

ADOLFO ALVARADO VELLOSO

**EL DEBIDO PROCESO
DE LA
GARANTÍA CONSTITUCIONAL**

Para Susana Piriz.
Por todo. Y, particularmente, por su paciencia.

Y para mis amigos
Franco Cipriani (Bari, Italia) y
Juan Montero Aroca (Valencia, España),
por el valioso, enorme y valeroso empeño
dedicado durante largo tiempo
a descubrir la verdad de la Verdad.

A.A.V.

Un enunciado es correcto sólo si, dentro de un sistema lógico, está deducido de acuerdo con las reglas lógicas generalizadamente aceptadas para su formulación. Un sistema tiene contenido de verdad según sea la certeza y la completividad de sus posibilidades de coordinación respecto de la totalidad de la experiencia que se realiza. Un enunciado correcto sólo es verdadero si se adecua con el contenido de verdad del sistema al cual pertenece.

Albert Einstein

P R E S E N T A C I Ó N

Este libro ha sido escrito a partir del texto de las *Lecciones* que publiqué en mi *Introducción al Estudio del Derecho Procesal* (ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, años 1989 y 1998) y que, totalmente reelaboradas y conteniendo numerosas notas relativas a opiniones marginales y a temas puntuales de sociología judicial, llegarán al lector próximamente con el nombre de *Sistema Procesal de la Libertad*.

Desarrollaré allí la exposición de los aspectos sistémicos que debe presentar la asignatura en orden a guardar irrestricto respeto al texto de las garantías constitucionales y, muy especialmente, a la del *debido proceso*.

De tal modo debe quedar en claro que este libro es, básicamente, el adelanto de otro.

Sin embargo, algo hay de diferente en sus contenidos, lo que por sí sólo justifica la aparición de éste.

Tal como luego referiré puntualmente, en los últimos años se ha producido una profunda grieta en el orden jurisprudencial que, ahora, muestra innumerables decisiones que se presentan como notable, grave y preocupantemente asistémicas.

Ello se debe a varias circunstancias: en primer término, a la adopción por el legislador argentino de instituciones extrañas al tradicional orden jurídico nacional y a su dogmática jurídica, ardua e inexplicablemente defendidas por muchos importantes autores del país (léase, por ejemplo, *certiorari*, desvirtuado además en nuestro Derecho).

En segundo lugar, a la asunción —por parte de importante número de jueces— de tareas que exceden largamente su competencia funcional y que, a raíz de ello, se ha tornado ingobernable el país, como se verá minuciosamente en el texto (léase, por ejemplo, la constante incursión en *asuntos no justiciables*).

Por último, el recurrente apartamiento del texto expreso de la ley por parte de otro importante número de jueces que, aplicando doctrinas que rozan la franca ilegitimidad, ha logrado que sea imprevisible todo y cualquier resultado de los litigios judiciales (léase, por ejemplo, *cargas dinámicas probatorias y medidas autosatisfactivas*).

Todo ello preocupa gravemente al abogado que pretende ser serio al brindar el consejo que le pide su cliente y en la defensa de sus derechos.

De ahí, entonces, este adelanto con algunos contenidos propios relativos a los temas puntuales que luego explicaré detalladamente.

Pero se impone alguna aclaración más, que también incluiré en el *Sistema...* de próxima aparición.

En los últimos años he cambiado grandemente mi manera de pensar. En rigor, lo hasta entonces pensado.

Y es que durante casi toda mi vida 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 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, 1982) y que tuvo el único mérito de ser el primero en encarar ese tema en el país (todavía hoy alguien me lo 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 esencia, sirve sólo para marcar el origen del poder) sin advertir que lo importante es la idea moderna de *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 toda sociedad bien ordenada, el derecho debe prevalecer sobre lo que se considera el *bien común*.

Glosando el tema en su columna editorial, talentoso periodista argentino 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 *impredicible*: 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 destruyen 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 olocracia.

Esto es ya antigua costumbre en la Argentina, donde desde siempre se practica el autoritarismo, el desprecio al otro, el facilismo, la igualación 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 seiscientos años en estas tierras sin que la 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 decididamente 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 medida, 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 vez más incomprensible justicia particular... que, además, es un concepto diferente para cada uno de los miles de jueces que actúan contemporáneamente!

Lo que acaba de pasar 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* defienden con entusiasmo la violación del sistema de legitimidad impuesto por la Constitución —es más: a veces la prohíjan— 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 más se impone. No es que 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 y 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*...

Buscando un proceso que se enmarque 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 contra 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.

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...

Como se comprenderá luego de su lectura, este libro es un sentido esfuerzo de autocrítica. Y debe ser ése su mérito, si es que lo tiene.

Si ello sirve para que algún lector encuentre nuevos caminos a recorrer en procura de un irrestricto y final cumplimiento de la *Ley* y de la *ley*, me sentiré plenamente conforme con ese esfuerzo.

Para que el lector pueda lograrlo, es menester que explique lo más detenidamente posible en qué consiste un verdadero proceso que, como tal, no se presenta en nuestros regímenes actuales.

A eso tiende la primera parte de este libro.

ADOLFO ALVARADO VELLOSO

aav@alvarado-abogados.com
aav@academiadederecho.com
aav@garantismo-procesal.com.ar

INDICE

Presentación	2
1. La causa y la razón del proceso	7
2. Aproximación a la idea de proceso	15
3. Los sistemas procesales	21
4. La confirmación procesal	76
5. El decisionismo judicial	94
6. Ahora sí: que es el proceso	106
7. Los principios y las reglas técnicas procesales	113
8. Qué es el debido proceso	133
9. Qué es el garantismo procesal	136
Índice	140