

Los usos y costumbres en el Proceso Civil como fuentes no formales

The uses and customs in the Civil Process as formal sources

Julio Alejandro Avalos Crovato¹

RESUMEN

El denominado principio de legalidad, signa de manera corrosiva el proceso civil como presupuesto liminar de toda decisión judicial, esto importa subordinar la actividad jurisdiccional a las fuentes establecidas en el ordenamiento jurídico en la intención final de disipar toda posibilidad de arbitrariedad, voluntarismo y discriminación por motivos subjetivos. Si bien es cierto es la norma escrita la que debe iluminar el marco del procedimiento, no podemos dejar de reconocer que, la ley no es otra cosa que una consecuencia de ciertas necesidades humanas, determinadas por el tiempo y las circunstancias, por lo tanto intangibles, desde un punto de vista objetivo. En efecto, la solución de conflictos intersubjetivos, desde una dimensión social, no puede resumirse a la mera disputa de intereses privados, ni mucho menos desde una perspectiva lineal, sino a través de formas elásticas, de acuerdo con las cuales los actos puedan cumplirse en la forma más apta para obtener el anhelado propósito, resultando por ende los usos y costumbres atendibles para la consecución del proceso, aclarando que esas prácticas no deben prevalecer al texto de la ley, sino aplicarlas al caso concreto con un criterio de humanidad e igualdad, adaptando aquéllas a las circunstancias propias de cada caso.

Palabras clave: Proceso Judicial, Tutela Jurisdiccional, Estado de Justicia, Elasticidad Procesal.

ABSTRACT

The so-called principle of legality, sign at corrosive civil proceedings as preliminary budget of any court decision, this matter subordinate judicial activity sources in the legal system established in the final intention to dispel any possibility of arbitrariness, voluntarism and discrimination subjective reasons. Although it is written that should illuminate the procedure rule, we can't fail to recognize that the law is nothing but a consequence of certain human needs, determined by time and circumstances, therefore intangibles from an objective point of view. Indeed, resolving conflicts intersubjective from a social dimension, can't be summed to mere dispute private interests, far a linear perspective, but through elastic forms, according to which acts are met during suitable form for the desired purpose, resulting therefore worthy of consideration uses and customs to achieve the process, clarifying that such practices should not override the text of the law, but apply to the case with a criterion of humanity and equality, those adapted to the specific circumstances of each case.

Keywords: Judicial Process, Judicial Protection, State of Justice, Litigation Elasticity.

¹AVALOS CROVATO, Julio Alejandro. Abogado: Universidad Americana (2002); Funcionario Judicial: Actuario del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Alto Paraná (2003 – 2014); Docente: Profesor de la Cátedra de Derecho Procesal Civil II de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Este (2010 – 2014); Egresado de la Escuela Judicial de la República del Paraguay (2009); Postgrado en: Práctica y Legislación Laboral: Instituto Superior de Formación Tributaria (2012); Mediación: Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción – Sede Alto Paraná (2014); Derecho Constitucional: Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción – Sede Caaguazú (2014); Especialista en Didáctica Superior Universitaria: Universidad Nacional del Este – Escuela de Postgrado (2014).

1. Introducción

El desarrollo de toda sociedad se encuentra signado por la forma en que sus integrantes resuelven los conflictos, factor de referencia obligado para medir el nivel de organización, donde los paradigmas que actualmente instruyen nuestro orden constitucional reconocen ciertos presupuestos vertebrales que son inherentes a la correcta administración de justicia. En efecto, una de las exigencias elementales para la seguridad jurídica en un país es la existencia de un Estado de Derecho que coadyuva a la resolución pacífica de las diferencias jurídicas entre los particulares y sus relaciones con el Estado.

El proceso, como afirma Santos Azuela, incuestionablemente es hoy el método idóneo para dar solución a esos litigios, tanto por su nota de imparcialidad como por la fuerza de sus resoluciones, respaldadas por el aparato coactivo del Estado.

En este estadio, como cuestión angular, resulta ineludible hacer un análisis retrospectivo del avance sistemático de nuestra ciencia, que indefectiblemente toma cuerpo con la contienda bélica de mayor envergadura del siglo XX conocida tradicionalmente como la segunda guerra mundial, donde maestros alemanes como Goldschmidt, Rosenberg y Kish, herederos de las enseñanzas de Von Bülow, se destacan por sus invaluables aportes, al igual que Carnelutti, Calamandrei y Redentti, seguidores de Chiovenda en Italia, resultando de ellos la denominada escuela histórico – dogmática, en función de la cuál serían erigidas las actuales instituciones del derecho procesal civil moderno.

En ese orden de ideas, la doctrina dominante ha entendido que la concepción clásica liberal - individual era insuficiente a los efectos de alcanzar la justicia a la que se aspira por medio del proceso, por ello, maestros como Cappeletti se han esforzado en diseñar un mecanismo para allanar los obstáculos que impiden su consecución, habida cuenta la dimensión social de los fenómenos jurídicos, con conceptos que se plasman en normas, principios y estándares que persiguen, en el armado de un orden justo, abovedar el Estado de Derecho, el cual, a su vez, porfía por dibujar, en una nueva y más valiosa fase, el rostro del Estado de Justicia: uno y otro se asientan en terminados presupuestos: históricos,

culturales, éticos, con los cuales el tejido de ese ropaje se compacta en un “orden de respeto”, convivencial y en la vigencia de la paz social.

La justicia, es en efecto un derecho indispensable para la consecución de los fines más básicos de la humanidad, por ello, como sostiene Mendonça, al prohibir la autodefensa, el Estado se obliga a tutelarla si el mismo es violado y, lo que es más, al asumir el monopolio de la jurisdicción, prometiendo amparar el derecho en caso de violación, en el fondo también asume el deber de formularlo, en el sentido de crearlo, de establecerlo, porque los particulares no podrían saber cuándo estarían facultados para recurrir al órgano jurisdiccional en demanda de tutela, si el derecho no estuviese preestablecido. En definitiva, si no supieran cuáles son sus derechos, conocerlos sería un juego de adivinanza enteramente irracional, lo que hace que en el Estado moderno el Legislador sea anterior a la sentencia, y ésta sea la aplicación de aquélla. Lo mismo que se dice de los derechos es aplicable a los deberes, cuyo conocimiento también resulta inexcusable para hacer posible su cumplimiento.

En un estado de derecho ningún ciudadano está por encima de la Ley, ni el mismo estado, lo que vale decir entonces que el ejercicio de la jurisdicción no es discrecional, por el contrario, se encuentra delimitado por las normas que integran el ordenamiento jurídico, prerrogativa ésta que, constituye una manifestación específica del más genérico derecho constitucional de legalidad.

Así, la dialéctica procesal moderna se halla estructurada en principios y reglas técnicas del debate, erigiéndose en verdaderas pautas para obtener un procedimiento eficaz, atendibles esencialmente al momento de pronunciar coactivamente el derecho.

Los avatares de un mundo globalizado, donde la progresión de los conocimientos ha llevado a la civilización a una escalada evolutiva, han generado un profuso avance en la protección de ciertos derechos considerados como elementales, adoptando incluso una jerarquía supranacional, debido al contenido de las normas que lo ilustran y que se erigen como base de garantías universales. Desde esta perspectiva surge la interrogante si el derecho consuetudinario puede servir de directriz en el proceso como una verdadera herramienta jurídica que permita hacer frente a las modernas lides que se suscitan.

Según previsiones del Artículo 7° de la Ley N° 1183/85 o **Código Civil Paraguayo** «Las leyes no pueden ser derogadas en todo o parte, sino por

otras leyes...El uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieran a ellos»

Literalmente, la disposición señalada no reconoce otra fuente formal de derecho que no sea la ley escrita, sin embargo, existen corrientes doctrinarias relevantes que admiten los usos y costumbres o *praeter legem* cuando sean éstos necesarios para integrar el derecho, sea por vacío o laguna del sistema normativo.

En función a esta tesis que, reconoce en la costumbre cierta eficacia, se sostiene que las necesidades colectivas no pueden dejar de ser atendidas ante la modificación de los fenómenos que prevalecieron al momento de dictar la ley, debiendo por ende reconocer que muchas veces se está frente a hechos sobre los cuales el legislador, al no reaccionar, los va permitiendo por sí y la jurisprudencia los admite como fuentes del derecho.

Es decir, las disposiciones que arroja la ley escrita con el paso del tiempo caen en desuso, justamente por la dinámica de la evolución humana, que con las prácticas constantes son rejuvenecidas e incluso anuladas por imperio de este mismo fenómeno, respecto del cual los juzgadores no pueden ser indiferentes.

2. El positivismo en el Derecho Procesal Civil

La corriente positivista que adopta nuestro sistema normativo, por imperio de las previsiones contenidas en el Artículo 15 inc. c) de la Ley N° 1337/88 o **Código Procesal Civil Paraguayo**, embreta el razonamiento judicial en la Ley, es por eso que, de manera alguna el juzgador puede escudriñar en la bondad o justicia que tiene dentro de sí misma la norma.

Sin embargo, pese a la actitud reglada a la que el juzgador debe ajustar sus conclusiones, existen méritos para entender que el razonamiento no puede estar exento de análisis teleológicos, puesto que la Ley es una respuesta humana a necesidades humanas, es la necesidad de todos los miembros de una sociedad de ser enseñado sobre cuáles son las exigencias del camino elegido para alcanzar el bien común.

Las modalidades de positivismo jurídico más difundidas en el siglo XX, centraron su atención en el momento de la aplicación autoritativa del derecho por los tribunales, y redujeron el derecho positivo al derecho positivo judicial. En esa línea evolutiva, la acción -entendida hoy como proceso- ha asumido un grado tal

de autonomía que en vez de ser un instrumento del derecho se ha convertido más bien en un instrumento del proceso.

Esta concepción positivista del derecho y del proceso ha llevado a desnaturalizar la vigencia de los derechos fundamentales, en la medida que su validez y eficacia ha quedado a condición de la aplicación de normas procesales autónomas, neutrales y científicas que han vaciado a los derechos fundamentales de los valores democráticos y constitucionales que le dieron origen en los albores del constitucionalismo democrático.

Para los autores del positivismo jurídico, en la versión que ha sido predominante en los últimos treinta años, las normas legales no son de suyo derecho, sino que para ser derecho requieren vivir a través de las sentencias judiciales, sólo son normas jurídicas las que efectivamente influyen en las decisiones de los jueces. Esta concepción está representada en la expresión *“el derecho es lo que los jueces dicen que es”*, resultando de ello los denominados criterios, muchas veces arbitrarios y caprichosos que en nada se compadecen con las reglas de la lógica que deben imperar en todo razonamiento judicial.

Empero, el positivismo jurídico, gradualmente viene siendo superado por el denominado post positivismo, sede en la que prevalece el pensamiento fundado en el plano constitucional, con la valorización de sus principios y objetivando la concreta y efectiva transformación social.

En efecto, conforme a las ideas esbozadas por Dworkin, el modelo positivista sólo tiene en cuenta las normas legales, y deja sin explicar correctamente otros componentes del Derecho de gran importancia, como los principios, que son integradores de la norma.

En el ámbito del post positivismo se tienen las concepciones modernas del neoconstitucionalismo, siendo el derecho considerado no como reproductor de la realidad, sino con la capacidad de alterar la sociedad y materializar los anhelos de sus ciudadanos. El legalismo convencional pasa a ser sustituido por la idea del sistema constitucional basado en los valores de justicia y de legalidad.

3. La tutela jurisdiccional efectiva

El derecho a la tutela judicial efectiva se erige como una verdadera garantía de raigambre constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, en efecto,

por imperio de las previsiones del Artículo 47 inc. 1 de nuestra Carta Magna, el estado paraguayo tiene la obligación de garantizar para todos los habitantes de la República del Paraguay la igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto se obliga a si misma a allanar los obstáculos que eventualmente la impidiesen.

En ese orden de ideas, la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 10), el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (Art. 14), y, la Convención Interamericana de Derechos Humanos de 1969 (Art. 8.1), instrumentos normativos supranacionales que se encuentran debidamente integrados, reconocen como fundamental este derecho, obsecuente con el modelo republicano que adopta el estado paraguayo.

Esa necesidad humana de respuesta o atención al conflicto es lo que se pretende satisfacer a través de las normas precedentemente expuestas, de manera a hacer efectivo los fines del derecho.

La Justicia, apunta Rawls, es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento, alegando que, una teoría, por muy atractiva, elocuente y concisa que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes, si son injustas han de ser reformadas o abolidas, por tanto, en una sociedad justa, las libertades de la igualdad de la ciudadanía se dan por establecidas definitivamente; los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos, ni al cálculo de intereses sociales.

En las acciones de los operadores de justicia se encuentra fundamentalmente sustentada la responsabilidad del estado, entendiendo que los Magistrados, funcionarios judiciales y auxiliares, deben facilitar el acceso sin ningún tipo de discriminación, en razón desigualdad social, económicas, religiosas, étnicas, de raza, de género, etc. por esta razón, podemos decir que los valores de Justicia e igualdad son simbióticos e imposibles de separar.

El ciudadano común, sostiene Martinez, el que es titular de derecho y obligaciones, el que debe recurrir a Tribunales en búsqueda de Justicia, muy poco interesado está en los tortuosos vericuetos procesales por los cuales deambula un juicio. Para él, lo importante es que alguien llamado Juez resuelva su juicio y consagre su derecho, haciéndolo válido y eficaz.

En resumidas cuentas, la tutela jurisdiccional efectiva consiste en armonizar las relaciones sociales intersubjetivas intentando la máxima realización de los valores humanos con el menor sacrificio y desgaste jurisdiccional, orientado en el criterio del justo y equitativo.

4. La libertad de las formas

El conjunto de condiciones que debe reunir el acto procesal se halla marcado por el ropaje de sus formas para producir efecto jurídico, y su ámbito domina todo el derecho procesal, puesto que estos, en esencia son requisitos extrínsecos que deben existir al tiempo de ejercer la acción como un presupuesto de idoneidad.

El sistema de legalidad, caracterizado por el exceso del ritual manifiesto, ha significado un tremendo valladar para la consecución de una tutela jurisdiccional efectiva.

La Ley N° 1337/88 o **Código Procesal Civil Paraguayo** establece en su Artículo 102 bajo el título de **Forma de los Actos Procesales** que **«los actos del proceso para los cuales la ley no requiere formas determinadas, pueden cumplirse en el modo más idóneo para que alcancen su finalidad»**

La norma procesal, afirma Colombo, no se reduce a una mera técnica de organización formal de los procesos, sino que su ámbito específico tiene como finalidad ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos y salvaguardar la garantía de la defensa en juicio, lo cual no puede lograrse si se impide, coarta o dificulta la determinación de la verdad objetiva de los hechos.

En realidad, la tendencia moderna estatuye un criterio de idoneidad o formas elásticas de acuerdo con las cuales los actos procesales podrán cumplirse en la forma más apta para obtener el propósito perseguido. No se trata de un régimen de libertad de las formas puesto que las partes no pueden disponer de estas, sino de las disciplinas de las formas cuyo centro de gravedad se encuentra en el criterio teológico, funcional y trascendente con que son consideradas las formas procesales.

La doctrina dominante alude a la garantía del debido proceso como reclamo o exigencia de una serie de medidas cuya finalidad apunta a la salvaguardia de la defensa y que deben hallarse en todo momento y en todo proceso como una oportunidad razonable de defensa; si alguna de ellas está ausente de un procedimiento, se estima inconstitucional el precepto que tipifica el rito, e inaplicable en cada caso y por cada juez por ser violatorio del canon constitucional que consagra la garantía.

Ese cúmulo de garantías recoge una enunciación casi unánime en la doctrina; debida comunicación de la demanda al demandado; plazo razonable para comparecer y defenderse, oportunidad probatoria en la cual los medios que se produzcan tengan que ser comunicados al contendor para efectos de su contradicción; oportunidades iguales a las personas para producir sus alegaciones y para interponer los recursos en contra de las providencias del juez; en una palabra: que cada parte se ubique en cada etapa del proceso con oportunidad adecuada a la naturaleza de dicha etapa en condiciones de ser oída y de cumplir sus cometidos defensivos y también combativos.

En razón de que, sostiene Casco, las formas procesales no constituyen un fin en sí mismas, el sistema de nulidades procesales, que el Código Procesal Civil establece, está dirigido precisamente no a asegurar la observancia de las formas, sino el cumplimiento de los fines específicos a ellas confiadas por la ley.

5. Conclusiones

Si bien es cierto los usos y costumbres no son fuentes directas del derecho procesal civil, nada obsta a que puedan servir como integradoras de la normas que lo instruyen, en auxilio de las llamadas lagunas o vacíos legales, puesto que, por imperio de las previsiones del Artículo 6° de la Ley N° 1183/85 o **Código Civil Paraguayo «los Jueces no pueden dejar de juzgar en caso de silencio, oscuridad o insuficiencia de la Ley»**, y, **«si una cuestión no puede resolverse por las palabras ni el espíritu de los preceptos de este Código, se tendrán en consideración las disposiciones que regulen casos o materias análogas, y en su defecto, se acudirá a los principios generales del derecho»**

En efecto, la razón de esto responde a que existen situaciones en que la ley se remite a ellos para el modo de proceder, como la información sumaria de testigos, o cuando este modo de proceder no legislado se ha hecho hábito en el foro, la caución juratoria por ejemplo, que legalmente no encuentra asidero en el ordenamiento jurídico legal, pero nada obsta a que se exija una mejor contracautela.

Con todo, debemos ponernos en guardia frente a las costumbres perniciosas del foro, aclarando que esas prácticas nunca deben prevalecer al texto de la ley, sino aplicarlas al caso concreto con un criterio de humanidad e igualdad, adaptando aquéllas a las circunstancias propias de cada caso.

6. Referencias Bibliográficas

- CHIOVENDA, Guiseppe. Instituciones de Derecho procesal civil. Revista de Derecho Privado. Madrid: 1954.
- CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Ed. Depalma: 1943.
- CARNELUTTI, Francesco. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Ejea. Buenos Aires: 1960.
- REDENTI, Enrico. Derecho procesal civil. Ejea. Buenos Aires: 1957.
- VON Bülow, Oskar. La teoría de las Excepciones Procesales y Los Presupuestos Procesales. Editorial El Foro. Buenos Aires: 2006.
- ROSENBERG, Leo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Ejea. Buenos Aires: 1955.
- GOLDSCHMIDT, James. Derecho Procesal Civil. Ed. Labor. Barcelona: 1936.
- KISH, Wilhelm. Elementos de Derecho Procesal Civil. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid: 1940
- SANTOS AZUELA, Héctor. Teoría General del Proceso. McGraw-Hill Interamericana. México: 2000
- TELECHEA SOLIS, Antonio. Código Procesal Civil Comentado. Tomo I. Editorial La Ley Paraguaya S.A. Asunción: 2012
- DWORKING, Ronald. Los Derechos en Serio. Editorial Ariel. Barcelona: 2004
- RAWLS, John. Teoría de la Justicia. Editorial Fondo de Cultura Económica. México: 2006

CENTURIÓN ORTIZ, Rodolfo Fabián. Derecho Procesal Civil. Editora Intercontinental. Asunción: 2014

CASCO PAGANO, Hernán. Código Procesal Civil Comentado y Concordado. Tomo I. Editorial La Ley Paraguaya S.A. Asunción: 2000.