OMAR A. BENABENTOS

TEORÍA GENERAL UNITARIA DEL DERECHO PROCESAL

editorial Juris

AGRADECIMIENTOS

Al culminar mi tesis sobre la *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal,* es mi sentido deseo formular los siguientes agradecimientos.

En primer término, a mi director de tesis: el Dr. Osvaldo Gozaíni. Su palabra autorizada, su aliento y sus atinadas reflexiones tienen mucho que ver con la finalización de la misma. Va para el catedrático y, más aún, para el amigo, mi sentido agradecimiento.

En segundo término, debo agradecer a quien despertara mi inquietud y amor por el Derecho Procesal: Adolfo Alvarado Velloso. Este humilde esfuerzo que le tributo es una pequeña devolución de los tantos que él asumiera con mi persona. Simplemente, sin su titánica labor de llevar adelante la Dirección de la Maestría de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, no estaría escribiendo estas líneas.

En tercer lugar, agradezco a la intelectualidad y el afecto de Briseño Sierra sus esclarecidas ideas sobre la ciencia del proceso. Sin ellas no hubiera podido siquiera esbozar la teoría que él, desde su profundidad dogmática, me ayudó a construir.

En cuarto término, para todos y cada uno de los docentes de la Maestría de Derecho Procesal que durante los años 1998 y 1999 enriquecieron mi espíritu con sus enseñanzas.

En quinto lugar, para todos aquellos que me ayudaron, directa e indirectamente a terminar mi labor. En forma directa a mi leal colaboradora Gabriela Álvarez y también a las Dras. Valeria Piazza y Jorgelina Rizzi. En for-

ma indirecta a quienes con generosidad y desinterés cubrieron muchas horas de mis esfuerzos intelectuales reemplazándome en mi faena de abogado. Toda la gente de mi estudio jurídico aportó mucho para que terminara mi trabajo, pero en especial le rindo tributo a mis dos socios, los Dres. Julio y Germán Gaetán, que redoblaron sus esfuerzos para permitir el mío.

Por último, a mi familia: a Graciela y Joaquín, que también apoyaron –sin reproches y con aliento– mi faena, aunque ello significara resignar muchas horas de ausencia física y de afectos.

Omar Abel Benabentos

INTRODUCCIÓN

1. La influencia científica del pensamiento de Adolfo Alvarado Velloso. 1.2. Mis conclusiones en este tramo. 2. La doctrina procesal de Humberto Briseño Sierra. 3. Síntesis de la influencia de las ideas de Alvarado Velloso y Briseño Sierra. 4. De lo ajeno y de lo propio. 5. Buscando salidas al estancamiento doctrinario. 5.1. La lentitud en la elaboración de mis propuestas. 5.2. Explicación sobre el silencio mantenido. 6. El optimismo fundado del presente. 7. La teoría general unitaria como culminación y tesis de la maestría de derecho procesal. 8. Final del capítulo introductorio.

INTRODUCCIÓN

1. *La influencia científica del pensamiento de Adolfo Alvarado Velloso*

Un acto de sinceridad personal e intelectual me impone formular una aclaración preliminar: el pensamiento jurídico de Adolfo Alvarado Velloso ha constituido para mí una fuente de conocimientos de tal importancia que necesito remarcarlo desde el comienzo mismo de la presentación de esta tesis. Muchas de mis ideas se encuentran fuertemente influenciadas por sus opiniones. Es más: de no haber tenido la fortuna de recibir sus esclarecedoras enseñanzas el desafío doctrinario encaminado a la construcción de una *"teoría general unitaria del derecho procesal"* no hubiera podido concretarse.

Por tanto, asumo–con orgullo y plenamente– la condición de *discípulo* de mi maestro (aspirando, a la par, que él mismo me reconozca en tal carácter). En definitiva, el dato trascendente que me propongo resaltar es que el interés que despertara en mí el estudio del derecho procesal está indisolublemente unido a la persona de Adolfo Alvarado Velloso. La simple cronología de los hechos que seguidamente expondré así lo confirmará. En los años setenta cursaba como alumno la carrera de abogacía en la Facultad Estatal de Derecho de Rosario, Santa Fe, República Argentina. En el tercer año, el plan de estudio me llevó a ingresar en el curso regular de la materia Derecho Procesal Civil. Contemporáneamente, se produjo una feliz

coincidencia: Alvarado Velloso estrenó su titularidad en esa cátedra. Tuve entonces la fortuna de contarlo como mi profesor de grado.

Pues bien, fruto de ese primer contacto estudiantil y ante sus enseñanzas se instaló en mí (casi emotivamente) la curiosidad por profundizar mis conocimientos sobre el derecho procesal, sobrepasando las exigencias "formales" para aprobar la materia.

Ya recibido de abogado nunca decreció ese interés inicial por el estudio del derecho procesal. En el año 1983 fui convocado por Alvarado Velloso para unirme como docente de la Cátedra. Acepté de inmediato su generosa sugerencia, incorporándome a la misma como jefe de trabajos prácticos. A partir de esa fecha abracé con cariño e ininterrumpidamente la carrera docente.[1]

Ahora bien, cuando recién comenzaba a dar mis primeros pasos en el ámbito académico, en mi afán de capacitarme (para asumir con la mayor dignidad posible la labor docente), tomé la decisión de asistir como oyente –durante más de un lustro– al dictado de las clases que Alvarado Velloso impartía a sus alumnos en la Facultad de Derecho de Rosario. Hoy, mirado a la distancia, esa "auto-exigencia" que me impuse no pudo ser más acertada. Obtuve de ella varios réditos directos:

a) En primer lugar, me posibilitó que conociera –profundamente y de primera mano– el pensamiento procesal de mi maestro.

b) En segundo lugar, la asistencia a las aulas me convirtió en un testigo presencial y privilegiado del *cambio*

[1] El tránsito recorrido en la enseñanza universitaria, desde aquel pasado lejano hasta el presente, así lo testimonia. En ese largo derrotero asumí, en primer término, la jefatura de trabajos prácticos, luego la condición de profesor adjunto, cargo que ostenté desde el año 1985 hasta el mes de abril del año 2000. Por último, el Consejo Directivo de la Facultad me honró con la designación de profesor asociado de la cátedra que sigue a cargo de mi maestro Alvarado Velloso.

doctrinario que se produjo en las ideas de Alvarado Velloso a partir de la toma de conocimiento del *pensamiento científico* del maestro mexicano Humberto Briseño Sierra. En efecto: Alvarado Velloso ha sido el primer jurista en la Argentina que estudió y difundió las novedosas construcciones doctrinarias de Briseño Sierra.

La teoría general del proceso del maestro mexicano ha marcado una impronta distinta, en rigor de verdad, *una revolución en la ciencia procesal*. Y tengo para mí que sin la *difusión* a la que hice mención quizás su obra no hubiera cobrado el conocimiento que registra en nuestro medio. Por ejemplo, los alumnos de la Cátedra[2] manejan la teoría de la acción, el proceso y la jurisdicción desde la *perspectiva briseñana*. Sobre las fecundas ideas de Briseño Sierra volveré, en particular, a lo largo de esta tesis.

Va de suyo que la extensa labor docente y doctrinal de Alvarado Velloso no se ha limitado a una simple tarea de *propagación* de las ideas briseñanas. A esas brillantes concepciones científicas le sumó la construcción de una teoría general del proceso con signo propio y también *inédito*[3]. Los ejes directrices de esta teoría ha potenciado un formidable *movimiento de cambio* en el pensamiento procesal argentino y latinoamericano de los últimos años. En efecto: Alvarado Velloso es el impulsor de la impactante tesis del *"garantismo" procesal* aplicada en *el ámbito del proceso civil*. La idea de un derecho procesal civil "garantista" fue *tomada* por Alvarado de las *corrientes más progresistas del derecho procesal penal*. Pero el principal mérito de su propuesta consiste en postular *su irrestricta aplicación al proceso civil*.

[2] Me refiero a la Cátedra de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, bajo la titularidad de Adolfo Alvarado Velloso. También esas ideas se difunden en la Cátedra de la misma facultad a cargo del Dr. Adrio Giovannoni.

[3] Cito, por caso, el desarrollo de su teoría general del proceso contenida en sus libros *Introducción al Estudio del Derecho Procesal* (primera y segunda parte), Santa Fe, República Argentina, (1989 y 2000), edit. Rubinzal Culzoni.

El núcleo de su planteo prohíja un proceso *"conforme constitución"* (modelo que parece hasta *obvio* y, sin embargo, ha sido continuamente bastardeado en las últimas décadas bajo la prédica de un derecho procesal autoritario).

El hecho irrefutable es que la irrupción de un derecho procesal civil *de "garantías"* ha provocado un *giro copernicano* en la misión que se asignaba (desde el *autoritarismo)* al proceso judicial, como así también al papel que "debía" desempeñar el poder jurisdiccional. En efecto, el garantismo procesal es una tesis que se opone a amplias corrientes del pensamiento doctrinario que pugnan por un proceso civil de *corte autoritario*, fuertemente *publicista*, en el que se entiende que el juez tiene el *deber* o la misión *casi "mística"* de esclarecer en los litigios la *"verdad jurídica objetiva"*. Y para obtener esa inasible meta (magüer la *"verdad fragmentada"* que es la *única* que puede obtenerse en un proceso judicial) las corrientes inquisitivas le asignan a los juzgadores importantes (en rigor *ominosas*) facultades *oficiosas* de *investigación* y *prueba*.

En definitiva, la "verdad absoluta", la justicia "pantónama" y las pruebas de "oficio", generan un peligroso *"cocktail"* donde se mezclan el *autoritarismo*, *el publicismo desmedido*, el *inquisitivismo* y el *decisionismo judicial*. Contra de esta penosa y peligrosa realidad (medida en pérdida de garantías constitucionales-procesales para los justiciables) alza sus banderas el garantismo procesal.

Sobre este tema volveré en detalle en los capítulos segundo y tercero de esta obra. Aquí me limito a dejar planteado la importancia que tiene para la teoría unitaria del derecho procesal la visión epistemológica y filosófica de un derecho procesal "garantista" y, por consiguiente, el alejamiento de toda línea *autoritaria*.

Es más, si no se derriba la barrera del *autoritarismo* en el proceso civil no existe posibilidad de concretar una teoría unitaria. Sencillamente, si la base ideológica no se asienta en conceptos comunes (garantistas) el proyecto

está condenado al fracaso. De allí la insistencia con la que atacaré en los siguientes capítulos al modelo *"autoritario-inquisitivo-publicista-decisionista"*. Este dato también explica por que he elegido rebatir *primero* la visión *ideológica* antes que los errores *dogmáticos* (ya que la ideología que refuto conspira fuertemente contra la unidad en la teoría general del proceso). Esta tarea de crítica será realizada, fundamentalmente, en los capítulos primero a tercero de esta obra.

Es que una primera selección de la importancia de los factores que llevaron a la desunión en la teoría general del proceso (y que también campea en el plano dogmático) me persuade que, siendo ambos flancos atacables, debo –primero–derribar el factor ideológico. Después, será más sencillo arribar a las "conciliaciones" doctrinarias.

1.2. Mis conclusiones en este tramo

La postulación de un derecho procesal civil "garantista", apoyado sobre un sistema de procesamiento *netamente dispositivo* –en lugar de los híbridos ideológicos (inquistivos-dispositivos) que siembran gruesas antinomias en la dogmática y la normativa procesal– ha sido instalado, como se dijo, por Alvarado Velloso en el ámbito del proceso civil Latinoamericano.

Y esa idea pretende ser fortalecida por quienes nos sentimos sus seguidores. Esa es una de las *motivaciones centrales* que alimenta este trabajo. En definitiva, se busca *hermanar* al proceso civil "dispositivo" con el proceso penal de signo "acusatorio". Tengo para mí que sólo bajo una visión garantista–que ajuste "la sintonía" de los procesos civiles y penales de la región con el sistema constitucional liberal y democrático que hoy rige en toda América latina– se tendrá la chance de alcanzar este logro.

La importancia asignada al garantismo procesal como sostén iusfilosófico de la teoría unitaria del derecho pro-

cesal merecerá también una puntillosa explicación en los capítulos siguientes. Pero subrayo desde ya que *el binomio* "garantismo y unidad de la ciencia del proceso" implica, por lo que llevo dicho, una propuesta dogmática y iusfilosófica *inescindible*.

2. *La doctrina procesal de Humberto Briseño Sierra*

Ya remarqué la influencia decisiva que ha ejercido en mi labor intelectual el pensamiento procesal de Alvarado Velloso. Pero es también mi deseo destacar en esta introducción el peso de las ideas del maestro Briseño Sierra sobre mi formación jurídica, remarcando, especialmente, la *trascendencia* que ellas registran para la construcción de una teoría unitaria del derecho procesal. En efecto: las ideas de Briseño Sierra abrieron la primera puerta hacia la *unidad* en la ciencia del proceso al presentar una concepción "unitaria" de la acción, el proceso y la jurisdicción.

Los tres institutos son desarrollados por el maestro mexicano bajo esa premisa *comunitaria*. La evolución doctrinal realizada en torno de la acción, el proceso y la jurisdicción registra una sólida *identidad* conceptual, (que no se ve afectada por la naturaleza del conflicto civil, laboral, comercial, administrativo, penal que se deba atender). Briseño precisa, por ejemplo, que el rasgo distintivo de la acción procesal proviene del carácter *dinámico* de la norma que la regula.

La acción –en la concepción briseñana– es una instancia *"proyectiva necesariamente bilateral"*.

Esta *proyectividad* "... es de naturaleza lógica por qué ¿Cómo, si no, puede haber un debatir entre partes y ante el imparcial? Se establece *la triangulación* o *no hay debate*, y si éste *falta* tampoco podrá haber *resolución*..."[4] .

[4] Briseño Sierra, Humberto, *Compendio de derecho procesal*, ciudad de México, México, 1989, edit. Humanitas, p. 182.

Se advierte que esta definición es *"unitaria"*, en el sentido que no presenta diferencias aunque la pretensión, anidada en la acción procesal, fuera *de distinta naturaleza jurídica*.

A su vez, se explica al *proceso* como "una *serie consecuencial de instancias proyectivas*"[5]. También queda de resalto que esta descripción, que dibuja con toda *simpleza* la estructura del método de debate, no *varía* por el tipo de litigio que deba procesarse. Nuevamente aparece aquí una idea conceptual *unitaria*.

Por último, Briseño concibe a la *función jurisdiccional* como una actividad que comprende: a) una *necesaria* conexión de instancias[6], (y yo agrego tres tareas *contingentes*, en el sentido que no están siempre presente en todos los litigios) la de heterocomposición, cautela o ejecución de lo decidido.

Una vez más, la *unidad* del último elemento de la "trilogía estructural del derecho procesal" se manifiesta claramente.

Una disgresión final antes de cerrar este tramo: la *terminología* que emplea Briseño Sierra para tipificar a la acción, el proceso y la jurisdicción (por ejemplo, "instancia proyectiva necesariamente bilateral"; "serie consecuencial de instancias proyectivas" y "conexión de instancias") podría generar en el lector "no iniciado" en su *semántica* una cierta perplejidad.

Sin embargo, como luego se verá, la coherencia del sistema procesal de Briseño se apoya, en gran medida, también en *el* hallazgo y utilización de términos que describen los fenómenos procesales con mucha mayor *precisión* que las expresiones *"clásicas"* usadas por buena parte de la doctrina para adjetivarlos.

[5] Briseño Sierra, Humberto, ob. cit., p. 244.
[6] Briseño Sierra, Humberto, ob. cit., p. 196 y sig.

En definitiva, lo realmente trascendente en el pensamiento de Briseño Sierra, (valorado desde una perspectiva unitaria del derecho procesal) es haber logrado –como ningún otro procesalista contemporáneo– desentrañar *"el qué"* (es decir la *"naturaleza"*) de la acción, el proceso y la jurisdicción".

Para lograr esa importante meta epistemológica abordó a los tres fenómenos jurídicos desde una *triple* óptica de análisis (como lo quería su maestro, Alcalá Zamora y Castillo). En este sentido, Briseño analiza la trilogía estructural del proceso preguntándose sobre el "qué" (su naturaleza); el "por qué" (su causa) y el "para qué" (su finalidad). Y estas preguntas encuentran respuestas "multifocales" que logran explicar acabadamente a la acción, al proceso y a la jurisdicción desde diferentes planos. Así, su construcción científica gana *en* "volumen" y cobra plena validez para *todas* las *ramas* del derecho procesal. De allí la *importancia* que asume para la teoría general unitaria del proceso el desarrollo de sus ideas que serán motivo, como se dijo, de un análisis más profundo en el curso de la obra.

3. Síntesis de la influencia de las ideas de Alvarado Velloso y Briseño Sierra

A modo de síntesis, de Alvarado Velloso y Briseño Sierra recibí un armamento intelectual formidable. Me regalaron, como dije, las nociones esclarecidas del derecho de acción, del proceso y la jurisdicción elaboradas bajo una óptica unitaria. Filosóficamente, además, mi labor quedo *facilitada* al empaparse con la esencia de la tesis *garantista* (aplicada, fundamentalmente, al proceso civil, donde la idea presenta mayores resistencias).

Luego, apoyado en estos sólidos soportes me resultó más sencillo intentar la formulación de una *"teoría general unitaria del derecho procesal"*. En otras palabras: al abordar la tarea *unificadora* del derecho procesal me encon-

tré con un terreno ya abonado por esas dos líneas rectoras de pensamiento. En todo caso restaba completar una modesta faena de *engarce* de los distintos eslabones que ya reposaban sobre esos sólidos cimientos.

4. De lo ajeno y de lo propio

La tesis doctrinal que presento bajo el rótulo de *teoría general unitaria del derecho procesal* –como generalmente acontece con toda construcción científica–no ha surgido en forma espontánea ni contiene postulados *originarios*. Tampoco debe verse como el producto de un rapto de inspiración personal. Antes bien: evidencia una lenta decantación de ideas ajenas trabajadas evolutivamente, como ya se vio más arriba.

Queda claro, entonces, que, las directrices teóricas que me sirvieron de sostén para mis propias elaboraciones, ya fueron abordadas por procesalistas y iusfilósofos de una dimensión intelectual mucho más elevada de la quién esto escribe. Por tanto, en esta labor de investigación, insisto, hay mucho más aporte de *terceros* que producción *propia* que pueda aportar.

Sin embargo, caería en un pecado de falsa modestia, si también le reconociera a la dogmática procesal haber elaborado (por lo menos *totalmente*) una teoría general *unitaria* del derecho procesal. No temo equivocarme al afirmar que esa faena científica no fue consumada. En el estricto capítulo de la "unidad procesal" no puedo otorgar a la doctrina méritos por una labor que no llegó ha concretarse en forma plena.

Desde este punto de vista la presentación "en sociedad" de la teoría general unitaria del derecho procesal conllevaría –permítaseme la arrogancia–, una cierta dosis de *originalidad científica*. De todas formas, lo importante no es atribuirse estos méritos personales. La labor intelectual no consiste en un certamen competitivo que

tenga como meta "ganar" y, menos aún, pretender *derrotar* a quienes piensan *de un modo distinto* (sino, en todo caso, persuadirlos de la bondad del mensaje). Lo trascendente será sumar ideas para lograr, de una buena vez, la ansiada *unidad en* la ciencia del proceso que, hasta hoy, ha sido tan *esquiva* de alcanzar.

En definitiva, hoy me encuentro persuadido, luego de recorrer un largo tránsito personal de "ensayos y errores", que están dadas las condiciones *científicas*, como así también el entorno *iusfilosófico*, que permitirán *concretar* la formulación de una teoría general *unitaria* del derecho procesal.

5. Buscando salidas al estancamiento doctrinario

Un planteo muy esquemático del plan de trabajo seguido evidencia que los tres primeros capítulos están dedicados a rebatir el planteo ideológico autoritario, tarea que se impone por cuanto, insisto, el "autoritarismo" ha tenido mucho que ver en la visión fragmentada de la teoría general del proceso. A partir del capítulo cuarto hasta el capítulo octavo el ataque se centrará en la dispersión dogmática que también trajo desunión a la teoría general del proceso. En el capítulo noveno se formularan las conclusiones respectivas. En otros términos si la ideología "autoritaria" y la dogmática "separatista" han sido las responsables de la inexistencia de una teoría general unitaria del derecho procesal, queda claro que en mi tesis debo trabajar y rebatir ideas en ambos frentes.

Pero en este tramo, aprovechando su carácter introductorio, deseo volver la vista hacia atrás y efectuar ciertas referencias –que contienen algunos datos de tinte personal– (y desde ya solicito se me dispense por ello) pero que entiendo son pertinentes para que el lector se imponga sobre los serios avatares intelectuales que he "padeci-