia, y la Academia Italo-Mexicana de Estudios Jurídicos, presidida por el profesor Luis Chávez Hayhoe. Con motivo de mi presencia, se entregaron diplomas de honor, no sólo a mí, sino también a los profesores italianos Redenti, Carnelutti y Liebman; y en las salutations que el profesor Alcalá-Zamora y el presidente García Rojas dirigieron al huésped, el nombre pronunciado con mayor frecuencia fue el de Giuseppe Chiovenda, como reconocimiento de la aportación que la ciencia italiana ha hecho al estudio del derecho procesal.

Otras manifestaciones de cordialidad me fueron hechas por la magistratura: el gobernador y los magistrados del Estado de México me invitaron con gran solemnidad a hablar en Toluca, capital de dicho estado, sobre las relaciones entre los jueces y los abogados. Y en la ciudad de México, los máximos honores me fueron rendidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que es el órgano más elevado de la justicia federal, y por la que fui invitado a asistir oficialmente, sentado al lado del presidente de una de sus Salas, García Rojas, a una audiencia en materia civil, y en la cual pude seguir con gran interés el desarrollo de la discusión pública de la sentencia, que es una de las instituciones más peculiares del procedimiento mexicano. Al terminar la audiencia, que tuvo carácter solemne, y a la que asistieron también los presidentes de las otras Salas de la Corte, el presidente de la Sala Penal, profesor Teófilo Olea y Leyva, me dirigió elevadas palabras de salutación, manifestando que uno de los elementos con los que se integra la esencia del genio mexicano es el amor por “nuestra genealogía latina que se engarza a maravilla en nuestra hispanidad”; y, finalmente, el presidente García Rojas, desde la altura de su sitial, recordó cómo actualmente, así como en un tiempo las opiniones de los grandes doctores del derecho común, la doctrina jurídica italiana contemporánea tiene una influencia decisiva en la jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana, y citó un caso judicial resuelto recientemente por la Sala que presidía, y en el cual la decisión de una difícil controversia sobre la cosa juzgada fue realizada con apoyo en el concepto de “cosa juzgada hipotética”, contenido en las *Instituciones* de Giuseppe Chiovenda.

Después de tres semanas, he dejado México con profunda pena; y el sentimiento de afecto y admiración por ese país único, en el cual la conciencia de un gran pasado sirve de instigación para acelerar las conquistas civiles del porvenir, no se ha atenuado, sino que, por el contrario, se ha enriquecido con una vena de nostalgia. Por este motivo, al publicar estas conferencias he querido dejarlas en la forma en que fueron pronunciadas, y especialmente he querido conservar en la conferencia de clausura

la salutación final de despedida, tal como me brotó del corazón cuando me fue ofrecido por un grupo de colegas, y como testimonio de las tradicionales relaciones italo-mexicanas, el precioso tesoro bibliográfico de la primera edición italiana de la *Historia antigua de México*, de la que es autor el jesuita mexicano Francisco Javier Clavijero, quien, desterrado de México, la escribió en Bolonia entre 1770 y 1779, y comenzó a publicarla en 1780 en la imprenta de Gregario Biasini, editor de Cesena.⁵

De este viaje a México he regresado con la convicción de que los juristas iberoamericanos y los italianos tienen una gran tarea que realizar en común para perfeccionar conjuntamente los estudios jurídicos, por lo que si el tiempo me lo permite tengo el propósito de llevar a la práctica esta idea en la Universidad de Florencia.^a

En la base de la Constitución mexicana, que después de un periodo de convulsiones revolucionarias ha ido evolucionando gradualmente, por obra de los juristas, hacia una legalidad de-

⁵ Los siete colegas mexicanos que me obsequiaron esta rara edición me la dedicaron con estas palabras: *Este libro escrito en Italia por un mexicano, fue concebido en México; el autor vivió como exilado los últimos años de su vida en Bolonia. Aceptad este presente como vivo testimonio de nuestra amistad.* La traducción española fue tomada de la primera edición italiana, y de ella se hicieron siete ediciones, la última publicada en México en 1917. Solamente hace pocos años fue descubierto el manuscrito original en lengua castellana, publicado en 1945 en la bellísima *Colección de Escritores Mexicanos* de la Editorial Porrúa (colección de más de sesenta volúmenes que durante mi estancia en México me fue ofrecida como obsequio por el profesor Pablo Macedo).

^a *Este noble propósito del ilustre y llorado maestro florentino se realizó bajo su patrocinio como un anexo a su cátedra de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Florencia, e inició sus actividades en el año académico de 1955-1956 bajo la denominación de "Instituto de Derecho Procesal Comparado Italo-Iberoamericano", después de la muerte de su fundador ha seguido sus fructíferas actividades de intercambio cultural entre los procesalistas italianos e iberoamericanos. Cfr. la interesante reseña que sobre este Instituto escribió Niceto Alcalá Zamora y Castillo en el Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México, núm. 25, enero-abril de 1956, pp. 349 y 350, y el no menos importante ensayo de Mauro Cappelletti "Piero Calamandrei y la Defensa Jurídica de la Libertad", en Revista de la Facultad de Derecho de México, núm. 24, octubre-diciembre de 1956, pp. 153 y ss., especialmente p. 184 (N. del T.)*

mocrática cada vez más perfecta y pacífica, se encuentran las mismas premisas de libertad y de justicia social que deberían constituir las fuerzas animadoras de la Constitución italiana. Muchos de los problemas políticos y sociales que la democracia italiana está en camino de resolver encuentran precedentes dignos de estudio y comparación en la historia mexicana de estos últimos cuarenta años y en la legislación surgida de la revolución; tanto en el campo del derecho del trabajo como de los derechos agrario y minero, México se encuentra a la cabeza de las legislaciones modernas, mereciendo atenta consideración su derecho matrimonial y sus leyes sobre las relaciones entre la Iglesia y el Estado.

También en el campo del derecho procesal, del cual me ocupé más de cerca durante mi viaje, existen en México instituciones originales que pueden servir de enseñanza a las legislaciones procesales europeas; como la discusión pública de la sentencia, que bajo ciertos aspectos es preferible a nuestro sistema secreto de la cámara de consejo, o como el originalísimo recurso ante la Suprema Corte Federal, denominado “amparo”, del cual están orgullosos con justicia los jueces mexicanos, y que para garantizar la libertad de los ciudadanos reúne las funciones que en el ordenamiento italiano son encomendadas a tres diversas instituciones: los recursos de casación, ante el Consejo de Estado y ante la Corte Constitucional, por violación de la ley suprema.

Al salir a la luz estas conferencias, que serán publicadas en español al cuidado del profesor Alcalá-Zamora,^b deseo que entre

^b *La traducción, efectivamente, fue encomendada por el ilustre autor al no menos ilustre y destacado procesalista español, doctor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, que afortunadamente para el procesalismo mexicano, al que ha dado un decisivo impulso, reside en la ciudad de México; pero la ejemplar modestia de esta gran figura del procesalismo mundial provocó el escrúpulo de realizar dicha traducción por algunas frases de merecido elogio que Calamandrei le dedicara en sus conferencias, por lo que, a su vez, el maestro español dio el encargo a quien se considera como uno de sus discípulos más humildes, y por ese motivo la labor se realizó lentamente tomando en cuenta la gran responsabilidad asumida y siempre bajo la vigilancia y constante revisión del maestro Alcalá-Zamora, sin cuya dirección no hubiese sido posible terminarla (N. del T.)*

los procesalistas italianos y los hispanoamericanos, no digo que se establezcan relaciones que ya existen, pero sí que se reafirmen y lleguen a ser siempre más fructuosas que las ya existentes.

El fervor de la investigación por los estudios sobre el proceso civil, que floreció en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX, y que posteriormente, principalmente por mérito de Giuseppe Chiovenda, se trasladó a Italia en el primer tercio de este siglo, actualmente ha pasado a animar a las procesalistas de América Latina, debido al esfuerzo de los tratadistas en el exilio, que expulsados de sus patrias europeas durante los treinta años de terror fascista han encontrado refugio y libertad de estudio en América Latina (entre ellos nuestro Liebman), y por ello los estudios de derecho procesal son estimados grandemente entre los juristas iberoamericanos. Numerosos son los centros de este renacimiento: Brasil, donde está en vigor desde 1939 un Código de Procedimientos Civiles que se inspira directamente en la doctrina de Giuseppe Chiovenda;⁶ Argentina, donde el profesor Hugo Alsina, renovador de los estudios procesales en su país, ha creado con la *Revista de Derecho Procesal*, fundada por él, un instrumento científico que puede equipararse a las más reputadas revistas científicas europeas (y a su lado no puede menos que recordarse al doctor Santiago Sentís Melendo, secretario de Redacción, infatigable divulgador, a través de sus bellísimas traducciones españolas, de obras jurídicas italianas en América Latina);⁷ Uruguay, donde el soberano intelecto de Eduardo Couture ha abierto nuevos horizontes al estudio del derecho procesal; México, donde yo mismo, con la experiencia de la que son testimonio estas páginas, he visto la pasión con la que son cultivados

⁶ A. Levi, *Il nuovo Codice brasiliano di procedura civile*, en *Riv. di dir. proc. civ.*, 1941, I, p. 353; O. Da Cunha, *Comunicación al Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil*, efectuado en Florencia en 1950, en *Atti del propio congreso*, p. 194.

⁷ La comunicación de Niceto Alcalá-Zamora, *Aportación hispánica a la difusión de la ciencia procesal italiana*, en *Atti del Congr. internaz. di dir. proc. civile*, Padova, 1953, pp. 173 y ss.

los estudios de derecho procesal, para el incremento de los cuales se ha sentido la necesidad de crear una Academia especializada.^c

De todos estos países, el que se encuentra más cerca de Italia, por afinidad de problemas, es México, donde el fervor por los estudios procesales ha sido reavivado aún más en estos últimos decenios por la contribución científica de los catedráticos desterrados de España, la flor y nata de las universidades españolas, que la universidad mexicana ha acogido con fraternal generosidad, y entre los cuales sobresale, en el campo del derecho procesal, el gran maestro de sabiduría y coherencia moral que es Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.

México es actualmente un país que aprecia la libertad, donde el pueblo está en camino, a través de la democracia, hacia su redención social; por esto en México los juristas pueden creer en el derecho. Ese escepticismo que se advierte en Europa sobre la utilidad social de los juristas no se concibe en la República federal mexicana, donde, en el estímulo de la renovación jurídica que deriva de la conciencia de una revolución social recientemente realizada, no se observa (si mis impresiones no me han engañado) la escisión entre legalidad y justicia, que a veces hace estéril,

^c *Aquí se refiere el maestro florentino a la entonces existente Academia Mexicana de Derecho Procesal, constituida en mayo de 1945. Cfr. la información relativa y los estatutos en la Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núms. 25-28, enero-diciembre de 1945, pp. 397 y ss. Infortunadamente, las actividades de la Academia fueron decayendo hasta llegar a su total desaparición, y en su lugar se fundó el 30 de agosto de 1956 el Instituto Mexicano de Derecho Procesal por un grupo de destacados procesalistas, entre los cuales se encontraban algunos que pertenecieron a la extinta Academia, siendo de justicia hacer notar que el iniciador de la idea de constituir el Instituto fue nada menos que su actual vicepresidente, doctor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, secundado por ameritados juriconsultos mexicanos y españoles como José Castillo Larrañaga, Rafael de Pina, Gabriel García Rojas, Ignacio Medina, Roberto Molina Pasquel, Leopoldo Aguilar, Humberto Briseño Sierra, etcétera, que continúan realizando una magnífica labor en beneficio del desarrollo del derecho procesal, y este Instituto, en colaboración con el Instituto Latinoamericano de Derecho Procesal, fundado en Montevideo en el año de 1956, organizó el Primer Congreso Mexicano y las Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, efectuadas con gran éxito y brillante concurrencia internacional, en la Facultad de Derecho de México, durante los días 14 a 18 de febrero de 1960 (N. del T.).*

débil y negligente la obra de los juristas en Europa; el futurista es considerado actualmente en México (y también por esta razón atribuyo el calor del recibimiento de que fui objeto) como el apóstol de la justicia social y de la redención humana.⁸

Conservo aún en el corazón las palabras con las cuales el presidente de Sala, Teófilo Olea y Leyva, en el recinto de la Suprema Corte, finalizó su discurso de salutación al huésped italiano, expresando la esperanza de que se encontrase en México como en su propia casa: “...creemos que se ha encontrado cómodamente en México, ya que, como en su propia casa de Florencia, se respira y alienta el mismo ambiente que en esta patria, en donde estamos luchando constantemente para lograr un régimen que sea, dentro de nuestras humanas imperfecciones, cada vez de mayor libertad y de mejor justicia”.

Este es, efectivamente, ¡oh, amigos mexicanos!, el ideal por el cual trabajamos los juristas italianos en el campo del proceso: “mejor justicia a través de mayor libertad”.

Universidad de Florencia, noviembre de 1953.

⁸ En el discurso conmemorativo del IV Centenario de la Facultad de Derecho, el director, profesor Mario de la Cueva, advirtió que “*el jurista del futuro debe ser eternamente joven y enamorado de su ideal, que es un mundo y un derecho mejores*”.

I

DERECHO PROCESAL Y COSTUMBRE JUDICIAL

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 coordinación 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 ju-

rídicas) 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

⁹ De este autor *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 2a. ed., París, 1936, capítulo I; *id.*, *Les constitutions européennes*, 1951, I, *Essai synthétique*, p. 14.

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 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 como 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 posguerra 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 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 sangre en las venas, la fuerza política que las alimenta, pero si ésta disminuye, se atrofian y mueren de esclerosis.¹¹

¹⁰ Palabras escritas por Saleilles en 1908 y mencionadas por Prélot en el prólogo al vol. I de la obra citada, *Les constitutions européennes*.

^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, intitulada “Corte Costituzionale e Autorità Giudiziaria”, publicada posteriormente en la Rivista di diritto processuale, 1956, I, pp. 7-55 (traducción española de Héctor Fix-Zamudio, en el Boletín de Información Judicial, núms. 110 y 111, octubre y noviembre de 1956, pp. 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, p. 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*

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 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 conmisericordia 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 aque-

XII, núm. 2, junio de 1958, pp. 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, núm. 34, enero-abril de 1959, pp. 210 y 211 (N. del T.).

¹¹ Calamandrei, *L'insensibilità costituzionale*, en el *Ponte*, septiembre de 1952.

llas 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 como 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 procesos 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 innovaciones, 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 procedimiento “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), retroce-

de 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 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

¹² *Principii di dir. proc. civ.*, 3a. ed., p. 131.

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 legere 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.

¹³ R. Saleilles, en *Revue pol. et parlementaire*, vol. XXXVI, 1903, pp. 118 y 119.

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 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 solamente 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 impeditentes*. Sobre esta afinidad

¹⁴ Mortati, *Istituzioni di dir. pubblico*, Padova, 1952, capítulo V, § 3, pp. 26 y 55, sobre el “procedimiento legislativo”; Zanolini, *Corso di dir. amm.*, 6a. ed., vol. I, Milano, 1952, pp. 218 y ss., acerca del “procedimiento administrativo”.

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 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 correspon-

der a las que le preceden, y que en cierto sentido las condicionan. De estos intersticios en las junturas 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. Éstas 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 como 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 Floren-

cia, 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?

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 persuadimos 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.

¹⁵ *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*, pp. 173 y ss.

¹⁶ El discurso de inauguración del citado Congreso: Calamandrei, *Processo e giustizia*, en *Atti, cit.*, pp. 9 y ss.

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, síntomas 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, p. 153.

II

JUSTICIA Y POLÍTICA: SENTENCIA Y SENTIMIENTO

1. *El proceso como drama*

Al finalizar la conferencia anterior hacía notar que para el buen funcionamiento del proceso (y lo mismo puede decirse respecto de todas las instituciones públicas, especialmente en los ordenamientos democráticos) tienen mayor importancia las costumbres de los que están llamados a realizarlo en la práctica, que la perfección técnica de las disposiciones abstractas que lo regulan.

Se dice comúnmente que el proceso, civil o penal, puede equipararse a un drama; y en efecto, como ocurre en un drama, se desarrolla a través de una sucesión de actos realizados por varias personas, en forma dialogada, distinguiéndose entre los diversos episodios concatenados, que encuentran su desenlace, como en un epílogo, en la sentencia. Y, verdaderamente, el proceso tiene con mucha frecuencia, no sólo en las formas, sino también en su sustancia humana, un desarrollo dramático, triste o cómico, según los casos, y que se pone de manifiesto por el interés morboso con el cual el público se apasiona por ciertas controversias penales, y por la frecuencia con que, en el teatro o en el cinematógrafo, se llevan a la escena o a la pantalla representaciones tomadas de la vida judicial.

Por otra parte, todos sabemos perfectamente que una cosa es leer un drama impreso, tal como ha sido escrito por el autor, y otra es verlo representado por un gran actor que lo recrea y lo transfigura a través de la interpretación teatral. También en el proceso ocurre algo semejante, puesto que las leyes del procedi-

miento son recreadas y transfiguradas por las personas que las traducen en actos procesales concretos, o, en otras palabras, se podría también decir por los “personajes” que las representan e interpretan en la escena judicial, pero con algo más, pues en tanto que en los dramas teatrales el diálogo está escrito totalmente por anticipado, línea por línea, en el drama judicial el derecho procesal preestablece solamente una serie de modelos esquemáticos y abstractos, molduras vacías que deben ser llenadas, cada vez, con palabras escritas o habladas, por quienes participan concretamente en cada juicio particular. El derecho procesal se asemeja mucho, por esto, al “canevâ” de la comedia del arte, en la cual, dentro del esquema de la propia parte, los personajes recitaban por su cuenta, o sea, improvisando.

2. *La imparcialidad como carácter esencial del juez*

El más importante entre los personajes del proceso, el verdadero protagonista, es el juez. Asiste mudo e impenetrable a todo el desenvolvimiento del drama, siempre presente, aun cuando se limite a escuchar en silencio la disputa de los otros personajes. Pero al final, la última palabra, la palabra resolutive, es la suya; todo lo que ha sido dicho en el curso del debate se resume y se disuelve en su decisión. El epílogo del drama, el último acto del rito, es la sentencia. “*Ite missa est*”, “*ite iudicatum est*”. El juez es el *deus ex machina*, como la aparición purificadora de Atenea en la catarsis de la *Orestíada*.¹⁸

¿Cuál es entonces la función del juez en el proceso? Es decir, ¿cuál es actualmente, según el concepto abstracto que le otorgan las leyes, pero según también la concreta realidad histórica, la función del juez situada en el sistema jurídico de una Constitución democrática?

Históricamente, la cualidad preponderante que aparece inseparable de la idea misma del juez, desde su primera aparición

¹⁸ Redenti, *Intorno al concetto di giurisdizione*, Parma, 1914, pp. 11 y 12.

en los albores de la civilización, es la *imparcialidad*.¹⁹ El juez es un tercero extraño a la contienda que no comparte los intereses o las pasiones de las partes que combaten entre sí, y que desde el exterior examina el litigio con serenidad y con despego; es un tercero *inter partes*, o mejor aún, *supra partes*. Lo que lo impulsa a juzgar no es un interés personal, egoísta, que se encuentre en contraste o en connivencia o amistad con uno o con otro de los egoísmos en conflicto. El interés que lo mueve es un interés superior, de orden colectivo, el interés de que la contienda se resuelva civil y pacíficamente, *ne cives ad arma veniant*, para mantener la paz social. Es por esto que debe ser extraño e indiferente a las solicitudes de las partes y al objeto de la lite, *nemo iudex in re propria*.

3. *Varios métodos para garantizar la imparcialidad*

Pero si la imparcialidad es un requisito inseparable de la idea de juez, no es igualmente indispensable, para que exista un juez, que deba ser llamado a decidir *secundum leges*. El juicio *secundum leges* es una de las formas, la más perfeccionada y “racionalizada” de hacer justicia, no obstante lo cual, en la historia de las instituciones judiciales han variado con el tiempo los criterios, o los mecanismos, de los cuales se han servido los jueces para ser, y sobre todo para parecer, imparciales.

En las edades primitivas, el juez se confunde con el sacerdote o con el aurúspice, que pide ayuda e inspiración a la superstición y a la magia, leyendo la motivación de sus sentencias en el vuelo de los pájaros o en las vísceras palpitantes de la víctima inmolada. El juicio de Dios, la prueba del fuego, las ordalías, eran expedientes para introducir en el juicio, como garantía de imparcialidad, fuerzas superiores a todo cálculo humano y a todo cuidado terrestre, como la indiferencia de los dioses o la suerte ciega. También el método seguido por el famoso juez Bridoye de Rabelais, que

¹⁹ Alcalá-Zamora, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1947, especialmente, los números 38 y ss.

ponía sobre la balanza los escritos de los dos litigantes y daba la razón a aquel cuyo fascículo pesaba más, era un sistema para alcanzar la imparcialidad; como también lo era la justicia de los cadíes turcos, que decidían, como decía Francesco Guicciardini, a “ojos cerrados”; y, sin embargo, haciendo una estadística de sus decisiones, no se debe creer que las probabilidades de equivocación fuesen para ellos más grandes que para nuestros jueces.

Si nosotros suponemos las sentencias de los turcos dadas a oscuras, se puede concluir que proporcionalmente la mitad sea justa sin que tal vez exista una menor proporción de resoluciones injustas en las dictadas entre nosotros, ya sea por ignorancia o por malicia de los jueces.²⁰

Y lo mismo puede decirse del procedimiento expedito que un viajero etnólogo refiere haber visto utilizar por una tribu salvaje, habitante de las riberas de un lago africano; cuando surgía un litigio, los dos contendientes eran atados a dos maderos plantados en las proximidades del lago, a igual distancia de la orilla del agua, y allí eran abandonados en espera de la sentencia. A poco se veía surgir de las ondas al juez, un caimán viejísimo educado en este oficio, el cual, después de haber considerado la situación, se arrastraba lentamente hacia uno de los postes. El litigante al que le tocaba ser devorado, perdía la causa (con la correspondiente condena en costas).

4. *La justicia del caso particular*

Pero sin recurrir a estas curiosidades remotas o imaginarias, lo cierto es que también en los ordenamientos en vigor se pueden encontrar numerosos ejemplos de procesos en los cuales, al juez que debe hacer justicia, se le pide una operación muy diversa de la consistente en la aplicación rigurosa de leyes pre-

²⁰ Francesco Guicciardini, *Ricordi*, segunda serie, núm. 209 (en *Scritti politici e ricordi*, ed. Laterza, Bari, 1933, p. 333).

constituidas. También en los sistemas procesales de la Europa continental se encuentran numerosos ejemplos de “jurisdicciones de equidad” o de colegios arbitrales integrados por “amigables compondores”,²¹ los cuales determinan la justicia del caso individual, inspirándose, no en la ley, que no los obliga, sino en el sentido de equidad que vive en su conciencia, y que les dicta la decisión más conveniente y adecuada a las circunstancias del caso particular.

Así, en Italia, los órganos de la justicia administrativa, ante los cuales tienen derecho de acudir los ciudadanos para impugnar los actos definitivos de la administración pública, pueden, en ciertos casos, cuando ejercen la llamada jurisdicción *de fondo*, hacer un nuevo examen del contenido del acto, no bajo el rígido aspecto de la legitimidad, sino bajo aquel, mucho más fluido y adaptable caso por caso, de la conveniencia técnica y del interés público.

En esta serie de ejemplos de justicia sin leyes no puede olvidarse la jurisdicción *disciplinaria* que ejercitan algunos colegios profesionales sobre sus miembros, como aquella que realizan los consejos forenses sobre los abogados, cuya conducta en el ejercicio de la abogacía no es examinada de acuerdo con las normas legales, sino según los dictámenes tradicionales de rectitud y de probidad profesional que todos los que pertenecen a la Orden deben encontrar vivos en su propia conciencia.

En todos estos casos el juez no puede limitarse a leer en el código la solución ya preparada hipotéticamente en un precepto legal, sino que debe buscar en su íntimo sentido de justicia una solución “caso por caso”, fabricada, por así decirlo, no *en serie*, sino *a medida*.

Pero el ejemplo más evidente de este fenómeno en la experiencia contemporánea nos lo proporcionan las condiciones en que funciona la justicia en los periodos revolucionarios o en los de reorganización que siguen inmediatamente a una revolución victoriosa.

²¹ Calamandrei, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, en *Studi sul processo civile*, II, 1930, pp. 1 y ss.

Pensad en lo que sucedió en Rusia después de la revolución de 1917. Los tribunales del régimen zarista fueron disueltos; los magistrados y los abogados fueron enviados a palear la nieve, y se abolieron en bloque todos los viejos códigos.

En este “vacío de leyes” fueron creados *ex novo* los tribunales del pueblo, integrados por obreros y campesinos competentes para decidir de todas las causas civiles y penales. No existiendo leyes escritas, ¿sobre qué criterios se fundaban para juzgar? Sobre la “conciencia proletaria”, se decía entonces; lo que significa decidir de acuerdo con criterios políticos, esto es, según las exigencias de la lucha política en curso de desarrollo, en la cual inclusive la sentencia del juez llega a ser instrumento de acción revolucionaria.

En estos periodos de brusca transformación del orden social, el juez ejerce una función declaradamente política: elige para el caso concreto la solución que le parece *más útil* para la causa de la revolución; se inspira en su sentimiento (o en su resentimiento) de hombre de partido. Por otra parte, aun actualmente, después de que el ordenamiento jurídico ha sido reconstruido en la Rusia soviética como un sistema de leyes escritas que los jueces son llamados a aplicar, se continúa afirmando resueltamente el carácter político de la función judicial. La distinción entre justicia y política no existe en Rusia en el mismo sentido en que es aceptada en la tradición liberal de la Europa occidental; Vyshinsky,²² el que más que diplomático, en virtud de sus libros, ha sido considerado como el ilustrador autorizado del sistema constitucional soviético, estima abiertamente el proceso como uno de los instrumentos de lucha política, primero para el triunfo, y posteriormente para la defensa, de la revolución socialista.

Algo semejante ocurrió en Alemania bajo el nazismo, especialmente en cuanto al proceso penal, cuando en el Código Penal se introdujo una disposición que permitía al juez, castigar no sólo por los hechos que fuesen considerados delitos por la ley

²² A. Y. Vyshinsky, *The law of the Soviet state*, Nueva York, 1951, especialmente, pp. 497 y ss.

criminal, sino además por hechos que, no obstante no haber sido previstos con anterioridad como delitos, fuesen estimados por el juez como “contrarios al sano sentimiento del pueblo alemán”.²³

5. Justicia y política

Es cierto, por tanto, que en todos estos casos el juez no extrae su decisión de normas preconstituidas, sino de su inmediato sentimiento, de su sentimiento de hombre político que vive en sociedad, y que participa en la dinámica de aspiraciones económicas y morales, de apetitos y repugnancias, y hasta de “mitos”, y de todo aquello que puede denominarse, de manera comprensiva, corrientes “políticas” de su tiempo. La transformación de la política en derecho es realizada de vez en cuando por el juez para el caso particular, como *lex specialis*, y no anticipadamente por el legislador, constituyendo lo que la teoría ha denominado la creación judicial del derecho, el “derecho libre”. Aquí, verdaderamente, *sententia*, como lo indica la etimología, deriva de *sentimiento*; la sentencia no es obra del intelecto y de la ciencia, consistente en conocer y declarar algo que ya existe, sino en la creación práctica, voluntad alimentada por la experiencia social, que impulsa al juzgador a la búsqueda de determinada utilidad política que dé satisfacción a la experiencia. Incluso cuando el juez busca la solución del caso particular guiándose por ciertas premisas de orden general, que siente como adquisición preexistente de la sociedad a que pertenece (la llamada *equidad social*), las encuentra en su interior, registradas en su conciencia.

Ésta es la justicia del caso particular, que tiene el mérito, si el juez sabe ser fiel intérprete de la sociedad en que vive, de convenir perfectamente a las concretas circunstancias del caso particular, sin dejar márgenes ni intersticios. Pero es una justicia aleatoria. Falta no sólo la certeza, sino también la probabilidad

²³ En tal sentido fue modificado el § 2 del *St. G. B.* (Código Penal) por la ley del 28 de junio de 1935, que entró en vigor el 1o. de setiembre del mismo año.

del derecho; no existe garantía de un tratamiento igual de los casos similares, porque cada caso es considerado como un *unicum*, que no puede tener similares; y, por tanto, solamente *a posteriori*, después de la sentencia, se conocen los derechos y los deberes de cada uno, así como lo que puede considerarse como lícito o ilícito. La persona se encuentra a merced del juez.

Éste es el semblante sombrío de la justicia revolucionaria en los periodos del terror, en la que los tribunales de partido, aun cuando no constituyan el pretexto para desahogar rencores personales dando apariencia de autoridad a la venganza privada, es preciso preguntarse si verdaderamente deben considerarse como órganos de justicia o bien como instrumentos sanguinarios de guerra civil. También en Italia hemos tenido recientemente duras experiencias sobre este problema de la justicia en los periodos revolucionarios, y así ha ocurrido en Francia, tanto que la revista *Esprit*, que es una de las voces más altas del espíritu europeo, ha sentido la necesidad de dedicar un número especial a esta materia,²⁴ en el cual Emmanuel Mounier se ha planteado esta angustiosa pregunta: *¿Y a-t-il une justice politique?* ¿Puede existir, sin *contradictio in adiecto*, una justicia política? ¿Y en qué circunstancias esta justicia, no obstante inspirarse en criterios políticos, puede continuar siendo justa?

6. *Justicia* “secundum leges”

Pero frente a este sistema de la creación judicial de derecho, frente a esta justicia dinámica y romántica, los ordenamientos constitucionales fundados en la separación de poderes otorgan la preferencia al sistema estático y “racionalizado” de la *creación legislativa* del derecho, que pretende realizar de manera absoluta la separación entre justicia y política.

En el sistema de la creación judicial, el pasaje de la política a la sentencia es inmediato y directo; el juez vive sumergido en la

²⁴ *Esprit*, París, año XV, número de agosto de 1947.

política. En el sistema de la creación legislativa, o de la “legalidad”, entre la política y el juez está de por medio la ley. También en este último caso el derecho es un producto depurado y, por así decirlo, cristalizado, de la política; pero este proceso de depuración se desarrolla en dos tiempos: la primera fase es legislativa, y posteriormente viene la judicial. Las fuerzas políticas desembocan todas, como un torrente impetuoso que presiona la rueda de un molino, sobre los engranajes de los órganos legislativos; es en el Parlamento donde el choque de la política se aquietta en las leyes. En su trabajo de transformación de la política en derecho, el legislador no toma en consideración el caso particular, la lite ya surgida y preanunciada, el acto del conflicto individual, sino que se coloca en un plano más alto que el de los episodios individuales, apreciando a distancia los intereses colectivos y siguiendo desde lo alto, como en un panorama, la dirección y el movimiento progresivo de las corrientes sociales. Y extrayendo de este diagnóstico social, hecho no sobre el caso individual, sino sobre un gran número de ellos, la previsión de que en el futuro ciertos comportamientos típicos pueden dar lugar a determinados conflictos de intereses entre los coasociados, establece anticipadamente, de manera general e hipotética, aquello que debe valer como justo para todos los casos que tengan en concreto los caracteres del tipo abstractamente determinado.

Así, por ejemplo, cuando en virtud de circunstancias extraordinarias (como han sido las devastaciones producidas por la guerra en toda Europa) se ha producido una escasez general de alojamientos, el legislador advierte que se ha iniciado un periodo en el cual los conflictos de intereses entre los propietarios de casas e inquilinos han asumido una relevancia social que antes no tenían, y siente la necesidad de establecer anticipadamente una regulación jurídica que discipline de manera uniforme todos los choques que están por verificarse.

El ordenamiento jurídico, así esquematizado, se puede parangonar a un fichero: cada artículo de los códigos es una ficha, hecha para un determinado modelo de comportamiento humano.

Todas las acciones humanas que tienen relevancia para la sociedad (para un determinado tipo de sociedad) son clasificadas por tipos y registradas en el fichero; todo lo que no está previsto significa que no tiene trascendencia social, y que, por tanto, es indiferente para el ordenamiento jurídico, el que, por definición, no puede tener lagunas.

7. *El silogismo judicial*

Y entonces se comprende fácilmente cómo en este sistema la etapa judicial, o sea, el segundo momento, es muy simple. El juez al cual se presenta el hecho no debe hacer otra cosa que clasificarlo jurídicamente, es decir, reconocer en él los caracteres típicos de uno de los modelos previstos en el fichero, y una vez encontrado, no debe hacer otra cosa que leer en la ficha, fácilmente y con prontitud, la solución apropiada.

Es éste el famoso *silogismo judicial*. La ley es un juicio hipotético de carácter general que vincula un efecto jurídico a un posible evento; “Si se realiza un caso del tipo *a*, se produce el efecto jurídico *b*”. Aquí, dice el juez, se verifica en concreto un caso que tiene los caracteres del tipo *a*; por tanto, declaro que debe producir en concreto el efecto jurídico *b*. Por consecuencia, todo el trabajo del juez se reduce a encontrar la coincidencia entre un caso concreto y la hipótesis establecida en forma abstracta por la norma, o sea, de acuerdo con la conocida terminología escolástica, la coincidencia entre la “hipótesis real” y la “hipótesis legal”.

Por tanto, se observa cómo en esta configuración todo el trabajo del juez es puro y tranquilo. El juez no tiene contacto directo con la política; entre él y la política está de por medio la muralla sin ventanas de la ley. Todas las escorias de la política, todo lo que la política tiene de impuro y desagradable, no llega a las manos del juez, que encuentra sobre su escritorio las pequeñas obras de orfebrería lógica formuladas por las leyes, pulidas y depuradas, ignorando el fango que ha sido necesario remover

para encontrar el metal y el fuego indispensable para fundirlo en el crisol.

Éste es el sistema de la legalidad, el mecanismo perfecto construido para los periodos felices de la vida constitucional. Es un sistema de calma y de optimismo, que corresponde a todos los principios iluministas de la democracia; es la “racionalización del poder”, que sustrae la decisión judicial al capricho del juzgador; es la división de poderes, que separa los campos del legislador y del juez; es la certeza de los derechos, suprema garantía de la libertad personal. Considerad la forma ingeniosa en que este sistema ha alcanzado la imparcialidad. El legislador es imparcial, porque desde lo alto, obrando sobre grandes números y anticipadamente, no puede prever en el futuro quién caerá individualmente en lo dispuesto por sus leyes, quién será el vencido y quién el vencedor, qué rostros vivientes quedarán comprendidos en los marcos establecidos con anterioridad. Y el juez, por su parte, no puede dejar de ser imparcial, porque al juzgar no puede dejar de hacer otra cosa que referirse a la ley. Sentencia justa en este sistema no significa sentencia conforme al sentimiento social, sino que quiere decir simplemente sentencia *conforme a la ley*; y si con posterioridad llega a ocurrir que la ley no corresponda (o ya no corresponda) al sentimiento social, esto no es asunto del juez, sino del legislador: *dura lex sed lex*.

Por tanto, la sentencia llega a ser un producto de pura lógica en la que no tiene cabida el sentimiento. El juez tiene la fortuna de vivir tranquilo y calmado, libre de las tempestades del sentimiento, en la serenidad lunar del silogismo. Recordad la célebre frase de Montesquieu: “Les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n’en peuvent moderer ni la force, ni la rigueur”.²⁵ Seres inanimados, máquinas; máquinas de hacer silogismos, o mejor aún, aparatos *ópticos*, porque en este sistema, según la concepción panlogística de los juristas, las leyes, en virtud de su predisposición hipotética y predeterminada, por la cual se prevé cierto efecto jurídico como

²⁵ *Esprit des lois*, libro XI, capítulo VI.

consecuencia automática de la realización concreta de determinada hipótesis, se aplican por sí, descienden ellas mismas para regular el mundo, y, por consecuencia, las relaciones jurídicas, los derechos, las obligaciones, nacen por sí, viven y se extinguen en el mundo jurídico *sin necesidad de la mediación del juez*

Ya sabéis que nosotros, los juristas, a fuerza de hacer silogismos nos hemos creado un mundo propio, donde nos imaginamos que las relaciones jurídicas viven como animales de una zoología metafísica, a los cuales sólo pueden aproximarse los iniciados, y así como Galileo veía al mundo hecho de triángulos, nosotros encontramos en nuestro camino a los derechos que se mueven y asisten al bautismo y a los funerales de las relaciones jurídicas. Todo esto sucede sin que el juez pueda intervenir para modificarlo, ya que el juez es un espectador que se limita a observar lo que debe *declarar* como ya existente; no crea los derechos, sino los declara. Es un mecanismo hecho de lentes selectivos que descubre a su alrededor lo que ya existe, pero que los ojos comunes no ven, o, si lo preferís, es un proyector que con su haz luminoso revela la misteriosa vida submarina de los organismos jurídicos.

8. *Imprevisibilidad de la sentencia*

Pero en este punto me siento tentado a dirigir una pregunta a aquellos de vosotros que como jueces o como abogados ya conocéis prácticamente cómo funciona en realidad la justicia. La pregunta que planteo es esta: ¿de verdad os parece que esta concepción puramente intelectualista y silogística del juez es satisfactoria y, sobre todo, que corresponde a la verdad?

La certeza del derecho... Cada uno sabe anticipadamente cuáles son sus derechos y sus deberes; todos pueden leer anticipadamente en las leyes, como en una lista de precios en el mercado, el valor jurídico de sus acciones; cada uno, cuando acude ante el juez, puede prever su suerte únicamente con saber razonar.

Pero ¿todo esto es verdad o ilusión? ¿Es estrictamente verdadero que en el sistema de la legalidad, la sentencia del juez es

previsible con seguridad? ¿Es propiamente verdad que el juez se limita a declarar lo que ya existe, tal como si fuese una historia de la realidad jurídica, sin concurrir con la voluntad estimulada por su sentimiento, a la creación práctica de esta realidad? También yo, en un ensayo juvenil,²⁶ he presentado la sentencia como una progresión de silogismos en cadena, pero con posterioridad la experiencia del patrocinio forense me ha demostrado, no que esta representación sea equivocada, pero sí que es incompleta y unilateral, porque aquel que imagina la sentencia como un silogismo no ve la sentencia viva, sino su cadáver, su esqueleto, su momia.

Digámoslo en confianza. ¿Quién entre nosotros, los abogados, puede prever anticipadamente el éxito de una causa? Ciertamente, en el sistema de la legalidad la previsión puede hacerse con un grado mayor de aproximación que en el sistema del derecho libre. Especialmente cuando entran en juego ciertas disposiciones de carácter rígido y formal, como las relativas a la prescripción y a la preclusión, el éxito del juicio se puede prever con un cálculo de probabilidades que se aproxima a la certeza.

Pero aun en estos casos no existe nunca una certeza absoluta. Cuando el cliente pide anticipadamente al abogado la garantía de una victoria segura, el defensor serio y honesto no puede responderle sino con el viejo adagio: *habent sua sidera lites*. En un tiempo me rebelaba contra este lema que consideraba desprecia-tivamente²⁷ como una expresión de vil y perezosa resignación; cuando se sabe que se tiene la razón, es preciso estar convencido de que la justicia es más fuerte que la adversidad de los astros. Pero posteriormente, con el pasar de los años, me he reconciliado con este lema, que adoptado antes del juicio puede tener para el patrocinador efectos deprimentes, pero si se utiliza con posterioridad es posible que adquiera un efecto consolador. Se debe prever el triunfo, se debe hacer todo para vencer, pero si

²⁶ Calamandrei, *La genesi logica della sentenza civile*, en *Studi*, cit., I, 1930, pp. 1 y ss.

²⁷ Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, 1938, 2a. ed., p. 3.

con posterioridad la sentencia del juez desmiente las previsiones, entonces es el momento de encontrar consuelo en la sabiduría del proverbio latino. La sentencia es injusta, no importa, *habent sua sidera lites*, y nos consolamos de esta manera.

9. *Insuficiencia, inclusive en el sistema de la legalidad, de la concepción meramente lógica de la sentencia*

La verdad es que el juez no es un mecanismo, no es una máquina calculadora. Es un hombre vivo, y su función de individualizar la ley y de aplicarla al caso concreto, que *in vitro* puede representarse como un silogismo, es en realidad una operación de síntesis que se cumple misteriosa y calurosamente en el crisol sellado del espíritu, en el cual la mediación y la soldadura entre la ley abstracta y el hecho concreto tienen necesidad, para realizarse, de la intuición y del sentimiento ardiente de una conciencia laboriosa. En suma, el sistema de la legalidad, y en general la teoría normativa del derecho, es un esquema didáctico, útil para los juristas, pero esta descomposición lógica de la sentencia se asemeja a los análisis de los químicos, que aun cuando hayan alcanzado a individualizar todas las sustancias elementales de las que está compuesto un organismo vivo no han logrado, sin embargo, encerrar en fórmulas la chispa de la cual ha brotado la vida por la misteriosa combinación de estos elementos.

Por otra parte, inclusive en el sistema de la legalidad, son las propias leyes las que ofrecen al juez el camino para hacer pasar el sentimiento hacia las rígidas fórmulas dictadas por la razón. Es la ley la que frecuentemente da al juez el poder de decidir según equidad, “según las circunstancias”, “con apreciación equitativa de las circunstancias del caso” (por ejemplo, el artículo 2056 del Código Civil Italiano). En la técnica legislativa se adoptan con frecuencia las expresiones tradicionales de significado genérico y variable (“buena fe”, “diligencia normal”, “diligencia del buen padre de familia”) que han sido denominadas imaginativamente los “órganos respiratorios” o “las válvulas de seguridad del siste-

ma jurídico”, porque a través de ellas el juez, dando un contenido concreto, caso por caso, a estas frases elásticas, logra hacer penetrar en las leyes muertas el aire vivificador de las exigencias sociales, que se encuentra en perpetuo movimiento de evolución. Pero aun sin acudir a estos conocidos expedientes técnicos, con los cuales el mismo legislador hace que en el interior del derecho “racionalizado” penetre el oxígeno de lo irracional, es preciso persuadirse de que toda interpretación constituye una nueva creación, y que en toda interpretación tiene decisiva influencia la inspiración individual.

La ley preestablecida es uno de los coeficientes que concurren a estimular la conciencia del juez en la decisión, pero no es el único factor, lo que explica ciertos fenómenos, que de otra manera pudieran parecer incomprensibles, de disparidad de la jurisprudencia; dos jueces, en dos aulas de la misma Corte, tal vez el mismo día, aplicando la misma ley a dos casos absolutamente similares, deciden la misma cuestión en sentido diametralmente opuesto. ¿Cuál de ellos se ha equivocado? Ninguno de los dos, porque si la ley era la misma para ambos, si los hechos eran idénticos, sin embargo era diverso el sentimiento individual del juzgador, a través del cual la ley y los hechos se han encontrado. En casos como éstos no hay más que inclinarse ante los *sua sidera*; el litigante que ha perdido la causa porque ha sido juzgado en esta sala, la habría ganado si hubiese entrado, para ser juzgado, en la sala contigua; no es el juez el que ha equivocado la sentencia, sino el litigante que se ha equivocado de puerta. También los antiguos doctores conocían esta inestable perplejidad en que se encuentra el juzgador cuando la cuestión de derecho es tan sutil e incierta que puede bastar, para resolverla en favor de una parte más que en beneficio de la otra, apenas un leve impulso del sentimiento; y a este imperceptible viraje lo llamaban “el tanto del amigo”.²⁸

²⁸ G. Salvioi, *Storia del diritto italiano*, 9a. ed., Torino, 1930, p. 123, recuerda el “tanto del amigo”, atribuyéndolo a Deciano. *Cfr.* D. Tiberius Degianus, *Responsa*, vol. III, Venetiis, MDCII, resp. LIX, núm. 6, folio 149: “Amicitia facit iudicium pro reo, sicut inimicitia facit iudicium contra reum”.

10. *La sentencia, creación de la conciencia del juez*

Podemos, por tanto, concluir que reducir la función del juez a una simple actividad de hacer silogismos significa empobrecerla, hacerla estéril, disecarla. La justicia es algo mejor: es la creación que emana de una conciencia viva, sensible, vigilante, humana. Es precisamente este calor vital, este sentido de continua conquista, de vigilante responsabilidad, que es necesario apreciar e incrementar en el juez.

El peligro mayor que amenaza a los jueces en una democracia, y en general a todos los funcionarios públicos, es el peligro del hábito, de la indiferencia burocrática, de la irresponsabilidad anónima. Para el burócrata, los hombres dejan de ser personas vivas y se transforman en números, cédulas y fascículos: en un “expediente”, como se dice en el lenguaje de las oficinas, esto es, una carpeta bajo cuya cubierta están agrupados numerosos folios protocolizados, y en medio de ellos, un hombre disecado. Para el burócrata, los afanes del hombre vivo que está en espera no significan nada; ve aquel enorme cúmulo de papeles sobre su escritorio y sólo trata de encontrar un medio de hacerlo pasar al escritorio de otro burócrata, su vecino de oficina, y descargar sobre él el fastidio de aquel engorro.

¡Ay si esta indiferencia burocrática penetra entre los jueces!
¡Ay de ellos si se acostumbran al llamado punzante de su responsabilidad!

Quien reflexiona en el peso de los dolores humanos que está encomendado a la conciencia de los jueces se pregunta cómo ellos, con tan terrible tarea, pueden dormir con tranquilidad. Sin embargo, el sistema de legalidad entendido en forma demasiado escolástica, con el ingenioso mecanismo del silogismo judicial, parece hecho a propósito para privar al juez del sentido de su terrible responsabilidad y para ayudarlo a dormir sin angustias.

En la plaza se encuentra un ahorcado, condenado a muerte por el juez. La sentencia ha sido ejecutada, pero esa sentencia era injusta; el ahorcado era inocente.

¿Quién es el responsable de haber asesinado a ese inocente?
¿El legislador que ha establecido en la ley la pena de muerte en abstracto, o el juez que la ha aplicado en concreto?

Pero tanto el legislador como el juez encuentran la manera de salvar su alma con el pretexto del silogismo.

El legislador dice: no tengo la culpa de esa muerte; puedo dormir tranquilo porque la sentencia es un silogismo del cual sólo he construido la premisa mayor, una inocua fórmula hipotética general y abstracta, que amenazaba a todos, pero que no afectaba a ninguno. Quien lo ha asesinado ha sido el juez, ya que ha sido él quien ha extraído de las premisas inocuas la conclusión mortífera, la *lex specialis* que ha ordenado la muerte del inocente.

Pero el juez dice a su vez: no tengo la culpa de esa muerte, y puedo dormir tranquilo, ya que la sentencia es un silogismo del cual no he hecho otra cosa que extraer la conclusión de la premisa impuesta por el legislador. Ha sido el legislador quien lo ha asesinado, con su ley, que era ya una *sententia generalis*, en la cual también estaba comprendida la condena de aquel inocente.

Lex specialis, sententia generalis; así, el legislador y el juez se atribuyen, recíprocamente, la responsabilidad y pueden dormir tranquilos uno y otro, mientras el inocente se mece en la horca.

Pero ésta no puede ser la justicia de una democracia, ni éste puede ser el juez digno de la ciudad de los hombres libres. Ya hemos dicho con anterioridad que la democracia es un compromiso, un *engagement*: “faute de cet engagement la technique constitutionnelle est norté”. Lo mismo se puede decir en cuanto a la técnica judicial.

No queremos saber nada de los jueces de Montesquieu, “*etres inanimés*”, hechos de pura lógica. Queremos jueces con alma, jueces *engagés*, que sepan llevar con humano y vigilante empeño el gran peso que implica la enorme responsabilidad de hacer justicia.

(19 de febrero de 1952)

III

INDEPENDENCIA Y SENTIDO DE RESPONSABILIDAD DEL JUEZ

1. *Independencia del juez: independencia de la magistratura respecto de los otros poderes, e independencia individual de cada juez*

La conferencia anterior concluyó con la observación de que el juez de un ordenamiento democrático no puede equipararse a una máquina calculadora, en la que basta apretar un botón para obtener el talón con la suma exacta, sino que debe tener una conciencia humana, totalmente dedicada a la difícil misión de hacer justicia, dispuesta a aceptar sobre sí toda la responsabilidad de la decisión, que no es el producto de una operación aritmética, sino el resultado de una elección moral.

Con esto no se pretende significar que el juez pueda olvidarse de la ley, ya que en el sistema de la legalidad no está facultado para salirse de los límites que ella establece, sino que solamente quiere decir que, para aplicarla fielmente, el juez no debe considerarla como una imposición extraña que le venga de lo alto, sino que debe buscar sus fundamentos en su propia conciencia, y cuando vaya a traducirla en mandamiento concreto, recrearla con su partícipe sentimiento. Se dijo en alguna ocasión que la obra de arte es “une tranche de vie”, un pedazo de la realidad reflejado a través de la sensibilidad de un artista; se podría decir, igualmente, que la sentencia es un artículo de la ley filtrado a través de la conciencia del juez.

En un ordenamiento democrático, la ley expresa (o debería expresar) una exigencia popular que vive en la conciencia de todos los integrantes de la sociedad; y el juez, que es el intérprete oficial de la ley, debe encontrar reflejada en sí mismo esa concien-

cia social de la que ha nacido la ley, y leer en la propia conciencia individual los fines de orden general que su pueblo ha querido alcanzar con la ley. Pero para que pueda dedicarse sin distracciones a esta delicada investigación introspectiva y sentir en sí todo el peso y al mismo tiempo todo el honor de esta responsabilidad es preciso que sea *independiente*, que se encuentre solo con su conciencia, para escuchar lo que la ley le “dicta en su interior”.

En todas las Constituciones democráticas modernas ha sido proclamada como garantía esencial de la justicia la independencia de los jueces y de la magistratura. En los regímenes totalitarios, el juez no es independiente, es un órgano político, un *strumentum regni*. La independencia del juez sólo puede asumir su pleno significado en las democracias que se apoyan en el principio de la separación de poderes. La Constitución italiana la ha proclamado en dos preceptos: “los jueces están sometidos solamente a la ley” (artículo 101); “la magistratura constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder” (artículo 104).

Pero ¿qué se quiere decir exactamente con la palabra “independencia”? ¿En qué relación se encuentra la independencia de la magistratura colectivamente considerada, en el sentido de autonomía del Poder Judicial frente a los otros poderes del Estado (artículo 104), respecto de la independencia del magistrado particular, considerado individualmente como juzgador que en el momento en que decide no puede recibir otras órdenes que las de la ley, tal como está representada en su conciencia? (artículo 101).

2. *Independencia del juez en relación con estímulos egoístas*

Se trata de dos conceptos coordinados, pero distintos; la independencia de la magistratura, estimada como sistema de órganos instituidos para juzgar, como “orden autónomo e independiente de cualquier otro poder”, no constituye sino un medio (uno de los medios) para garantizar la independencia del magistrado individual en el momento en que juzga. Esta independencia individual del hombre-juez es la que verdaderamente tiene

importancia y constituye el fin último al cual deben mirar todos los perfeccionamientos del ordenamiento judicial, porque sin independencia no puede existir en el juez el sentido de responsabilidad moral, que es la primera virtud del magistrado.

Independencia individual del juez significa, antes que nada, liberación, en el momento en que juzga, de todos los estímulos psicológicos de naturaleza egoísta. Se ha dicho que el juez, al aplicar la ley, debe hacerla revivir en el calor de su conciencia, pero en esta evocación de la ley, que no se hace de pura lógica, el juez debe sentirse únicamente como hombre *social*, participe e intérprete de la sociedad en que vive, y no impelido a juzgar en determinado sentido por motivos de parcialidad privada, de naturaleza personal o familiar; amistad o favores, parentesco o celos, temores de peligro o ambiciones de ganancias o de honores, todo aquello, en suma, que Guicciardini habría denominado “su yo particular”. La conciencia del juez cuando afronta la decisión de un litigio debe encontrarse como una página en blanco sobre la cual los acontecimientos episódicos de la vida privada no han escrito nada; sus conocimientos extrajudiciales pueden estar presentes cuando juzga, pero solamente en cuanto, perdido su significado episódico y asumiendo el más amplio y sereno significado social, hayan entrado a formar parte de su cultura como “máximas de experiencia”.²⁹ La toga y la peluca son símbolos de esta reducción del hombre particular al hombre juez; hombre en el cual el sentimiento individual sólo se admite cuando opera en función de su misión social de juzgador.

Indudablemente que no es fácil para el juez independizarse de la red de vínculos, con frecuencia para él mismo difíciles de reconocer, en que lo envuelven sus afectos e intereses particulares; olvidarse de ser marido o padre; dejar de pensar, mientras juzga, en sus angustias económicas o en la enfermedad que lo mina. Precisamente el heroísmo del juez se aquilata en la medida en que alcanza a evadirse de la presión de su egoísmo; con un

²⁹ Calamandrei, *Per la definizione del fatto notorio*, en *Studi sul processo civile* vol. II, Padova, Cedam, 1930, pp. 289 y ss.

mísero estipendio, que impone a su familia una vida de pobreza, debe defender sin envidia y según justicia las ilimitadas riquezas ajenas; debe permanecer en la audiencia escuchando las prolijas disertaciones de los defensores aun cuando su corazón de padre lo llame con urgencia a la cabecera del hijo enfermo; y en una causa de separación conyugal debe condenar al marido, en caso necesario, a pesar de que en su propia vida matrimonial haya sido sin su culpa un esposo desdichado.

Es difícil para el juez dejar en la puerta, antes de entrar al salón de sesiones, su equipaje privado, y sobre todo es difícil que en su interior llegue a distinguir las prevenciones injustas y las simpatías preconcebidas de carácter personal, que tratan de ocultarse bajo el disfraz de la imparcialidad. Sin convertirse en un autómatas y continuar siendo una persona, el juez debe dejar de ser “un particular”. En todas las legislaciones se encuentran disposiciones que están dirigidas a ayudar al juez a liberarse de la envoltura de “su yo particular”, y que directamente le imponen, cuando se llega a temer que no pueda lograr alcanzar esa liberación, que deje el puesto a otro que tenga menos prejuicios (abstención y recusación, artículos 51 y siguientes del Código de Procedimiento Civil Italiano).

3. Independencia de toda subordinación jerárquica

Pero normalmente, en el lenguaje común, cuando se habla de independencia del juez, se quiere hacer referencia especialmente a la falta, en el ejercicio de la función judicial, de todo vínculo de subordinación jerárquica. El juez, cuando decide, no tiene sobre sí superiores de los cuales pueda recibir órdenes o instrucciones, no puede ocultarse para atenuar su responsabilidad detrás de la autoridad de los superiores jerárquicos, sino que depende exclusivamente de la ley, debiendo él mismo elegir, de acuerdo con su conciencia, la ley de la que dependa.

Aun cuando en el ordenamiento judicial existe, para los efectos de las impugnaciones, una jerarquía de “grados”, la misma

da lugar a un examen sucesivo de la sentencia ante un juez superior, pero no establece la obligación previa del juez inferior, en el momento en que decide, a uniformar su criterio a las instrucciones del superior. El más humilde conciliador, que pertenece al primer peldaño de la escala judicial, no recibe órdenes, en el momento en que juzga, ni siquiera del magistrado supremo de la jerarquía, que es el primer presidente de la Corte de Casación.

El funcionario administrativo encuentra cómoda excusa a su inercia o negligencia en la subordinación jerárquica. El burócrata que descuida su deber no se fatiga mucho para justificarse: “órdenes superiores”, y se encoge de hombros. Sin embargo, para el juez, cuando decide, no existen “órdenes superiores”. Él se encuentra *solo*, como si se hallase, en todo caso, en la cúspide de la pirámide jerárquica; sólo con la ley y con su conciencia, *superiorem non recognoscens*. Bajo este aspecto, la independencia del juez casi se podría considerar como una especie de “soberanía”; su posición es la de un órgano con función soberana, como lo son los integrantes del Parlamento, que ejercitan sus funciones “sin vínculo de mandato” (artículo 67 de la Constitución italiana).

Pero esta independencia de todo vínculo de subordinación jerárquica, que es muy fácil de expresar, no es, por otra parte, tan sencilla en su realización práctica, y, especialmente, en una democracia parlamentaria, donde la solución de este problema se presenta ardua y complicada.

4. *Injerencia del ministro de Justicia en la carrera de los magistrados y sus peligros*

En la democracia parlamentaria, el Parlamento, que representa al pueblo soberano, ejercita su control político sobre toda la actividad de gobierno; y todos los ministros responden ante el Parlamento (principio de la “responsabilidad ministerial”) de la buena marcha del ramo de la administración pública que tienen a su cargo, y para permanecer en su puesto tienen necesidad de la confianza del Parlamento.

También la administración de justicia es una rama de la administración pública, al frente de la cual se encuentra el ministro de Justicia, quien en relación con su dependencia, como cualquier otro ministro, responde ante el Parlamento del buen funcionamiento de los órganos judiciales. Pero para poder responder del buen funcionamiento es preciso que tenga los poderes disciplinarios y de organización indispensables para mantener o aumentar la eficiencia, de acuerdo con las exigencias del servicio, para corregir los inconvenientes y para reprimir los abusos, siendo necesario, por tanto, que el ministro tenga sobre la actividad y sobre la disciplina de los órganos judiciales una *intervención* efectiva. Sin embargo, esta intervención del ministro sobre los magistrados implica necesariamente una dependencia de los propios magistrados respecto del ministro.

El principio de la independencia de la magistratura, como “orden autónomo e independiente de todo otro poder”, permanece, en tanto impere este sistema, como una expresión puramente platónica. La magistratura, entendida como organización judicial, no es autónoma, porque constituyendo una de las ramas de la administración pública, depende del Ministro de Justicia, que es el jefe de esta rama, y del gobierno, a través del referido ministro.

Por consecuencia, existe en este sistema híbrido un contraste entre dos principios, que se refleja concretamente en el malestar individual de cada magistrado. Es verdad que el magistrado, en el momento en que juzga, es el órgano de una función soberana que no recibe órdenes de ningún superior, pero también es verdad que el mismo magistrado, para poder ejercitar tal función, ha sido designado por el Estado como un empleado público, y se encuentra vinculado a la administración pública por una relación de trabajo retribuido, con derecho a sueldo y con los correspondientes deberes del cargo. En la misma persona se encuentran reunidas dos posiciones que parecen incompatibles: independencia constitucional de la función y dependencia administrativa del funcionario. El magistrado, que como órgano de una función so-

berana se encuentra desvinculado, en el momento en que decide, de toda subordinación jerárquica, está sujeto, sin embargo, como funcionario vinculado por la relación de empleo, a los acuerdos y a la disciplina de la administración en la que está empleado, y al frente de la cual se encuentra el ministro de Justicia.

El peligro de este sistema híbrido es evidente; como órgano político, el ministro puede sentir la tentación, con motivo de algún proceso que tenga importancia política, de servirse de la intervención jerárquica que tiene en la situación administrativa (la llamada “carrera”) y sobre la disciplina del empleado, para desviar o limitar de hecho la independencia del juez. Es verdad que, como juez, el magistrado es libre jurídicamente para decidir conforme a los dictados de su conciencia; pero si el ministro o los politicastos que se ocultan en la sombra dan a entender discretamente que de la forma en la que decida determinado proceso puede depender un ascenso deseado o un temido traslado, es claro que por este camino volverán a asomarse en la conciencia del juez los estímulos perturbadores de orden privado, a los cuales el empleado, que piensa en su sueldo y en los estudios de sus hijos, no puede permanecer insensible. No es válida la objeción de que en virtud de un precepto de la Constitución italiana (artículo 107) “los magistrados son inamovibles” y que los ascensos deberán otorgarse según una graduación de méritos técnicamente declarada; en realidad, en tanto que el magistrado permanezca como empleado bajo la dependencia administrativa del Ministerio de Justicia, permanecen abiertos numerosos pasajes a través de los cuales, por medio de la esperanza o el temor, la política gubernativa puede hacer sentir su influencia perturbadora sobre la justicia. El peligro aumenta por el hecho de que el ejercicio del mandato parlamentario no es incompatible con el ejercicio de la profesión forense, de manera que el público se inclina a sospechar que en determinados procesos el prestigio del defensor puede ser acrecentado ante los magistrados por su filiación política o por sus “influencias” ministeriales, de todo lo cual se dieron ejemplos célebres bajo el régimen fascista, en el que se veía

que, apenas nombrado un nuevo ministro de Justicia, sus más próximos parientes, que para su fortuna fuesen abogados, y que hasta ese día eran considerados como profesionales mediocres y oscuros, se transformaban de improviso en luminarias del foro, asediados por la clientela.

5. *El sistema de “autogobierno” de la magistratura en la Constitución italiana*

Para remediar estos inconvenientes, la Asamblea Constituyente que discutió la nueva Constitución italiana se propuso liberar la función judicial de toda intervención gubernativa, adoptando el sistema de “autogobierno de la magistratura”. Alguien, para quitar de plano cualquier ocasión, había propuesto sin rodeos la abolición del Ministerio de Justicia, medida draconiana que habría debido ser integrada con la introducción de la absoluta incompatibilidad entre el mandato parlamentario y el ejercicio de la abogacía.

Pero ninguna de estas dos proposiciones fue aceptada. Se estableció, sin embargo, el principio del autogobierno, por virtud del cual todas las determinaciones relativas a las designaciones, ascensos y traslados de los magistrados y su disciplina, anteriormente de la competencia del Ministerio de Justicia han sido confiados a un Consejo presidido por el presidente de la República e integrado en su mayor parte por magistrados elegidos por la misma magistratura, y que se denomina “Consejo Superior de la Magistratura”; pero el Ministerio de Justicia no ha sido suprimido, y puesto que continúa conservando frente al Parlamento la responsabilidad política del buen funcionamiento de la administración de justicia, mantiene todavía, aun cuando dentro de límites más restringidos, la iniciativa disciplinaria (artículo 107) que presupone un poder de vigilancia sobre los magistrados y una cierta injerencia administrativa (artículo 110).

Y no obstante que la Constitución italiana entró en vigor en 1948, todavía está en discusión la ley de organización judicial,

cuya aplicación deberá resolver prácticamente el difícil problema de conciliar el autogobierno de la magistratura con la responsabilidad ministerial del ministro de Justicia.³⁰

6. *Los peligros de la “carrera”*

Y, sin embargo, aun cuando se hubiese resuelto en forma satisfactoria el problema de la absoluta independencia de la magistratura respecto de toda injerencia gubernativa, y que todos los acuerdos relativos al estado jurídico y a la disciplina de los magistrados hubiesen sido confiados, en un régimen de absoluta autonomía, al Consejo Superior de la magistratura, no obstante tal situación no es aún suficiente para garantizar la independencia individual del magistrado, porque en el supuesto de que la magistratura organizada como poder constitucional autónomo no estuviese sujeta en alguna forma a las intervenciones y vigilancia por parte del poder gubernativo (artículo 104), no por esto el magistrado individual quedaría liberado de los cuidados de orden personal y familiar, que ahora le provendrán de su calidad de empleado que vive de su sueldo, y que naturalmente está deseoso de ascensos y de mejoras económicas.

En el ordenamiento judicial italiano, y en general en el sistema tradicional predominante en los ordenamientos judiciales de la Europa continental, el oficio de juez no constituye un *munus publicum* temporal y electivo, como de diputado al Parlamento, que no se confunde (o no debería confundirse) con la profesión, sino que constituye una ocupación profesional de toda la vida, por la cual el magistrado, en correspondencia a toda su actividad, percibe a través de su sueldo de funcionario público los medios para su subsistencia. La condición profesional de los magistrados no es, por tanto, muy diversa, bajo el aspecto administrativo y

³⁰ Esta materia ha tenido en Italia, en estos últimos años, una abundante literatura. Cfr. cuaderno V de la Asociación de Estudiosos del Proceso Civil, *Sul Consiglio Superiore della Magistratura*, Milano, 1953.

económico, de la de los funcionarios de todas las otras ramas de la administración pública; también para los magistrados existe el sistema llamado de la “carrera”, por la que el empleado, nombrado inicialmente en el escalón más bajo de la jerarquía, está destinado a subir de grado en grado, a través de ascensos escalonados, hacia funciones de importancia, siempre creciente, a las que corresponde una retribución cada vez más alta, de manera que sólo cuando se aproxima al término de su vida llega a la cima de la dignidad y de la remuneración.

La “carrera” tiene el peligro de transformarse, como sucede para todos los empleados, en el gusanillo siempre presente en el subconsciente del magistrado, gusanillo que llega a transformarse en una obsesión en los periodos críticos de su vida, en los que está próximo a alcanzar la antigüedad necesaria para aspirar al ascenso. Puede suceder, así, que el magistrado se sienta inclinado naturalmente, por costumbre burocrática, a considerar como óptimo modo de hacer justicia el que mejor conviene a su propia “carrera”, y puesto que el ascenso a que aspira depende del juicio encomendado a una comisión de magistrados de grado superior, que deberán valorar los “títulos” del aspirante (consistentes en la mayoría de los casos en las sentencias redactadas por él), cuando se aproxima el periodo del escrutinio, más que cumplir oscuramente su deber en las tareas menos llamativas, pero más esenciales para el buen funcionamiento de la justicia (como sería el cargo de juez instructor en los procesos penales), llega a preferir las misiones que le darán mayor oportunidad de fabricarse “títulos” idóneos para congraciarse con sus futuros examinadores. Ésta es la razón por la que los jueces próximos al ascenso tienen la tendencia de redactar la motivación de sus sentencias en forma de disertaciones científicas destinadas a revelar su erudición, porque saben que para los efectos de la promoción, son las sentencias doctas y no las justas las que son tomadas en consideración.

Por consecuencia, se puede concluir que aun cuando la magistratura sea liberada de toda injerencia gubernativa, no se po-

drá evitar que en el interior de este orden independiente de cualquier otro poder, la independencia de cada magistrado pueda ser amenazada igualmente por el humano deseo de no enemistarse con los que pueden disponer de su “carrera”. Si no existe en los magistrados un conformismo político obsecuente a la opinión del ministro de Justicia, existirá siempre un conformismo de casta concordante con el criterio de los superiores, y aun cuando en el nuevo ordenamiento judicial se prohíba a los magistrados (como lo establece la Constitución italiana en su artículo 98) que pertenezcan abiertamente a los partidos políticos, es fácilmente previsible que la selección del Consejo Superior de la Magistratura dará lugar a la formación subterránea de tendencias políticas o confesionales encontradas, y que los magistrados en espera de promoción buscarán siempre, para no estropear la carrera, ajustarse a las tendencias que hayan prevalecido en la formación del supremo consejo judicial. En realidad, para garantizar la independencia del magistrado y salvarlo del conformismo, el remedio ideal, al cual se aproxima el sistema inglés, consiste en la abolición de los ascensos y el reconocimiento a todos los cargos judiciales, de cualquier grado, la misma dignidad y la misma remuneración, de manera que el magistrado, una vez nombrado en un cargo judicial con base en títulos técnicos, pudiese permanecer en él toda la vida, *quamdiu bene se gesserit*, libre del conformismo, hijo bastardo procreado por el matrimonio del temor con la esperanza.

7. *La colegialidad*

El problema de la independencia y, por tanto, de la responsabilidad del magistrado, tiene otros aspectos, y uno de los más importantes es el del funcionamiento de la *colegialidad*.

Cuando el órgano juzgador está formado por una sola persona física, toda la responsabilidad de la decisión se concentra sobre ese solo juez; la sentencia lleva su nombre, suyo es todo el mérito y toda la censura, y el sentido de responsabilidad es esti-

mulado y agudizado por la soledad. Pero cuando el órgano juzgador está constituido por un colegio que delibera en el secreto de la cámara de consejo (como ocurre en Italia), la colegialidad lleva naturalmente a atenuar el empeño personal de aquellos que intervienen en la creación de una sentencia, que exteriormente aparece siempre como el producto colectivo y, por tanto, en cierto sentido, anónimo, de una deliberación unánime.

Así como el silogismo judicial puede servir de pretexto al juez para echar la responsabilidad de su sentencia sobre el legislador, así también la colegialidad puede llegar a ser para cada uno de los integrantes del colegio una cómoda defensa para no sentir sobre su propia conciencia el peso de una resolución injusta, y para ocultar en el anonimato un voto del cual individualmente no se atrevería a asumir la responsabilidad.

Pero este problema tiene dos aspectos, ya que por una parte la colegialidad puede constituir para el juez un calmante para acallar los remordimientos de su conciencia y para consolarlo de haber cometido una injusticia, con la excusa de que para realizarla no ha estado solo (se podría decir que, bajo el aspecto psicológico, la colegialidad se asemeja mucho a la *complicidad*); pero desde otro punto de vista, la colegialidad puede convertirse, en ciertos casos, casi en una salvaguarda de su independencia, porque en ciertas controversias políticamente difíciles, en las, que se trata de actuar contra el poder ejecutivo o contra los intereses del partido dominante, el órgano juzgador, para sustraerse a la enfadosa autoridad del conformismo, tiene necesidad de cierta valentía, y esta valentía es más fácil que la tenga un colegio que no un juez individual.

En casos como ése puede ocurrir que los jueces se den valor recíprocamente en el secreto de la cámara de consejo.

8. *Publicidad y secreto de la deliberación*

El problema de la colegialidad tiene estrecha relación con el de la publicidad o secreto de la deliberación. En Italia, aun cuan-

do la publicidad es una garantía fundamental del proceso en la fase de la audiencia, la discusión de la sentencia, tanto civil como penal, es secreta. Al fin de la audiencia, los jueces se levantan y desaparecen por la portezuela del fondo después de que el presidente ha pronunciado la fórmula sacramental: “El Tribunal se retira para deliberar”. Lo que los jueces se dicen entre sí durante la clausura, ninguno debe saberlo; es el “secreto de la cámara de consejo”, inviolable como un dogma. Cuando los jueces reaparecen en el salón, la sentencia que vienen a proclamar constituye la voluntad de todo el colegio; si ha habido desacuerdos o escrúpulos de conciencia, no queda huella de ellos: permanecen sepultados en el secreto. La mayoría vale como unanimidad, y, por tanto, la sentencia es la voluntad impersonal del órgano, no de las personas que lo integran.

Existe indudablemente en este secreto ritual un residuo tradicional de la luz mística que en un tiempo envolvía el oráculo del juez, la voz de la Sibila (como les decía en la primera conferencia), que viene de lo alto, sin rostro humano. Por esto en algunas antiguas representaciones la Justicia aparece con la venda sobre los ojos, más que para no ver, para hacerse la ilusión de no ser vista.

Pero hay que preguntarse si este secreto tradicional de la cámara de consejo favorece a la justicia; y si, a la larga, para mantener la independencia del juez sin atenuar su sentido de responsabilidad es preferible, en un ordenamiento democrático, el sistema del secreto o el de la publicidad.

Una situación análoga se produce en el campo parlamentario, en el cual, como es sabido, las votaciones pueden ser públicas o secretas. Son públicas en el procedimiento parlamentario italiano las votaciones en las que los votantes se ponen de pie y luego se sientan, y las de “llamamiento nominal”, y es secreto el sufragio denominado precisamente “por escrutinio secreto”, y que se realiza depositando una bola blanca o negra en la urna. A este respecto, se discute si el voto público es el que tiene mayor correspondencia con la libertad de opinión y al mismo tiempo, con sentido de responsabilidad, que constituyen los fundamentos

de toda democracia, ya que con este sistema el diputado asume abiertamente la responsabilidad de su actitud política, o bien el voto secreto, con el cual el diputado, en el misterio de la urna, puede expresar con mayor libertad el sentimiento de su propia conciencia, sustrayéndose a la tiranía de la disciplina de partido. Bajo el régimen fascista, en aquella ridícula parodia de asamblea parlamentaria que fue la llamada “Cámara de los Fascios y de las Corporaciones”, el voto sólo podía emitirse públicamente; los “consejeros nacionales” eran llamados a manifestar su voto, siempre con voz viril y alzando el brazo con el saludo romano: no se admitían disidencias secretas en esa asamblea de servidores de una tiranía.³¹

En la vigente Constitución italiana, el voto de confianza al gobierno debe ser emitido siempre a través de un sufragio público, por “llamamiento nominal” (artículo 94), el que debería servir para agudizar el sentido de responsabilidad del diputado, puesto que, dependiendo del voto de confianza, la vida o la caída de un ministerio, el representante debe declarar abiertamente, frente a la opinión pública, su elección política, aceptando como queridas por él las consecuencias que puedan derivar de esta elección. Sin embargo, mi experiencia parlamentaria me lleva a considerar que muchas veces, inclusive en el sistema democrático que se apoya en la pluralidad de partidos, el voto público puede constituir en ciertos casos, si no una coartación, un freno para la conciencia. He asistido en cierta ocasión, en la Cámara de Diputados, a una discusión que duró dos días sobre una cuestión relativa al procedimiento que debía seguirse en una votación; se trataba de establecer preliminarmente si una determinada votación debía hacerse por llamamiento nominal, como lo sostenía el gobierno, o por escrutinio secreto, como lo solicitaba la oposición. Parecía una cuestión de pura forma, y en realidad se trataba de un problema político sustancial, puesto que de hacerse

³¹ Ley del 19 de enero de 1939, núm. 129, que instituyó la Cámara de los Fascios y de las Corporaciones, artículo 15: “Las votaciones se realizarán siempre públicamente”.

por escrutinio secreto, entre los diputados del partido mayoritario pudieran presentarse numerosas defecciones que provocaran una crisis gubernamental, y, por el contrario, con la votación pública, los diputados de la mayoría no tuvieron valor de sustraerse públicamente a la disciplina de su partido, y el gobierno se salvó.

Esto puede demostrar que las opiniones de los votantes varían según la manera de votar, y que la forma de la votación es la que crea la sustancia del sufragio. Y puesto que diputados y jueces están hechos de la misma pasta humana, este criterio puede aplicarse también a los integrantes de un colegio juzgador.

9. Ejemplos de deliberación pública de la sentencia

El secreto de la cámara de consejo es tradicional en el ordenamiento judicial italiano, pero existen diversos sistemas en otras legislaciones.

En algunos ordenamientos, no obstante que la discusión de la sentencia se desarrolla en el secreto de la cámara de consejo, se admite que los jueces disidentes de la opinión de la mayoría manifiesten su desacuerdo al final de la discusión, publicándose juntamente con la sentencia, que refleja la opinión de la mayoría, la motivación escrita de su voto contrario; y en los Estados Unidos se admite también que el juez, conforme con el dispositivo de la sentencia, pero en desacuerdo con la motivación adoptada por la mayoría, exponga independientemente una motivación diversa, igualmente idónea, para llegar a la misma conclusión.³²

En otras legislaciones se admite francamente que la discusión y la deliberación de la sentencia se realicen en público, tal como ocurre en las Cortes inglesas, en las que es posible observar cómo nace el fallo en la audiencia, a través de las objeciones que el juez presenta a los abogados antes de dictar oralmente su

³² I. C. Adams, *Elementi di diritto costituzionale americano*, Firenze, 1953, cap. III, núm. 4; ejemplos en *Official Edition Law Reports and Session Laws State of New York* (núm. 591, 26 de agosto de 1950).

decisión al estenógrafo, o, si la Corte es colegiada, por medio de las preguntas que el presidente dirige en la audiencia a los integrantes del tribunal para ponerse de acuerdo con la solución que deben adoptar.

Un ejemplo insigne de este sistema es el vigente en México, donde he podido observar personalmente su funcionamiento en una audiencia solemne de la Suprema Corte a la cual tuve el gran honor de ser invitado. La deliberación de la sentencia en el supremo órgano judicial de la República mexicana, cuyos integrantes reciben el título de “ministros”, se realiza en público con una solemnidad que se podría calificar de parlamentaria; en un salón abarrotado de público, el presidente invita al “ministro” relator a leer el texto del proyecto de sentencia que ha elaborado, y abre después la discusión sobre este proyecto, desarrollándose entre los componentes del tribunal, que ordenadamente solicitan la palabra, una discusión que el público sigue con gran interés, y que se cierra, después de la réplica final del relator, con una votación nominal; si el relator obtiene la mayoría, su proyecto es proclamado desde luego como sentencia de la Corte; si el relator queda en minoría, es designado uno nuevo, que informará en otra audiencia. Los abogados, que ya han expuesto por escrito sus razones, no toman parte en el debate, en el cual sólo participan elocuente y doctamente los magistrados que deben decidir. Indudablemente que este sistema impone a todos los integrantes del colegio una profunda preparación sobre todas las causas, necesaria para poder tomar la palabra en público, por lo que cada uno de los jueces está obligado a asumir, exponiendo públicamente su opinión, su propia responsabilidad frente a los justiciables y a la opinión pública.

10. Méritos y defectos de los diversos sistemas

También este sistema puede tener sus inconvenientes, autorizadamente discutidos por la doctrina mexicana;³³ pero, por el

³³ R. de Pina, *Temas de derecho procesal*, 2a. ed., México, 1951, pp. 101-108.

contrario, tengo la impresión de que no menos graves son los peligros del sistema de secreto absoluto que está vigente en Italia.

En efecto, en un país como Italia, en el cual es preciso combatir fundamentalmente, desde el punto de vista de la psicología judicial, la negligencia mental y el conformismo, el secreto tiene el peligro de agravar los defectos que se deberían desterrar. Especialmente cuando el presidente del tribunal es de temple autoritario, y en la Cámara de Consejo tiene la costumbre de cortar bruscamente toda tentativa de heterodoxia, es fácil suponer que el inconforme se sentiría estimulado por la publicidad para manifestar y sostener la opinión que le parece justa, ya que al salir su voz al aire libre podría suscitar un eco en la opinión pública; pero si está destinada a permanecer sofocada en el secreto de la cámara de consejo, por el contrario, es presumible que el disidente, para no situarse inútilmente en un plano de contradicción con su superior (del cual dependerá probablemente, tarde o temprano, su ascenso), preferirá callar y arrellanarse en el conformismo.

Es cierto que en el ordenamiento judicial italiano el secreto de la deliberación es un dogma riguroso; el juez que antes de pronunciar la sentencia dejase traslucir su opinión, cometería una falta que tal vez lo expondría a sanciones disciplinarias. De acuerdo con la costumbre italiana, el juez debe mantenerse durante todo el proceso mudo e inescrutable, como una esfinge, y hasta una sonrisa puede aparecer como una infracción a la majestad de la función.

Pero todo esto está en contradicción con los principios modernos del proceso oral, el cual pretende fundarse, principalmente, sobre la colaboración directa entre el juez y los abogados, sobre la confianza y naturalidad de sus relaciones, en el diálogo simplificador consistente en pedir y dar explicaciones con el propósito de esclarecer la verdad. La tendencia del juez italiano a encerrarse en un silencio impenetrable ocasiona muchas veces el alargamiento del proceso; el abogado que habla delante de un juez que calla obstinadamente y que mide hasta sus propios gestos para no traicionar lo que piensa, se ve obligado a hablar

a ciegas, con el riesgo de prolongar la exposición con argumentaciones sobre las cuales ya está convencido el oyente, y de no responder a objeciones que el propio oyente se plantea en su interior, pero que se cuida bien de no traducir en palabras.

Algunos jueces apegados a la tradición tienen la creencia de que para conservar mejor su dignidad y autoridad frente a los abogados es indispensable asumir en sus sitios una impasible solemnidad de ídolos, y establecer entre ellos y los defensores un diafragma de incompreensión y de altanería. Pero, por fortuna, aun entre nosotros, son siempre más numerosos los magistrados que sienten la necesidad y tienen el valor de romper esa barrera de desconfianza, tomando parte activa en el debate, sin temor de interrumpir el discurso del defensor para hacerle preguntas y objeciones y para interrogarlo sobre las cuestiones esenciales del litigio. Estos son los magistrados que comprenden verdaderamente las modernas exigencias de su función, y los abogados deberían estar particularmente agradecidos a estos magistrados que osan romper la regla monástica de su silencio para transformar la audiencia, de inútil soliloquio de un retórico ante un consejo de durmientes, en un diálogo entre interlocutores vivos que buscan a través del debate la comprensión y el convencimiento.

Es preciso en esta situación, con el fin de que las instituciones judiciales correspondan a la exigencia de una sociedad de hombres libres, abolir la clausura tradicional y dejar que también en el proceso circule entre magistrados y abogados el sentido de confianza, de solidaridad y de humanidad que es, en todos los campos, el espíritu animador de la democracia.

Entre los recuerdos más queridos de mi larga experiencia forense se encuentra el de un presidente de Corte, actualmente desaparecido, que después de cuarenta años de permanencia continua en su cargo de juzgador me confesaba que experimentaba todavía, mientras ejercitaba sus funciones decisorias, el sentimiento de ansiedad y de conmoción con el cual, apenas admitido en la magistratura, se había dispuesto a pronunciar su primera sentencia. Cuarenta años de experiencia judicial le

habían confirmado que justicia no quiere decir insensibilidad; que el juez, para ser justo, no es necesario que sea despiadado. Justicia significa comprensión, pero el camino más directo para comprender a los hombres es el de aproximarse a ellos con el sentimiento.

En alguna ocasión este magistrado presidía en una corte de apelación un debate penal en relación con el proceso de una doméstica, acusada por su patrona de haberle robado unos cubiertos de plata. El tribunal la había absuelto por estimar que no había cometido el delito, pero el Ministerio Público, que había apelado contra la absolución, pronunció una requisitoria en que la arremetió violentamente contra la acusada, la que postrada en el banquillo de los acusados lloraba silenciosamente. En un cierto momento, mientras el acusador continuaba con sus invectivas, el presidente llamó al ujier y le comunicó algo en voz baja, y el ujier, como llevando una embajada, se aproximó a la acusada y le dijo algo al oído, con lo que se enjugó los ojos y dejó de llorar.

El público que asistía a la audiencia vio la escena, pero no comprendió su significado. Cuando el debate hubo terminado y la Corte se retiró para deliberar en cámara de consejo, un espectador se aproximó al ujier y le preguntó sobre lo que le había comunicado el presidente. El ujier respondió: —Me dijo: Ve a decir a aquella mujer que deje de llorar porque la vamos a absolver—. Este magistrado violó el secreto de la cámara de consejo, pero supo respetar las leyes de la humanidad. Porque la humanidad exige que no se prolongue, por obsequio farisaico a las crueles formas, el dolor del inocente.

(21 de febrero de 1952)

IV LA CRISIS DE LA MOTIVACIÓN

1. *La motivación como justificación lógica de la sentencia*

La motivación constituye el signo más importante y típico de la “racionalización” de la función jurisdiccional.

La sentencia debe ser motivada. En todos los códigos procesales modernos, civiles y penales, la motivación se establece como uno de los requisitos esenciales de la sentencia, y para aquellos que pretenden ver en el fallo solamente su aspecto lógico, la motivación es la enunciación de las premisas del silogismo que concluye en los puntos resolutive. El requisito de la motivación es considerado tan importante, que se eleva a la categoría de garantía constitucional, y así, el artículo 111 de la Constitución italiana establece que “todas las resoluciones jurisdiccionales deben ser motivadas”.

Este requisito de la motivación tiene preponderadamente una función exhortativa, y, por así decirlo, pedagógica. El juez no se conforma con ordenar, no se limita ya al “*sic volo, sic iubeo*”, pronunciado desde lo alto de su sitial, sino que desciende al nivel del justiciable, y al mismo tiempo que manda, pretende explicarle la racionalidad de esa orden. La motivación es, antes que nada, la justificación, que quiere ser persuasiva, de la bondad de la sentencia. Desde el momento en que la justicia ha descendido del cielo a la tierra, y se ha comenzado a admitir que la respuesta del juez es palabra humana y no oráculo sobrenatural e infalible, que se adora y no se discute, el hombre ha sentido la necesidad de utilizar razones humanas para declarar la justicia de los hombres, y la motivación constituye precisamente la parte razonada de la

sentencia, que sirve para demostrar que el fallo es justo y por qué es justo, y para persuadir a la parte vencida que su condena ha sido el necesario punto de llegada de un meditado razonamiento y no el fruto improvisado de la arbitrariedad y de la fuerza.

Aun a nosotros, los abogados, nos puede ocurrir que en la motivación de la sentencia que nos es contraria encontremos razonamientos del juzgador en los cuales no habíamos reflexionado con anterioridad y que nos permiten conocer el error de la tesis que sostuvimos primeramente, y el hecho de haber perdido con justicia un litigio puede llegar a tener para nosotros casi el mismo efecto tranquilizador que nos produciría llegar a alcanzar la razón cuando se tiene el convencimiento de tenerla.

2. *La motivación como conducto para la impugnación*

Pero, además de esta finalidad psicológica de justificación y de persuasión, la motivación tiene también otra función más estrictamente jurídica, o sea, la de poner a las partes en condición de verificar si en el razonamiento que ha conducido al juez a decidir en determinado sentido pueden descubrirse algunos de aquellos defectos que dan motivos a los diversos medios de impugnación.

El fundamento de las diversas impugnaciones, que la parte vencida puede intentar ante el mismo juez o ante un juez superior, constituye en la mayor parte de los casos un vicio, un error o una desviación efectuados en el *iter* lógico recorrido por el juzgador, que en un cierto momento lo han llevado fuera del camino, llegando así a una meta equivocada en los puntos resolutivos, es decir, a una conclusión diversa de la que debe estimarse justa. Entonces la motivación, que es un balance escrito en la sentencia, de los fundamentos de hecho y de derecho que llevan al juez a la conclusión (por lo que podría calificarse de diario de viaje de la lógica judicial) constituye el trámite indispensable para introducir al lector dentro del pensamiento del juez, con objeto de darle la posibilidad de controlar si en el camino de sus silogismos

ha existido, en cualquier punto, una caída o una desviación del camino recto. La motivación llega a ser de este modo el espejo revelador de los errores del juzgador. Cuando el abogado examina una sentencia para descubrir en ella motivos pertinentes de impugnación, el terreno en el cual va a la caza de errores se localiza fundamentalmente en la motivación, en la cual escudriña cada una de sus frases y palabras, porque puede suceder que precisamente en una palabra o hasta en un simple signo gramatical se esconda una fractura sutil de carácter lógico, suficiente para introducir en el fallo la palanca de la impugnación, y de esta manera hacer saltar todo el edificio. Una demostración de que la motivación es considerada como garantía esencial de la impugnación radica en la circunstancia de que en el derecho italiano, al igual que en otras legislaciones, está previsto como motivo especial para recurrir en casación la “omisa, insuficiente o contradictoria motivación acerca de un punto decisivo de la controversia planteado por las partes o suscitado de oficio” (artículo 360, núm. 5, del Código italiano de Procedimiento Civil).

3. *El veredicto no motivado y no impugnabile de los jurados; reforma de las Cortes de Assises en Italia*

Motivación e impugnación son instituciones de cierta manera paralelas en las legislaciones procesales, ya que frecuentemente donde no está establecida la motivación no es admisible la impugnación, porque toda impugnación presupone una crítica y una censura del acto que se impugna, lo que no es posible prácticamente cuando no pueden conocerse las razones en las cuales el acto se funda y se justifica.

Por esta razón, no eran apelables las sentencias de las Cortes de Assises cuando todavía estaba vigente en Italia el sistema de los jurados populares, toda vez que no siendo motivado el “veredicto” del jurado, no era posible su crítica, y, por tanto, no podía ser apelada la sentencia que se apoyaba en el mismo. Los jurados debían responder con un sí o con un no a las preguntas

que le fueran hechas por el presidente, sin manifestar las razones de su respuesta, cuyos motivos deberían permanecer encerrados en el secreto de sus conciencias, sin el esfuerzo que se impone invariablemente al juez profesional de intentar la traducción de los impulsos sentimentales en fríos silogismos, no obstante que antes que de la razón, el fallo brota primeramente con base en dichos impulsos. Pero el juicio inmotivado de los jurados se limitaba a los hechos y su calificación penal; el juez togado, que tenía la tarea final de aplicar la pena al hecho examinado y calificado por los jurados y de añadir así al veredicto lo que le faltaba aún para convertirlo en sentencia, debía expresar por su cuenta los motivos de su resolución. En tal virtud, la motivación se restringía necesariamente al campo limitado de la pena aplicable, y sólo en este campo limitado la sentencia podía ser impugnada en casación.

El jurado fue abolido en Italia por el régimen fascista, principalmente por razones políticas, porque lo estimó como una de las instituciones inspiradas en la idea de la soberanía popular proveniente del siglo XIX, contra la cual se cebó la dictadura, y en lugar del sistema de jurados, en el cual la formación de la sentencia se perfeccionaba en dos fases cronológicamente diversas, confiadas a dos órganos distintos que funcionaban separadamente,³⁴ fue establecido un colegio único de composición mixta, integrado por jueces letrados y por “asesores”, cuyas sentencias deberían ser motivadas tanto jurídicamente como en relación con los hechos, según las reglas comunes.

Pero aun después de la caída del fascismo, el jurado no fue restablecido en su forma antigua, puesto que desaparecidas las razones políticas que habían llevado a su abolición, permanecieron válidas, para no restablecerlo, las razones técnicas. La Constitución vigente en Italia ha restablecido el principio de “la participación directa del pueblo en la administración de justicia” (artículo 102); pero, por otra parte, como de acuerdo con el artículo 111 de la misma Constitución todas las resoluciones

³⁴ Calamandrei, *La sentenza soggettivamente complessa*, en *Studi*, II, p. 211.

jurisdiccionales, sin excepción, deben ser motivadas, se ha considerado que este inderogable principio constitucional no puede conciliarse con el restablecimiento del veredicto no motivado. Así, actualmente también las sentencias de las Cortes de Assises deben ser motivadas en su integridad, en hecho y en derecho, y consecuentemente, contra ellas se admite, actualmente, la impugnación.³⁵ Es posible que esta abolición sea correcta, porque el sistema tradicional del jurado, en el cual sus miembros eran llamados a decidir sin manifestar las razones de su juicio, parecía configurado a propósito para instigar a los jurados a resolver irracionalmente, como tantas veces la práctica lo ha demostrado, de manera que el veredicto, más que la expresión de la más pura sensibilidad social, se reducía con frecuencia a establecer el triunfo del “puro irracional”, tanto más peligroso cuanto que su irracionalidad institucional lo sustraía a toda posibilidad de impugnación motivada.

4. *La motivación como justificación posterior de la parte dispositiva*

La motivación parece comprobar, *per tabulas*, la naturaleza esencialmente lógica de la sentencia, pudiendo decirse que el silogismo judicial, más que las construcciones de los teóricos, vive la realidad judicial, en virtud de que la misma ley exige que toda sentencia sea acompañada de esa especie de radiografía lógica que hace aparecer por transparencia el esqueleto racional.

Podría decirse que la misma ley, al exigir que en el texto definitivo de la sentencia los puntos resolutivos estén precedidos por la motivación, quiere hacer aparecer a la luz del sol la estructura silogística de la sentencia y persuadir a los justiciables de que en la concatenación rigurosa de las vértebras lógicas ningún camino se ha dejado a la arbitrariedad.

³⁵ Ley de 10 de abril de 1951, núm. 287, sobre la reorganización de los juicios en *Assises* (modificada por ley de 24 de noviembre de 1951, núm. 1324, y ley de 5 de mayo de 1952, núm. 405).

Sin embargo, nos surgen dudas cuando advertimos que, según lo que las mismas leyes procesales admiten, la parte dispositiva del fallo, en vez de ser cronológicamente un *posterius* de la motivación, es normalmente un *prius*; la sentencia, como acto de voluntad, ya ha nacido antes de que el juez haya expresado claramente cuáles son las razones lógicas que lo han impelido a querer de esta manera; la conclusión del silogismo está ya fijada irrevocablemente antes de que sean formuladas las premisas.

El artículo 276 del Código de Procedimiento Civil italiano, que regula la deliberación de la sentencia en cámara de consejo, dispone que “Terminada la votación, el Presidente escribe y firma la parte dispositiva. La motivación la extiende *después* el relator...”. Sólo cuando la redacción de la motivación ha terminado, la sentencia puede ser publicada (artículo 133 del mismo ordenamiento); y esto puede ocurrir después de muchos días, y a veces después de muchos meses, de haber sido deliberada la sentencia. Es aún más significativo lo que sucede en el proceso penal, en el cual la sentencia es “pronunciada” inmediatamente al terminar la discusión mediante la lectura, en la audiencia pública, de la parte dispositiva (artículo 472 del Código de Procedimiento Penal italiano), y también en este caso la sentencia completa, acompañada de las consideraciones que justifiquen la parte dispositiva, es depositada en la secretaría dentro de quince días (artículo 15 del citado Código de Procedimiento Penal).

Estas disposiciones producen perplejidad: ¿la motivación es verdaderamente la premisa lógica de la cual deriva la parte dispositiva como una consecuencia necesaria e ineludible, o constituye más bien una especie de autoapología a tesis obligada, con la cual el juzgador, que ya ha definido una voluntad surgida de móviles destinados a permanecer ocultos en el secreto de su conciencia, busca argumentos defensivos, de apariencia racional, para tratar de justificarse públicamente?

Las disposiciones de las leyes procesales que hemos recordado con anterioridad pueden hacernos pensar que la motivación es un expediente de hipocresía formal establecido, por así decir-

lo, para otorgar un disfraz lógico a la voluntad nacida de otros móviles, que pueden ser inclusive la arbitrariedad y la injusticia.

En realidad, estos preceptos, los cuales reconocen con candida sinceridad que la parte dispositiva puede nacer antes que la motivación en la conciencia del juez, constituyen la mejor demostración de la insuficiencia y la unilateralidad de las teorías que reducen la sentencia al esquema de un silogismo. Es la misma ley la que nos está diciendo lo contrario. Sería insensato el contador que pretendiese fijar el total de una suma antes de conocer las cifras que deben sumarse; pero la sentencia, como ya se dijo, no es operación aritmética, sino que constituye un acto mucho más complejo y misterioso, que tiene sus raíces en la conciencia moral, y no puede explicarse a través de las leyes abstractas de los números.

La motivación, en la mayor parte de los casos, refleja, más que un estudio previo realizado por el juez para decidir correctamente, un examen de conciencia efectuado posteriormente por el mismo juzgador para persuadirse de haber juzgado bien. La motivación es una comprobación lógica para controlar a la luz de la razón, la bondad de una decisión surgida del sentimiento; es la “racionalización” del sentido de justicia; es la demostración de que el juzgador se quiere dar a sí mismo antes que a las partes la *ratio scripta* que convalida el descubrimiento nacido de su intuición.

5. El “sentido jurídico” de los abogados

En el fondo, también en el sistema de la legalidad, los jueces, para decidir las causas, actúan como los abogados para defenderla; primero surge la intuición, que casi podría calificarse de fantasía, para revelar la tesis que debe sustentarse; posteriormente viene la dialéctica a buscar los motivos jurídicos para sostenerla.

Los que tienen alguna experiencia en el patrocinio forense conocen la manera como se configura frecuentemente, en la mente del abogado, el consejo que debe proporcionar a quien se

dirige a él para iniciar un juicio (hablo del abogado honesto, de aquel que sabe ser el primer juez de su cliente). El cliente, al proporcionar las primeras informaciones al abogado, acumula ante él, a granel, una serie de hechos toscos, en medio de los cuales no se alcanza a descubrir vestigio de perfiles jurídicos. Entonces el abogado se pone pacientemente a elegir, investigar y combinar los fragmentos separados para poner en orden aquella confusión. Y al fin se produce en él una iluminación, la mezcla informe se purifica y se restablece la unidad, y de golpe divisa (como Leonardo adivinaba figuras humanas en las manchas de humedad de los viejos muros) los lineamientos de una figura típica, que otorga sentido jurídico al caso. Sólo cuando este descubrimiento del caso típico ha sido hecho, más por la intuición que por el razonamiento, acompañada de un sentimiento casi instintivo de simpatía o de repugnancia, comienza el trabajo de investigación y de control en la legislación y en la doctrina.

Este “sentido jurídico” es una lenta conquista de decenios de experiencia forense. Finalmente llega a constituir una especie de clarividencia, y cuando este sentido ha dado su respuesta y se obtiene éxito al encontrar, hojeando los tratados y los repertorios, la confirmación segura, razonada y racional de su exactitud, constituye uno de los momentos felices de la vida del jurista, porque sirve para confirmar que el sentido de la justicia no es una variable ilusión subjetiva, sino una educación del espíritu que se afina y se perfecciona con la experiencia, hasta el grado de poder alcanzar a entrever por sí, por intuición, la solución justa, que encuentra en los libros la comprobación segura de la doctrina.

Los profanos creen que los juristas son personas omniscientes, que conocen todas las leyes de memoria. Desgraciados juristas si debiesen aprender de memoria decenas de millares de artículos en continua evolución. Pero los juristas no son prontuarios legislativos, sino que son aquellos que saben cómo se debe estudiar un caso jurídico (como lo enseñó con el ejemplo Vittorio Scialoja), son los que conocen el método para descubrir los as-

pectos jurídicos de los casos humanos; pero fundamentalmente, son los que *sienten* cómo debe ser resuelto un caso. Muchas veces, cuando uno de mis jóvenes colaboradores me viene a pedir un consejo sobre un caso que está estudiando, le manifiesto: “No he estudiado el caso y no conozco los preceptos que lo regulan, pero *siento* que *debe existir* una ley que establezca tal cosa; o si la ley no existe, *debe existir* algún precedente jurisprudencial en el mismo sentido...”. Yo no conozco la ley, y no he consultado la jurisprudencia, pero cuando con posterioridad mi joven colaborador, a fuerza de investigaciones realizadas con la guía de esta intuición, me viene a decir que escondido en el laberinto de leyes especiales ha encontrado precisamente el artículo imaginado, o que en un viejo repertorio se encuentra precisamente el fallo que confirma mi diagnóstico, esto me proporciona la misma alegría que experimenta el investigador de laboratorio cuando el microscopio le da la confirmación experimental de la hipótesis que su intuición le ha sugerido.

6. *Intuición y lógica de la sentencia*

Lo mismo sucede a los jueces, para los cuales el momento verdaderamente decisivo y culminante de su trabajo consiste en encontrar la parte dispositiva; y posteriormente, la motivación viene por sí misma cuando se trata de juzgadores en los cuales se encuentre vigilante el sentido del derecho. Entre los magistrados designados para decidir una causa muy complicada y difícil he oído frecuentemente circular esta frase: “Sentencia de fácil decisión pero de difícil motivación”. Se explica así la costumbre seguida en los tribunales colegiados norteamericanos, en los cuales se autoriza al juez disidente para que publique los motivos de su disconformidad, admitiéndose, además, que los jueces se encuentren de acuerdo con la aprobación de la parte dispositiva, pero que puedan tener opinión diversa sobre los fundamentos más idóneos para justificarla, y publiquen, juntamente con la senten-

cia, la motivación individual,³⁶ lo que confirma que no siempre la parte dispositiva es una consecuencia necesaria de la motivación, puesto que en los itinerarios de la lógica puede ocurrir que exista más de un camino para llegar a Roma.

7. *La motivación como control del “sentido jurídico”*

Por otra parte, si bien es cierto que en la realidad psicológica de la función de juzgar la motivación es un *posterius* respecto de la parte dispositiva (explicación más que preparación), puede suceder también que la motivación llegue a ser una pantalla que sirva para esconder los diversos móviles de los cuales ha nacido la parte dispositiva, para disfrazar con una fundamentación plausible las verdaderas razones de la decisión, que son inconfesables. Un jurisconsulto alemán ha realizado un paciente trabajo de análisis de muchas decenas de sentencias para demostrar que los fundamentos declarados en el fallo no eran los verdaderos motivos que habían determinado la decisión; un trabajo sutilísimo de psicología y de lógica judiciales dirigido a descubrir bajo la fundamentación aparente la motivación verdadera.³⁷ Con frecuencia sucede que el estudioso alejado del mundo forense que lee la elaborada motivación de una sentencia en una revista jurídica puede llegar a sospechar que ni el mismo juzgador estaba convencido de sus razonamientos, en virtud de los malabarismos y sutilezas dialécticas a los que ha tenido que recurrir para justificar su tesis, y que esos razonamientos de estilo curialesco sirven solamente para encubrir el contrabando de una actitud parcial o de alguna arbitrariedad.

Para obtener que en la formación de la sentencia se produzca la deseable coincidencia entre la intuición que la dicta y la razón que la controla (y que, por consecuencia, la motivación

³⁶ Adams, *ob. y loc. cit.*

³⁷ L. Bendix, *Die irrationalen Kräfte der zivilrechtlichen Urteilstätigkeit*, etcétera (Breslau, 1927).

sea verdaderamente una leal explicación y no un falso disfraz de la decisión), es necesario que el sentimiento y la razón del juez funcionen al unísono, o sea que el sentimiento que se encuentra vivo en la conciencia del juzgador, y del cual extrae su decisión antes que del razonamiento, sea el mismo sentimiento social que el legislador ha consagrado en sus leyes. Esto es lo que se quiere significar cuando se habla de *ratio legis*, de “espíritu de la ley”, de “intención del legislador”. En los regímenes democráticos, la ley es un producto de la conciencia social. El legislador de un Estado democrático no tiene el arbitrio (como por la fuerza y por un cierto periodo puede ser logrado por un tirano o un dictador) de expedir leyes caprichosas que contrasten con las exigencias históricas, sino que deben encontrar inspiración (y ésta es la función del sistema parlamentario) en la conciencia colectiva de la sociedad de la cual es intérprete. También el juez vive sumergido en la sociedad, y cuando interpreta la ley para aplicarla al caso concreto, debe buscar inspiración en el mismo sentimiento de utilidad social del cual ha nacido la ley; investigar la “intención del legislador” quiere decir precisamente ahondar en las mismas fuentes sociales y políticas a las que se ha consagrado el legislador para entender plenamente el significado y el alcance de la ley.

Cuando se dice (e, inclusive, yo he llegado a decirlo) que, en el sistema de la legalidad, entre el juez y la política se encuentra de por medio la muralla de la ley,³⁸ se expresa algo que es exacto solamente en parte, porque puede suceder que precisamente para comprender con plenitud la ley, para ser fiel intérprete y para encontrarse al unísono con ella, el juez deba remontarse a las razones históricas de las cuales ha nacido la ley, y que son de carácter político y social. Si una ley ha surgido de un cambio revolucionario de gobierno, no puede el juez, al aplicarla, guiarse por sentimientos contrarrevolucionarios y reaccionarios; en el sistema de la legalidad, el sentimiento debe ser para el juez un estímulo para continuar y desarrollar la ley, no una instigación para eludirla, traicionarla o hacerla vana.

³⁸ Calamandrei, *Processo e giustizia*, cit.

8. *Crítica marxista de la justicia “burguesa”*

Aunque el tiempo me imponga la necesidad de no hacer sino una fugaz alusión sobre el tema, en estos momentos quisiera detenerme a examinar, pesando el pro y el contra del fundamento de las críticas con las que los marxistas han hecho constantemente blanco a la justicia que llaman “burguesa”, o sea, la establecida en los Estados de Europa occidental, que se imparte por una organización judicial, independientemente de cualquier otro poder y compuesta de jueces juristas nombrados vitaliciamente, y cuya función consiste solamente en la fiel aplicación de las leyes dictadas por el Poder Legislativo. No es necesario, para recoger estas críticas, acudir a una fuente autorizada del pensamiento soviético, como Vyshinsky,³⁹ sino que es suficiente leer las páginas escritas por un inglés convertido al marxismo, Harold Lasky,⁴⁰ para encontrar la demostración de que la justicia “burguesa” es una justicia “de clase”, en la cual el juez, como cualquier otro jurista, es el intérprete de las leyes dictadas para la tutela de la riqueza y del privilegio, convirtiéndose, sin advertirlo, en un instrumento de esta misma tiranía, y destinado a justificar con sofismas sutiles la prepotencia del rico en daño del pobre. En el contraste que existe entre los humildes y los poderosos, que se encuentra en el centro de la inmortal novela manzoniana, el doctor Azzecagarbugli ha escogido, sin vacilar, el partido de los privilegiados.

Existe, indudablemente, algo de verdad en esta censura, no sólo porque los jueces juristas, a los cuales se les exige una preparación universitaria que los hijos de las clases pobres no tienen medio de procurarse, provienen frecuentemente de las clases llamadas “burguesas”, sino también porque si la ley es la expresión de los intereses de la clase dominante, es inevitable que el juez

³⁹ *Ob. y loc. cit.*

⁴⁰ H. J. Lasky, *Democracy in Crisis*, 1933, traducción italiana de A. Schiavi, *Democrazia in crisi*, Bari, 1935, pp. 118-127; *Parliamentary Government in England*, 1938, traducción francesa: *Le gouvernement parlementaire en Angleterre*, París, 1950, pp. 242 y ss.

llegue a ser, si quiere ser fiel intérprete de la propia ley, un instrumento de los mismos intereses y, por tanto, aun sin darse cuenta, llega a ser un instrumento de dominio social de la clase que está en el poder. De manera que puede suceder que los oprimidos, que solamente a través de la sentencia del juzgador sienten la mordedura concreta de la opresión, que en la ley es solamente abstracta y potencial, se sienten inclinados a tomarla con el juez que tienen cerca y no con el legislador lejano, ya que es el juzgador el que traduce en sufrimientos individuales la amenaza que en la ley aparece remota e inocua. Muchas veces el juez lleva ante la opinión pública el peso de las culpas del legislador, y se les considera jueces de clase, porque son intérpretes de leyes de clase; precisamente aquí, en la ciudad de México, en los murales alegóricos con los cuales el pintor Orozco ha adornado el palacio de la Suprema Corte de Justicia, se puede leer en claros símbolos lo que piensa el pueblo encadenado de los jueces puestos al servicio de los regímenes de opresión.⁴¹

Pero la acusación pierde gran parte de su valor en los ordenamientos judiciales de los Estados gobernados por un régimen democrático parlamentario, en el cual si bien los jueces son nombrados vitaliciamente y provienen con frecuencia de la clase media, el mecanismo constitucional está estructurado de tal manera que permite una continua renovación de la clase política en el poder y, por tanto, de los intereses que dicha clase traduce en leyes; de manera que la gradual adecuación a las nuevas exigencias sociales que se efectúan en la legislación repercute necesariamente (y a veces se preanuncia) en la jurisprudencia de los jueces, en la cual, mejor que en las leyes, se puede seguir el camino, fatigoso, pero ininterrumpido, de la justicia social.

En consecuencia, se puede concluir que cuando los marxistas acusan a la justicia “burguesa” de ser un instrumento de lucha política de la que se sirve la clase dominante para mantenerse en el poder, hacen un reproche, que si bien es fundado en parte,

⁴¹ Un detalle de uno de estos frescos se reproduce en la cubierta de la edición italiana de este libro.

puede volverse en su contra con mayor razón, toda vez que en la dictadura del proletariado, la justicia se jacta abiertamente de constituir un arma de lucha política para la defensa del socialismo, con la sola diferencia de que en el sistema occidental de la legalidad, la política puede llegar hasta el juez, pero siempre por infiltración capilar, o sea, depurada y moderada a través de la pantalla porosa de la ley.

9. *La crisis de la motivación*

La función normal de la motivación, que es la de establecer un fundamento racional al sentimiento social de la justicia del que obtiene su primer impulso la sentencia, se desenvuelve armónicamente en forma que podría llamarse fisiológica, en los periodos históricos de estancamiento y de pacífica evolución social, que se continúa sin sobresaltos, o sea, cuando las leyes en vigor son acatadas por la mayoría de la opinión pública, porque las estima en correspondencia con el sentimiento popular; y cuando el juez, al aplicarlas, puede sentirse espiritualmente unificado con el legislador de su pueblo.

Pero el drama de la motivación comienza cuando el sentimiento social del juez se encuentra en desacuerdo con el que ha inspirado el legislador, es decir, cuando el juez, con motivo de acontecimientos históricos que han ocasionado bruscas transformaciones políticas y rupturas en la continuidad jurídica, se encuentra en el deber de aplicar una ley que en su conciencia considera socialmente injusta, no obstante que se diga que en el sistema de la legalidad impera el principio de *dura lex sed lex*, y que, en consecuencia, el juez debe tomar la ley como es, sin juzgarla. Pero el juez es un hombre vivo, y como tal, antes de aplicar la ley, la juzga; incluso cuando esté pronto a la obediencia, no puede acallar dentro de sí la valoración moral y política que le proviene de la conciencia. Y si acallando esa voz se encuentra en la obligación de aplicar una ley a la que interiormente no tiene confianza, es de esperar que la aplique mecánicamente, por de-

ber de cargo, con fría pedantería burocrática, pero no se le podrá pedir que se convierta en un vivificador y un recreador de la ley a la cual se siente íntimamente extraño y francamente hostil; y, por tanto, la propia ley se transforma en una fórmula árida y reducida a la exégesis literal, encomendada a un juez que no la aprecia y que no comparte sus fundamentos.

Se realizan entonces las situaciones patológicas de disonancia y de sordo contraste entre el juez y la ley, en las que la motivación pierde su función fisiológica y se transforma, según los casos, en una pantalla de hipocresía establecida a propósito para ocultar los verdaderos motivos de la decisión, o bien una forma de protesta encubierta, con la cual el juez, no obstante que decida formalmente de conformidad con lo que la ley impone, se ingenia para revelar, por transparencia, bajo la motivación aparente, que debería servir para demostrar las justicias del fallo, las razones que lo hacen aparecer injusto.

La crisis de la legalidad, en cuya base se encuentra siempre una discrepancia más o menos aguda entre las leyes en vigor, y las exigencias sociales, se hacen visibles en el campo de la justicia, a través del fenómeno singular de patología judicial, que se puede denominar la *crisis de la motivación*.

10. *Motivación evasiva de la ley*

En estos últimos decenios han sido tantas y provenientes de tan variadas direcciones las causas mundiales de esta crisis de la justicia que se refleja en la motivación, que los estudiosos han tenido la posibilidad de distinguir y clasificar, como en un laboratorio experimental, diversas figuras típicas del mismo fenómeno, del cual hemos tenido repetidas experiencias en Italia.

Primeramente encontramos, durante el periodo de la dictadura y de la invasión extranjera, la inquietud de los jueces obligados por los opresores de dentro y de fuera a la aplicación de leyes crueles e insensatas, contra las cuales se rebelaba su conciencia humana (como sucedía con las leyes llamadas “raciales”,

perseguidoras de los judíos); y aún más grave, el tormento de los magistrados encargados de condenar como jueces las infracciones legales que también ellos, como ciudadanos, se encontraban en la necesidad de realizar cada día. No es posible olvidar el caso angustioso de un juez que debía condenar a los ciudadanos acusados de haber adquirido víveres en el “mercado negro”, con violación de las leyes de abastecimiento de tiempo de guerra, y que todas las mañanas, antes de acudir a la audiencia, debía recorrer afanosamente la ciudad para tratar de adquirir en el mismo mercado negro un poco de carne para su hijito, consumido por una larga enfermedad.

Recientemente se ha publicado en América un ensayo muy original del profesor Cahn, intitulado *El sentido de la injusticia* (*The Sense of Injustice*),⁴² el cual examina la justicia en su momento negativo, con objeto de demostrar en forma pragmática cómo se revela y actúa en la vida social y judicial el sentido de lo justo; es decir, estudia la rebeldía natural que se despierta en las conciencias ante la injusticia; y así como la enfermedad nos hace desear el bien, antes inadvertido, de la salud, o como el aire, cuya necesidad sólo se siente cuando nos falta, el sentido de la injusticia nos revela el valor de la justicia cuando ésta se encuentra en peligro. Frente a ciertas leyes inhumanas, como las de la persecución “racial”, se mostraba incontenible el sentido de la injusticia, más fuerte que todo razonamiento, impulsando a los jueces a buscar ingeniosos pretextos dialécticos para eludir en sus fallos la despiadada locura de esas leyes abominables; y la motivación era frecuentemente la pantalla colocada hábilmente con el fin de realizar esa generosa traición. Constituiría una indagación de gran interés político y social la que tratase de reconstruir, a través del estudio analítico de la motivación, los esfuerzos hechos por los jueces para restringir y atenuar el alcance de las leyes odiosas, contrarias a su conciencia, toda vez que el resultado de esa investigación podría servir para demostrar la medida del nivel moral de la magistratura durante el mismo periodo.

⁴² E. N. Cahn, *The Sense of Injustice*, Nueva York, 1950.

11. *Motivación polémica*

Pero en los países en los cuales la guerra ha provocado la caída de las dictaduras y el retorno a la libertad, la crisis de la motivación se ha manifestado, aún después de la desaparición del régimen anterior, en otra forma y en sentido opuesto.

La caída del régimen fascista no produjo una renovación radical del personal de la judicatura ni grandes cambios en la legislación ordinaria; de manera que aún después de la entrada en vigor de la Constitución republicana, gran parte de las leyes antiguas continuaron en vigor, y para aplicarlas permanecieron en sus puestos los mismos magistrados que durante veinte años se habían acostumbrado a interpretarlas con espíritu conformista. La costumbre se transforma después de mucho tiempo en una especie de esclerosis, inclusive en el campo de la judicatura, y, por tanto, aunque el régimen anterior hubiese caído y sus premisas constitucionales hayan sido destruidas, sin embargo las leyes que deben aplicarse son las mismas. ¿Cómo puede actuar el juez envejecido durante veinte años de dictadura para interpretar con nuevo espíritu democrático las leyes que por ese largo tiempo ha sentido animadas por una inspiración autoritaria? El juez que no se haya aficionado en forma irremediable al espíritu de las viejas leyes puede recurrir a la interpretación evolutiva, y, de esta manera, en las fórmulas elásticas de las leyes que han permanecido aparentemente inmutadas, penetrar, a través de la invocación de los principios generales del nuevo ordenamiento, un espíritu nuevo; el intérprete que quiera realizar el pequeño esfuerzo que implica levantar la cabeza de la página de su código y de mirar por un instante desde la ventana lo que ha sucedido en la calle, advierte fácilmente que el significado de ciertos preceptos, cuyo texto no ha sido tocado por el nuevo ordenamiento, tiene en la actualidad carácter completamente opuesto al que tenía bajo el régimen caído; por ejemplo, el delito de “propaganda subversiva” (artículo 272 del Código Penal italiano) significa hoy, en concreto, precisamente lo contrario de lo que significaba hace veinte años.

Pero no todos los jueces son capaces de realizar esta pequeña labor, especialmente aquellos que han envejecido en el cargo, ya que permanecen frecuentemente apegados a los viejos ídolos lógicos; en efecto, es difícil que después de haber interpretado las leyes durante veinte años con determinado espíritu posean la agilidad mental que se requiere para liberarse del viejo conformismo y para adaptarse a un espíritu nuevo. Puede suceder que en los periodos inmediatos a un cambio brusco afloren en las consideraciones de las sentencias las más imprevisibles disonancias o “desajustes” históricos, como ocurre cuando las leyes republicanas son interpretadas con espíritu monárquico, y las antifascistas, con espíritu fascista, y las leyes innovadoras sean aplicadas con criterio conservador. Por tanto, cuando en ocasiones la motivación de un fallo va en contra de sus puntos resolutivos e inclusive tenga el propósito de desacreditarlos.

La doctrina conoce desde hace tiempo las llamadas sentencias “suicidas”,⁴³ en las cuales el juez redactor tiene la finalidad de dar a entender en las consideraciones que aun cuando por conformismo se ha resignado a decidir en determinado sentido, no obstante está plenamente convencido, en conciencia, de que su decisión es injusta, de manera que para salvar su alma exhorta a los benévololectores para que no la tomen en serio y procuren que sea reformada en apelación.

Además, en este último decenio se han conocido en todos los países convulsionados por la catástrofe otras figuras de “desajustes” de la motivación, como las llamadas *sentencias polémicas*, en las que algunos jueces nostálgicos toman como pretexto el caso sometido a su decisión, para transformar la motivación, en la cual sólo deberían consignar los fundamentos jurídicos atinentes a la causa, en una tribuna electoral, destinada a desahogar sus resentimientos de hombre de partido.

Existen inclusive otros subterfugios aún menos limpios, como el consistente en pronunciar un dispositivo absolutorio que el imputado, plenamente satisfecho, no tiene interés en impugnar

⁴³ G. Escobedo, *Sentenze suicide*, Città di Castello, 1941.

dentro del breve término preclusivo que sigue a la publicación, pero que se hace seguir, una vez que ya ha concluido dicho término, de unas consideraciones infamantes que el afectado no tiene posibilidad de recurrir.

12. *La crisis del derecho en los periodos de rápidas transformaciones políticas*

Pero, por fortuna, éstos son casos excepcionales, síntomas aislados del malestar que también e inevitablemente afecta a las instituciones judiciales después de los grandes trastornos históricos, hasta que el nuevo orden ha superado la etapa de asentamiento.⁴⁴ Con posterioridad, gradualmente, los jueces irreductibles son jubilados y sustituidos en sus cargos por jóvenes crecidos en el nuevo clima político, reformándose la magistratura para ponerla en consonancia con el espíritu de las nuevas leyes, que por algunos años había sido trastornado, y entonces se llega a calmar inclusive la “crisis de la motivación”. No hay que descorazonarse por esta situación, porque solamente en los periodos de conmociones sociales de carácter general también los jueces llegan a encontrarse en la situación contradictoria que consiste en la pérdida de su fe en la justicia.

El jurista francés Ripert, profesor de la Facultad de Derecho de París, escribió hace algunos años (1949) un libro digno de meditación, intitulado *Le déclin du droit*, que ha resonado como una campana a rebato sobre la crisis de la legalidad que aflige a Europa.⁴⁵ Ripert hace un agudo y laborioso análisis en relación con la ley del más fuerte: la degeneración publicista del derecho privado, el incumplimiento de las obligaciones, la falta de continuidad en el derecho, la falta de certeza jurídica, el debilitamiento de los derechos individuales. La conclusión del eminente

⁴⁴ Calamandrei, *La crisi della giustizia*, en el volumen, *La crisi del diritto*, publicado por la Universidad de Padua, Padova, 1953.

⁴⁵ G. Ripert, *Le déclin du droit*, París, 1949.

jurista es demasiado desalentadora: “El derecho se encuentra en decadencia...”. Pero esta conclusión me hace recordar, con todo el respeto debido a su comprensible y natural desesperanza de viejo tratadista, el epigrama que aprendí, siendo niño, en una antología escolar:

*Lloraba la doncella
sentada frente al mar;
lloraba conmovida
del sol, el declinar.
Calma, niña, calma;
sosiega tu penar,
que el sol que aquí declina,
resurge más allá.^c*

También el derecho, como el sol, declina aquí, pero retorna más allá, y por ello nosotros, los juristas, si queremos cumplir con nuestro cometido social, no debemos entristecernos por la justicia que tramonta, sino que debemos procurar que se transforme la legalidad de un instrumento conservador en un medio útil y pacífico de renovación social, capaz de guiar al mundo, sin nuevas catástrofes, hacia la claridad de la justicia que resurge.

(24 de febrero de 1952)

^c Traducción libre de los siguientes versos que consigna el original italiano, p. 118:

*Sedeva in pianti e lai
la signorina al mar,
la commoveva assai
del sole il trarontar.
Si calmi, signorina;
L'affare così va:
il sol di qua declina,
e torna su di là.*

Lic. Héctor FIX-ZAMUDIO

V

EL CARÁCTER DIALÉCTICO DEL PROCESO

1. *Principio del contradictorio*

Después de haber dedicado tres conferencias al juez como protagonista del drama procesal, es necesario ahora ocuparnos de los otros personajes indispensables en todo proceso, o sean, las “partes”; que si continuamos utilizando la terminología teatral no sería exacto llamar los “antagonistas” del juez, porque ellos, adversarios entre sí, son los colaboradores indispensables del juzgador, aunque éste no lo advierta.

Las partes en el proceso son necesariamente dos, aun en aquellos procesos llamados de “única parte”, porque la dialéctica del proceso (que constituye actualmente una de sus exigencias esenciales, como veremos a continuación) ha originado en los ordenamientos modernos la creación de una parte oficial, y por así decirlo, “artificial”, como sucede en el proceso penal acusatorio, en el cual el Ministerio Público se contrapone al imputado, y como ocurre en algunos litigios civiles en los que está interesado el orden público; por ejemplo, los de interdicción, en los que el interés del incapacitado es el único que debe tutelarse, a pesar de lo cual la ley exige la presencia en el juicio de un actor legitimado para obrar en contradictorio con él.⁴⁶

En el proceso moderno, que responde a los principios constitucionales de los nuevos ordenamientos democráticos, las dos partes son siempre indispensables. El principio fundamental del proceso, su fuerza motriz, su garantía suprema, es el “principio

⁴⁶ Calamandrei, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, en *Studi*, II, pp. 321 y ss.; *Il Processo inquisitorio e il processo civile*, en *Studi*, V, pp. 53 y ss.

del contradictorio”: *audiatur et altera pars; nema potest inauditus damnari*. “La defensa constituye un derecho inviolable en todo estado y grado del procedimiento” (artículo 24 de la Constitución italiana). “El juez... no puede estatuir sobre ninguna demanda si la parte contra la cual se propone no ha sido regularmente citada y no ha comparecido” (artículo 101 del Código de Procedimiento Civil italiano).

Las partes son *personas*, es decir, sujetos de deberes y de derechos que no están situados frente al juez como súbditos, sometidos a su potestad y obligados a obedecerlo pasivamente, sino como ciudadanos libres y activos que tienen ante el juzgador no sólo deberes que cumplir, sino también derechos que hacer respetar, por lo que el juez no debe estimarse únicamente como autoridad dotada de poderes, sino como un funcionario sujeto a deberes y responsabilidades frente a las partes, las que tienen derecho de hacer valer libremente sus razones y de ser escuchadas con atención. La teoría de la relación procesal, iluminada en todo su mecanismo sutil por Giuseppe Chiovenda, de tal manera que ha resistido, a mi modo de ver, todas las críticas, inclusive las más agudas de James Goldschmidt,⁴⁷ no es más que una traducción en el microcosmos del proceso de la teoría del *Rechtsstaat* (Estado de derecho). En toda la vida pública del moderno Estado de derecho, el ciudadano no es un *subditus* abandonado a la merced de un príncipe *legibus solutus*, sino un sujeto autónomo de derechos y de obligaciones cuya autonomía está garantizada por la ley frente a la misma autoridad, y cuanto más progresa el ordenamiento constitucional hacia la democracia, con mayor precisión son definidos y “racionalizados” estos derechos y deberes recíprocos del ciudadano frente al Estado.

2. *Carácter dialéctico del proceso*

Relación jurídica significa relación entre *personas*; cuando decimos que el proceso es una relación jurídica entre el juez y las

⁴⁷ J. Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin, 1925, pp. 1-145.

partes, reconocemos implícitamente que en el proceso, que se integra con sujetos dotados de una voluntad autónoma y jurídicamente relevante, no existe solamente el juez, sino tres personas, el propio juez y además las partes, como lo expresaba la antigua doctrina: *processus est actus trium personarum*.

Por tanto, el juez no está nunca sólo en el proceso. El proceso no es un monólogo, sino un diálogo, una conversación, un cambio de proposiciones, de respuestas y de réplicas, un cruzamiento de acciones y de reacciones, de estímulos y de contraestímulos, de ataques y de contraataques. Por este motivo ha sido comparado con una esgrima o con una contienda deportiva;⁴⁸ pero se trata de una esgrima de persuasiones y de una contienda de razonamientos.

En esto consiste la *dialéctica*, que es el carácter más precioso y típico del proceso moderno, lo que significa que la voluntad del juez no tiene ya, en ningún caso, el carácter de soberanía absoluta, sino que está siempre condicionada (inclusive, en el proceso penal) a la voluntad y al comportamiento de las partes, es decir, a la iniciativa, al estímulo, a la resistencia o a la aquiescencia de las mismas. Y lo mismo puede decirse para cada una de las partes, cuya voluntad y actividad se plasman y se adecuan en todo momento del proceso a los estímulos provocados por la conducta del juez y de su contraparte.

3. *Proceso dialéctico y proceso totalitario*

Sin esta dialéctica triangular no existe proceso en el sentido moderno de la palabra, y se podría decir, parafraseando un antiguo lema, que *tres personae faciunt processum*. En ciertos periodos históricos, que hasta hace poco tiempo creíamos desaparecidos para siempre en la tenebrosidad de las hogueras, ha existido una figura de proceso en la que el juez ha estado *solo*, puesto que ante

⁴⁸ Calamandrei, *Il Processo come giuoco*, en *Riv. dir. proc.*, 1950, I, pp. 23 y ss.

sí no veía hombres, conciencias responsables y libres para defenderse, sino únicamente víctimas indefensas, sujetas a su ilimitado arbitrio y condenadas anticipadamente al sacrificio; tal era el proceso de la Inquisición, en el que la función de investigador, de acusador y de juez se concentraban en una sola persona: el inquisidor, ante el cual el pesquisado no tenía la calidad de persona, sino solamente la de un sujeto inerte, de un mísero fardo de carne, hecho para ser desgarrado y aniquilado por la tortura.

El amigo Alcalá-Zamora nos relató brillantemente en una reciente reunión académica el desarrollo de un proceso que se siguió en España hace algunos siglos contra la langosta, lo que constituye una curiosa extravagancia judicial, que estuvo en uso en la época intermedia, inclusive en Italia, en la que se han recordado los procesos criminales dirigidos seriamente en contra de bestias acusadas de delitos, y que fueron solemnemente condenadas a muerte.⁴⁹

Constituye una parodia burlesca de esta antigua aberración el famoso proceso contra el perro doméstico, escenificado en el tercer acto de *Les Plaideurs*, de Racine, con objeto de proporcionar al viejo magistrado maniático el placer de juzgarlo; pero cuando estos procesos contra animales son seguidos con seriedad en ciertas épocas históricas, bajo esa extravagancia puede leerse, casi en forma de apólogo, una concepción autoritaria del proceso, que hace del juez un déspota absoluto y su único personaje. Hombre y animal significan lo mismo para el juez, que no busca la colaboración del acusado ni contempla en él la dignidad y responsabilidad de una conciencia humana, de la cual espera una respuesta que podrá ser decisiva para su suerte, sino que ve solamente un objeto sin alma, cuyo destino terrenal está ya escrito en la mente del juez, como el de la bestia que es pesada por el carnicero antes de enviarla al matadero. Éste era el proceso inquisitorio, que se creía para siempre desvanecido en los siglos de la barbarie, y que, por el contrario, ha reaparecido entre nosotros en estos últimos

⁴⁹ Carlo Lessona, *Giurisprudenza animalesca*, Città di Castello, 1906, pp. 39 y ss.

decenios de terror, en la helada ficción de justicia, que con terminología actual se puede denominar proceso “totalitario”, y en el que las partes son solamente elementos decorativos, llamados para hacer más espectacular el rito, pero el juez es todo, y única su voluntad, por lo que la sentencia no es el producto final del encuentro de voluntades contrapuestas, resultado que permanece incierto y en formación, en tanto que el proceso está *in itinere*, sino que constituye el arbitrio solitario de una sola voluntad que presenta el proceso como un artificio para dar, en forma retrospectiva, una justificación ilusoria a la decisión tomada con anterioridad.

En el proceso de carácter dialéctico, el fallo constituye la consecuencia que permanece incierta hasta el fin de la marcha del proceso; en el proceso totalitario, la marcha del proceso es la consecuencia de una resolución *ya cierta desde el principio*.

4. *Proceso civil y liberalismo*

Es fácil apreciar cierto paralelismo entre la disciplina del proceso y el régimen constitucional en el cual se desenvuelve. Inclusive en la actualidad existe el Estado absoluto y autoritario, al que corresponde un proceso de tipo totalitario en el cual el juez lo puede todo y las partes son tratadas como cosas, y, por el contrario, en el Estado liberal y democrático el proceso reproduce en su estructura, como el cielo reflejado en el agua, la dialéctica del liberalismo y de la democracia.

El ilustre ministro García Rojas, presidente de una de las Salas de la Suprema Corte, ha tenido la bondad de recordar mi trabajo sobre la “relatividad de la acción”,⁵⁰ en un discurso en el cual se expresó en forma demasiado benévola sobre mi persona, trabajo en el cual traté de demostrar que en esa variable concepto de “acción” se reflejan las diversas actitudes del eterno contraste entre autoridad y libertad, en concordancia con los cam-

⁵⁰ Calamandrei, *La relatività del concetto di azione*, en *Studi*, cit., V, pp. 1 y ss.

bios de los regímenes constitucionales. Pero esta relación entre la figura del proceso y la estructura de los mecanismos constitucionales, dentro de los cuales es encuadrado y estudiado, no puede limitarse únicamente al concepto de acción, ya que en todo el estudio del proceso puede ser instructiva y reveladora de nuevos horizontes la comparación entre el derecho procesal y el derecho constitucional, entre el sistema de juicio y el sistema de gobierno.

Al gran procesalista alemán James Goldschmidt, que murió en el exilio por causa de la locura racista, debemos la aproximación agudísima entre la dialéctica del proceso, tal como la consideramos actualmente, y la doctrina política del liberalismo. En el prólogo de su obra fundamental, *Der Prozess als Rechtslage* (1925), expresa que el derecho procesal puede florecer solamente sobre el terreno del liberalismo; y precisamente por esto, en un trabajo dedicado a honrar su memoria lo llamé “maestro de liberalismo procesal”.⁵¹

En realidad, la dialéctica del proceso es la dialéctica de la democracia parlamentaria. En un cierto sentido (y *cum grano salis*) la pluralidad de las partes en la contienda judicial se asemeja a la pluralidad de los partidos en la lucha política. El principio de la iniciativa y de la responsabilidad de las partes, comprendido bajo el nombre de *principio dispositivo*, por el cual cada una de las partes en el proceso civil puede ser el artífice de su propia victoria, con la bondad de sus razones y con la habilidad con la que sepa hacerlas valer (*faber est suae quisque fortunae*), tiene muchos puntos de semejanza con la dialéctica política de los gobiernos parlamentarios, en los que cada uno de los partidos, a través de su programa (y a veces, desgraciadamente, con la habilidad de su propaganda), puede ser el artífice de su propia victoria electoral y, por tanto, de su ascensión al gobierno. La democracia es un régimen en movimiento, en continuo esfuerzo de superación, un sistema dinámico animado por el perdurable estímulo de mejorarse y de superar al adversario en la bondad de los programas y su eficacia persuasiva.

⁵¹ Calamandrei, *Un maestro di liberalismo processuale*, en *Riv. dir. proc.*, 1951, I, pp. 1 y ss.

5. *Contradictorio procesal y oposición parlamentaria*

El principio del contradictorio se parece como dos gotas de agua al principio de la oposición parlamentaria. Ambos están fundados sobre ciertas ideas tan simples que pueden parecer hasta ingenuas; o sea, que los hombres saben ser razonables, capaces de persuadir con buenas razones y dejarse convencer por las ajenas; que la verdad sólo puede conocerse en su integridad si se observa en sus diversos aspectos, dándole vueltas para descubrir sus tres dimensiones, y que el contradictorio no es un enemigo, sino un colaborador, porque con sus objeciones ayuda a descubrir y corregir los errores alimentando la contienda de emulación, que constituye el estímulo y el fermento de todo progreso humano. Como sabemos, la oposición en el sistema parlamentario inglés, una seria y fuerte oposición, se considera como un órgano necesario de buen gobierno, y hasta se denomina “la oposición de Su Majestad”, siendo apreciada hasta el extremo de que el jefe de la misma recibe una retribución no muy inferior a la del primer ministro, y se sienta a la misma altura y frente a los miembros del gabinete, en la misma banca del gobierno.

Por tanto, el contradictorio es indispensable en el proceso, no para exacerbar la litigiosidad de las partes o para dar oportunidad a los abogados para hacer ostentación de su elocuencia, sino en interés de la justicia y del juez, ya que precisamente en la contraposición dialéctica de las defensas contrarias encuentra fácilmente el medio más adecuado para descubrir toda la verdad, iluminada bajo sus más diversos aspectos. Esta aproximación de los sistemas procesal y parlamentario, apoyado el primero en el contradictorio, y el segundo en el contraste entre la mayoría y la oposición, no tiene un valor puramente teórico, una significación, por así decirlo, de pura semejanza estética. Durante los últimos años del dominio nazista en Alemania se discutieron proyectos de reforma del proceso civil (los cuales, si el régimen no se hubiese hundido, habrían sido traducidos mecánicamente en leyes) con las que se pretendía abolir el contradictorio y transformar el

proceso de partes (*Parteiprozess*) en un procedimiento totalmente oficioso, impulsado exclusivamente por la iniciativa del juez, por lo que alguien llegó a hablar de “proceso sin partes”, lo que equivaldría a hablar de “proceso sin proceso”. Inclusive, un estudioso de buena voluntad⁵² descubrió que el concepto de *Parteiprozess* no era sino un maligno contagio, penetrado en la sangre de la justicia, de los odios de partido que afligían a Italia en el tiempo de los municipios, cuando la vida política se traducían en una lucha de facciones. Y continuaba dicho estudioso expresando que así como el nazismo totalitario había llegado felizmente a liberar de los partidos la vida política, aplacando todos los contrastes en el seno paternal del *Führer*, deberían abolirse las partes en el proceso y triunfar, aun en los tribunales, la religión del *Führerprinzip*, de manera que en las salas de justicia resonase solamente la sagrada palabra del juez oficiante, y ante él los justiciables deberían esperar en silencio, postrados y adorantes.

6. *Función de los abogados en el proceso dialéctico*

Por el contrario, el proceso debe constituir, en un régimen democrático, un coloquio civilizado entre personas situadas en el mismo nivel humano, siendo fácil comprender la importancia del abogado, o, más bien, de los abogados, interlocutores necesarios de este diálogo, en una regulación democrática de la justicia. El éxito del proceso, y, por tanto, la suerte de la justicia, está condicionado por el amigable y leal desenvolvimiento de este coloquio, por lo que de las buenas relaciones entre los jueces y los abogados, más que de la bondad de las leyes, depende el buen funcionamiento de la justicia.

Ya desde la primera conferencia hice notar que para el buen funcionamiento del proceso tiene mayor importancia la *costumbre judicial* que las mismas leyes, y que los creadores de esa costumbre judicial son precisamente los jueces y los abogados, a través de su

⁵² Calamandrei, *La crisi del processo civile in Germania*, en *Studi*, V, pp. 285 y ss.

moralidad, rectitud y recíproca comprensión. Jueces y abogados tienen semejanza, en el proceso, con un sistema de vasos comunicantes, puesto que su cultura y su lealtad se mantienen constantemente al mismo nivel, elevándose y disminuyendo para ambos constantemente y en igual medida. Buenos jueces hacen buenos abogados, y viceversa, puesto que los magistrados que desprecian a los abogados se desprecian a sí mismos, pero los abogados que no respetan la dignidad del juzgador ofenden la dignidad de su propia toga.

En ocasiones la misma ley establece (artículo 88 del Código de Procedimiento Civil italiano) el “deber de lealtad y de probidad” para las partes y para sus patrocinadores, pero no expresa en concreto, ni lo podría definir jamás, en qué consiste esta obligación. La lealtad y la probidad deben vivir fundamentalmente en la conciencia de los magistrados y de los abogados, de tal manera que, en la costumbre, el respeto de las “reglas del juego” no se puede imponer a quien no lo siente, pero es esencial tanto en el proceso como en el Parlamento. Por tal motivo tiene tanta importancia en la reglamentación de las profesiones forenses la jurisdicción disciplinaria que ejercitan los colegios profesionales sobre sus propios integrantes, porque la vigilancia sobre la lealtad y probidad de los abogados y sobre la observancia de las reglas no escritas de rectitud profesional debe venir de dentro de la misma conciencia y del sentido de responsabilidad de la orden forense, a través de un régimen de autogobierno y de autodisciplina.

Ésta es la causa por la que la abolición de la abogacía como profesión libre y su transformación en una burocracia de Estado significaría no solamente el fin de la abogacía, sino también el fin de la justicia. En dos ocasiones se intentó realizar esta transformación en la Prusia de Federico el Grande y en la Rusia de Lenin;⁵³ y las dos veces fracasó este experimento realizado por autocracias tan diversas, y para salvar la justicia fue preciso retornar al sistema del libre ejercicio de la abogacía, o al menos,

⁵³ Calamandrei, *Troppi avvocati*, Firenze, 1921, pp. 25 y ss.

como ha sucedido en Rusia, a la libertad de las partes para elegir un defensor retribuido.⁵⁴

Los abogados representan la libertad en el proceso, toda vez que constituyen el símbolo viviente del principio vital de las democracias modernas, de acuerdo con el cual para llegar a la justicia es preciso pasar a través de la libertad, ya que la libertad es el instrumento indispensable para conquistar una mejor justicia. En los primeros tiempos del terror fascista, cuando los escuadristas iban de un lado a otro realizando expediciones punitivas, las metas de sus devastaciones no eran solamente las cámaras de trabajo y las bibliotecas populares, sino también los bufetes de los abogados. Y así, en Florencia, al finalizar 1924, fueron incendiados más de veinte en una sola jornada. No debemos asombrarnos de que esto haya sucedido, si tomamos en consideración que para los dictadores, el abogado constituye el símbolo peligroso de la razón crítica y de la oposición que se rebela contra el conformismo; de esta manera, en los regímenes de opresión y de degradación, en la toga radica el último refugio de la libertad, ya que cuando todos callan bajo el peso de la tiranía, de vez en cuando brotan de la toga voces dignas y arrogantes.

7. La confianza entre abogados y jueces como fuente reguladora de las formas procesales

El curso del proceso se gobierna por la costumbre judicial, creada por la colaboración de jueces y abogados, los que lo aceleran o retardan de acuerdo con su ritmo de actividad o negligencia.

Resulta inútil que las leyes procesales establezcan decadencias y preclusiones si magistrados y abogados no llegan a encontrar por sí el punto de contacto y de equilibrio entre las obligaciones que tienen los últimos, primeramente, de la defensa esforzada

⁵⁴ Calamandrei, *Gli avvocati nel mondo*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, p. 327; *Libri sugli avvocati, ib.*, 1930, I, p. 350.

y cuidadosa de las pretensiones de su cliente y el deber importantísimo de constituirse en leales colaboradores del juzgador, no retardando el curso de la justicia, por razones de táctica. Por lo que resulta ocioso que, sobre el papel, los códigos restrinjan los términos, prohíban los aplazamientos o impongan la concentración si jueces y abogados se unen en una alianza en la que impere la cómoda costumbre de la pereza.

La historia del proceso nos ofrece en todos los tiempos ejemplos de la fatal resistencia retardataria que ejercita la costumbre judicial sobre las leyes del procedimiento, inclusive respecto de las que se han expedido con el firme propósito de obtener una concentración rápida y rigurosa; de modo que cada vez que el legislador ha creído poner remedio al estancamiento y solemnidad del proceso ordinario, creando para las causas más urgentes un procedimiento especial, abreviado y concentrado, que por tales motivos se denomina “sumario”, la costumbre judicial ha logrado en pocos años transformar este procedimiento nacido para acelerar y simplificar en una secuela lenta y solemne. Y este curioso fenómeno (que con feo, pero eficaz neologismo ha sido calificado de “des-sumarización del proceso sumario”) se repite periódicamente en la historia, ya que el proceso sumario, puesto en contacto con la práctica, tiende al formalismo, apropiándose todas las lentitudes y complicaciones del proceso ordinario; tal parece que abogados y jueces, en vez de agradecer al legislador sus intenciones de hacer más ágil y menos engorroso su trabajo, suprimiendo formulismos, se encuentran de acuerdo para hacer fracasar toda tentativa de reforma que tienda a hacer más rápido el curso del procedimiento.

Tenemos la prueba de esta situación en las modificaciones que, precisamente a solicitud de los abogados, fueron hechas al Código Italiano de Procedimiento Civil de 1940, por la Ley del 14 de julio de 1950, núm. 581; todas estas reformas, que abolieron o atenuaron algunas preclusiones (artículo 184) admitieron la impugnación de ordenanzas que antes no lo eran (artículo 178) o la impugnación independiente de las sentencias parciales (artículo

lo 339), han desembocado necesariamente (aun cuando ésta no fue la intención de quienes las habían sugerido) en una pérdida de celeridad y en un aumento de complicaciones.

La lentitud de los procesos, que todavía lamentamos en Italia, no es un fenómeno que pueda atribuirse a causas contingentes, como pudo haber ocurrido en el decenio de general estancamiento producido por la crisis bélica en todas las ramas de la administración pública, sino que tiene causas más profundas y arraigadas en la costumbre forense. La excesiva complicación del procedimiento que hace necesaria la meticulosa observancia de formalidades condenadas por el buen sentido podría reducirse fácilmente a sus justos límites si entre los magistrados y los abogados existiera un mayor sentido de confianza recíproca. *Es precisamente la desconfianza la que retarda y complica el proceso.*

Si hacemos una comparación entre la administración de justicia como se desarrolla en Inglaterra, con la que se practica en los países continentales como Francia e Italia, nos percatamos con dificultad de una diferencia que a primera vista parece increíble hasta el absurdo: mientras que no son suficientes en Italia cerca de seis mil magistrados de carrera para realizar las funciones jurisdiccionales, la misma se efectúa en Inglaterra, y con mayor rapidez, con sólo un centenar de jueces.

El verdadero motivo que se encuentra en la base de la rapidez y simplicidad de la justicia inglesa, y que a nosotros puede parecernos milagrosa, radica en el sentido de leal compañerismo que une a los abogados y a los jueces en Inglaterra, y que casi siempre hace superfluas las formalidades del procedimiento. Gran parte de las garantías formales que en nuestro proceso pretenden asegurar el respeto del contradictorio y cerrar el camino a las estratagemas y a las maniobras de los litigantes de mala fe se hacen necesarias por la desconfianza que existe entre las partes, y también entre éstas y el juez, por lo que es preciso regular con disposiciones minuciosas todas esas precauciones, ya que se teme que si las leyes no las prescribiesen, las partes tratarían de atropellarse recíprocamente, y cada una de ellas actuaría astutamente

para impedir que el adversario se defienda, y también porque se tiene el temor de que si el desenvolvimiento del contradictorio no estuviese regulado por la ley, un juez rudo e impaciente aprovecharía esta elasticidad de poderes para truncar el debate en la primera audiencia, librándose así de la fastidiosa insistencia de los defensores.

Respecto de los ritos procesales, se puede decir lo mismo que lo que se expresa en relación con los ritos religiosos: que no siempre las complicaciones formalísticas de la liturgia son síntomas de sinceridad de la fe. Todas las prescripciones con las cuales las leyes procesales pretenden garantizar la lealtad del contradictorio tienen un valor sintomático que no es de buen augurio, puesto que si la ley siente la necesidad de imponer la lealtad, significa que la misma se encuentra vacilante en las conciencias.

La confianza recíproca es, en todos los campos de las relaciones humanas, una fuerza simplificadora, puesto que confianza significa solidaridad, sociabilidad y comprensión. También en los juicios, la astucia, tan apreciada por los causídicos menudos, es la primera responsable de las complicaciones y del alargamiento del procedimiento, ya que de esta astucia surgen las *cautelae ad protrahendas causas ad longum*, y del temor hacia la astucia ajena, las contracautelas, que tienen por objeto impedir que el proceso se alargue por un adversario de mala fe; pero esta contienda de garantías formales no sirve para nada cuando falta la garantía del espíritu.

8. *El fracaso de la oralidad en el proceso civil italiano*

Acaso el ejemplo más típico de cómo la desconfianza puede llegar a cambiar el carácter de las instituciones procesales se observa en el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil italiano, el cual, cuando dicho ordenamiento entró en vigor, en 1942, establecía que “la sustanciación de la causa ante el juez instructor es *siempre* oral”. Posteriormente, el “siempre” ha sido

suprimido en la reforma de 1950. El artículo continúa proclamando que la sustanciación de la causa “es oral”, pero la supresión de la palabra “siempre” demuestra que puede no llegar a serlo. En realidad, la oralidad ha caído en desgracia inclusive ante el juez instructor. La fase instructoria, que debía constituir, en la intención del legislador, un diálogo confidencial entre abogados y jueces sentados alrededor de la misma mesa, se ha transformado, como en el viejo rito, en una serie interminable de diferimientos, otorgados voluntariamente por el juez para dar oportunidad a los abogados para realizar un intercambio de sus escritos, entre aplazamiento y aplazamiento. El juez instructor se reduce, muy frecuentemente, a un mecanismo registrador de reenvíos; ya que no tiene afecto a la conversación directa con los abogados, que podría serle útil para simplificar la causa y poner en claro los puntos esenciales; y, por su parte, los abogados prefieren escribir sus argumentos con estilo curialesco sobre el papel sellado y no exponerlos al juez con sencillez, en forma persuasiva y modesta.

Este fracaso de la oralidad y esta cristalización burocrática del juez instructor derivan, evidentemente, por una parte, del excesivo trabajo con el que son recargados los jueces, ya que cuando un juez instructor, como ha sucedido en estos últimos años en los tribunales de las circunscripciones judiciales más populosas, tiene que despachar simultáneamente la instrucción de un centenar de procesos o tal vez más, se comprende que no tenga tiempo para tramitar todos y cada uno con la atención debida, y que no pueda hacer de cada expediente el diligente estudio preparatorio que le permitiría discutirlo con los abogados con pleno conocimiento. La oralidad tiene necesidad de una preparación inmediata; la escritura permite aplazar el estudio para mejor oportunidad, y ésta es una buena razón para que abogados y jueces prefieran la escritura.

Pero es en la desconfianza en la que radica la verdadera razón de esta preferencia. A los abogados no les gusta descubrir ante los jueces sus baterías defensoras, como deberían de hacerlo

en un coloquio directo; no quieren (o con frecuencia no saben) responder con rapidez, en presencia del juez, a las objeciones del adversario. Para sostener un contradictorio oral en forma de diálogo, en cuyo transcurso pueden aflorar las cuestiones más impensadas, se requiere una preparación que no todos los abogados tienen, y además sospechan que toda maniobra del adversario esconde una trampa. Por eso prefieren tomar tiempo, repensar, consultar la jurisprudencia y responder por escrito después de dos semanas de meditación. El peor enemigo de la oralidad es el miedo de “comprometerse”. Puede ocurrir que también el juez vea en la conversación inmediata con los defensores el peligro de revelar prematuramente su criterio sobre el litigio, que debe permanecer en secreto, y padezca el terror de que los abogados, especialmente los más hábiles y los más acreditados, logren llevarlo por un camino falso con su insinuante elocuencia. También el juzgador desconfía y prefiere, en vez de escuchar los argumentos de las partes, leer los escritos sobre sus comparecencias para poderlos meditar en la soledad.

De esta manera, la oralidad es destruida por la desconfianza. Los abogados y el juzgador ocupan tres sillas ante el mismo escritorio, acompañados del secretario dispuesto a consignar sus palabras en el acta, por lo que podrían aprovechar desde luego aquel encuentro para entrar al fondo de la controversia, pero prefieren detenerse por breves momentos solamente para ponerse de acuerdo sobre la fecha de la nueva audiencia, y lo que habrían podido decirse de viva voz en aquel instante, se lo comunicarán mediante el intercambio de escritos, y a su vez la nueva audiencia servirá únicamente para obtener un nuevo aplazamiento destinado a preparar las respuestas. De esta manera, el proceso se diluye en promociones escritas, en las que tanto el juez como los abogados se comportan como enamorados tímidos, que cuando se encuentran no saben qué decirse, pero apenas se separan, escriben larguísimas cartas de amor, que conservan por algunas semanas en espera de cambiárselas en silencio durante la próxima cita.

9. *Comprensión recíproca entre abogados y jueces*

Para restablecer la confianza entre abogados y jueces, que es condición esencial para el resurgimiento del proceso, puede tener eficacia decisiva la forma de elección de los magistrados. Si se pudiese nombrar juez a quien haya ejercitado por un cierto número de años la profesión de abogado, se podría esperar que después de la experiencia profesional ese juez encuentre argumentos para comprender ciertas exigencias de la defensa y para darse cuenta de las razones que justifican algunas intemperancias e insistencias de los abogados, y, viceversa, si los defensores hubiesen experimentado por algún tiempo, antes de ejercitar el patrocinio forense, la laboriosidad y las dificultades de la función de juzgar, la función del magistrado se engrandecería en su estima. Por esto considero excelente el sistema de elección de los jueces que se sigue en Inglaterra, donde en los cargos judiciales más importantes son designados los abogados más distinguidos y estimados, de manera que la magistratura es considerada como la prosecución y el natural puerto de llegada de la abogacía. Abogados y jueces se sienten unidos por un mismo compañerismo: el *barrister* confía en los jueces, porque ayer fueron abogados como él, y el magistrado confía en el *barrister*, porque sabe que mañana ascenderá igualmente, de la barra de la defensa, al banco del juez.

En sustancia, el problema fundamental del proceso, que es el de las relaciones entre los abogados y los jueces, es un problema de comprensión. Es necesario que el juez comprenda y aprecie hasta dónde su labor es facilitada y su esfuerzo reducido, por la presencia de los abogados, que asumen el duro trabajo de traducir al juez la tosca realidad en comprensible lenguaje jurídico; pero es preciso también que los abogados comprendan que el cargo de juez es más gravoso y requiere mayor compromiso que el del patrocinio forense, porque mientras que el abogado, como el soldado en la trinchera, sabe anticipadamente dónde se encuentra el enemigo y hacia qué dirección debe disparar, el juez debe elegir, y es suya toda la terrible responsabilidad de la elección.

Tal vez para allanar las buenas relaciones entre abogados y jueces se requiera que entre ellos exista no sólo comprensión, sino también, me atreveré a decirlo, recíproca caridad, comprensión y caridad necesarias para los inevitables defectos y cansancio que sufren todos los hombres, tanto los jueces como los abogados, en su fatigosa jornada.

No podría decirse que da pruebas de caridad y de comprensión el juez que, antes de asistir al debate en que el abogado discutirá oralmente su negocio, ha formulado anticipadamente la sentencia, de manera que mientras el abogado se desgañita en la audiencia, el juez prefiere no prestarle atención, sino pensar en asuntos propios, amodorrándose en esa meditación. También el abogado es un hombre, no un mecanismo, y frecuentemente es un hombre viejo y enfermo, que realiza un gran esfuerzo y la entrega total de sí mismo al hablar en la audiencia, en la que se prodiga y se consume sin ahorro. Si el juez no pretende ser despiadado, esta razón de caridad humana, al menos, le debería imponer la obligación de escucharlo con atención.

Mas, por su parte, el abogado peca de crueldad cuando se obstina en atormentar al juez con su oratoria desenfadada e indiscreta, no obstante que el propio juez se encuentra extenuado por una jornada de audiencias y, por tanto, incapaz de escucharlo con atención, o cuando, por el contrario, en lugar de resumir su defensa en pocas páginas sintéticas y clarificadas, la diluye en voluminosas memorias que aplastan al juzgador como piedras sepulcrales.

En suma, también en las relaciones entre abogados y jueces se llega siempre al secreto de todo resurgimiento democrático: deben ser relaciones entre hombres libres, guardianes cada uno de ellos de su propia independencia y dignidad; pero al mismo tiempo conscientes de que la solidaridad social los une entre sí para la realización de un objetivo común. Jueces y abogados son en el proceso como espejos, cada uno mirando de frente al interlocutor, que reconoce y saluda, reflejada en él, su propia dignidad.

(27 de febrero de 1952)

VI EL RESPETO DE LA PERSONALIDAD EN EL PROCESO

1. *Libertad jurídica y medios para hacerla efectiva*

Hemos visto cómo el contradictorio judicial se realiza a través del contraste dialéctico entre tres personas, es decir, entre tres voluntades conscientes y responsables (el juez, y ante él, las dos partes del litigio), constituyendo así la dinámica del proceso, o sea, el camino para llegar a la justicia según un itinerario que, en principio, ni aun el juez sabe bien cuál será; es la vía más apropiada para llegar a la meta, que no es rectilínea ni preestablecida, sino que se descubre etapa por etapa, con un trazo que puede ser diversamente quebrado y sinuoso, de acuerdo con el movimiento recíproco de los tres sujetos, de audiencia en audiencia, de comparecencia en comparecencia.

“De pensamiento en pensamiento, de montaña en montaña”, como diría nuestro Petrarca.

Pero con el fin de que funcione plenamente, entre el juez y los abogados, la colaboración dialéctica, sobre la cual tanto he insistido desde hace largo tiempo, no es suficiente que ante el juez existan dos partes contrapuestas, de manera que el juez pueda oír las razones de ambas, sino que es necesario, además, que estas dos partes se encuentren entre sí en condiciones de igualdad, no simplemente jurídica (que podría ser meramente teórica), sino que exista entre ellas una efectiva paridad *práctica*, lo que significa que dicha igualdad debe ser de carácter técnico y, además, de índole económica.

También en la administración de justicia existe el peligro de que recaiga sobre el pobre la maldición que pesa sobre él cada vez que los ordenamientos democráticos se limitan a asegurarle, al igual que a todos los demás ciudadanos, las libertades políticas y civiles, las que muchas veces, cuando carece de los medios económicos indispensables para hacerlas valer prácticamente, se transforman en una mofa para el desvalido. “La ley es igual para todos” constituye una bella frase que conforta al pobre cuando la ve escrita sobre las cabezas de los jueces, en la pared de fondo de las salas judiciales; pero cuando advierte que para invocar en su defensa esa igualdad legal es indispensable la ayuda de la riqueza de la que carece, entonces la frase le parece una burla a su miseria, en la misma forma que si leyera escrito sobre un muro que por virtud de la libertad de imprenta (artículo 21 de la Constitución italiana) todos los ciudadanos son igualmente libres para publicar un gran periódico informativo, o que debido a la libertad de instrucción (artículo 34 de la propia ley suprema) todos los ciudadanos son igualmente libres de enviar a sus hijos a los cursos universitarios.

Aquí surge la exigencia fundamental de la democracia, que durante la Resistencia encontró expresión en las banderas de las brigadas de guerrilleros, a través del binomio “justicia y libertad”. Con el fin de que esa libertad no se reduzca, como ocurre muy frecuentemente, a una vana palabra, se requiere que se asegure a todos los ciudadanos, al menos en principio, un mínimo de justicia social, que implica un mínimo de medios económicos que les permita la utilización práctica de los beneficios de la libertad política.

Esta exigencia ha sido consagrada, al menos en palabra, en la Constitución de la República italiana, la que dispone en su artículo 38 que no solamente todo trabajador tiene derecho a una retribución, “suficiente en todo caso para asegurarle a él y a su familia una existencia libre y digna”, sino, además, que es “tarea de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando *de hecho* la libertad y la igualdad de los ciu-

dadanos, impiden el libre desarrollo de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país” (artículo 3).

2. *Igualdad jurídica e igualdad económica de las partes en el proceso*

Este binomio “justicia y libertad” debe constituir una premisa indispensable en el funcionamiento del contradictorio judicial. Indudablemente que en el proceso civil las partes están colocadas teóricamente en un plano de igualdad, y en el proceso penal, no sólo los argumentos de la defensa están en el mismo nivel de las de la acusación pública, sino más bien, si se quiere creer lo que la ley ha establecido, el acusado está siempre en un plano más alto, porque opera en su favor, hasta tanto la condena no sea definitiva, la presunción de inocencia (artículo 27 de la Constitución italiana).

La igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, consagrada actualmente en la Constitución italiana (artículo 3), encuentra su complemento judicial en otro precepto de la misma carta fundamental (artículo 24), el cual expresa que “todos pueden actuar en juicio para la tutela de sus derechos e intereses efectivos”, y que “la defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del procedimiento”. En virtud de esta disposición, el derecho de acción, o sea, el derecho de dirigirse a los órganos judiciales para obtener justicia (el derecho de obrar “en sentido abstracto”), así como el derecho inviolable de defensa, entran directamente en el campo constitucional, entre los derechos fundamentales reconocidos a “todos”, o sea, no solamente a los ciudadanos, sino también, en determinadas condiciones, a los extranjeros. Constituye un rasgo típico de las más modernas Constituciones democráticas esta “constitucionalización”, como podríamos llamarla, de las garantías de igualdad procesal.⁵⁵

⁵⁵ Este tema ha sido tratado magistralmente por E. Couture, *Las garantías constitucionales del proceso civil*, Buenos Aires, 1946.

Pero todo ello está escrito sobre el papel, por lo que es necesario determinar las condiciones prácticas en las cuales se traduce esta igualdad de todos los ciudadanos ante la justicia, este derecho de defenderse en juicio en situación de paridad frente a la contraparte, este derecho de dirigirse a una justicia que proteja sin distinciones tanto al rico como al pobre. En el famoso folleto de Ihering, *Kampf um's Recht*, esta lucha por el derecho en la contienda judicial no se examina bajo el aspecto antisocial de la litigiosidad, sino bajo el noble y arrogante de la defensa de la libertad individual y de la paz social, que no se conquista con una vil conformidad con la injusticia, sino con la reacción inmediata contra toda injusticia a través de las vías legales. Sin embargo, también en esta situación vuelve a surgir la pregunta: ¿todos los ciudadanos tienen los medios económicos para hacer valer prácticamente este sentimiento de dignidad cívica, o bien esta “lucha por el derecho” se reduce muchas veces a un lujo que el pobre no puede concederse? Es conocida la vieja historia del pobre molinero de Sans Souci que responde a las amenazas del soberano con la célebre frase: “*Il y a des juges à Berlin*”, frase con la que se hace honor a los jueces de Berlín, porque demuestra que ellos, en la pugna entre el humilde y el poderoso, no eran indignos de la confianza del primero. Pero también ésta constituye solamente una frase, ya que la historia no ha explicado jamás lo que habría podido hacer el molinero si no hubiese tenido los medios indispensables para trasladarse a Berlín con objeto de hacer valer sus razones contra su regio adversario y para pagar un abogado que le hiciera frente en ese juicio.

He aquí por qué también en el proceso pueden presentarse, como lo prevé el artículo 3 de la Constitución italiana, “obstáculos de orden económico y social... que limitando *de hecho* la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana...”. Por consecuencia, también en el proceso puede existir entre las partes una igualdad teórica a la que no corresponde una paridad *de hecho*; las dos son “personas” en el mismo sentido, pero los medios de que disponen para hacer

valer esta igualdad son desiguales. Y esta desigualdad de medios puede significar, dentro del proceso, una desigualdad de personalidades.

3. *Derecho de defensa como derecho a contar con un defensor*

Es necesario, por tanto, poner de relieve que el derecho de defensa “inviolable en todo estado y grado del procedimiento” significa, prácticamente, el *derecho de tener un defensor*. La tutela de la personalidad humana en el proceso no requiere solamente sustraer al justiciable de toda violencia o intimidación que niegue o disminuya su libertad de defenderse como le sea posible, sino, además, la necesidad de otorgarle los medios positivos para ayudarlo a saberse defender y para enseñarlo a utilizar en su beneficio de los medios que el derecho procesal ha establecido con este fin.

No obstante su igualdad jurídica, las partes se encuentran frecuentemente en el juicio en condiciones de disparidad por su cultura e inteligencia, y si debieran defenderse por sí solas, la parte menos inteligente y menos culta se encontraría a merced de la que posea mayor instrucción y sagacidad, y en el proceso penal, el inocente, incapaz de exponer con claridad las razones de su inocencia, se encontraría a merced del acusador, en condiciones más precarias que las del culpable sagaz.

En los ordenamientos modernos, el proceso constituye un complicado mecanismo técnico, que únicamente llega a constituir un instrumento de justicia para quien conoce los secretos de esa técnica, todo lo cual nos lleva a concluir que para asegurar prácticamente en el proceso la libertad y la igualdad de las partes es necesario situar un abogado al lado de cada una de ellas, en todo momento del proceso, para que con su inteligencia y conocimiento técnico de los mecanismos procesales restablezca el equilibrio en el contradictorio. En la complicación del proceso, las partes, inexpertas en materia jurídica, son equiparables, en cierto sentido, a los *incapaces*; y por este motivo la relación

que se establece entre el cliente y su abogado se asemeja mucho a la que se establece entre el pupilo y el tutor; el abogado no es solamente un mandatario de su cliente, sino, en una cierta medida, un suplemento de su capacidad, o sea, un *integrador de su personalidad*.

El abogado constituye en el juicio la expresión más importante del respeto de la persona, ya que donde no existe abogado, la personalidad del justiciable queda *disminuida*, corriendo a cada instante el peligro de ser arrollado en el juicio civil por la mala fe del adversario y las trampas del procedimiento, y en el proceso penal, por la aplastante superioridad del acusador oficial.

4. *El problema de la defensa del pobre*

El derecho a tener un defensor, sin el cual el derecho a la defensa resulta una frase carente de sentido práctico, es desconocido en la primera etapa del proceso penal en todas aquellas legislaciones en las que está prescrito que la fase de instrucción se desarrolle en secreto, sin asistencia del defensor, siendo ésta la etapa en la cual puede ocurrir que el imputado, solo e indefenso ante el inquisidor, no pueda encontrar en su inocencia la fuerza suficiente para resistir a la coerción de un interrogatorio extenuante, y se resigne, con tal de terminar con ese tormento, a firmar una confesión que le ha sido arrancada y en relación con un delito que no ha cometido. También la legislación italiana conserva, desdichadamente, esta triste herencia de un sistema tiránico, inconciliable con el respeto de la persona humana; pero como actualmente la Constitución garantiza la inviolabilidad de la defensa “en todo estado y grado del procedimiento” (artículo 24), no podrá tardar una reforma que, de conformidad con esta garantía constitucional, establezca la intervención del defensor desde el inicio de la instrucción.

Sin embargo, aun cuando la presencia del defensor llegue a ser obligatoria desde el comienzo del proceso penal, continuará existiendo, tanto en dicho proceso como en el civil, el problema

de la *defensa del pobre*, respecto de la cual las críticas de los marxistas, cuando hablan de justicia establecida para los ricos, ponen el dedo en la llaga. La cuantía de las costas necesarias para hacer valer en juicio sus pretensiones son de tal naturaleza, que en numerosas ocasiones el que carece de una posición económica desahogada debe resignarse, con el corazón envenenado por la amargura, a soportar injusticias de quien posee más dinero que él, con lo que el derecho de acción corre el riesgo de constituir, como las libertades de imprenta y de cultura, un lujo de ricos.

El problema de la defensa del pobre, que equivale al problema de la *igualdad efectiva de las partes* en el proceso, se encuentra aún en espera de una solución práctica satisfactoria, la que tal vez no puede ser alcanzada en el restringido terreno técnico de las instituciones judiciales, porque depende de cuestiones más amplias, de orden económico y social.

La Constitución italiana proclama en su artículo 24, inciso tercero, que “a las personas de escasos recursos se les otorgarán, a través de instituciones apropiadas, los medios para obrar y defenderse ante toda jurisdicción”. Pero este precepto (al igual que la “reparación de los errores judiciales”, establecida en el mismo artículo) constituye más una promesa que una realidad.

El proceso civil es extraordinariamente dispendioso en Italia, en virtud de que todos los escritos judiciales deben redactarse en papel sellado, de que las tasas judiciales están al acecho en cada etapa del procedimiento, así como el tradicional fiscalismo,⁵⁶ que exige el registro de los documentos probatorios que pretendan presentarse en juicio, lo que obliga a las partes, para tratar de escapar a estas exacciones, a sustituir los documentos con pruebas orales, entorpeciendo la etapa instructoria, todo lo cual complica y agrava los gastos aun en los procesos más simples, debiendo agregarse a lo anterior el honorario del abogado, que siendo un profesional libre que vive de su trabajo, tiene derecho de ser retribuido adecuadamente.

⁵⁶ Calamandrei, *Il processo civile sotto l'incubo fiscale*, en *Studi*, III, pp. 75 y ss.

En Italia, la defensa de los pobres, llamada “patrocinio gratuito”,⁵⁷ está organizada como “cargo honorífico y obligatorio para la clase de los abogados y procuradores”, por lo que, tanto en materia civil como penal, la parte que carezca de los medios para hacerse asistir por un defensor de su elección (el llamado “defensor de confianza”) tiene el derecho de que, bajo ciertas condiciones, los órganos especiales le designen un “defensor de oficio”, que tiene el deber de prestar gratuitamente sus servicios, con la única esperanza de hacerse retribuir al final del litigio por la parte adversaria, si ésta pierde la causa.

Es un sistema que tiene sus ventajas e inconvenientes. Se apoya fundamentalmente en el espíritu de sacrificio y de solidaridad hacia el débil, que constituye una generosa tradición de la orden forense; y muchas veces es suficiente este espíritu para asegurar al pobre un defensor celoso. Pero es inevitable, sin embargo, que en las designaciones de los abogados de oficio la elección recaiga, más que sobre abogados de gran fama, ocupados por su rica clientela, sobre jóvenes principiantes, que a falta de clientes de paga, y para no permanecer ociosos, están dispuestos a ejercitarse en las causas de los pobres, y, por tanto, puede ocurrir que el pobre tenga la fortuna de encontrar un neófito que, inflamado por un fuego sagrado, se empeñe en su patrocinio con todas sus fuerzas; pero también es posible que tenga la desgracia de toparse con un defensor distraído y perezoso que deje transcurrir los términos y considere la causa del pobre como un *experimentum in corpore vili*.

Sin embargo, no por esta situación debe pensarse que para el pobre se encuentra siempre cerrada la posibilidad de tener un defensor de valía. Con mayor frecuencia de lo que se cree se presenta el caso de abogados célebres que cuando tienen conocimiento de un litigio que consideran justo son capaces de enamorarse del mismo cuando afecta a un pobre, al cual ofrecen gratuitamente sus servicios, haciendo a un lado los pleitos de personas

⁵⁷ Real Decreto Ley de 30 de diciembre de 1925, núm. 3282.

adineradas, ya que, no obstante que los abogados son perseguidos por una fama de rapacidad, no pueden olvidar que en su tradición también se encuentra el sagrado privilegio de constituirse en los defensores desinteresados de los huérfanos y de las viudas.

Se decía antiguamente que “ianua advocati pulsanda pede”, o sea que en la puerta del abogado es preciso golpear con el pie, porque las manos de quien toca deben estar cargadas de regalos. Renzo lo sabía, y por ello fue a llamar a la puerta del doctor Azzeccagarbugli llevando en las manos su famoso par de capones. Pero aún en esa época existían abogados de otra índole, y por ello podemos admirar en San Gimignano una pintura al fresco que representa al Doctor Ivo, obispo de Chartres, mientras ejercita su ministerio forense: de una parte puede observarse la antecámara, donde los clientes adinerados, que llevan en las manos obsequios excelentes, esperan inútilmente ser recibidos; de otra parte, el estudio del Patrono, donde éste, sentado en su elevado sitial, escucha y aconseja amorosamente a los necesitados, a los cuales ha dado preferencia. Por tanto, también entonces existían abogados que consideraban como su misión la defensa de las justas causas de los pobres sin buscar provecho material. Sin embargo, es preciso reconocer, en obsequio de la verdad histórica, que estos casos no debían ser muy frecuentes, ni siquiera en esos tiempos, si tomamos en consideración que el caso del obispo Ivo fue considerado por el pueblo como un milagro: “advocatus sed non latro, res miranda populo”. En efecto, san Ivo fue canonizado después de su muerte, y se le considera el protector de los abogados.

5. *El patrocinio gratuito y la confianza entre el cliente y el abogado*

No puede decirse, sin embargo, que el sistema del patrocinio gratuito adoptado en Italia, que proporciona al pobre un defensor, pero le niega la posibilidad de elegirlo a su gusto, sea el más satisfactorio, porque en las relaciones entre clientes y abogados debilita la confianza, que es el vínculo más importante. Recuerdo lo que me decía hace diez años Pasquale Saraceno, magistrado

de excepcional valía, que alcanzó muy joven el grado de consejero de la Corte de Apelación,⁵⁸ y que murió destrozado en el umbral de su oficina en los días en que la guerra pasó por las calles de Florencia, y que en esos tiempos de angustia universal me visitaba con mucha frecuencia, pasando conmigo largas horas discutiendo sus razonamientos jurídicos, y mientras parecía que todo el derecho fuera a hundirse desplomándose sobre nuestras cabezas, tratábamos de consolarnos recíprocamente, discutiendo en abstracto de problemas constitucionales, y especialmente sobre la mejor manera de organizar la administración de justicia en un ordenamiento democrático y civil, como una especie de “de consolatione juris”, similar a la “de consolatione philosophiae”.

Saraceno consideraba la función del juzgador como una misión religiosa, y me confiaba, casi pidiéndome excusas por su sinceridad, que los abogados le habían parecido siempre como perturbadores y profanadores de esta misión.

El juez —me decía— no se encuentra frente a dos partes iguales, de manera que pueda pesar serenamente en su balanza solamente las razones de la una y de la otra, sino que, por el contrario, está situado frente a dos abogados que rara vez son de iguales fuerzas, ya que generalmente son diversos tanto por su elocuencia como por su astucia, su doctrina y su experiencia. La diferencia es tanto más sensible cuando la causa tiene lugar entre un rico y un pobre, pues entonces el rico acapara para sí los mejores abogados, y la defensa del necesitado, aun si encuentra quien quiera defenderlo, se confía a los profesionales más decadentes, absolutamente incapaces de hacer frente al aguerrido colegio de la parte contraria. Todo esto trastorna la justicia y desorienta al juez, que se encuentra en una situación incómoda, porque no siempre alcanza el propio juzgador a sustraerse de la sugestión del abogado más ilustre, ni puede, si la defensa del pobre es deficiente, suplir de oficio las omisiones del abogado inexperto.

⁵⁸ Autor de prestigiosos trabajos de derecho procesal, siendo el más importante *La decisione sul fatto in cerio nel processo penale*, Padova, 1940.

Y concluía expresando que si no puede impedirse que los ricos tomen para sí a los mejores abogados, sería preferible, para restablecer la igualdad de las partes, llegar a abolir la abogacía.

6. Razones sociales de la crisis de la abogacía

¿Abolir la abogacía? Ya he mencionado las razones por las cuales no podría realizarse sin hacer prácticamente insoportable el ejercicio de las funciones de los jueces juristas, toda vez que suprimido el patrocinio forense, serían los mismos jueces los que después de algunos meses solicitarían a grandes voces su restablecimiento.

No obstante, para disminuir esta injusta desigualdad de valores en el patrocinio que mi amigo deploraba en las controversias de pobres y ricos, es preciso estudiar un sistema de defensa gratuita que permita al litigante sin recursos la elección, *sin costo*, de un patrocinador *de confianza* entre los mejores abogados, en la misma forma como lo puede hacer el litigante más adinerado.

Derecho inviolable de defensa debe significar para el pobre no solamente derecho de tener un defensor cualquiera, sino también la facultad de tenerlo *de su elección*, y a fin de que esta elección sea posible, debe otorgarse al necesitado la misma oportunidad que a la persona de posibles que cuenta con los medios para procurarse un abogado de confianza, si se quiere que exista una efectiva igualdad de las partes en el proceso.

En las legislaciones democráticas se ha consagrado el principio de que el Estado debe intervenir en los conflictos de trabajo para restablecer el equilibrio entre los contendientes y atenuar en esta forma la condición de inferioridad económica en que se encuentran los trabajadores frente a los empresarios en la sociedad capitalista. Esta es la idea que se encuentra en la base del reconocimiento constitucional del derecho de huelga (artículo 40 de la Constitución italiana),⁵⁹ en el procedimiento especial esta-

⁵⁹ Calamandrei, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, en *Rivista giuridica del lavoro*, 1952.

blecido para las controversias laborales, y en el establecimiento de los órganos especializados que deben decidirlos se tiene el mismo propósito, que es el de suplir el estado de inferioridad en que se encuentra el pobre cuando entra en lucha con el rico, y el mismo fin persiguen las asociaciones sindicales de los trabajadores cuando ponen sus servicios legales, constituidos por abogados particularmente expertos en la materia, a disposición gratuita de sus asociados.

Pero las controversias de trabajo no agotan toda la materia contenciosa, en la que puede ser necesario restablecer el equilibrio económico entre las partes contendientes, ya que es más amplio el problema de la defensa del pobre. Varios sistemas han sido propuestos para resolverlo,⁶⁰ y alguno ha pensado precisamente en confiar a las facultades universitarias de derecho el patrocinio de los pobres, de manera que los necesitados puedan utilizar el consejo de los eminentes juristas que enseñan en las facultades, y los estudiantes estén en posibilidad de ejercitarse en esos casos prácticos, como en una clínica, bajo la guía de los mismos profesores. Pero en este caso todo dependerá de la buena disposición de los profesores y de su deseo de dejarse distraer de sus estudios científicos para dedicar su tiempo a esta clínica de casos prácticos, por lo que debe concluirse que con este sistema la suerte del litigante pobre dependerá de la fortuna, no de la elección que haya hecho de un defensor de su confianza.

Pienso que mientras la abogacía siga estando regulada como una profesión libre que se apoye en la relación de confianza entre clientes y patronos, el sistema ideal para proveer a la defensa de los pobres en situación de absoluta igualdad es aquel que garantice al necesitado la posibilidad de elegir libremente su abogado, con la sola diferencia de que la retribución del profesional de su confianza, en vez de ser cubierta por el cliente, corresponde al Estado, o, mejor aún, a la misma orden forense, mediante la institución de cajas especiales, financiadas a través de ingresos tributarios o mutualistas. No obstante, este sistema sólo podrá

⁶⁰ Couture, *Las garantías constitucionales*, cit. p. 44.

dar frutos satisfactorios donde la abogacía no estuviese afligida, como sucede actualmente en muchos países europeos, por un inquietante exceso numérico de profesionales desocupados, por una especie de “proletariado forense” en busca de causas, y para el cual este sistema llegaría a constituir una incitación al acaparamiento de los clientes pobres y a una especulación alimentadora de litigios.

También bajo este aspecto, el problema del patrocinio de los pobres se amplía a horizontes más vastos, como uno de los aspectos de la crisis de la abogacía, que a su vez constituye el síntoma revelador de un desequilibrio social más general y profundo.

Precisamente ante vosotros, ¡oh ilustres amigos mexicanos!, recuerdo un tratadito en forma de diálogo intitulado *L'avvocato*, escrito en Venecia hacia 1560 por Francesco Sansovino, hijo del gran Iacopo, arquitecto de las Procuradurías.⁶¹ Su padre pretendía que fuese abogado, pero después de un breve experimento forense se fatigó, y se dedicó a editar los libros que escribía sobre los temas más variados, y entre los cuales se encuentra este curioso estudio de la abogacía veneciana, y en el que se lamenta de que entonces Venecia estuviese invadida por una multitud de causídicos sin asuntos, expresando que debía estimarse como el verdadero responsable de la decadencia forense nada menos que Cristóbal Colón, descubridor de América. Así se expresa en el diálogo el interlocutor que recibe el nombre de Lorenzo:

Nuestros mayores, que eran de fama y de mucha valía, encontraron otros tiempos diversos del nuestro. En su mayor parte, los hombres de esa época atendían a las cosas del mar, a las que tenían en muy grande aprecio; por lo que desde su primera infancia, los ciudadanos eran enviados a Levante, donde se hacían ricos, viviendo su vejez en santísima paz; y por esta razón, como los jóvenes encontraban el éxito fuera de la ciudad, los abogados eran en poco número, y esos pocos tenían mucho trabajo, ya que los pleitos mercantiles eran muchos y de grande cuantía, y, por tanto,

⁶¹ Reeditado en 1942, Francesco Sansovino, *L'avvocato e il segretario*, al cuidado de Piero Calamandrei, Le Monnier, Firenze, 1942.

gozando los abogados de gran reputación ganaban mucho, siendo generosos los honorarios que recibían de los grandes negocios.

Pero actualmente, en gran parte sucede todo lo contrario, ya que después de que Cristóbal Colón, y con posterioridad, los portugueses, han descubierto nuevas navegaciones, por virtud de las cuales el comercio ha disminuido en Venecia, la juventud, no teniendo que dedicarse al tráfico, se ha situado en el Palacio, y creyendo que los asuntos siguen en la misma situación que en los tiempos pasados, han aumentado en tan gran número los abogados, que les toca poca participación a cada uno, ya que sus padres no se han percatado de la falta del comercio.

Así razonaba en su época Francesco Sansovino: el descubrimiento de América, al romper el equilibrio económico del viejo mundo, había ocasionado también un descalabro al decoro de la abogacía veneciana. Me atrevo a pensar que también actualmente la crisis de la abogacía europea tiene profundas causas económicas de alcance mundial.

7. Defensa de la personalidad humana en el proceso civil

Pero independientemente de esta desigualdad no remediada entre la parte pobre y la parte rica, es cierto que actualmente el sistema del moderno proceso civil de tipo dispositivo está inspirado en cada uno de sus mecanismos, hasta los más mínimos, en el respeto y la protección de la personalidad humana.

La responsabilidad constituye la fuerza motriz del proceso de tipo dispositivo, ya que aun en la investigación de la verdad, salvo en el caso excepcional de la *inspectio corporis*, las partes no son objeto jamás de indagación probatoria, sino que se consideran siempre como colaboradoras del juez en la determinación de la forma y de los medios de esta indagación. Las partes no tienen obligación de comparecer, no tienen obligación de responder al interrogatorio ni de decir la verdad, ya que ningún vínculo obligatorio constriñe o limita su voluntad. Son libres de comportarse en juicio como lo crean más conveniente, pero deben tomar

en cuenta que si no comparecen y no dicen la verdad, corren el riesgo de construir su propia derrota, de esta manera y con sus propias manos.

El proceso civil deja intocada esta especie de soberanía individual que toda persona tiene en el cerrado recinto de su conciencia; la dialecticidad del principio dispositivo constituye un continuo llamamiento a la razón y al sentido de responsabilidad del interlocutor.

Por consecuencia, cuando se desarrolla entre partes de buena fe y entre abogados leales, el proceso constituye, *in nuce*, un ejemplo perfecto de ordenada y respetuosa cooperación democrática.

8. *Referencias al proceso penal*

Sin embargo, cuánto camino hay que recorrer todavía antes de que este respeto a la persona humana penetre en el proceso penal.

Éste es un tema impresionante que requeriría por sí solo una exposición larga y dolorosa, pero en esta oportunidad, en este curso de conferencias que hoy se concluye, no hay tiempo ni siquiera para una breve referencia. Sólo puedo decir lo siguiente: si el mecanismo del proceso civil está actualmente en armonía con la civilización de los pueblos libres, el proceso penal, aun el que está vigente en los Estados que se dicen democráticos, se encuentra estancado en las costumbres del absolutismo, o acaso aún más atrás: en los instintos feroces de la barbarie.

La pena de muerte, cuyo cruel absurdo fue desenmascarado a mediados del siglo XVIII por el memorable opúsculo de un italiano,⁶² ha sido abolida únicamente en Italia y en otros pocos países que se han conservado fieles a Cesare Beccaria, pero los grandes imperios dominadores del mundo la han mantenido, aun cuando de palabra establezcan como fundamento de sus or-

⁶² Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (reeditado, con introducción y notas de Piero Calamandrei, por Le Monnier, Firenze, 1945).

denamientos políticos la dignidad moral de los hombres y la inviolabilidad de la persona humana.

En el proceso penal, el hombre constituye todavía, en lugar de un sujeto, un objeto inerte a merced de la violencia del inquisidor. La pena de muerte constituye un delito legalizado, ya que hace irreparable el asesinato del inocente; pero todo el proceso penal, aun cuando no conduzca al suplicio, es una secuela de irrupciones brutales dentro del recinto, que debería ser inviolable, de la personalidad humana. La violencia física constituye aún el instrumento preferido del inquisidor, y en la incertidumbre de la encarcelación preventiva, el imputado se encuentra ante quien lo interroga sin garantía alguna de defensa; la tortura, abolida de nombre, se ha resucitado bajo otras formas más científicas, pero no menos crueles, como el tercer grado, los interrogatorios extenuantes, las confesiones arrancadas y el suero de la verdad. Las penas son todavía cruelmente afflictivas e inhumanas en la mayor parte de los establecimientos de reclusión del mundo.

Es necesario recorrer un largo sendero antes de que sean satisfechos los deseos expresados en la Constitución italiana en el sentido de prohibir “toda violencia física y moral sobre las personas sujetas a restricciones de la libertad” (artículo 13), o para que se despoje a las penas de todo aquello que contravenga al “sentido de humanidad” (artículo 27).

En el proceso civil de los pueblos más progresistas, todo hombre, aun frente a la autoridad del juez, es reconocido como persona, pero en el proceso penal, ante el inquisidor que lo interroga, el carcelero que lo encadena o el verdugo que lo mata, el hombre sigue siendo una cosa.

“No existe libertad cada vez que las leyes permiten que en algunos casos el hombre deje de ser persona y llegue a convertirse en cosa”.⁶³ Ésta es una frase de Cesare Beccaria que no me canso de repetir en toda ocasión, porque me parece que en estas palabras de apariencia tan simple se encierra una esperanza para el género humano y el programa del porvenir.

⁶³ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § XXVJI.

9. *Conclusión*

Con la conclusión anterior podemos terminar nuestra serie de conversaciones sobre el proceso, conclusión que es aplicable al proceso, pero que también tiene validez, como augurio, en todos los campos de la actividad humana.

Cada uno de nosotros debe procurar en su propio campo que el hombre, todos los hombres, de todas las clases y de todos los países, dejen de ser cosas y lleguen a ser personas, y que en cada hombre se revele y se difunda este calor comunicativo de comprensión humana, a través del cual los habitantes de todos los continentes lleguen a reconocerse como hermanos y pertenecientes a una única estirpe.

Y aun cuando vengan de patrias lejanas, divididas por los océanos, adviertan que son viejos amigos cuando se encuentren por vez primera. Esto me ha ocurrido aquí en México, ¡oh, amigos mexicanos!, que me habéis acogido con tanta bondad: he venido sin conoceros, y desde el primer apretón de manos os he reconocido y he comprendido que éramos, antes de conocernos, viejos amigos. Os lo digo con la voz temblorosa, al momento de dejaros.

¡Patria italiana! ¡Patria mexicana! Pero existe una patria más vasta, de la cual todos somos conciudadanos: la patria de la ciencia, la patria de la justicia, la patria de la amistad.

No conocía a México, este grande país encantador, y he aquí que después de tres semanas, que ya han volado como un sueño, retorno de él con el mismo espíritu de las *golondrinas* de vuestra canción hospitalaria, que al emigrar ya piensan en el retorno.⁶⁴

¡Gracias, amigos de México! ¡Amistad, tú eres mi Patria!

(28 de febrero de 1952)

⁶⁴ Se alude a una célebre canción dedicada a las golondrinas que los mexicanos tienen costumbre de cantar a los huéspedes que están por partir, para manifestarles su esperanza de que pronto puedan verlos retomar.

Proceso y democracia, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se publicó en versión digital el 1 de junio de 2020. En su composición tipográfica se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos.