

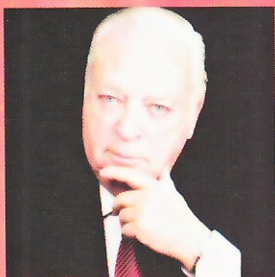
Adolfo Alvarado Velloso

LECCIONES DE DERECHO PROCESAL

Compendio del libro
**SISTEMA PROCESAL:
GARANTIA DE LA LIBERTAD**
adaptado a la legislación procesal
de la Provincia de Mendoza

por
EDUARDO ENRIQUE DE ORO


NUEVO ENFOQUE
jurídico



ADOLFO ALVARADO VELLOSO

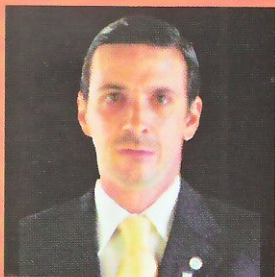
Profesor de Derecho Procesal en varias Universidades, dirige las Carreras de Posgrado de Maestría en Derecho Procesal de la UNR y de Especialización en Derecho Procesal de la Universidad Católica de Santiago del Estero y de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora.

Presidente del Instituto Panamericano de Derecho Procesal y del Instituto Argentino de Derecho Procesal Garantista.

Director de la Academia Virtual de Derecho.

Director de las publicaciones periódicas contenidas en las Colecciones Clásicos Jurídicos (Juris), Temas Procesales Conflictivos (Juris), Ensayos Procesales (Fundeciju) y Temas Jurídicos (Fundeciju) y Humanitas (Fundeciju) y Codirector de Derecho Procesal Contemporáneo (Ediar).

Ha publicado, entre otras obras: Código Procesal Civil y Comercial de la Prov. de Santa Fe, concordado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente (3 tomos, 1973) / Comentarios al Código Procesal Civil y Comercial de la Prov. de Santa Fe (1 tomo, 1978) / El juez: deberes y facultades (1 tomo, 1982) / Estudio Jurisprudencial del Código Procesal Civil y Comercial de la Prov. de Santa Fe, (5 tomos, 1986/1991) / Código Procesal Civil y Comercial de la Prov. de Santa Fe: concordancias explicadas (2 tomos, varios años) / Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado y anotado (en coautoría con Lino E. Palacio) (10 tomos, 1988/1998) / Código Procesal Civil y Comercial de la Prov. de La Rioja (en coautoría con Manuel González Castro) (1 tomo, 2000) / Código de Procedimiento Civil de Chile (en coautoría con Hugo Botto Oakley) (1 tomo, 2003) / Introducción al Estudio del Derecho Procesal (3 tomos, varios años) / El debido proceso de la garantía constitucional (1 tomo, varios países y años) / Garantismo procesal versus pruebas de oficio (1 tomo, varios países y años) / La prueba judicial (1 tomo, varios países y años) / La cautela procesal (1 tomo, varios países y años) / Sistema procesal: garantía de la libertad (2 tomos, 2008) / Lecciones de Derecho Procesal Civil (ediciones en Buenos Aires, Capital Federal, Catamarca, Neuquén y Santa Fe. Además, en Chile, Costa Rica, Paraguay y Uruguay).



EDUARDO ENRIQUE DE ORO

Candidato a Magister en Derecho Procesal y a Doctor en Derecho, ambos por la Universidad Nacional de Rosario en las Carreras de Maestría en Derecho Procesal y de Doctorado en Derecho.

Ha sido Jefe de Trabajos Prácticos en las cátedras de Derecho Penal I y II de la Universidad Aconcagua de Mendoza y de Derecho Penal I de la Universidad Nacional de La Rioja.

Miembro del Instituto Panamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Procesal Penal / Vicepresidente del Instituto de Altos Estudios en Derecho Penal y Procesal Penal Comparado / Presidente de la Comisión de Derecho Penal y Procesal Penal del Colegio de Abogados de la Ciudad de Mendoza (período 2010/2012).

Disertante en numerosos Congresos y reuniones científicas, ejerce la abogacía desde el año de 1992 en la ciudad de Mendoza.

PRESENTACIÓN

En el año 2004 tuve la oportunidad de conocer a ADOLFO ALVARADO VELLOSO, seguramente que por obra de la Providencia por las notables consecuencias que ello me generó.

A partir de ese momento se desencadenaron vertiginosamente innumerables acontecimientos que me vincularon al mundo académico, por entonces para mí desconocido. Cada uno de esos sucesos tuvo como mentor al autor de esta obra.

Así, casi impositivamente, cursé la *Maestría en Derecho Procesal* de la Universidad Nacional de Rosario, que fuera dictada con mucho éxito en el Poder Judicial de la ciudad de San Luis entre los años 2004 y 2006. Luego, en el año 2007, cursé la Carrera de *Doctorado en Derecho* de la misma Alta Casa de estudios.

ADOLFO ALVARADO VELLOSO me distinguió con su generosa amistad, de lo cual me siento muy agradecido. Siempre presente, siempre dispuesto tanto a dar una opinión franca y apasionada como a hacer acertadas y profundas críticas constructivas, prohiendo la profundización del estudio de una materia tan importante y controversial como el Derecho Procesal.

Sirva el presente como el más sincero y filial agradecimiento a él.

En esta obra puede apreciar el lector la postura doctrinal sostenida por ALVARADO VELLOSO acerca de la estructura integral y sistémica del proceso y una comparación de ella con el régimen procesal civil de la Provincia de Mendoza, con algunas consideraciones sobre otras materias relacionadas con él que ha estado a mi cargo.

En rigor se trata de un trabajo diferente del que se acostumbra ver en el mundo editorial: los autores en general toman siempre un código y proceden a explicarlo norma por norma. Aquí se ha hecho a la inversa: se ha efectuado

una explicación metódica del tema y luego se ha dicho si ella se encuentra reflejada en el contenido de la ley local y, en su caso, dónde y cuáles son las críticas que pueden hacerse a su respecto.

A raíz de ello podrán observarse similitudes con lo que ha dado en llamarse *sistema dispositivo* (acusatorio en materia penal) y sustanciales diferencias que podrían situarse dentro de la concepción *publicista* o *inquisitiva* del proceso (*inquisitivo* y *mixto* en materia penal).

Tales situaciones engendran, necesariamente, falencias sistémicas que deben ser superadas, no merced a subjetivos criterios interpretativos sino mediante la reformulación objetiva del sistema procesal mismo. En conocimiento de ello, el lector deberá asumir la necesidad de adoptar intelectual y previamente uno u otro de los sistemas mencionados.

Estoy convencido de que esa toma de posición no puede ser otra que la del sistema dispositivo en materia civil y el acusatorio en materia penal.

Y ello por cuanto la separación de roles y funciones así lo impone lógicamente y tal separación sólo se ve nítida en el sistema al que acá adhiero.

Debo confesar que la labor que me fuera encomendada en la presente obra ha sido abordada por mi parte con mucho esfuerzo y toda la dedicación posible: vincular una explicación sistémica de la asignatura con la legislación vigente en la Provincia de Mendoza que puede exhibir hasta hoy, RAMIRO PODETTI mediante, uno de los mejores códigos –tal vez el más sistemático– de los que se han hecho en el país.

Como es obvio, mi labor ha debido ser necesaria y mínimamente referencial, sin pretensión de agotar cada tema encarado. Así es como intenté adecuar nuestra tesitura provinciana del *proceso* con lo que, a criterio del autor y de quienes hemos colaborado con él, es verdaderamente el fenómeno concebido a partir de postulados constitucionales como un *método pacífico de debate dialogal y argumentativo* y no como simple *medio de investigación*, que es lo que postula desde siempre e ilusamente el sistema inquisitivo y que aquí se deja explicado con extrema prolijidad en los detalles.

La pretensión más ambiciosa se refiere a la reivindicación del papel que lógica y sistémicamente toca jugar a cada uno de los sujetos procesales en el rol que les incumbe.

Así, cabe retomar la idea de que el proceso, tal como lo concebimos en la modernidad, es un instrumento que tiene como razón de ser el logro de una auténtica pacificación social, ya que es la última alternativa que ofrece la juridicidad al ciudadano de a pie para evitar el logro de justicia por mano propia.

Va de suyo, así, que los litigantes, llámense actor y demandado o acusador e imputado, son los *sujetos principales* de la contienda y a ellos les incumbe toda la actividad tendiente a la acreditación de sus respectivas pretensiones.

Entendidas las cosas de este modo, el juez pierde su habitual carácter de *investigador de verdades* y adquiere un carácter trascendental definitivo, puesto que tiene nada menos que la augusta misión de *garantizar permanentemente la igualdad* de quienes debaten ante él y resolver los planteos formulados. Este es, ni más, pero tampoco menos, el rol del *tercero imparcial*.

Estoy convencido de que la actividad desarrollada por algunos jueces en pos de sanear falencias de los litigantes, sólo contribuye a menguar la responsabilidad de algunos de ellos y de sus a veces desaprensivos representantes que, advertidos del ejercicio por parte de los jueces de actividades que suplen sus inactividades, se desentienden de las obligaciones y cargas que les incumben esperando que el magistrado, so pretexto de *hacer justicia*, encauce el proceso y otorgue la razón final a quien no supo ganarla honradamente en el curso del pleito.

Esta forma de actuación que ha contribuido a generar notable inseguridad e imprevisibilidad jurídica, que por cierto y afortunadamente no se da en todos los casos, sólo ha logrado el recargo de funciones a los jueces con tareas que no les son propias y el deprecio de la actividad de las partes, en especial de los letrados que las representan.

Como el lector podrá advertir, no se trata de una crítica a los jueces, sino de reivindicar la división de roles y tareas.

Esta tesitura sobre el proceso, que es la que se explica, pregona y defiende en esta obra, implica necesariamente una notable mejoría en el ejercicio de la actividad abogadil puesto que si se asume filosóficamente que las obligaciones y cargas procesales incumben sólo a las partes, esto redundará en un ejercicio más comprometido de la actividad.

Finalmente, quiero agradecer la invalorable y permanente colaboración de mi hermano DANTE FELIPE, sin la cual me hubiera sido imposible dar cumplimiento a esta tarea, como así a las demás a las que me he abocado. Igualmente quiero agradecer a mi PADRE, que ha sido, y es, fuente de inspiración y apoyo permanente en cualquier emprendimiento en el que me haya visto involucrado.

PRÓLOGO

La edición mendocina de estas *Lecciones de Derecho Procesal Civil* ha sido presentada ya por mi discípulo y amigo EDUARDO DE ORO.

Por mi parte, nada debo agregar a sus líneas. De ahí que sólo hago constar acá mi gratitud por el esfuerzo realizado y por el excelente resultado obtenido en sus atinadas anotaciones.

No obstante, a fin de que el lector pueda conocer cómo se gestó el contenido de esta obra, agrego a continuación lo que escribí como *Presentación* de la obra original que dio motivo a ésta: *Sistema Procesal: Garantía de la Libertad* que Ediciones Rubinzal-Culzoni (Santa Fe, Argentina) publicó en el año de 2008 en dos tomos de 1300 páginas.

Dije allí:

Deseo comenzar esta *Presentación* con una suerte de confidencia intimista que intentará explicar el origen, el método y la finalidad de esta obra.

A tal fin, recordaré dos circunstancias que marcaron a fuego las ideas que aquí expongo.

La primera: enseñé *Derecho Procesal* desde el año de 1967 (llevo más de cuarenta años en esa tarea) y lo he hecho —y hago— en muchos lugares y con diferentes auditorios.

En esa experiencia, y al cabo de los primeros años, descubrí que los tradicionales métodos docentes con los cuales yo estudié mi carrera de abogacía y repetí luego en la tarea de enseñar —a partir de la mera descripción y posterior explicación de la norma— eran insuficientes para lograr que el alumnado captara íntegra y adecuadamente los conceptos que con mucho esfuerzo y vocación exponía ante él.

Al advertir el problema, me decidí a aconsejar la lectura de bibliografía diferente a la utilizada hasta entonces. Pero poco fue el cambio que se logró...

Gran desilusión me provocaban los resultados de exámenes en los cuales reprobaba la mayoría de los examinandos que, a mi juicio, no lograban comprender los vericuetos de las abstracciones procesales...

La reiteración de esa situación hizo que pusiera en tela de juicio mi propia capacidad de enseñar y, obviamente, la de cómo lo hacía.

En un primer cambio metodológico me incliné por la conversación intimista —cual lo hago aquí y ahora— tratando de superar lo simplemente académico y mostrando la asignatura en situaciones activas de la vida diaria y conflictiva.

Luego, privilegié la *comensalidad* por sobre la *congresalidad* propia del aula y, no obstante, seguí sin encontrar los resultados anhelados.

En ese momento de la vida me encontré con la obra de HUMBERTO BRISEÑO SIERRA y con su método descriptivo de la actividad que se cumple en la realidad de la vida jurídica y, particularmente, de la tribunalicia.

Y me deslumbró la lógica del pensamiento del maestro y la facilidad con la cual se puede enseñar cada una de todas las instituciones del proceso a partir de un simple giro en su explicación.

Se trata, simplemente, de cambiar la mera glosa de la norma —que cualquiera puede leer y aun comprender— por la de la situación de vida en conflicto que la ley pretende regular, presentada como un fenómeno de convivencia que requiere de tutela legal para lograr una solución pronta y pacífica.

A partir de allí, y comprendida por el alumno la necesidad de la normación, describirle ahora las posibles alternativas de regulación legal y lograr que él mismo las encuadre en diferentes tiempos y lugares dados.

Recién entonces se puede comenzar la puntual explicación de la norma vigente para hacer luego un juicio de valor acerca de ella respecto de la realidad de *este tiempo* y de *este lugar*.

Con ello logré la plena comprensión que yo buscaba que tuvieran los alumnos respecto de los temas así enseñados, y advertí que no sólo disminuyó drásticamente el número de aplazados sino que descubrí —con sorpresa y alegría— que todos ellos habían asumido

la entusiasta tarea de *pensar el Derecho* (sin repetirlo con absurda y pertinaz incompreensión de muchos y variopintos argumentos de autoridad) y tenían una destacada y preocupada participación en la búsqueda de soluciones a los muchos problemas de toda índole que genera la convivencia.

Descubrí también que, con tal método, el estudiante gana notablemente en su hasta ahora cuasi nula capacidad para hacer abstracciones. Y eso lo sorprende y lo motiva para adelantar sus estudios.

Pasa con él algo similar a lo que ocurrió en la humanidad con la idea de *número*: se tardó milenios en pasar desde la *cantidad* hasta la *abstracción pura del número*, lo que posibilitó descubrir un mundo diferente, perfecto y sistémico: el de las *matemáticas*.

Por esa época decidí escribir un libro a base de ese método y a partir de las ideas de BRISEÑO SIERRA, que ya pregonaba como propias después de haber añadido algunas pocas de mi cosecha.

Cuando lo terminé tuve algunos tropiezos en la elección del nombre con el cual la presentaría y, después de descartar varios, terminé eligiendo el de *Introducción al estudio del Derecho Procesal* que publicó Rubinzal Culzoni Editores, de Santa Fe (Argentina) en el año de 1989 y la dediqué, como correspondía,

A HUMBERTO BRISEÑO SIERRA. Mi maestro.

Con admiración y afecto.

Y a mi MANINA, nuevamente.

La obra fue planeada para contener un total de treinta *Lecciones* —precisamente, ése fue uno de los nombres pensados al efecto— y en ese tomo aparecieron sólo las quince primeras, elaboradas sencillamente para alumnos pero destinadas de verdad a los docentes de la asignatura, con quienes aspiraba a confrontar ideas y discutir puntos de vista que presenté como claramente polémicos y, por supuesto, tomando en todo caso partido por alguna de las posibles soluciones.

No tuve la suerte de que alguien se presentara a polemizar. Creo que, en el fondo, no hubo muchos docentes que leyeron mi libro.

Pero descarto que algunos pocos aceptaron estoicamente hacer su lectura pues hoy, varios años después, es texto obligado de estudio en muchas Facultades de Derecho de Universidades de Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Panamá, Paraguay y Perú.

En la *Presentación* que acompañó su publicación dije textualmente:

“Esta obra pretende ser distinta de las demás que se hallan publicadas acerca de la materia procesal.

Como se trata de una simple Introducción a su estudio, no puede —ni debe— contar con la extensión de un Tratado pero, al mismo tiempo, tiene que mostrar un desarrollo completo de los temas que aborda.

Para hacerla, he partido del método ideado por Humberto Briseño Sierra, con cuyas ideas me hallo tan consustanciado que ya no sé —honestamente— qué es lo que pertenece a él y qué es lo que le agregué o modifiqué.

Reconozco que estas dos actitudes mías —agregar y modificar— son un verdadero pecado pues hacen perder de vista la genialidad de su talento.

Pero existe solución sencilla para deslindar responsabilidades: si lo expuesto muestra un carácter de excelencia, pertenece a Briseño Sierra. Si no es así, no me queda otro camino que asumir la paternidad de las ideas.

Simple razones editoriales determinan que esta obra se presente en dos partes, la primera de las cuales ya está en manos del Lector. La segunda es de próxima aparición y su índice puede ser visto al final de este ejemplar”.

Por cierto, anhelaba publicar las quince Lecciones finales en un segundo tomo que presentaría a la mayor brevedad.

Pero las circunstancias de la vida me impidieron cumplir con ese propósito y el final de la obra vio postergada su aparición por muchos años.

Fue recién en el año de 1998 cuando pude ver un segundo tomo publicado —otra vez— por la misma editorial. Sin embargo, no alcancé a terminar el total de Lecciones que me había impuesto presentar allí, por lo que sólo llegué hasta la Lección 23.

Cuando presenté ese segundo tomo, dedicado ahora a los amigos que gané en todas partes durante los muchos años que traté de enseñar el Derecho Procesal, dije:

“Varios años han pasado desde la edición del Tomo I de esta Introducción, durante el transcurso de los cuales me fue imposible terminar de escribir las Lecciones que restaban.

Paradójicamente, el tema no me preocupó: el ejercicio de una abogacía intensa me alejó de la docencia universitaria durante varios años, absorbió todo mi tiempo disponible e hizo que añorara la actividad judicial que permitía una adecuada programación de las tareas a cumplir (en particular, de las académicas).

Al comenzar el año de 1997 asumí un nuevo —y desconocido hasta entonces— compromiso con la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario: dar clases de Derecho Procesal exclusivamente para graduados en el Curso de Especialización en Magistratura Judicial, en el cual un nutrido grupo de magistrados, funcionarios judiciales y aspirantes a ingresar a la judicatura mostró alto y renovado interés por el estudio de la materia. Esto logró motivar una nueva militancia académica, que creía perdida.

El éxito de tal Curso —mérito de todos los profesores que integraron su planta docente— excedió el límite geográfico de la provincia. A tal punto que, por convenio de la Universidad Nacional de Rosario con la Universidad del Centro (provincia de Buenos Aires), hoy funciona en la ciudad de Azul, bajo mi dirección y con el mismo resultado inicial.

Al comenzar este año de 1998 inauguré la dirección de la Maestría de Derecho Procesal en la misma Facultad de Derecho de la Universidad de Rosario, donde cursan maestrandos de varias provincias argentinas y del Paraguay.

Tanto interés por el estudio de la ciencia del Derecho Procesal y, particularmente, por el enfoque de libertad —y no de autoridad— que está presente en todas mis clases, me decidió a continuar la obra inconclusa y terminar la tarea largamente postergada.

Sin embargo, al llenar el mínimo necesario de páginas descubrí que era conveniente presentar ya mismo este Tomo II conteniendo sólo siete de las quince Lecciones restantes, por lo cual lo entrego hoy al editor asumiendo el compromiso de finalizar la obra en breve plazo”.

Decidido finalmente a terminar la obra cuanto antes (pues ya puedo mostrar once promociones! con un total de casi 600 maestrandos de casi todas las provincias argentinas y de Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, que me lo exigen

insistentemente), me surgió nuevo problema: no estaba convencido de la bondad del contenido de lo que debía escribir por la simple razón de que ya no pensaba como antes....

Para comprender este sorpresivo giro autoral que recién hoy confieso, es imprescindible que relate antes la segunda circunstancia apuntada al comenzar estas líneas.

Sucedió que, al tiempo que cumplía mi tarea docente, ejercí la magistratura judicial en el Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, en el cual revisté durante exactos treinta y cinco años, ejerciendo una Vocalía en la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de la ciudad de Rosario durante los últimos veintitrés de todos esos años...

En todo ese lapso fui lo que puede considerarse un buen ejemplo de juez autoritario, manejando a veces a voluntad el procedimiento, intentando conciliaciones intraprocesales a todo trance, imponiendo novedades jurisprudenciales buscadas en la equidad y no en el texto de la ley, haciendo muchas veces un juzgamiento interno acerca de su bondad, oportunidad y justicia y, por tanto, de su aplicabilidad, etcétera.

Todo lo que pensaba en esa larga época lo expuse detenidamente en un libro que publicó *Ediciones Roque Depalma* (Buenos Aires) en el año de 1982 y que tuvo el único mérito de ser el primero en encarar ese tema en el país: *El Juez: sus deberes y facultades*, que todavía alguien me recuerda impertinentemente cuando expongo mis ideas en la actualidad...

En el año de 1989 me retiré del Poder Judicial y comencé a ejercer una activa profesión de abogado.

Descubrí allí la exactitud del siempre vigente aforismo del *Martín Fierro*, nuestro máximo poema épico: *la ley es como el cuchillo, pues nunca lastima al que lo maneja....*

Esto lo aprendí al poco tiempo: más allá de sufrir ahora en carne propia el autoritarismo de algún juez —tal vez inspirado en lo que fue mi propio autoritarismo y que descarto habrá dado mucho que hablar en el foro de entonces— comencé a advertir desde el otro lado del mostrador, que es donde duele verdaderamente la injusticia, la existencia de numerosas sentencias adversas al buen sentido judicial en pleitos que fueron fallados en equidad y, por cierto, en contra del texto expreso de la ley, o sin la previa audiencia del interesado o definitivamente terminados con incomprensibles medidas cautelares carentes de un proceso principal que les diera sustento.

Todo, en pos de una difusa meta justiciera que había que lograr al amparo de nuevas ideas filosóficas presentadas pregonando la existencia de un *posmodernismo* aplicado al proceso judicial.

Y ello, en un país que desde hace años reza laicamente la palabra *democracia* (que en definitiva sirve sólo para marcar el origen del poder) sin advertir que lo importante es la *república*, donde existe intercontrol de poderes y que se encuentra tan olvidada en este rincón del continente..!

Si bien se mira el fenómeno señalado, se trataba —en rigor, se trata, pues es la moda actualmente reinante en materia jurisprudencial— de invertir la fórmula de privilegio que JOHN RAWLS mostró en su *Teoría de la Justicia*, al preguntarse acerca de qué debe prevalecer en una sociedad bien ordenada: si la búsqueda de lo *bueno* (lo *good*) o la del *derecho* (lo *right*). Él se decidió por lo *right* entendiendo que, en tal tipo de sociedad, el derecho debe prevalecer sobre lo que se considera el *bien común*.

Glosando el tema en su columna editorial, MARIANO GRONDONA tomaba idéntico partido en abril de 2002, sosteniendo:

“Parece absurdo dejar de hacer algo que se percibe como bueno, como conveniente, sólo porque lo prohíbe una regla.

Pero esta primera impresión ignora la naturaleza de las reglas, sean ellas morales o jurídicas, porque ¿cuándo adquiere su plena vigencia una regla? Sólo cuando no conviene cumplirla.

Supongamos que alguien se ha impuesto como regla el despertarse a las seis de la mañana. Cuando se despierta naturalmente diez minutos antes de las seis, esa regla resulta redundante. Ella se pone a prueba, en cambio, cuando después de una larga noche en vela el sueño lo invita a seguir descansando. Cuando es duro cumplirla.

Por eso los romanos, que inventaron el Derecho, decían *dura lex, sed lex*.

Más aún: sólo es verdadera ley cuando es dura.

Imaginemos ahora una nación que en lugar de seguir la tablas de valores de RAWLS adhiere a la primacía de lo bueno (o de lo que gusta) por sobre las reglas. Hará en cada caso lo que más le convenga. Pero al comportarse así vivirá, en los hechos, sin reglas.

Cuando ellas convengan, las cumplirá, pero no porque sean rectas (*right*) sino porque son buenas (*good*).

Pero cuando las perciba como inconvenientes, como malas, no las cumplirá.

Al proceder así, esa nación creará que optimiza lo que más conviene al bien común pero, al hacerlo, se volverá impredecible: si aprueba un contrato o emite una ley, los violará cada vez que no convengan.

De esta manera destruirá la confianza de los demás en sus promesas, en sus contratos, en sus leyes...

Y es que hay dos ideas del bien: los pequeños bienes, con minúscula, a los que desestima Rawls, se obtienen con las reglas.

El Bien con mayúscula resulta —al contrario— de renunciar a los pequeños bienes cuando lo exige una regla vigente. Olvidar las reglas por atender a los pequeños bienes con minúscula destruye el Bien con mayúscula.

Ese bien es, en definitiva, la confianza de los demás.

Este es el bien que la Argentina ha perdido. Y que Dios quiera que no sea para siempre..."

Y todo esto sucede, claro está, en un mundo cuyos habitantes no desean cumplir la ley y que se encuentra gobernado por una execrable oclocracia.

Esto es ya antigua costumbre en la Argentina, donde desde siempre se practica el autoritarismo, el desprecio al otro, el facilismo, la igualdad hacia abajo, la frustración impuesta por el gobernante de turno, etcétera, en recurrencia histórica que ha hecho decir a importante pensador del país que aquí nos preocupamos por acatar lo que dice la *ley* con minúscula para desconocer olímpicamente, con alegría y despreocupación, lo que manda la *Ley* con mayúscula...

Y en esa tónica, nos han formado desde la propia Universidad y en todos los estudios posteriores o paralelos, mostrándonos una cultura que enseña que la ley no sirve para adecuar la convivencia a una auténtica pacificación social sino al individual y egoísta interés particular, que debe ser privilegiado por sobre toda otra cosa.

Se trata, en definitiva y perversamente, de apañar la práctica de una suerte de *autoritarismo pasivo* que nos prepara para aceptar subconscientemente la existencia del verdadero autoritarismo y de no cuestionar a quienes lo practican desde antaño y en claro beneficio personal o de unos pocos, aunque lo hagan al margen de la Constitución y de las leyes.

Marginalmente: sin esta cultura sería imposible aceptar el método de enjuiciamiento inquisitivo, que ya lleva rigiendo más de quinientos años en estas tierras sin que la minoría política dominante —a quien, por cierto, ello sirve— haya aceptado erradicarlo.

Así, hay abogados —no todos, afortunadamente— que aconsejan de modo habitual —a no asustarse pues ésa es, en definitiva, su cultura— incumplir la ley, evitar sus efectos, evadir el pago de los impuestos, incoar un concurso

para no pagar a los acreedores, etcétera, para lo cual interpretan, o malinterpretan, o desinterpretan, o acomodan, o desacomodan o desconocen la ley. En sus dos versiones: con y sin mayúscula.

En los últimos años la jurisprudencia argentina mostró ese rumbo, que rápidamente están adoptando otros países vecinos.

Pues bien: cuando esta actitud se generalizó y numerosos tribunales superiores se plegaron a esa interpretación (¿?)seudorealista y refundadora de la ley —afortunadamente no fueron todos los que se enrolaron en esta línea de pensamiento— la Justicia, como *institución de poder* y cogobierno, dejó de ser predecible y la jurisprudencia —que por decenas de años fue muestra cabal del estudio, la dedicación, el sosiego, la mesura, la prudencia y la mansedumbre de los jueces argentinos— se tornó de golpe en algo auténtica e incomprensiblemente caótico.

De verdad, se ha logrado con ello una Justicia que actúa ilegítimamente en procura de obtener una vaga, difusa y cada más incomprensible justicia particular... que, además, es un concepto diferente para cada uno de los miles de jueces que actúan contemporáneamente!

Lo que pasó en los primeros seis meses del año de 2002 en la Argentina con motivo de la crisis financiera aquí vivida, no tiene parangón en la historia jurídica del país y el tenor del promedio de las resoluciones judiciales muestra ejemplarmente la existencia de lo recién afirmado.

Cuando esto se generaliza y autorizadas voces de lo que habitualmente se acepta como la *mejor doctrina nacional* defienden con entusiasmo la violación del sistema de legitimidad impuesto por la Constitución —es más: a veces la prohíben— la sorpresa inicial se convierte en preocupación.

En rigor, en gravísima preocupación, pues lo que primero apareció como simple *impredecibilidad* ahora se muestra como *desorden definitivo* similar al que ya se vivió en el mundo de los '40 como producto del nihilismo nazi.

Y no hay sociedad alguna que logre sobrevivir en medio del caos...

Una aclaración se impone. No es que yo trate aquí de desmerecer la interpretación legítima los hechos y las conductas sometidas a juzgamiento ni la interpretación —también legítima— de la norma jurídica oscura que los jueces deben aplicar.

Critico, sí, la interpretación contra *legem*, la falta de aplicación de la ley positiva que expresamente resuelve un caso determinado, privilegiando así —otra vez— lo *good* por sobre lo *right*, sin que nadie atine a recordar que el fallar en contra del texto expreso de la ley en la Argentina configura el tipo delictual denominado *prevaricato*...

Ataco también la interpretación que se pretende dar al propio método de enjuiciamiento toda vez que él no puede admitirla en modo alguno. Mucho menos dentro de un sistema de *fuentes*, como el argentino, del que se apartan cada día más muchos jueces inspirados en criterios subjetivos de conveniencia u oportunidad de aplicación o no de la ley vigente....

En efecto: un método debe ser siempre cosa *neutra* pues, como tal, no admite valoraciones subjetivas.

La tarea de multiplicar según un cierto método, por ejemplo, no puede ser variada a voluntad de quien realiza la operación aritmética. Igual ocurre, v.gr.: si se desea hacer un análisis químico de composición del agua.

En el proceso debe ocurrir otro tanto pues la *justicia* está en el resultado, en la meta: la *sentencia*.

Pero, adviértase bien, *jamás en el método que se utiliza para buscarla o procurarla: el proceso*.

Igual que en la operación de multiplicación, cuya corrección se ve en el resultado.

Por eso es que no comprendo cómo se puede hablar de la existencia de un *proceso justo* cuando tal proceso es puro método....

El proceso no es ni puede ser lógicamente *justo o injusto*. Pero sí es *legítimo* (y es proceso) o *ilegítimo* (que no es proceso). Lo que, por cierto, es cosa bien diferente.

Buscando un proceso que se enmarcara siempre en *criterios objetivos de legitimidad*, he logrado con los años hacer un giro de ciento ochenta grados respecto de lo que pensaba en cuanto a cómo debían actuar los jueces en las tareas de *procesar y de sentenciar*.

Y creo que esa legitimidad se encuentra sólo dentro de un *sistema* en el cual quepan todas las soluciones posibles. Aun las no previstas pero hallables siempre mediante mecanismos que el mismo sistema proporciona.

En los últimos años —con filosofía posmodernista mediante— ha habido una clara reacción generalizada en el procesalismo civil hacia estas ideas que aquí sostengo, proclamándose desde autorizada y recurrente doctrina que el sistema no es bueno como tal porque no siempre conlleva el resultado de justicia al cual los jueces deben aspirar por sobre todo otro pensamiento en la superior tarea que les asigna la Constitución en el sistema legal argentino vigente. Con lo cual se busca *privilegiar la meta por sobre el método*, dando con ello razón postrera a Maquiavelo: el fin justifica los medios...

De ahí que actualmente se propone con insistencia abandonarlo para siempre y, confiando en la sagacidad, sapiencia, dedicación y honestidad de la persona del juez, entregarle toda la potestad de lograr esa justicia dentro de los márgenes de su pura y absoluta subjetividad. *Igual a lo que hacían el pretor y el cadí...* por bueno, sabio y justo que sean un pretor o un cadí determinado, toda vez que en la sociedad moderna hay muchos pretores o cadíes y que pueden no ser iguales entre sí.

Creo que con esto se logrará más inseguridad, más impredecibilidad, más jurisprudencia contradictoria, mayor alejamiento de la idea del *debido proceso*, mayor anarquía judicial...

Porque aspiro a que esto no ocurra —sería absurdo que dejáremos todo eso como incomprensible herencia a nuestros hijos, que no la merecen— es que decidí añadir al texto originario de mi *Introducción* toda la explicación histórica que considero necesaria para que el lector comprenda de dónde provienen los sistemas de enjuiciamiento conocidos y por qué uno es bueno y el otro malo.

En realidad, no es malo. Es perverso.

Pero, además, cambié y mucho la exposición de algunos temas para poder mostrar en definitiva que el proceso —en cuanto método— *es y debe ser sistémico*.

De ahí que este libro aparezca con el título de *Sistema procesal* y que, en rigor de verdad, es *otro libro* aunque se repitan en éste muchos conceptos vertidos en las Lecciones ya conocidas desde antes. Máxime cuando a éste le he añadido alrededor de doscientas páginas de notas, la mayoría de ellas de sociología judicial.

Algo más: como se verá en el texto, en los últimos años ha surgido un movimiento filosófico —en rigor, ideológico— que se contrapone con el denominado *solidarismo procesal*, generador de un *decisionismo judicial* que ha logrado el desorden que he criticado líneas atrás.

A partir del subtítulo que acompaña la obra *Derecho y razón* de LUIGI FERRAJOLI, ese movimiento que se acrecienta cada día más ha dado en autodenominarse *garantismo procesal*.

A partir de las ideas que lo sustentan, no se procura hacer una normación más permisiva con el delincuente ni poner puertas giratorias en las cárceles y comisarías, como cree cuasi generalizadamente el periodismo amarillo y la gente no advertida.

Se trata, en cambio y simplemente, de mantener un irrestricto acatamiento a las normas constitucionales cuando las contenidas en la ley —de clara

jerarquía menor– toman caminos divergentes de ellas, que parten de un valor implícito reconocido hoy como el más importante en diversas constituciones del continente: el de la *libertad*.

Y como este libro contiene ideas claramente enroladas en ese movimiento, es que decidí completar su título: *Sistema procesal* con el aditamento de la palabra *libertad*.

Dado que, como se verá detenidamente en esta obra, la Constitución nacional es de esencial raíz *libertaria*, creo que en el concepto de *proceso* se subsumen todas las garantías en ella aseguradas para hacer valer todos los derechos prometidos.

De ahí el nombre final de este libro: *Sistema Procesal: garantía de la Libertad*.

Si bien se piensa el tema y se extraen conclusiones acertadas a partir de su lectura, procuro que los sustantivistas dejen de pregonar la adjetividad, accesoriedad, pobreza y falta de importancia jurídica del derecho procesal cuando es sabido que “por regular un puro método” es la única rama del derecho que admite cabal y certeramente la calificación de *científica*.

Sin perjuicio de ello, recuerdo que más de las dos terceras partes de los pleitos radicados en los tribunales del país se ganan y se pierden por razones puramente procesales.

Y no es que el proceso sea la *tumba del derecho*.

Por lo contrario, es el método que permite reponer el orden jurídico cuando ha sido violado o desconocido por los particulares o por el propio Estado. Y esto no es poca cosa.

De ahí que su cabal comprensión exige conocimiento claro del desarrollo de ese método, de sus fases y posibles secuencias, etcétera. A consecuencia de ello, presento ahora lo que aspiro sea una *explicación sistémica de ese método que es el proceso*.

Como se colige de lo expuesto hasta aquí, el *Sistema...* se convirtió de hecho en una segunda edición, actualizada y muy cambiada, del texto contenido en los tomos de mi *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*.

Y para que la nueva obra pueda ser utilizada con adecuado provecho y mejor sentido docente, por sugerencia de varios discípulos que, a la postre, posibilitaron la aparición del libro que ahora prologo, le quité muchas páginas y casi todas las notas de contenido sociológico que había agregado

en el *Sistema...* y logré que varios egresados de mi Carrera de Maestría adecuaran su contenido a las normativas locales de sus respectivos países para ser publicadas con el nombre de *Lecciones de Derecho Procesal Civil*.

Hasta hoy y en la Argentina, gracias al esfuerzo de mis discípulos en la Maestría, he editado tales *Lecciones...* adecuadas a la legislación procesal de las Provincias de Santa Fe (por ANDREA A. MEROI), Buenos Aires y Capital Federal (por GUSTAVO CALVINHO), Neuquén (por JORGE PASCUARELLI), Río Negro (por RICARDO FERNANDO GALLEGOS), Santiago del Estero (por FERNANDO DRUBE y VÍCTOR ROTONDO), Córdoba (por MANUEL GONZÁLEZ CASTRO), Catamarca (por RAMÓN PORFIRIO ACUÑA) y Salta (por JUAN CASABELLA DÁVALOS). Además, en Chile (por HUGO BOTTO OAKLEY), Costa Rica (por CARLOS PICADO VARGAS), Paraguay (por SEBASTIÁN IRÚN CROSKEY) y Uruguay (por GABRIEL VALENTÍN).

Se presenta así una obra que creo novedosa: en lugar de explicar la norma a partir de su propio texto, cual ocurre habitualmente, se desarrolla sistémicamente cada tema y se lo anota de acuerdo con la legislación local en tipo de letra de cuerpo menor y con párrafos que lucen con mayor margen, en los cuales el adaptador hace constar si ello se aplica o no en la respectiva legislación y da opinión acerca de las bondades o no de su inclusión. Finalmente, cuando se hace una simple mención de la normativa vigente, se coloca el número del respectivo artículo local entre paréntesis.

Aspiro a que todo esto sea útil al abogado, viejo o joven, que desee comprender los por qué y los para qué de cada institución vinculada a la idea de *proceso*, concebido como método sistémico y pacífico de discusión dialogal y argumentativa, realizado por desiguales actuando en libertad y con igualdad jurídica asegurada por la imparcialidad del juzgador.

Me gustará conocer la opinión del lector acerca de ello. Para eso consigno mi dirección electrónica al pie de este *Prólogo*.

ADOLFO ALVARADO VELLOSO

aav@alvarado-abogados.com

aav@academiadederecho.com