

Activismo vs. garantismo en el proceso civil: presentación del debate[1]

Glauco Gumerato Ramos[2],[3]

“Aggiungo queste poche parole solo per sottolineare uno degli spunti di riflessione, che il Tuo importante saggio ha ridestato in me.” (Giuseppe Tarzia - parte final de la carta enviada a Juan Montero Aroca, el principal portavoz europeo del actual enfoque del proceso civil actual. ¡Porque reflexionar es imperioso!)[4]

1. Planteamiento del problema y advertencia [\[arriba\]](#)

El debate suscitado entre el activismo judicial y el garantismo procesal, poco -o casi nada[5]- tratado por la doctrina procesal civilista brasileña, es bastante intenso y conocido en toda Hispanoamérica, e incluso tiene una importante repercusión en Europa (España, Italia y Portugal)[6],[7].

De manera general, es un debate en torno: i) a los aspectos ideológicos del proceso civil, ii) a sus sistemas de enjuiciamiento[8] -inquisitivo o dispositivo[9] (inquisitorial system y adversarial system)[10]-, iii) al rol del juez y a la actitud de las partes en la relación procesal, iv) a la dimensión constitucional de la jurisdicción, v) al contenido y significado del debido proceso legal, vi) a la garantía constitucional de la amplia defensa y el contradictorio; entre otros.

Actualmente, el debate activismo versus garantismo divide a la doctrina procesal civilista americana hispanoparlante y genera disputas y/o polémicas doctrinarias -a veces incluso con “disparos cruzados”- que llegan inclusive a confinar a los procesalistas tras verdaderas “trincheras ideológicas”.

Aquellos que con cierta regularidad frecuentan congresos internacionales de derecho procesal en el resto de países latinoamericanos, pueden certificar in loco la intensidad del debate que, repito, no es tratado con el mismo vigor -me parece que ni siquiera es tratado- en el universo del proceso civil brasileño. No sé si ello se deba solo a las naturales razones idiomáticas que separan a los hispanoparlantes de nosotros, los lusoparlantes, o incluso si ello se deba a alguna razón político-científico-procesal[11], o, también, al hecho de que las posturas sostenidas y defendidas por los denominados garantistas, efectivamente, no encuentran eco en la doctrina interna del proceso civil. Por lo que respecta a este último aspecto -ausencia de eco de las posturas garantistas- afirmo, sin temor a equivocarme, que la gran mayoría de los procesalistas de nuestro país está afiliada a lo que se pregona mediante la voz de los denominados activistas, conforme trataré de demostrar en el transcurrir del texto. Nosotros en Brasil -y, obviamente, yo me incluyo- fuimos formados para pensar y reflexionar el proceso civil en la perspectiva de la Escuela procesal de São Paulo[12], que muchas y muy buenas contribuciones nos legó, pero cuyos fundamentos, incluso en virtud de la Reforma del Código de Proceso Civil Brasileño y de los notables avances doctrinarios del proceso civil brasileño, actualmente vienen siendo revisados y, muchos de ellos, incluso puestos en jaque[13]. Aquellas “trincheras ideológicas” a las que me referí anteriormente, pueden ser observadas cuando se analiza, en un ambiente macroscópico, los postulados de los dos principales institutos de derecho procesal de Iberoamérica, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP, www.iidp.org) y el Instituto Panamericano de Derecho Procesal (IPDP, www.institutoderechoprosesal.org). El primero, de mayor impacto en el plano

nacional, actualmente es presidido por el procesalista chileno y profesor de la Universidad de Chile, Raúl Tavolari Oliveiros, conocido defensor de las posturas activistas, cuyo nombre está vinculado a la reforma del proceso penal en varios países de Latinoamérica. El segundo, de menor impacto en Brasil, dado que son menos los brasileños que lo integran[14], es presidido por el profesor de la Universidad Nacional de Rosario (UNR)[15], y uno de los principales procesalistas de Argentina -y por eso mismo también de Iberoamérica-, Adolfo Alvarado Velloso[16],[17].

Para una primera -y genérica- comprensión de aquello que es defendido por ambas corrientes, es posible adelantar que el activismo judicial defiende una postura más contundente de la actividad judicial para resolver problemas que, en ocasiones, no cuentan con una adecuada solución legislativa. Es decir; se otorga al juez un poder creativo que en un último análisis valora el compromiso constitucional de la jurisdicción, y ello a pesar de que no haya previsión legal que lo autorice en la respectiva actuación. Por su parte, el garantismo procesal defiende una mayor valorización de la categoría fundamental proceso, y consecuentemente de la cláusula constitucional del due process, de modo que valora la amplia defensa, el contradictorio y la imparcialidad del juez, como los pilares de la legitimación de la decisión jurisdiccional a ser decretada. Para el activismo, el juez debe actuar de manera que resuelva problemas en el curso del proceso, y ello de manera independiente de la diligencia de la parte en postular las respectivas soluciones, haya o no autorización legislativa para la actuación del juez. Para el garantismo, el proceso es un método en el cual el resultado dependerá del debate efectivo entre las partes y de su diligencia en manejar de mejor manera la respectiva actividad. Los garantistas buscan aplicar las bases dogmáticas del garantismo de Luigi Ferrajoli -originariamente dirigido a las ciencias penales (derecho material y proceso)- al derecho procesal civil[18],[19].

Pero, como fue dicho luego en el subtítulo, aquí también cabe una advertencia, y de cuño personal.

A pesar de ser producto de la -denominémosla así- Escuela brasileña de derecho procesal, y por ello mismo, tener en la base de mi formación la dogmática activista a la cual se alinea la doctrina interna, hoy trato de pensar y operar el proceso civil en la perspectiva del garantismo. Pienso que las reflexiones en torno al derecho procesal civil, siempre que estén circunscritas dentro de los confines de las directrices constitucionales, deben potencializar al máximo nuevas posturas proposicionales para mejorar nuestra ciencia y sus aspectos pragmáticos.

En esta perspectiva, no me parece provechoso que las posturas garantistas dirigidas al proceso civil no sean conocidas, tratadas y trabajadas -en aquello que convenga- por la competentísima doctrina procesal civilista brasileña. Sobre todo porque la ciencia también evoluciona con la ayuda de la dialéctica fomentada por ideas antagónicas. Por lo tanto, con el debate.

Y mi intención con este escrito es dar una mayor visibilidad a este debate.

2. Antecedentes históricos del debate [\[arriba\]](#)

Todo indica que la toma de la Bastilla que representa el debate internacional aquí tratado, fue la compilación en la cual Juan Montero Aroca reunió varios textos sobre el tema, escritos por procesalistas de diversos países de Iberoamérica y

también de Italia: Proceso civil e ideología - Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006. Sin embargo, antes de la toma de la Bastilla, existieron, evidentemente, algunos antecedentes importantes, los mismos que pasamos a enumerar.

2.1. 1995: El artículo de Franco Cipriani[20]

Un probable marco que inspiró el debate activismo versus garantismo en el proceso civil fue el -hoy clásico- texto de Franco Cipriani[21] intitulado *Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)*[22]. En este estudio el profesor ordinario de derecho procesal civil de la Universidad de Bari (Italia) realizó un profundo análisis histórico de los aspectos ideológicos en los que se basó la Ordenanza Procesal Civil austríaca elaborada por Franz Klein.

Cipriani, basándose en los escritos de Menestrina (Francesco Klein, 1926, I, p. 270) y Chiovenda (“L’oralità e la prova”, 1924, en *Saggi di diritto processuale civile - 1894 - 1937-*, organizado por Proto Pisani, II, Milán, 1993, p. 205), afirma que el Reglamento de Klein tuvo un largo periodo de *vacatio legis* para preparar bien a los jueces con “mano dura”, al mismo tiempo que trató de “apaciguar” a los abogados que, en la Viena de 1897, pretendían rebelarse en contra de la entrada en vigencia del nuevo reglamento[23]. En el desarrollo de este importante texto sobre la historia del proceso civil europeo, Franco Cipriani advierte sobre la influencia del Reglamento de Klein en la formación ideológico-política del Código Procesal Civil de Italia de 1940, el cual surgió en el auge del nacionalsocialismo en aquel país, así como de la influencia de la Ordenanza Procesal Civil austríaca en otros textos procesales que le siguieron[24].

En resumidas cuentas, Cipriani demuestra que el Reglamento de Klein: i) enfrenta el proceso civil como un “mal social” que influye en la economía nacional; ii) trató el proceso como un objeto social; iii) atribuyó un enfoque publicista al proceso civil, con la “negación” a las partes; iv) reforzó los poderes del juez en el proceso. Es decir: “un proceso construido en desmedro de las partes”[25], cuyo respectivo Reglamento fue tildado, por una parte expresiva y respetable de la doctrina, de, como mínimo, inconstitucional[26].

En su texto histórico, Franco Cipriani remarca que la Ordenanza Procesal Civil austríaca de Klein sobredimensionó el carácter publicista del proceso civil, en el cual los jueces tuvieron poderes “substancialmente aumentados y con la obligación de ser (también) capitanes en todas las causas”[27]. Es decir, se creó un juez con grandes poderes de dirección en el proceso.

2.2. 2000/2001: La conferencia de Montero Aroca en las XVII Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP) y su posterior libro “Principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española”

Ex alumno de Salvatore Satta en la especialización de la Universidad de Roma, Juan Montero Aroca escribió *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil - Los poderes del juez y la oralidad*[28]. Este libro representa una versión revisada y ampliada en “quince mil palabras”[29] de la (polémica) conferencia de clausura que el procesalista español dictó en las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, organizada por el IIDP y por la Corte Suprema de Costa Rica, el 20 de octubre de 2000 en la ciudad de San José.

Los directores del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal encargaron a Montero Aroca el dictado de una conferencia bajo el título “La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, el Código Modelo (para Iberoamérica) y la oralidad”, dado que en aquel mismo año (2000) había sido publicada la Ley 1/2000, el 7 de enero, que reformuló el proceso civil español. En dicha conferencia, en definitiva, Aroca constató que la nueva LEC española NO asumía la idea de la publicización del proceso civil, concepción muy en boga en la doctrina del siglo XX, y además que -para el mismo autor-la reciente legislación procesal de su país NO guardaba ninguna relación con las directrices que orientaron el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, cuyo proyecto fue presentado por el IIDP en 1988, en Montevideo.

Esa conferencia de clausura habría constituido el despertar de un nuevo enfoque del derecho procesal civil, en el que se propuso, a partir de las directrices políticas que según Montero Aroca orientaron la nueva LEC española, que el proceso civil estaba pasando por un momento de cambio de paradigma, con la observación del vaciamiento de su contenido publicístico. Asimismo, el procesalista español llegó a afirmar que a él se le imputó el hecho de “dividir a la comunidad de estudiosos y políticos del proceso”[30].

2.3. También en el 2000: Se realiza el “II Congreso Internacional de Derecho Procesal Garantista” en la ciudad de Azul, Provincia de Buenos Aires

Organizado en conjunto por la Universidad Nacional de Rosario (UNR) y por la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, el “Congreso Internacional de Derecho Procesal Garantista” es un importante evento en el calendario científico del derecho procesal argentino. Realizado desde su primera edición en la cervantina ciudad de Azul[31], a 300 Km de la capital Buenos Aires, este Congreso realizó su 10ª edición en el año de 2008[32], donde se decidió que los encuentros ya no serán anuales, sino bienales.

En noviembre de 2000, algunos días después de la conferencia de Montero Aroca dictada en el Congreso del IIDP en Costa Rica, se llevó a cabo la 2ª edición del Congreso de Derecho Garantista de Azul. En esta ocasión, debido a la repercusión de lo manifestado por Aroca en el congreso de Costa Rica, el texto base de aquella conferencia fue copiada y distribuida a todos los participantes del congreso.

Además de la presencia de Juan Montero Aroca, como conferencista en el evento, esta 2ª edición también contó con la participación de Franco Cipriani. Debido al eco de sus ideas a favor del garantismo en el proceso civil italiano, su texto sobre el centenario del Reglamento de Klein fue traducido al español por Adolfo Alvarado Velloso[33] y distribuido a todos los presentes.

Y fue en aquella ocasión que Cipriani, después de tomar conocimiento de la conferencia de Montero Aroca, vio que sus ideas libertarias y garantistas en torno al proceso civil coincidían con lo que el procesalista español había hablado algunos días atrás en las XVII Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Algunos meses después, en 2001, se publicó en España el libro Los principios políticos. Franco Cipriani toma conocimiento de la obra y se encarga de traducirla al italiano.

2.4. 2002: La traducción de Franco Cipriani - “I principi politici del nuovo processo civile spagnolo” - del libro de Montero Aroca, el primer procesalista español traducido al italiano[34]

El mismo Cipriani, quien escribió sobre las directrices autoritarias y publicistas del Reglamento de Klein, después de tomar conocimiento del texto base de la conferencia de Montero Aroca en San José de Costa Rica, y de su entonces recién lanzado libro *Los principios políticos...* (2001), se encargó de traducirlo -aunque no personalmente- al italiano[35].

A este libro, Franco Cipriani agregó un prefacio[36] -un poco ácido, dicho sea de paso- en el cual recuerda que viene siendo tildado por la doctrina procesal civilista de su país, al lado, de entre otros, de Girolamo Monteleone, de revisionista[37], debido a su defensa en pro de un nuevo proceso civil italiano acorde con la Constitución vigente desde 1948, ya que el CPC de 1940, influenciado por el Reglamento de Klein, además de ser producto de la era fascista de Mussolini, tendría un enfoque antiliberal y autoritario[38]. Cipriani advierte que en Italia, en contraposición a los revisionistas, se encuentran los negacionistas, como Proto Pisani, para quien el CPC de 1940 “se excedió un poco al reforzar los poderes del juez en desmedro de las garantías de las partes”, y Sergio Chiarloni. Estos niegan, según Franco Cipriani, que el CPC italiano de 1940 sea autoritario y que necesite ser adecuado a la Constitución de 1948.

En el prefacio a la traducción italiana del libro de Montero Aroca, el profesor de la Universidad de Bari afirma que la identidad substancial entre el autoritarismo fascista y comunista explica el por qué estudiosos manifiestamente de izquierda, como Proto Pisani y Chiarloni, buscan legitimar el CPC italiano de 1940[39].

La presentación de la traducción italiana del libro se llevó a cabo en un Seminario Internacional celebrado entre los días 16-18 de mayo de 2002, en Roma, donde, entre otros, estuvo presente Giovanni Verde, que en aquella oportunidad ocupaba el cargo de Vicepresidente del Consiglio Superiore della Magistratura. Pocos meses después de este cónclave, Verde publicó un artículo en la *Revista di Diritto Processuale*[40] dedicado íntegramente -aunque no coincide exactamente- al libro de Montero Aroca y al -en palabras del propio Verde- “polémico” prefacio de Cipriani.

*2.5. 2006: La compilación organizada por Montero Aroca, *Proceso e ideología - Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos**

Después de la publicación del artículo de Verde en Italia y su traducción al español por el entonces Presidente del IIDP, Roberto Berizonce, y su respectiva publicación en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* (vide nota 33), una serie de textos que tratan sobre esta temática ideológica del proceso civil, se sucedió en Latinoamérica y en Europa.

De esta forma, es posible indicar a los autores, los títulos, la nacionalidad y las respectivas épocas de publicación de dichos textos[41], y todos en la secuencia del ya mencionado artículo de Giovanni Verde: Franco Cipriani, *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, 2003, Italia; Girolamo Monteleone, *Principi e ideologie del processo civile: impressioni di un “revisionista”*, 2003, Italia; Joan Picó y Junoy, *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, 2003, España; Juan Montero Aroca, *El proceso civil llamado “social”*

como instrumento de “justicia” autoritaria, 2004, España; Giovanni Verde, Postilla, 2004, Italia; Girolamo Monteleone, El actual debate sobre las “orientaciones publicísticas” del proceso civil (traducido al español por José Luis Gabriel Rivera), 2005, Italia; José Carlos Barbosa Moreira, O neoprivatismo no processo civil, 2005, Brasil[42]; Adolfo Alvarado Velloso, La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento, 2005, Argentina; Luís Correia de Mendonça, 80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português, 2006, Portugal[43].

En el interregno de esta cadena, ocurrió un incidente en la jurisprudencia argentina, específicamente en lo que se refiere a una sentencia emitida por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, con fecha 29/oct/2003.

En esta sentencia se discutió sobre la posibilidad de “relativizar la cosa juzgada”, ya que un aspecto de la sentencia de primera instancia no fue objeto de recurso, en el caso específico, la utilización de un determinado índice de corrección. Respecto a la ejecución de la sentencia, el deudor alegó que el índice que prevaleció en la sentencia estaba errado y que ello conllevaría una gran “injusticia” en la situación concreta. Se presentó un recurso, procedente en segunda instancia. En sede de recurso extraordinario, se solicitó que la decisión de primera instancia fuera mantenida y que el tribunal, como no hubo recurso específico en el momento oportuno, no podría modificar lo que estaba definido por la cosa juzgada. En la instancia extraordinaria -Suprema Corte de la Provincia- los respectivos Ministros se dividieron respecto a la solución del caso. La mitad de los 8 (ocho) magistrados rechazó el recurso extraordinario porque consideraron que el tribunal a quo tendría la posibilidad de “relativizar la cosa juzgada”; la otra mitad consideró acoger el recurso para que se mantuviese la decisión de primera instancia, que no se impugnó en aquel momento en lo relativo al capítulo que trataba del índice de corrección. Para dirimir la controversia, y dentro de las respectivas reglas de Organización Judicial, fue necesario el voto del Presidente del Tribunal de la Casación Penal, Federico Domínguez.

En su voto dirimente -de cuño innegablemente garantista, desde la óptica del debate ideológico materia del presente estudio-, Federico Domínguez declaró procedente al recurso extraordinario porque consideró que la “relativización de la cosa juzgada” constituía una gravísima afrenta al debido proceso legal previsto en la Constitución, y que al juez le está prohibido “revisar una cuestión fenecida por la inactividad, en el tiempo oportuno, de una de las partes”, y continúa afirmando que “si el órgano jurisdiccional cambia las reglas del juego, necesariamente rompe con la igualdad que debe existir entre las partes”[44].

Después de la publicación de esta sentencia-recuérdese, con fecha 29/oct/2003- se publicó un comentario, en el periódico LexisNexis-Jurisprudencia Argentina, del 18/feb/2004. Este comentario fue suscrito por Augusto Mario Morello, fallecido en abril de 2009[45], y, sin duda alguna, uno de los principales procesalistas de la historia de Argentina. Representante de la denominada Escuela procesal de La Plata, Augusto Morello también fue uno de los principales defensores del activismo judicial en su país y en el plano internacional. En su comentario[46], Morello realizó severas críticas a la postura manifestada en aquel voto dirimente de Federico Domínguez y a los fundamentos que apoyaron la respectiva solución, basada, inclusive, en citas y referencias expresas a la obra y al pensamiento de Juan Montero Aroca.

El 05/mayo/2004, en la misma LexisNexis-Jurisprudencia Argentina, Montero Aroca “pide la palabra”[47] y publica una especie de prédica en favor de la postura

jurisprudencial adoptada por Domínguez en su voto dirimente, al mismo tiempo que llama la atención sobre el hecho de que el comentario de Morello a la sentencia manifestaba la imposición de una única forma de pensar[48].

Después del texto de Montero Aroca “pidiendo la palabra”, Augusto Mario Morello dirige una carta al profesor valenciano, de fecha 04/jun/2004, con un marcado propósito de -al menos así me pareció de su lectura- enrumbar el “barco del debate” hacia aguas tranquilas, iniciando su breve misiva esclareciendo los motivos que lo llevaron a realizar el comentario a la sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires:

“Apreciado Montero Aroca: Mi nota al fallo de la SCPBA tuvo un claro y único propósito: intentar que no se instale, entre nosotros, un método y estilo de exposición crítica excesivamente ideológica y cargado de adjetivaciones descalificadoras de quienes piensan de modo diferente”[49].

Días después, el 23/jun/2004, Montero Aroca responde a Morello en el mismo tono conciliatorio, pero adoptando una posición -al menos así también me pareció de la lectura de la respectiva carta-, y aprovecha para hacer un llamado al profesor argentino para que el debate autoridad/libertad en el proceso (activismo vs garantismo) sea sugerido por ambos, al Presidente del IIDP, como tema central de las Jornadas Iberoamericanas que se realizarían en el 2006.

“Por ello me atrevo a hacer una propuesta. Organizar un debate público en las próximas Jornadas Iberoamericanas, las de 2006, sobre ‘Autoridad y libertad en el proceso (civil y penal)’, donde aparecerían como 4 ponentes: dos (uno civil y otro penal) por cada una de las posiciones. Si te parece bien podríamos intentar convencer al Presidente del Instituto y que se acuerde de esta manera en las Jornadas de Caracas, en octubre próximo, determinando después entre nosotros los detalles. Podríamos ir adelantando en mi próxima visita a la Argentina en el mes de septiembre. Desde el afecto de siempre”[50].

A partir de la sentencia, de la nota de Morello en LexisNexis-Jurisprudencia Argentina, de la prédica de Montero Aroca en el mismo periódico, y de las cartas intercambiadas entre ambos, el procesalista español tuvo la iniciativa de compilar los principales textos hasta entonces publicados en Latinoamérica y Europa sobre la temática activismo/garantismo, autoridad/libertad, en el proceso civil. Finalmente, bajo un nuevo y posible enfoque que puede ser dado a nuestra ciencia, siempre en aras de su mejora.

Con estos breves comentarios se puede vislumbrar la evolución histórica del debate.

3. Conclusión: Por un proceso civil garantista [\[arriba\]](#)

El activismo judicial se estableció en la base de la retórica discursiva de la dogmática procesal y de la jurisprudencia influenciada por ella. Decantada en verso y prosa en el procesalismo iberoamericano en general, la pragmática del activismo fomenta posturas judiciales antidemocráticas y antirepublicanas, tanto en el arte del proceder, como en el arte del decidir. En esta sede no realizamos ninguna crítica al procesalista y/o al juez de inclinación activista. ¡Debemos esclarecer el punto! Realizamos una crítica contundente a toda acometida de aquellos que suponen que el ambiente del proceso jurisdiccional es un territorio

feudal cuyas reglas puedan ser arbitrariamente creadas por el respectivo señor, juez y/o tribunal.

Considero que ya es hora de que los operadores del proceso, tanto jueces, como abogados, y principalmente los respectivos profesores, tomen conciencia de que conceptos como “justo” o “justicia” no integran el Derecho o el proceso jurisdiccional, que le da concreción en la vida de las personas.

Si el Derecho operase con lo “justo”, no habría existido espacio para el régimen legal esclavista que imperó en Brasil. Si el Derecho operase con lo “justo”, no habría habido espacio para el nazismo. Si el Derecho operase con lo “justo”, no habría habido espacio para el Acto Institucional N° 5. Si el Derecho operase con lo “justo”, la parte del impuesto a la renta de la persona física no estaría en el nivel preocupante del 27,5% sobre el patrimonio generado. Si el Derecho operase con lo “justo”, sería suficiente -el Derecho- y únicamente él para confrontar, resolver y redimir todos los males sociales. Pero esto no es lo que ocurre. La justicia no es más que un sentimiento, y la razón nos revela ello.

A pesar de que el discurso procesal fundamentado en argumentos metajurídicos sea seductor (“justicia”, “verdad real”, “paz social”, “proceso justo”, etc.) este acaba por legitimar la arbitrariedad y el subjetivismo de la persona física que detenta el poder judicial, que acaba por justificar su toma de decisión en base al propio sentimiento subjetivo en relación a lo “justo”. Toda vez que ocurre ello, siempre se produce la ruptura de las garantías constitucionales negativas que impiden que el Poder sea manejado arbitrariamente y, por lo tanto, fuera de los marcos democráticos y republicanos establecidos por el orden constitucional.

“Justicia”, o lo que es “justo”, se identifica con el subjetivismo que es propio de cada persona. Por lo tanto, con sus idiosincrasias. Lo que puede ser justo para usted, necesariamente no lo será para mí. Y de esta forma la vida continúa. Es por ello que por un imperativo de orden lógico, el Derecho y/o el proceso jurisdiccional que le da vida no operan con el valor “justicia”, ello sólo ocurre en nuestras especulaciones metajurídicas.

Suena hasta intuitivo que el Derecho tenga dos atributos que le son fundamentales: i) vincular subjetivamente las relaciones que regula y ii) generar seguridad jurídica a partir de su existencia. Y esto ocurre a lo largo del sentimiento de cada uno de nosotros sobre lo que viene a ser “justicia”.

Por ello, cualquiera que enarbolase la bandera del activismo judicial con el objetivo de alcanzar un “proceso civil justo”, aunque sea inconscientemente, estará legitimando a un juez para que resuelva los problemas de manera “justa”, lo que lógicamente coincidirá con la idea de “justo” que tenga en mente aquel juez. Es decir, se consagra la arbitrariedad judicial y se debilitan las reglas democráticas y republicanas de nuestra Constitución, como la separación de los poderes, la libertad, la seguridad jurídica, el debido proceso legal, la amplia defensa, la imparcialidad judicial, etc.

Lamentablemente la vida práctica nos muestra que operamos un proceso civil impregnado de un activismo judicial propio de un Estado paternalista, dirigista y avasallador, donde se permite que el detentor del poder jurisdiccional -el juez- pueda “escoger” el resultado más “justo” que arbitrariamente le fuera dictado por su sentimiento personal de “justicia”. Y con ello nos olvidamos, una vez más, que

nuestra opción por una vida republicana impone a nuestros jueces que decidan en base a las reglas constitucionales y legales a las cuales están vinculados.

En una democracia republicana como la brasileña, el erróneo activismo judicial implica “elección” por parte de la autoridad judicial activista. Y, “elección”, en tanto atributo republicano, es algo que forma parte de la esencia política que orienta las conductas del Ejecutivo y del Legislativo, nunca del Poder Judicial. El juez que “escoge” lo que es “justo” al momento de juzgar, no se comporta como juez, sino como un “político”, y el juez “político”, por definición, no es juez. Y todas estas distorsiones son los reflejos desencadenados por el activismo judicial que nos gobierna.

¡Es por ello que la sociedad en general, y la comunidad jurídica en especial, debería blandir la bandera de un proceso civil garantista, en el ámbito de aquello que es enseñado por una corriente minoritaria, es cierto, pero que efectivamente está creciendo en el ambiente iberoamericano, y a la cual me enorgullezco de pertenecer!

El proceso civil de enfoque garantista se contrapone al activismo judicial exactamente para que las garantías consagradas en nuestras Constituciones sean, efectivamente, observadas por los detentores del poder jurisdiccional. Estos deben emitir sus decisiones en base a las reglas preexistentes, en especial las de nivel constitucional, y no en base al propio arbitrio y subjetivismo que termina por romper los valores democráticos y republicanos que elegimos vivir y que, peligrosamente, fomenta aquel activismo judicial que observamos en el día a día de la Judicatura.

Sin embargo, si para toda regla existe excepción, aquí doy mi testimonio de que tampoco son pocos -por fortuna- los jueces conscientes de sus limitaciones constitucionales y por ello saben que su papel ante la sociedad es en el sentido de juzgar y no “crear” soluciones en base al propio arbitrio.

O centramos nuestros esfuerzos en pro de un proceso civil garantista, o entonces continuamos siendo víctimas de las arbitrariedades que -bajo el sacrosanto manto de la toga- son cometidas en nombre del activismo judicial, bajo el argumento retórico de alcanzar un proceso civil “justo”.

De lo contrario presenciaremos el triunfo del arbitrio, aunque de forma disimulada.

[1] Este texto fue publicado en Brasil por primera vez en noviembre de 2009. La presente traducción realizada es del original publicado en portugués, pero ahora hemos realizado pequeñas adaptaciones

[2] Maestría en Derecho Procesal Civil en la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (PUC/SP). Maestría en Derecho Procesal en la Universidad Nacional de Rosario (UNR - Argentina). Profesor de derecho procesal civil (pregrado y posgrado) en Brasil. Miembro del Instituto Brasileño (IBDP), Iberoamericano (IIDP) y Panamericano (IPDP) de Derecho Procesal. Vicepresidente por Brasil en el IPDP

(2013-2015). Abogado en São Paulo. Artículo recibido el 12/8/14; admitido el 18/11/14.

[3] Traducción realizada por Juan Carlos Panes Solórzano (egresado de la facultad de Derecho de la UNMSM - Perú). Becario en los Programas de Maestría y Doctorado por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (PUC/SP) - 2010. Se encuentra realizando estudios en el "Curso de Especialización en Derecho tributario" en el Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET-São Paulo). Posgraduado en Teoría General del Derecho y Teoría General de la interpretación por el IBET. Miembro del Grupo de Estudios de Filosofía y Teoría General del Derecho del Prof. Paulo de Barros Carvalho; y por César E. Moreno More, Asistente de Docencia en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, candidato a la Maestría con mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de alta especialización a nivel de Postgrado en Responsabilidad Civil por la misma casa de estudios, Miembro Honorario del Taller de Derecho Civil Carlos Fernández Sessarego.

[4] "Agrego estas pocas palabras sólo para remarcar una de las líneas de reflexión que tu importante trabajo despertó en mí". Carta reproducida en el prólogo suscrito por Juan Montero Aroca al libro colectivo coordinado por él, Proceso civil e ideología - Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos, Tirant Lo Blanch, Valenciam, 2006, p. 20.

[5] En la literatura brasileña hay un texto importante que debe ser conocido para que se conozca un poco más del debate. Barbosa Moreira, "Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo", en Temas de direito processual (nona série), São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, pp. 55-67. Después de haber concluido este texto, hacia finales del mes de octubre de 2009, me llegó a las manos la RePro 177, de noviembre de 2009. En ella hay un excelente texto del procesalista español José Luis Vásques Sotelo, "Iniciativas probatorias del juez en el proceso civil" (RePro 177/93). En este texto el profesor de la Universidad de Barcelona proporciona una importante y clara noticia acerca de algunos aspectos del debate aquí tratado, ver en especial pp. 94-112 y las respectivas notas.

[6] Cfr. Proceso e ideología, *passim*.

[7] Es importante destacar que, en Brasil, Rosemiro Pereira Leal hace algún tiempo llamó la atención sobre el hecho de que el debido proceso legal muchas veces es disminuido delante de las posturas instrumentalistas que predominan en la doctrina interna. Dogmáticamente, desde mi punto de vista, las consideraciones del profesor de la UFMG y de la PUC/MG se alinean al postulado garantista revelado en el presente trabajo. Cfr. Teoria Geral do Processo - Primeiros estudos, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, 8ª ed., *passim*.

[8] Enjuizamento, en una traducción libre de la palabra española enjuiciamiento, y no ajuizamento, que en portugués tiene un significado distinto del pretendido en el texto. Ajuizamento para nosotros tiene el significado de ejercicio de la acción; enjuizamento, por su parte, aquí es utilizado en referencia a la dinámica del desarrollo del proceso hasta su conclusión. Será inquisitivo, el proceso que se desarrolle bajo la dirección inflexible del juez. Dispositivo, cuando en su desarrollo se destaque la actuación e iniciativa dispositiva de la parte, es decir, la parte asume la carga de su eventual falta de diligencia.

[9] Los sistemas inquisitivo y dispositivo también son identificados por la doctrina como sistema publicístico y sistema privatístico, respectivamente. En ese sentido, incluso advirtiendo que ningún sistema es "químicamente puro en el plano normativo", Juan Monroy Gálvez, Teoría General de Proceso, Lima: Palestra Editores, 2007, pp. 155-160. El profesor de la Universidad de Lima también enumera algunos principios que formarían parte de cada uno de estos sistemas. Serían principios procedimentales del sistema publicístico: dirección judicial del proceso, impulso oficial, intermediación, concentración, buena fe y lealtad procesal,

celeridad procesal, socialización del proceso, integración del derecho procesal, vinculación y elasticidad, adquisición (los actos practicados por las partes se incorporan al proceso y, desde entonces, ya no beneficiará o perjudicará solo al responsable por la producción del acto), preclusión. Serían principios procedimentales del sistema privatístico: iniciativa de la parte, defensa privada, congruencia e impugnación privada.

[10] Sobre el inquisitorial system y el adversarial system, cfr. Barbosa Moreira, "O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo." em Temas de direito processual civil (nona série), pp. 39-54. Ver, también, Fernando Gajardoni, Flexibilização procedimental - Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, São Paulo: Editora Atlas, 2008, pp. 107-132. Es importante destacar que el adversarial system fue dejado de lado en el proceso civil inglés después de la entrada en vigencia de las Civil Procedural Rules (el CPC inglés) en abril de 1999, dado que "Después de las CPR, hay mucho menos espacio para que las partes controlen el desarrollo del caso. Ello porque los tribunales pasaron a tener poderes manifiestos y deberes sobre la gestión de los casos", cfr. Neil Andrews, O moderno processo civil - formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra (orientación y revisión de la traducción por Teresa Arruda Alvim Wambier), São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 48.

[11] Así, me refiero a las posturas que son adoptadas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que innegablemente goza de un mayor prestigio entre sus congéneres en Iberoamérica, además de ejercer una satisfactoria influencia en la doctrina nacional, incluso porque congrega varios procesalistas brasileños que -cada uno dentro de su respectivo nivel de proyección- han brindado su colaboración a nuestra ciencia.

[12] Como afirmó Niceto Alcalá - Zamorra y Castillo al referirse al pensamiento procesal brasileño después de la fuerte influencia ejercida por Liebman, principalmente sobre sus -entonces- discípulos de la Facultad de Derecho del Largo de San Francisco (USP). Cfr. Alfredo Buzaid, Grandes processualistas, São Paulo: Ed. Saraiva, 1982, p. 10, pie de página 6.

[13] Basta que se tenga en mente la reformulación del sistema de ejecución civil, con la opción por el proceso sincrético y el abandono del proceso de ejecución autónomo para la satisfacción del título ejecutivo judicial, para que sea posible diagnosticar que están siendo fuertemente revisadas las antiguas doctrinas que nos fueron presentadas como dogmáticamente intangibles.

[14] Los brasileños que integran el IPDP son: Marcus Vinícius Abreu Sampaio (SP), Flávio Buonaduce Borges (GO), Marcos Afonso Borges (GO), Petrônio Calmon (DF), Min. Castro Filho (DF), Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (RS), Luiz Manoel Gomes Jr. (SP), José Miguel Garcia Medina (PR), Glaucio Gumerato Ramos (SP), Roberto Rosas (DF), Eduardo Talamini (PR), Luiz Rodrigues Wambier (PR), Teresa Arruda Alvim Wambier (SP). En el 2009, se realizó entre los días 26-28 de agosto en la ciudad de Goiânia el XXII Congreso Panamericano de Derecho Procesal. Merece destacar lo siguiente: el primer Congreso realizado por el IPDP en Brasil fueron aprobados para integrar el Instituto los nombres de Alexandre Freitas Câmara (RJ), Antonio Gidi (BA, actualmente radicado en Huston, Texas, donde es profesor de derecho procesal de la respectiva Universidad) y Osmar Mendes Pasião Côrtes (DF).

[15] Es importante destacar que la Universidad de La Plata -de allí la conocida Escuela procesal de La Plata, cuyo principal representante fue el recién fallecido Augusto Mario Morello-, la UNR y la Universidad Católica de Argentina, ambas con sede en la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, ostentan los principales núcleos del pensamiento procesal civil argentino.

[16] En el volumen I de sus Instituciones, al hacer un balance de la historia y la evolución del derecho procesal en Latinoamérica, Cândido Dinamarco destaca algunos nombres importantes en el proceso civil argentino, de entre ellos está el

de Adolfo Alvarado Velloso, el principal portavoz del garantismo procesal de aquel país. Cfr. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, pp. 264-265.

[17] Recuerdo, como ya advertí en el pie de página 4, que este texto fue elaborado en el último trimestre de 2009 y en aquel momento estos eran sus presidentes. Actualmente, en septiembre de 2012, el IIDP es presidido por el uruguayo Ángel Landoni Sosa y el IPDP por el chileno Hugo Botto Oakley. A título de curiosidad, regístrese que el Prof. Landoni Sosa es yerno del legendario Eduardo Couture.

[18] En ese sentido, Jorge W. Peyrano: “El autodenominado garantismo procesal civil -porque, a fin de cuentas, qué corriente de pensamiento procesal que no va a defender las garantías constitucionales- se basa en un equivocado trasplante al proceso civil del ideario de Luigi Ferrajoli, concebido por y para el proceso penal”, en *El cambio de paradigmas en materia procesal civil*, Buenos Aires: La Ley, 13/8/2009, pie de página “9”, con posibilidad de acceso en la siguiente web: www.laley.com.aire/laley/cms/files/1810//diario%2013-8-09.pdf. En este pie de página “9” Peyrano recuerda otro estudio que vincula las ideas del garantismo procesal al garantismo de Ferrajoli, del profesor de la Universidad de Lima Juan Monroy Gálvez, ¿Qué es el garantismo procesal civil?, publicado en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, año 2006, n° 9, pp. 7 y ss.

[19] Ver, también, Alvarado Velloso: “La dicción garantista -o su sucedáneo: garantizador- proviene del subtítulo que Luigi Ferrajoli puso en su magnífica obra *Derecho y razón* y que quiere significar que por encima de la ley, con minúscula, siempre está la Ley, con mayúscula (la Constitución). En otras palabras: es guardar un adecuado respeto por la graduación de la pirámide jurídica”. Cfr., “El garantismo procesal”, en la colección *Activismo y garantismo procesal*, Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, p. 145.

[20] Respecto a la importancia del texto de Cipriani en la evolución histórica sobre los fundamentos del debate, ver también OMAR A. BENABENTOS, *Teoría general unitaria del derecho procesal*, Rosario: Editorial Juris, 2001, pp. 90-96.

[21] Franco Cipriani es conocido en Italia como un importante investigador de la historia del proceso civil. A él correspondió recuperar fragmentos de una pequeña apostilla intitulada *Lezioni di diritto amministrativo*, de autoría de Chiovenda, referida a la clases que dictó en la Universidad de Roma en los años de 1909 y 1910. Cfr. Cândido Dinamarco, *Instituições*, vol. I, p. 258, nota 3.

[22] Este texto fue publicado originalmente en Italia en 1995, en la *Revista di Diritto Processuale*, pp. 969 y ss. Hay dos traducciones al español, una en Argentina y otra en Perú. En Argentina: Adolfo Alvarado Velloso, “En el centenario del Reglamento de Klein (El proceso civil entre libertad y autoridad)”, *Revista de Derecho Procesal*, Córdoba, N° 2, pp. 31 y ss., 2001. La traducción realizada en Perú es de Eugenia Ariano Deho, tiene el mismo título y fue publicada en la *Revista Jurídica del Perú*, LI, N° 18, pp. 119 y ss., 2001.

[23] Cfr., en la traducción argentina de Alvarado Velloso, *En el centenario del Reglamento...*, p. 31.

[24] Incluso en el CPC brasileño de 1973. Alfredo Buzaid: “(...) aún hacia finales del siglo XIX, dos Códigos -el de Alemania y el de Austria- tuvieron una gran trascendencia sobre los monumentos jurídicos de los tiempos actuales. Dado el rigor científico de sus conceptos y la precisión técnica de su lenguaje, se impusieron como verdaderos modelos, al que se siguieron las elaboraciones legislativas de los Códigos del siglo XX”, en “Líneas fundamentales del sistema del Código de Proceso Civil brasileño - Conferencia proferida en la Universidad de Keyo (Tokyo)”, *Estudios y pareceres de derecho procesal civil* (con notas de Ada Pellegrini Grinover y Flávio Luiz Yarshell), São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 33. Ver, también, Buzaid, *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*, Capítulo II - Do sistema do Código de Processo Civil vigente, n° 3.

- [25] König, La ZPO austríaca dopo La novella del 1983, 1988, p. 173, conforme recuerda Cipriani, op. cit., p. 32, siempre de la traducción argentina.
- [26] Franco Cipriani: “Así, algunos lo tildaron de inconstitucional; otros -como el Rector de la Universidad de Viena, Schrutka- lamentaron que ‘a los crecientes poderes y la noble posición del juez no le correspondiera un aumento proporcional de las garantías de independencia’; otros -como Adolf Wach, valiente defensor de la concepción liberal del proceso- lo acusaron de ser contrario a la naturaleza dispositiva del proceso civil; otros, incluso -como el trentino Francesco Menestrina-, de haber sido concebido ‘en un momento de ingenuo optimismo’; finalmente otros -como el entonces joven Guiseppe Chiovenda-, y sin disimular su perplejidad, prefirieron no pronunciarse”, (traducción libre) op. cit., p. 33.
- [27] Op. cit., p. 61.
- [28] Libro clásico del proceso civil español y publicado por la Editora Tirant lo Blanch: Valencia, 2001. Este libro está siendo traducido por mi persona al portugués, bajo el título Princípios políticos do novo processo civil espanhol - Poderes do Juiz e oralidade.
- [29] Cfr. Los principios políticos..., en Introducción, pie de página 1, p. 11.
- [30] Proceso e ideología..., Prólogo, p. 17. “En la conferencia, y a partir de aquel día, advertí que algo raro estaba aconteciendo a mi alrededor. Ya al finalizar la intervención me pareció que parte de los miembros del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal no estaba muy de acuerdo con lo que habían escuchado, y se puede ver entre ellos muestras de disconformidad, algo no muy habitual en conferencias de clausura de congresos, mientras que otra parte aplaudía con convicción, poco habitual en esos actos, y exteriorizaba su conformidad de manera más expresiva que de costumbre. Desde entonces ocurren acontecimientos que pueden ser calificados de insólitos y que siguen sorprendiéndome; a alguno de ellos me referiré a continuación, pero adelanto que ya me acusaron de dividir a la comunidad de estudiosos y políticos del proceso”.
- [31] La ciudad de Azul es la única ciudad de América Latina que tiene el “certificado cervantino”, otorgado por las autoridades culturales de España para las ciudades de otros países con expresivo acervo de las varias ediciones de la obra de Miguel de Cervantes. Es el caso de un coleccionista privado de Azul.
- [32] En este X Congreso de Derecho Procesal Garantista de Azul, en 2008, estuve presente y dicté una charla sobre el tema Panorama de las tutelas de urgencia en el proceso civil brasileño donde, después de hacer una exposición sistemática de la tutela de urgencia en Brasil, sostuve -como no podría dejar de ser- la total constitucionalidad de ellas, lo que, por algunos fundamentos dogmáticos que manifesté en este texto, no fue aceptado sin críticas por los garantistas.
- [33] El profesor Alvarado Velloso es uno de los organizadores del Congreso de Azul.
- [34] En ese sentido el texto de Ignacio Díez-Picazo Giménez, “Con motivo de la traducción al italiano de la obra del Profesor Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español”, en Proceso e ideología, pp. 29-30.
- [35] Se trata de I principi politici del nuovo processo civile spagnolo, traducción italiana de Bratelli-Magrino, Napoli : Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.
- [36] “El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas”, traducción al castellano de Eugenia Ariano Deho, en Proceso e ideología, pp. 51-64.
- [37] La adjetivación de revisionista fue dada por Sergio Chiarloni, La giustizia civile e i suoi paradossi, em Storia d’Italia, Annali 14, Legge Diritto Giustizia, Torino, 1998, p. 410, en pie de página, apud Cipriani, op. cit., p. 55, pie de página 12.
- [38] Op. cit., p. 53.
- [39] Op. cit. pp. 59-60.
- [40] “Le ideologie del processo in un recente saggio”, Rivista di Diritto Processuale, 2002, pp. 676-687. Este texto fue traducido al castellano y publicado en la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2003, 3, pp. 31-44, “Las

- ideologías del proceso en un reciente ensayo”. La traducción fue realizada por el entonces Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, el procesalista argentino Roberto Berizonce. Cfr., *Proceso e ideología*, Prólogo, p. 18.
- [41] Me limito a informar solo estos datos (autor, título, nacionalidad y año de publicación), ya que las respectivas fuentes y los textos en su integralidad se encuentran reunidos en *Proceso e ideología*, *passim*.
- [42] Al lector brasileño le interesará saber que este texto está publicado, entre otros lugares, en los clásicos e imprescindibles *Temas de direito processual* (nona série), pp. 87-101.
- [43] Este texto del procesalista portugués fue escrito, a pedido de Montero Aroca, para su inclusión en la colección *Proceso e ideología*, y representa una reseña del libro del mismo autor, *Direito Processual Civil*. As origens em José Alberto dos Reis, Lisboa, 2002.
- [44] Cfr. *Proceso e ideología*, p. 262.
- [45] Sobre la importancia de Morello para el proceso civil de su país y de Iberoamérica, ver el homenaje póstumo que le prestó Roberto O. Berizonce, “Augusto Mario Morello”, *RePro* 174/376.
- [46] Debe destacarse que Augusto Morello no permitió que su comentario fuera publicado en la colección organizada por el procesalista español. Cfr. Montero Aroca, *Proceso e ideología*, Prefacio, pp. 23-23.
- [47] “La ideología de los Jueces y el caso concreto. Por alusiones pido la palabra”, cfr. en *Proceso e ideología*, pp. 263-276.
- [48] Montero Aroca: “La nota del Dr. Morello debe ser leída bajo dos perspectivas: una concreta, referente al voto del Dr. Domínguez, y otra general, atinente a los estudiosos y a sus conferencias o publicaciones. Cada uno sin su ámbito, el Dr. Morello los censura básicamente de la misma forma, pero que me sea permitido quedar en el lado que me afecta, que es el ámbito de la comunidad de estudiosos”, *op. cit.*, p. 271.
- [49] Cfr. *op. cit.*, pp. 277-278.
- [50] Cfr., *op. cit.*, p. 279-280. En un pie de página, Montero Aroca recuerda que el debate planteado en la carta no fue llevado a cabo por el IIDP, y jamás se realizó.