

Adolfo Alvarado Velloso

*Garantismo procesal
contra
actuación judicial
de oficio*

Prólogo de:

Juan Montero Aroca

ñ"

tirant lo blanc
alternativa

PRÓLOGO

Los que hemos vivido o vamos a vivir la mayor parte de nuestros años en el siglo XX ni siquiera fuimos siempre conscientes de la perversidad ideológica que ha sido el caldo de cultivo en la que nos criamos y con la que hemos tenido que crecer y sobrevivir. El esfuerzo realizado para acabar siendo conscientes de ello ha consumido buena parte de nuestros esfuerzos y, sobre todo, la proclamación pública de esa perversidad nos está costando un alto precio que pagar. No trato ahora de volar muy alto ideológicamente. Aspiro simplemente a dejar constancia de cómo ha repercutido ello en el campo del Derecho Procesal.

Con más o menos acierto el siglo XIX fue una época de búsqueda de la libertad en todos los órdenes de la vida pública. El liberalismo fue un ansia de libertad que traspasaba todas las manifestaciones de aquellos años. La libertad fue el grito que dio sentido, primero, a la que luego se quiso llamar despectivamente *Revolución Burguesa* y, luego, desde ella se asumieron las que, otra vez peyorativamente, se llamaron *libertades formales*.

En el campo que nos importa del Derecho Procesal, el pensamiento liberal tuvo expresiones complementarias:

1) El proceso civil propio del siglo XIX se atuvo ciertamente a una idea excesivamente formalista del procedimiento, pero junto con ello asumió «pensamientos políticos de innegable significación liberal» (Guasp) o se convirtió en «un recipiente liberal

del siglo XIX en el que se ha vaciado el vino antiguo del proceso común de los siglos pasados» (J. Goldschmidt). Las españolas leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y de 1881 son la mejor demostración de lo que decimos; en ellas la función del juez se resume en la tutela de los derechos privados de los ciudadanos.

2) El proceso penal empezó a ser el medio por el que debían imponerse las penas. Hasta ese Siglo las penas se imponían por medios que deben calificarse de no procesales, pues no otra cosa es el llamado *sistema inquisitivo* (un no proceso), y fue una conquista liberal el inicio de un movimiento, todavía no finalizado, que quiso elevar al proceso como medio único para la declaración de un acto como delito y para la consiguiente imposición de la pena (sólo el «proceso acusatorio» es realmente proceso). Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 fue un avance de tal magnitud que no se explica técnicamente; fue una conquista de y para la defensa de la libertad.

En este contexto de proceso civil basado en los principios de oportunidad, dispositivo y de aportación de parte, y de proceso penal que tiene su razón de ser en la libertad, se inicia el siglo XX y durante la mayor parte del mismo ya no se ha tratado de la libertad, sino de otros valores en los que se ha hecho predominar lo público sobre lo privado; la seguridad sobre la libertad; lo colectivo sobre lo individual. De una u otra manera las ideologías propias de este siglo XX, los comunismos y los fascismos, no han seguido por aquel camino, sino que han apartado decididamente del mismo y han perseguido fines distintos.

En el proceso civil, que es el que nos importa más **ahora**, se ha tratado de la llamada *publicización del proceso*. En la concepción propia del siglo XIX se partía de la idea de que la naturaleza privada de los intereses en juego en el proceso civil debía significar que las partes tenían que ser también las «dueñas del proceso». Esta idea proviene de la desconfianza del liberalismo frente a toda actividad del Estado y ahora, en concreto, frente a los órganos jurisdiccionales del mismo. Estos, en esa concepción, están al servicio de los particulares para solucionar, cuando y como aquéllos consideren conveniente, los conflictos de intereses. De ahí la limitación extraordinaria de las facultades del juez en el proceso regulado en el siglo XIX; Manresa, el autor principal de la LEC de 1881, consideraba que «la mejor ley de procedimientos es la que deja menos campo al arbitrio judicial», por cuanto este arbitrio «es incompatible con las instituciones liberales».

Frente a la idea de que el proceso es «cosa de las partes», a lo largo del siglo XX ha ido haciéndose referencia a la llamada *publicización del proceso*, estimándose que esta concepción arranca de Klein y de la Ordenanza Procesal Civil austríaca de 1895. Las bases ideológicas del legislador austríaco, enraizadas en el autoritarismo propio del imperio austro-húngaro de la época y con extraños injertos, como el del socialismo jurídico de Menger, son conocidas y no deberían olvidarse. Y lo mismo cabe decir de toda la evolución posterior en la que, de una u otra forma, se destaca la función pública del proceso, su conversión en un fenómeno de masas, en torno al que se consagra la expresión *publici-*

zación del mismo, y sobre la que la doctrina ha debatido y sigue debatiendo.

Por este otro camino han seguido, con bases ideológicas aparentemente distintas pero en el fondo sustancialmente iguales, códigos tan diferentes como el italiano de 1940 y el soviético de 1964. Naturalmente uno y otro no son iguales, pero la idea de primar al juez frente al ciudadano que acude a instar justicia es común a los dos; y también lo es el minus valorar la función del abogado.

Sin llegar a esos extremos, sí es común que hoy la mayor parte de la doctrina incida en el aumento de los poderes del juez a costa de los poderes de las partes, y que ello se quiera presentar como conquista técnica procesal, olvidando cuáles son las bases ideológicas de las que no se puede dejar de partir. En ese sentido el *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica* llega decir en su art. 1 que el tribunal puede iniciar el proceso de oficio, si bien sólo cuando así se disponga expresamente, sin perjuicio de que luego, en el texto de su articulado, no se encuentra ni una sola ocasión en que así se disponga expresamente.

El conceder amplios poderes al juez, y precisamente a un juez como el austríaco, el soviético o el italiano de sus épocas, fuertemente sujeto al poder ejecutivo, sólo se explica si al mismo tiempo se priva de esos poderes a las partes, poderes que en realidad se resuelven en garantías de las mismas en el inicio y en el desarrollo del proceso civil.

Naturalmente no se trata a estas alturas de negar lo evidente, como es que el proceso civil ya no es sólo el reducto de la clase media de un país, es de-

cir, el medio previsto por el legislador para que los **poseedores** debatan en torno al derecho de **propiedad**, pero sí lo es de negar que el proceso civil sea **simplemente** un fenómeno de masas en el que no **importan** tanto los derechos individuales del **ciudadano** cuanto los intereses públicos o sociales.

* * * *

Últimamente estamos asistiendo a la difusión de la idea de que el proceso civil se resuelve básicamente en un sistema de garantías de los derechos de los ciudadanos, en el medio jurídico para que las partes debatan en condiciones de plena contradicción e igualdad los conflictos que los separan. En esa reapertura del camino del proceso como *garantía*, uno de los adelantados es Adolfo Alvarado Velloso. Aparte de lo que se puede leer en su *Presentación*, convendría añadir que:

a) Es un profesor de larga experiencia (desde 1967) y pasando por varias Universidades (desde luego la de su Rosario natal, pero también en la de Buenos Aires, la de Belgrano y la de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), ambas de la ciudad de Buenos Aires, la Nacional del Centro en la ciudad de Azul y de la Católica Argentina con sede en Paraná). Especial significado tiene hoy su dedicación a diversas maestrías y las direcciones del Centro Privado de Arbitraje y Mediación (CEPAM) y de la Academia Virtual Iberoamericana de Derecho y de Altos Estudios Judiciales.

b) Es principalmente la docencia la que le ha llevado a ser *Doctor Honoris Causæ* por la Universidad Central de Costa Rica, *Profesor Honorario* de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la

Universidad Pontificia Bolivariana (Medellín, Colombia), *Profesor Honorario* de la Universidad Católica de Santa Lucía de Arequipa, Perú y *Catedrático Visitante* de varias Facultades de Derecho de Alemania, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, España, Guatemala, Honduras, Italia, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Ostenta la distinción *Honor al Mérito* otorgado por la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú), otorgado en 1999 «en reconocimiento a su ejemplar Labor Docente, de Investigación y Producción Jurídica».

c) Entre sus obras se cuentan: *Guía de doctrina procesal*, 1 tomo, 1964, *Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe, concordado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, 3 tomos, 1973; *Cuestiones de competencia*, 1 tomo, 1974, en coautoría con Alfredo Lauría; *Comentarios al Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe*, 1 tomo, 1973; *El Juez: deberes y facultades*, 1 tomo, 1982; *Anotaciones de Códigos de Iberoamérica* a la obra *Compendio de la prueba judicial* de Hernando Devis Echandía, 2 tomos, 1984 y 2000; *Estudio jurisprudencial del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe*, 5 tomos. Los tres primeros, datan de 1986. Los dos últimos, de actualización, de 1991; *Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe: concordancias explicadas, cuadros sinópticos y esquemas procesales*, 2 tomos, 1987/88. 2ª. edición, 1990; 3ª. edición, 1995; 4a. edición, 1998; 5ª edición, 2001; *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, explicado y anotado, en coautoría con Lino Enrique

Palacio, 10 tomos publicados entre 1988 y 1998; e ***Introducción al Estudio del Derecho Procesal***, Tomo 1, 1989, con varias reimpresiones. Tomo 2, 1998, reimpresión. Tomo 3, en preparación.

Como le decía Don Quijote a Sancho: cada uno es **hijo** de sus obras. Esas obras y el libro mismo me **ex-cusan**, lector, de lo que es usual en estos casos; no hay **ahora** necesidad de justificar la publicación de este **libro**; en realidad, ni siquiera creo que sea **conveniente** explicar su aparición en España. Por lo demás **con-curre** en quien firma este Prólogo la causa de **abstención** que suele denominarse de amistad íntima; de la **con-currencia** en mi de esa causa he hecho y hago **alar-de**; no la escondo sino que la declaro.

* * * *

El libro que se edita ahora en España debe **en-cuadrarse** en una orientación del proceso que **quiere** abandonar lo que ha sido característica del siglo **XX**: el *autoritarismo*, y que quiere caminar hacia lo que es el futuro: la *garantía*.

En el siglo **XX** las ideologías autoritarias han conducido a los ciudadanos al desencanto frente a los jueces, pues éstos se han concebido a sí mismos, no como garantes de los derechos de aquellos, sino como instrumentos del Estado para asegurar la actuación del Derecho dictado por el propio Estado. En los últimos años se están dando pasos muy importantes en el proceso penal, que está pasando a ser garantía y en el que se están limitando los poderes del juez para dejarlo convertido simplemente en juez, ¡y nada más! Por el contrario, en el proceso civil han ido aumentandose los poderes del juez y se está pretendiendo que no sea realmente juez.

Como se ha repetido tanto últimamente, no se trata ya de ser coherente; se trata de no incurrir en la esquizofrenia.

JUAN MONTERO AROCA