

EL GARANTISMO PROCESAL*

Adolfo Alvarado Velloso
Universidad Nacional de Rosario

Me dijeron que estamos hablando de Garantismo Procesal y que no todo el mundo sabe qué es eso de Garantismo Procesal. Les pido que tengan la piedad de excusarme porque no tengo otra forma de hablar sino a través de un discurso por todos conocido que a demás es repetitivo, reiterativo en sus conceptos. En rigor de verdad de que Granillo Fernández dijo recién: que garantismo es cumplir la Constitución y que podíamos cumplir la Constitución, si no la había escrita procedimental, está todo dicho. Pero yo voy a argumentar algo más para lo cual tengo necesariamente que repetir ideas ante ustedes; les pido que me concedan el beneficio de tener piedad. Quiero también explicarles que voy a querer tomar algunas cosas de este precisísimo panel que acaba de terminar se dijeron, porque me parecen de un gran valor para dedicarme a ellas.

Explicarles esto de cómo hemos llegado a esta etapa del garantismo procesal, les quiero contar que la Argentina, América Latina, en los últimos 450 años no ha tenido un proceso que le informe las regla que la idea de la lógica aconsejan que funcionen como proceso. No funcionó así porque Roma y Grecia, lo dijo hace un momento Granillo Fernández, marcaron un estilo procesal serio, como tiene que mandar la recta razón, dos discutiendo ante un tercero. Un acusador y un acusado; un pretendiente y un pretendido; un actor y un demandado; y un tercero que por ser tal, no puede ser ni el primero, ni el segundo. El tercero que, siendo juez hace su profesión y más un medio de vida su calidad de tercero no puede ser ni uno ni otro. Ello llevo algún día a sostener que la primera calidad del juzgador es su imparcialidad, no es parte del proceso porque, si lo es, es acusador o acusado. Es demandante o demandado.

Pero además de ser imparcial ese juez para ser tal, esencialmente tal debe tener una segunda calidad más; la imparcialidad es decir: no tener interés,

* Conferencia pronunciada en el I Congreso nacional de Derecho Procesal Garantista, Azul, 4 y 5 de Noviembre de 1999.

inmediato, ni mediato en el resultado del litigio. Imparcialidad e imparcialidad son dos supuestos que no pueden funcionar sin un tercero que, es la independencia del juzgador respecto de las partes en litigio; es decir: que el juzgador no este en una situación de obediencia debida con respecto al acusador y al acusado porque en ese caso pasa a ser acusador o acusado. Entonces imparcialidad, imparcialidad e independencia, tres calidades que yo de aquí en más voy a emplear con una sola palabra "Imparcialidad".

Yo les voy a explicar cómo hemos llegado a esto del garantismo, esta figura de tres sujetos actuando contemporánea y conjuntamente en orden a conseguir un resultado.

Y en pretendí que no es pretendido, y aquel ante se resiste la pretensión, no fue entendido como método de enjuiciamiento por lo que se llamó "la inquisición española" que no es lo mismo que el Tribunal de la Santa Inquisición o el método inquisitivo que se inventa a partir de 1215 en el Concilio de Verona. En ese entonces había un montón de herejías que se sucedían en loca cadena y el Papa de turno mandó a pesquisidores que fueran a los pueblos a buscar quién se había retirado, alejado de la Iglesia Católica, para atraerlas a su seno mediante el procedimiento de La Confesión, religiosa. La que se hace entre dos quien confiesa y quien recibe la confesión que será quien terminará dando la absolución o la condena por el pecado que se trate.

Ese método de confesión legítimo dentro del terreno de la iglesia, dentro del terreno de lo religioso y de lo espiritual, pasó a ser un método de enjuiciamiento donde quién está exigiendo la confesión, es el que termina siendo juzgado; juzgando el juzgador pero ya no respecto de un pecado sino respecto de un bien de la comunidad; puede ser delictivo o meramente civil y ese método de enjuiciamiento rigió desde 1215 y pasó a la República Argentina donde rigió hasta 1867 fecha en la cual se levantó definitivamente el sistema inquisitivo vigente acá. El Código Civil argentino estuvo hecho bajo el régimen de la inquisición y todas las leyes procedimentales españolas, francesas, italianas y alemanas de la época; todas se hicieron mirando ese régimen de juzgamiento. En el año de 1492 llega el descubrimiento de América, que además nos contaron que la Reina se sacaba los collares para que Colón viniera a estas tierras, la verdad es que tenían una deuda muy grande con la banca judía y decidieron no pagarle y para no pagarla inventó el delito de judaísmo y comenzó con el método inquisitorial de la Santa Iglesia Católica, con la Santa Inquisición a convertir lo que se llama la inquisición española donde el fin justifica los medios y todo pasa por la tortura.

Si van a Europa no dejen de ir al museo de la inquisición en Rotemburg donde está la dama de hierro: ese sarcófago con las cuchillas filosas, que le meten al reo 60 cuchillas de adelante y detrás al mismo tiempo; es una cosa horrorosa, que pone los pelos de punta es algo inadmisibles. Que los secuaces de Hitler eran nenes de teta al lado de los inquisidores españoles. Pero ese método perverso, espantoso, justificando la meta por sobre el método, fue tomado por las leyes procesales, ese es el famoso principio del sistema inquisitivo que nos rige y que sigue rigiendo hasta hoy en un montón de lugares en América Latina, donde por obvias razones no existe el proceso constitucional que heredamos del reino sajón. Cuando en 1853 nos damos la primera Constitución Nacional esa Constitución está copiando el modelo de los Estados Unidos, largada al amparo de las ideas de la Revolución Francesa, que además venían trayendo en cuanto a proceso se refiere simplemente al que habían inventado en 1215 la Carta Magna con la firma de Juan sin tierra. El justice process of law, como dice la enmienda 14 de la Constitución norteamericana.

Nadie se dio cuenta en Argentina que ese debido proceso que nos estaba garantizando al Constitución nada tenía que ver con el proceso que nos regulaba la ley procedimental eran cosas distintas; los ingleses, siempre se dieron cuenta de esto porque tuvieron la suerte de que el Rey Enrique VIII fuera un poco picaron con las mujeres, y en el momento en que estaba buceando su divorcio con Ana Bolena la madre de Isabel I, aparecieron los monjes dominicos para entrar con la inquisición en Inglaterra y este Rey sabiendo lo que estaba pasando en Europa continental, cerró las puertas. Y nunca conoció la inquisición, de ahí que los países que tienen el common law, sigan viendo siempre las tres persona aunque no se den cuenta de lo que están diciendo. Ellos en sus juicios dicen: de pie, preside el honorable fulano por el estado de California, el juicio del pueblo de la ciudad de Los Ángeles, representado por el fiscal versus fulano de tal; y pueblo y estado son cosas distintas, sin darse cuenta busca los tres sujetos para volver a esa figura que se requiere de tres patas que actuando contemporáneamente para poder hacer al figura del proceso. Si esto funciona así de verdad los principios que los gobiernan deben ser técnicamente cinco pero prácticamente dos: igualdad de los parciales e imparcialidad del juzgador.

Si el proceso es un método de debate, pacífico, dialéctico para lograr la certeza en las relaciones y lograr el mantenimiento de las relaciones entre los hombres parece razonable que, entre las partes que están en contra exista la igualdad de la ley entre ellas; porque si no hay igualdad la pregunta es ¿para qué el proceso?. Si mantengo la desigualdad de la calle ¿para qué hipocresía llevar esa desigualdad otra vez al proceso? Por tanto

no hay proceso con el Rey inteligente o rico , la igualdad es la base procesal.

La segunda parte, la imparcialidad del juzgador porque si el pleito con alguien va a juzgarlo mi papá ¿para qué el proceso, la hipocresía del proceso? Este proceso funcionó en el mundo durante muchísimos siglos. Funcionó en la antigua Grecia, en la antigua Roma, hasta el día de hoy en los países que no sufrieron la inquisición y medianamente, funcionó hasta la década de los años '30 en nuestro país. Teníamos entonces una justicia que se decía que era indiferente, se decía que era desidiosa , yo no participé de esa justicia nunca la vi funcionar, pero comenzaron a estallar en el mundo ideas corporativistas. Yo no sé si a partir de los propios jueces o partir de políticos que estaban interesados en traer ideas corporativas lo cierto es que se pregonó el hecho de ponerle fin a la indiferencia de los jueces, fin a la desidia al "qué me importismo judicial". Y para eso había que hacer que los jueces estuvieran comprometidos con su tiempo, que los jueces estuvieran comprometidos con las ideas del partido político gobernante, que los jueces salieran a buscar dos banderas que eran y son de la mayor importancia y que eran; la verdad y la justicia.

Y esa es la norma que aparece textualmente en el Art. 17 del código procesal de la URSS que está exigiendo un juez comprometido con su tiempo, comprometido con el pueblo y con las ideas socialistas, a cuya luz y bregando por su eterna vigencia se debe juzgar todo asunto justiciable. Miren como se tocan los extremos, el código nazi de 1937 dice exactamente lo mismo, totalitarismo de izquierda, totalitarismo de derecha. Y esto cuaja en el código procesal italiano de 1940, donde el Ministro que lo lleva al rey a este proyecto hace una relación que pasa a la historia. Donde está mostrando la importancia de generar la figura de un juez director del debate. Entonces nos venden a todos nosotros la idea de que nunca más un juez espectador, no un juez tirano pero sí un juez director. Pero no diciendo con exactitud en qué consiste la dirección del debate, y entonces a ese juez se le da la tarea de buscar la verdad con mayúsculas. ¡Basta! de verdades formales, que el juez salga a buscar la verdad real y eso aparece como deber en todos los códigos de América Latina que el juez salga a buscar y a hacer al justicia, que busque el caso concreto.

Los jueces comprometidos con la verdadera justicia, nos llegan hasta hoy. y no me dirán ustedes que les ha ido bien, se nos está cayendo a pedazos la vida judicial argentina, se nos está cayendo a pedazos el sistema jurídico argentino porque los jueces "son jueces viriles, tienen que salir a hacer justicia", una mezcla rara entre Robin Hood, Sherlock Holmes y (...) sacarles la espada y arremeter contra las injusticias. Y si nos está cayendo a

pedazos el sistema, con la espada, con el sombrero de Robin Hood, con la capa de Sherlock Holmes y con los deseos del buen juez (...).

En los últimos años la juricidad argentina se ha dado cuenta de que esto se termina y no sabemos salir de acá; no se trata de duplicar los juzgados, no se trata de poner computadoras, ni de duplicar las penas. Se trata de que entendamos que el sistema ano va más hacer un buen diagnóstico de lo que nos está pasando y recién decir que remedio le ponemos, porque si el diagnóstico es una simple influenza puede ser una aspirina o paños fríos, pero si tengo una severa infección habrá que poner algún antibiótico importante.

En los últimos diez años venimos hablando de la crisis de la justicia y entre nosotros empezamos a explicárnosla de la siguiente forma: primer estado de la explicación , el mundo está en crisis, está en crisis la juventud, la religión, la universidad, la niñez, la honestidad, ¡todo está en crisis! ¿ por qué no la justicia?. Que es parte del sistema crítico que nosotros operadores del derecho estemos también en crisis con lo cual aceptamos la crisis y no sabemos salir de ella. Esto es una suerte de plaga de Egipto, que debemos sufrir por siete años más hasta que vengan las épocas de las vacas gordas. Este discurso se cambia cuando los medios de comunicación masivos empiezan a hablar de la corrupción judicial, en los últimos años el país se nos cae a pedazos porque la justicia es corrupta. Y claro nos empiezan a tirar nombres, y nos tiran muchos nombres de los cuales el juez Trovato no es el único, tiran, tiran nombres. Y el otro día hemos contado en una conferencia que dio Adolfo Rocha Campos unos cuarenta y tantos nombres en la República Argentina en los últimos dos o tres años; ya sean que estén exonerados o sujetos a juicio por lo que se llama corrupción. Pero me parece a mí que la crisis no pasa por esto, porque la enorme mayoría de los jueces argentinos son gente de bien. No se puede decir "los jueces", no se debe decir "algunos jueces" y ¡qué bueno que hemos sabido detectarlos!; ¡qué malo que los hemos tenido como jueces! Pero que bueno que hemos sabido detectarlos para que a esas manzanas podridas podamos sacarlas. Me parece que la solución no pasa por el diagnóstico de que hay jueces que son corruptos.

Un buen día hace dos años atrás el IPA (instituto programático de la Alianza), hace un importante encuentro académico en la ciudad de Buenos Aires con el patrocinio de tres Universidades: la UBA, Belgrano y La Plata. Buscando sustento académico a lo que la alianza iba a llevar como programa en materia de justicia. Y allí se dijo: que bueno que se analizaran los temas que eran terminales, críticos para la justicia; que bueno que los detectáramos adecuadamente y entonces empezamos a hablar un montón, fueron doce de cada Universidad, treinta y tantas personas detectando

problemas. Había un procesalista de nota argentino que estaba sentado al lado mío que empezó hablando del tema y diciendo: "todo esto que nos está pasando, ocurre porque los códigos permiten la recusación sin causa" . Yo lo miro aterrado con lo que estoy oyendo; que se me cae a pedazos porque los jueces recusan sin causa me parece de una ingenuidad aterradora; Las cosas que siguieron eran primas hermanas, no me detengo porque pertenece al pasado pero quiero mostrarles a ustedes, ¡qué ingenuidad! Que enanismo mental hacer pasar los errores de algunos tipos por estas cosas.

Un día se hizo por el Instituto Panamericano de Derecho Procesal, un Congreso en la ciudad de Tabasco en México para analizar las razones de esta crisis. Entonces fueron sesenta señores de Sudamérica y tiraron un montón de causas: eran normativas, constitucionales, orgánicas, burocráticas, financieras, de todas se podía hacer un libro de todo eso, porque se quería editar lo que uno de los organizadores del sistema dijo: "hay que evitar la justicia colombiana, que es la justicia Kawasaki" que es un señor en moto Kawasaki que va manejando, y un tipo saca una itaca fusilando a la gente. Eso fue detectado pero eso no impidió que en el Perú de hoy haya jueces con capucha, eso no impidió que en Colombia de hoy los delitos de este corte sean juzgados detrás de una cortina. Los implicados no pueden ver a los juzgadores y aso pretexto de que esto es el debido proceso de la Constitución. Seguimos aplicando la justicia Kawasaki en el Perú y en Colombia.

A mí se me ocurrió un día, ver con el modesto hombre de a pie, el ciudadano que camina por la calle; que no tiene más que esas dos piernas para moverse en el mundo del derecho preguntarle: haber ¿qué opina usted por qué se nos está cayendo? E hice un montón de encuestas en las distintas ciudades, tuve la facilidad de tener allí gente sentada, papelito y dígame lo que le parezca. Y encuentro, cuando empezamos a hacer el racconto de lo que se estaba diciendo, una palabra que hasta este momento no había aparecido: la crisis judicial pasa por el autoritarismo de los jueces. Eso me llamó profundamente la atención, porque yo fui juez toda mi vida; yo fui tres años juez de paz letrado, tres de primera instancia, tres camarista de paz y veintiuno fui camarista civil. ¿Qué me están diciendo a mí, que soy copropietario del poder judicial, por usucapión, que los jueces son autoritarios?¿Desde cuándo dije yo esto? A ver explicame por qué son autoritarios los jueces. Y me dieron sus explicaciones. Y me convencieron; me convencí con una frase muy linda de José Ignacio Cafferata Norez "La ley es como el cuchillo, nunca lastima al que lo maneja". Y los jueces manejan la ley desde el mango, nunca los lastima a ellos. Y a los demás, vaya si los lastima. Y ahora que hace diez años que ejerzo la profesión de abogado activísima y cuando quiero recoger el cuchillo lo hago por la hoja,

no sólo me lastima, me hiere profundamente. Entonces me he hecho un converso, a la fuerza, y como converso vengo a contarles a ustedes porque yo veo que esto que se está cayendo a pedazos tiene su origen en el autoritarismo judicial.

Enseño derecho procesal desde hace treinta y cinco años. Después de treinta y cinco años de decir lo mismo, es difícil que uno se sorprenda con alguna cosa. Y yo había metido dentro de mi cabeza la frase "Actos no justiciables". Hay cosas que no son justiciables en el sistema constitucional argentino; lo que pertenece exclusiva y excluyentemente a la competencia de un poder del estado, no puede ser juzgado por el otro. Por ejemplo, las declaraciones de guerra solamente pueden ser hechas por el Congreso Nacional. No podrían ser anuladas por un juez. La fijación del pie de valor de la moneda lo hace el Congreso Nacional, no podría ser fijado por un juez. A quién se le ocurriría semejante disparate. Pero de golpe, entronizándose en Argentina esto que Ariel Álvarez Gardiol llamó el decisionismo judicial; empezamos a judicializar cosas que eran casos no justiciables hasta anteayer. Empezamos a cambiar las reglas del juego después que el juego terminó, inventamos las cargas dinámicas probatorias empezamos a hacer la tutela anticipada, y entonces vulnerando la recta razón inventamos las medidas innovativas, y ahora primas hermanas de ellas estamos en las medidas autosatisfactivas en un avance cada vez mayor del decisionismo judicial sobre la recta razón.

Yo les confieso que hace un año que vengo juntando tapas de los diarios, tengo una carpeta de este alto... ¿saben ustedes que no hay semana donde los jueces no sean tapa de los diarios?. Pero con cosas tan interesantes como estas y les he traído algunas:

Uds. saben que los jueces están para resolver conflictos, los jueces no legislan, no administran, no salen a amparar rehenes como pasó anoche, los jueces no salen a dirigir procedimientos judiciales donde hay cuatrocientos señores tirando con itaca, no conocen nada de armas, no saben de estrategias, no saben nada de eso; los jueces son jueces en su despacho, después que el conflicto terminó, para ver como se declara la certeza, se declara la necesidad de reponer las cosas al estado anterior.

Todo lo que voy a decir tiene como máximo seis meses, un juez ordeno al gobierno porteño que, cierre los mini mercados de estaciones de servicio, no dijo que cerraran la estación del mini mercado de Pedro contra Diego; no dijo: todos los mini mercados de todas las estaciones de servicio de toda la ciudad de Buenos Aires se cierran.

Mayo de 1999 un juez ordenó a (..) que pague la costosa cirugía de un chico sordo, que cuesta treinta y cinco mil pesos y la obra social se negaba a reconocerlo, leyendo el artículo no era afiliado.

La justicia ordenó a suspender las obras de remodelación de la estación fluvial, porque reclama alguien una mejor ubicación para el Museo de las Islas.

La justicia ordenó suspender la adjudicación de los semáforos, sorpresa y disgusto de la Intendencia minutos antes de firmar un contrato. Habían tenido todo un proceso de licitación, estaban por firmarlo, estaban los fotógrafos, La justicia dice: se para. Pero atención cuatro días después un juez dijo, que era ilegítimo y levanto la suspensión y seis días después la suspensión de los radares vuelve a estar vigente.

La justicia ordenó que se implemente el monopasaje, para los que no saben que es esto; en mi ciudad se anda con una tarjetita, que por el costo de la tarjeta hay que venderla de a dos pasajes, no puede ser de a uno porque era excesivo el costo del sistema. Alguien dijo, ¿señores yo voy a comprar dos pasajes y voy a hacer uno solo? Y el juez acogió esto y autosatisfactivamente que se venda de a un solo pasaje, al mismo precio no al doble, al mismo precio.

Frenó la justicia los aumentos en los trenes.

La justicia federal ordenó ayer la suspensión del monotributo para los abogados.

Se suspendieron los radares, los radares vuelven a estar vigentes, vuelven a suspenderse.

La justicia autorizó la red cloacal en Bustinza.

La Razón no se achica, se agranda un juez prohibió autosatisfactivamente que en la Estación Retiro que se regalara La Razón porque esto perjudicaba en siete pesos por noche al canillita que estaba vendiendo diarios en la estación.

Multar una empresa de cable por no reponer una señal ESPN. La empresa en su legítimo derecho dijo: querés ESPN, dos pesos por abonado. No quiero pagártelo. Entonces no te lo compro más, punto. Yo el cable lo tengo porque me interesaba el Básquet, para eso me hice socio de este cable y al sacármelo me han perjudicado en mis derechos subjetivos de mirar televisión. ¿qué hizo un juez? Mire señor puede demandar al cable para que le baje el precio de la prestación, puede pedir montones de cosas, pero lo que no puede hacer un juez es frente al mero pedido de la persona ordenarle al cable que repusiera la señal de ESPN. Pero señor le dijo, vía revocatoria que es la medida suficiente para este sistema, me cuesta 200.000 pesos mensuales que si los reparto entre mis clientes el abono se va \$32,00. No es mi problema, reponga, y si no repone astreintes partiendo de \$1.000 por día.

La medida autosatisfactiva en el orden laboral, el juez se dio cuenta, le creyó a lo que el actor le dijo y entonces sin oírlo al patrón lo condenó a pagarle todo lo que le tenía que pagar.

La nación deberá becar a una rosarina campeona mundial de Taekwondo, un juez resolvió favorable autosatisfactivamente el pedido de los padres de la deportista. Está la foto de la chica acá con la patita para arriba, mostrando la patada que ella daría no sé a donde. La medida beneficiará a Natalie Long de 15 años y deberá ser penalizada por la Secretaria de Deportes. En un juicio de alimentos que la mamá de esta nena le hace al padre; el señor era un pobre profesor de francés, ¿cuánto puede ingresar mensualmente un profesor de francés?. Le pidió una cuota alimentaria, no era un hombre pudiente, y lo que le puede dar no le alcanza para que la chica dentro de su derecho alimentario, tuviera también el capital suficiente para pagar el costo de su entrenamiento en Taekwondo; entonces el juez, animado por todo el sentido de justicia del mundo, buscador de la verdad, no se le ocurrió mejor idea que, autosatisfactivamente, ordenarle al Presidente de la República (y estoy hablando de un juez del poder judicial ordinario de Santa Fe), para que, por la vía de la Secretaría de Deportes le otorgue una beca a la señora, a la chica, para que ella pueda practicar su deporte. Y con buen tino el juez le dice: yo no puedo saber de cuánto es la beca, lo que usted diga prudentemente, pero si no le da, lo procesaré por desobediencia judicial.

El otro día, a través de un informe que presentaron Andrea Meroi y Omar Benabentos ante la Cámara de Diputados, donde se está discutiendo si esto es aceptable o no, nos enteramos del final glorioso que tuvo. La Secretaría de Deportes de la Nación, sin consentir la competencia del juez, sin consentir el procedimiento y la autosatisfactividad de la medida dijo: para no discutir el tema, me allano a todo. Hemos determinado una beca de un peso por cinco años, deposito sesenta pesos y misión cumplida.

Me parece a mí que algo nos está yendo mal. Considerarán conmigo que este decisionismo es más importante que la recusación sin causa. Que esto está mostrando en definitiva, que la historia de la humanidad ha sido la historia de la lucha por el poder, y que esto es parte de la eterna lucha por el poder. Y los jueces constitucionalmente no están convocado para hacer esto, no están convocados para legislar, no están convocados para administrar. Por una elemental razón: primero, no tiene preparación al respecto; segundo, no son políticos y no están legitimados para hacerlo por la votación popular; pero cuarto, porque no saben del tema; los jueces no pueden ponerle el pecho a las balas. Los jueces realmente no pueden decir cosas para las cuales no están preparados. Pero además, son muchos. Es lo que pasa con los radares, un juez lo levanta y otro juez los clausura; el tercer juez vuelve a levantarlos y distinto juez vuelve a clausurarlos. Es el juego de la buena pipa, nunca se termina; si hay cien administradores, cien gerentes y cada uno da una orden contradictoria sucesivamente, esto parece una cosa demencial, que es lo que nos está pasando.

Estamos yendo a más de lo mismo. Venimos nosotros del Congreso Nacional de derecho Procesal de San Martín de los Andes, donde se pontifica que los que sostenemos esta tesis de achicamiento del foro judicial, somos retrógrados que pretendemos la primera e inmediata aplicación del código de Hammurabí, así nos están diciendo. Con olvido que el juez de Hammurabí no legislaba sobre esto, es un pequeño detalle. Y si se pontifica de que bueno que tengamos más, más, muchas más facultades a los jueces, ¡qué resuelvan los problemas terminalmente!, ¡qué se lo den a los jueces! ¡qué lo haga el juez! ¿qué bueno si el juez fuere uno? Sacrosanto, bueno, incorrupto. Pero recuerden que hay cuarenta jueces corruptos en el país y ellos pueden legislar. No podemos hablar solo para el bueno, hay que hacerlo para la generalidad, y cuidar eso, evitarlo, para que nadie pueda lograr la justicia que quiere lograr. Y entonces los que están haciendo este sistema de justicia, por una extensión de lo que se llama el solidarismo penal, es decir la necesidad urgente de ser solidario con el pueblo, con la víctima, con el eterno don nadie del Proceso Penal. Hay que cortar la mano al ladrón, castrarlo al violador, matarlo al asesino, ya mismo y sino viene Mauro Viale y se adueña de la situación y lo hace desde la Televisión Nacional; dejándonos a nosotros mal parado.

Entonces frente a eso que es lo que se nos ha adueñado del país, que la justicia se haga por el medio televisivo y que condenemos a la gente sin más, por el solo hecho de escuchar la acusación por televisión de un periodista importante, que argumenta en pro de una de estas cosas. Ha surgido a raíz de lo que les explicó Álvarez Gardiol una teoría de garantismo penal, una corriente procesal que acepta cortar la mano al ladrón si la ley lo dice. Pero previo proceso regular y constitucionalmente llevado con las garantías que la Constitución ha dado para eso. Es decir Proceso previo fundado en ley anterior al hecho que lo motiva, juez natural, inviolabilidad de la defensa en juicio, etc., etc.

A esta corriente le damos el nombre de garantismo o garantista y de ahí la explicación del Derecho Procesal Garantista que tiene un montón de cosas por delante. Hoy hemos hablado, el tema central del congreso es el papel del juez en un proceso de corte garantista. Y lo hemos puesto aquí arriba dos cosas de la mayor importancia: "el garantismo y la congruencia", " El garantismo y la cautela".

Esto no es una cosa técnica, si el tercero sí o no es una cosa técnica; si preclusión si o preclusión no es una cosa técnica; pero si el juez puede sí o no eso no es técnico, es puramente político es la ideología política del legislador que está plasmando una norma jurídica. Y esto es lo que yo quiero discutir, y la ideología es buena, si no es Autoritarismo, si esto es el Liberalismo que me prometieron en nuestra Constitución o es el decadente

Autoritarismo fascista del año '40. Una vez he preguntado que es más importante, el método o la meta, y me contestan la meta; les digo: cuanto horror se hubiera ahorrado la humanidad si Hitler no hubiera pensado como ustedes. Haciendo un juego de palabras decimos "el fin justifica los medios", modificando la figura Maquiavélica.

Hoy nos hablaron de la congruencia, es para pensar el tema, es para pensar de cómo debe funcionar la congruencia, y me ha hecho pensar en tres cosas que se dijeron acá importantes y de acá salen ideas para ser repensadas. Me ha gustado el planteamiento de la congruencia y la regla Jura Novit Curia; hasta qué punto no estamos nosotros equivocados sosteniendo su vigencia. Habrá que repensar también eso.

Los procesos no se terminan cautelarmente y en esto insisto con dos palabras: hace un tiempo estuve en Perú donde conocí el discurso de Eugenia Ariano, por eso está hoy acá, y se explicaba la necesidad de implementar medidas autosatisfactivas en un país que está huérfano de justicia, ansioso de terminarlo antes que fuera de los problemas, con una morosidad increíble, con un sistema judicial que para entrar es todo un safari absolutamente perverso parece que hablar de celeridad suena a gloria, es importante. Pero yo aprendí hace muchos años, que hay dos valores que se contraponen y que nunca pueden ir juntos la celeridad con la seguridad, lo que es seguro no es rápido, lo que es rápido no puede ser seguro. Y aprendí también que la inteligencia de los sirios estableció que entre ciertas cosas había que privilegiar la seguridad y se discute entonces por un terreno de 100Ha, que bueno que el pleito sea seguro; pero si discutimos por un kilo de queso parece que es más apropiado beneficiar a la idea de rapidez. En los alimentos la rapidez, en las Has la seguridad. Porque insisto lo seguro no puede ser rápido, juicio ordinario y juicio sumario, la palabra sumario ópticamente significa breve, cortito; nosotros los procesalistas lo implementamos como tipo procedimental de algo más breve, lo sumarísimo y lo sumo sumarísimo como los cordobeses; que el juicio verbal que es más chiquito todavía que el juicio sumarísimo.

Yo a la sumariedad llego desmeritando tres cosas: demerito las defensas, demerito los plazos, las pruebas y además los recursos. Si demerito plazos, pruebas y recursos, demerito el derecho de defensa. Y esto no parece ser tan constitucional como quiere la gente que sea. Pero alguien en el país se ocupa hace años de desmeritarlo aún más; ustedes saben que la medida cautelar, la que cautela derechos, la conservativa en el lenguaje de Carlos García Montaña, es la prohibición de innovar. Y la prohibición de innovar tiene desde antaño los mismos requisitos del resto de las cautelares más uno; los comunes son: verosimilitud del derecho, peligro en la demora, contra cautela, proceso pendiente, pero además uno que los códigos no lo

mencionan, éste que al llegar el momento de no innovar no se haya innovado, porque sino no tiene sentido darle vida. Decir no me levanten la pared, si cuando llego la pared ya está levantada, la prohibición de innovar queda huérfana de contenido. Entonces ese requisito posibilitó que doctrinalmente en el año 1960, el maestro Ricardo pensara que cuando eso ocurría había que buscarle, por incumplimiento posterior del requisito, una solución; y entonces, prohíbo que se levante la pared, se levantó, la bajo. Y esa bajada de pared era lo contrario a la subida, lo contrario a la prohibición de innovar era la medida innovativa: vuelve a bajar la pared. Por tanto, la medida innovativa aparece en el mundo jurídico por haber llegado tarde una prohibición de innovar; y entonces tiene que desinnovarse y dejar las cosas como estaban. De esto se hizo una medida autónoma. Se hizo un libro, una ponencia, un artículo doctrinal, un libro, dos libros. Se recepcionó en la jurisprudencia argentina; ¡no hay norma que lo establezca! Y los jueces lo aplican con alegría y despreocupación.

Hoy lo decía Carlos Montaña: si lo estamos aplicando, la audiencia previa. Pero ya ni siquiera eso, porque miren: el proceso es un instrumento, el Derecho Procesal es un derecho instrumental, es un instrumento al servicio del derecho sustancial. Yo necesito el proceso para poder discutir en él acerca de si se aplica tal ó cual norma a esa situación de hecho. Y la cautela, cualquiera que fuere, es un instrumento del instrumento; es decir, posibilita que el instrumento proceso sea útil, para que cuando llegue el momento de la sentencia, ella pueda ejecutarse. Para eso es la cautela; por tanto es la instrumentalidad de la instrumentalidad del derecho sustancial.

¿Qué se hizo con las medidas autosatisfactivas? Sigue el derecho sustancial, sigue la cautela, y se quita esto, y entonces lo instrumental de lo instrumental pasa a ser lo instrumental primario. Y el pleito se termina, con la pura cautela. Entonces el juez, cautelarmente, ¿por qué cautelarmente? Porque es una sola campana la que se oye, tenga o no naturaleza cautelar lo que se está diciendo, condena. Sin más. Y autosatisfactivamente, porque no está satisfaciendo la esfera del proceso principal, el problema se resuelve, y ahora se generan las siguientes cosas:

-Primero: se dispara la carga de contradecir, que la tiene el actor o acusador hacia el demandado o reo, que la va a discutir.

-Segundo: ¿A discutir qué? La sentencia. ¿Cómo? Por medio de una revocatoria. Me están tomando el pelo. ¿O sea que en tres días yo tengo que discutir todo, o hace cosa juzgada la sentencia? O por un pleito ordinario posterior, pero con la medida trabada. Porque la apelación que se puede deducir contra ella se concede con efecto devolutivo.

El mundo está yendo hacia un totalitarismo procesal angustioso y angustiante. Primero nos cambiaron las reglas del juego con las cargas (...);

segundo, posibilitaron que el juez tomara irrestrictamente las medidas para mejor proveer; tercero, inventamos la medida innovativa; cuarto, hemos inventando la autosatisfactividad. Pregunto: qué diferencia esto de la justicia ejercida por el rey, qué diferencia hay entre este juez que me da el favor de escucharme, del rey que me da el favor de darme. Porque ninguno está escuchando al beneficiario de la medida.

Que no se oiga que en este país puede decirse seriamente que al terminar el milenio, el que va a recibir el efecto de la ley no tenga su día en la corte. Me parece horroroso, me parece cuanto menos inconstitucional, pero groseramente inconstitucional.

Y por eso hemos armado esta idea de hacer este congreso, para que a la par de que todo el mundo en Argentina dice: "jueces más viriles, jueces con más espadas, más Robin Hood, más Sherlock Holmes", tengamos acá poca gente (por ahora, cada vez somos más) que discute si es necesario o no cumplir la Constitución. Cuando nos pasa por encima el autoritarismo, tenemos que salir a defender cosas que son obvias. Voy a demostrar ante ustedes la obviedad, y esto me parece de una extrema gravedad.

Álvarez Gardiol terminó su exposición hoy, haciéndonos reflexionar acerca de la necesidad de volver a la dogmática jurídica. En el sistema adonde todos hemos aprendido Derecho, hay una norma escrita. Una norma en la cual se supone, vía interpretativa, que están todas las soluciones de todos los casos posibles; porque si no me da la norma, me da el camino para llegar a ella. Voy a buscar el caso análogo, y si no lo tengo, me iré a la integración del Derecho, a partir de los principios generales. Y este camino interpretativo que me da el artículo 15 y 16 del Código Civil, me demuestra que los jueces son normadores secundarios. Somos normadores (yo también he sido juez) sólo en defecto de un normador primario, cuando a la ley hay que integrarla. Pero por lo demás, la ley. Y el juez que no se siente dentro del sistema de dogmática, que no está vinculado al orden jurídico, que los hay y muchos en este momento histórico de la República Argentina, se convierte en el pretor del Derecho Romano. Me parece que la justicia ya ha evolucionado lo suficiente, como para que volvamos a involucrar hacia el pretor. Creo que la figura del pretor esta terminada en un país civilizado y constitucionalmente organizado.

Esa fue la idea de debatir acá en Azul, en un fuero importante, serio, como se lo ha calificado a la academia de Azul, estas ideas de garantía procesal. De ahí la presencia nuestra y de todos ustedes, y de ahí los temas que ya se han debatido y que se debatirán mañana. Hago votos para que de acá salga algún camino para encontrar una luz, un correcto diagnóstico de los que nos está pasando, y ver si la solución final de la crisis judicial no pasa por el único camino de cumplir la Constitución.

