

# **El proceso con derechos humanos**

**Método de debate y garantía frente al poder**

Gustavo Calvino

# Contenido

Prólogo .....	xi
<i>Gabriel Hernández Villarreal</i>	

Introducción .....	1
--------------------	---

## Primera parte

### Hombre, derecho, sistema y democracia

Capítulo 1. El hombre, el derecho y los derechos humanos .....	7
1. Exordio.....	7
2. El problema del lenguaje .....	9
3. Advertencias sobre el concepto de derecho.....	12
4. El derecho con derechos humanos .....	15
5. El derecho en contacto con la vida social.....	19
6. Recapitulación.....	22
Capítulo 2. El derecho procesal .....	25
1. Exordio.....	25
2. Dos mitos del proceso .....	26
3. El derecho procesal y su objeto de conocimiento.....	30
4. Algunos apuntes históricos del derecho procesal .....	33
5. La apertura hacia otras disciplinas, la sistematización y la Teoría Unitaria del Derecho Procesal .....	35
6. Recapitulación.....	38
Capítulo 3. La sistematización.....	39
1. Exordio.....	39
2. La Teoría General de los Sistemas.....	41
3. De la Teoría General de los Sistemas al sistema jurídico .....	42

4. El aporte de la Teoría General de los Sistemas .....	44
5. Recapitulación.....	46
Capítulo 4. Los conceptos atinentes al sistema democrático <i>pro homine</i> .	49
1. Exordio.....	49
2. La democracia .....	51
3. El constitucionalismo .....	57
4. La república.....	63
5. El Estado de derecho.....	66
6. Recapitulación.....	69

Segunda parte  
**La efectivización de los derechos**

Capítulo 5. Los derechos y las garantías .....	73
1. Los derechos y las garantías en democracia .....	73
2. La diferenciación conceptual entre derechos y garantías.....	75
3. El reconocimiento de los derechos humanos en el sistema democrático.....	78
4. Recapitulación.....	81
Capítulo 6. El problema de la efectivización de los derechos .....	83
1. La protección de los derechos humanos en el derecho interno y en el derecho internacional .....	83
2. La necesidad de mejorar la efectivización de los derechos .....	86
3. La efectivización de los derechos sociales .....	90
4. Recapitulación.....	94

Tercera parte  
**Los sistemas de enjuiciamiento**

Capítulo 7. El concepto de sistema de enjuiciamiento .....	97
1. Exordio.....	97
2. La sistematización del derecho procesal y el sistema de enjuiciamiento .....	98
3. Los sistemas de enjuiciamiento .....	100

4. La adecuación del sistema de enjuiciamiento a la democracia y a los derechos humanos .....	102
5. Recapitulación .....	103
Capítulo 8. La descripción de los sistemas de enjuiciamiento .....	105
1. Exordio .....	105
2. El sistema procesal dispositivo o acusatorio .....	106
3. El sistema procedimental inquisitivo o inquisitorio .....	109
4. Recapitulación .....	117

Cuarta parte  
La garantía del proceso

Capítulo 9. El proceso .....	121
1. Exordio .....	121
2. El concepto de instancia y su clasificación .....	123
3. El proceso .....	125
4. El procedimiento .....	140
5. Proceso, procedimiento e imparcialidad .....	145
6. Consideraciones sobre el sintagma 'debido proceso' .....	153
7. Proceso, derechos humanos y democracia .....	155
8. Recapitulación .....	157
Capítulo 10. Los jueces ante la garantía del proceso .....	159
1. Exordio .....	159
2. El juez en el contexto sociopolítico actual .....	162
3. La contribución del derecho procesal al sistema de justicia democrático .....	165
4. El activismo judicial y el garantismo procesal .....	169
5. El decisionismo judicial .....	173
6. El proceso ante situaciones de urgencia .....	176
7. Los jueces ante la garantía del proceso .....	178
8. Recapitulación .....	182
Epílogo .....	185
Bibliografía .....	189

## Prólogo

El prestigioso jurista argentino Gustavo Calvinho, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y profesor adjunto en el Departamento de Práctica Profesional de dicha institución, nos ha honrado permitiéndonos que, bajo el sello editorial de la Universidad del Rosario, publiquemos en Colombia su destacada obra *El proceso con derechos humanos. Método de debate y garantía frente al poder*.

Adicionalmente, a nivel individual también me ha enaltecido solicitándome que haga unos breves comentarios sobre su libro, por lo que, en aras de la transparencia intelectual y del rigor académico, desde ahora debo dejar en claro que entre el autor y este prologuista existe, además de una entrañable amistad personal, un elemento adicional que nos vincula y que sin temor a equivocarme podría llamarse “afinidad electiva”, en virtud de la cual y como discípulos que somos del doctor Adolfo Alvarado Velloso, ambos compartimos las ideas expuestas en la magna obra de nuestro ilustre maestro, en particular las referidas a la manera como desde el *garantismo* se aborda el estudio y aplicación del derecho procesal.

Como se desprende del título y se desarrolla con profundidad a lo largo del texto, en este trabajo el autor comparte con los lectores su interesante punto de vista, expresado en el sentido de que el tradicional concepto formal o procedimental de lo que es una democracia política tiene que estar acompañado de una dimensión sustancial<sup>1</sup> de esta, que sitúe el centro de su accionar en el hombre, e incluya, a partir del respeto a la ley, un conjunto de valores

---

<sup>1</sup> En su concepto, mientras la democracia formal está referida principalmente al conjunto de procedimientos que se emplean para la elección de autoridades, la sustancial o material se ajusta a un sistema político que intenta hacer efectivas la igualdad, la libertad, el pluralismo y la participación de las minorías, con el fin de priorizar el consenso.

que solo se salvaguardan si adoptamos como premisa la seguridad jurídica que brinda una Constitución receptora del derecho internacional de los derechos humanos.

Para lograr esos cometidos el profesor Calvino propone, a través de la juiciosa exposición de cada uno de los temas que conforman su libro, que, desde un enfoque *pro homine* y bajo la perspectiva de la mencionada dimensión material de la democracia —la cual implica mucho más que un simple mecanismo de elección de autoridades—, se protejan efectivamente los derechos fundamentales, insertos, por lo demás, en la propia naturaleza del ser humano; de suerte tal que el respeto y resguardo de estos no queden sometidos a los vaivenes de las caprichosas mayorías<sup>2</sup> o merced a las veleidades del poder de turno.

Precisamente y en aras de conjugar el peligro que encarna el que de manera equivocada se identifique a toda democracia formal como un Estado de derecho, de entrada el autor dilucida los siguientes aspectos: el primero, que, amparado en la concepción estadounidense de “democracia madisoniana”, cuando se adopta la forma de Estado democrático, este no se define como el poder omnímodo de la mayoría, sino como la garantía de los derechos intangibles de las minorías. El segundo, que en una democracia que combine adecuadamente las dos dimensiones, es decir, la formal y la sustancial, aunque es obvio que la noción de consenso adquiere una particular relevancia, la esencia de lo democrático no se agota en él comoquiera que las decisiones que se adopten no son legítimas en virtud de ese solo concepto, sino en razón a su calidad. En otras palabras, que hay que depurar la forma como se obtiene el consenso, pues, si ninguna mayoría puede afectar los derechos fundamentales, estos tampoco pueden ser menoscabados al abrigo de las decisiones consensuadas.

De análoga manera y a tono con esta línea argumentativa, en el libro también se deslindan adecuadamente los términos democracia, constitucionalismo y neoconstitucionalismo; y a partir de ellos se memora que, así como

---

<sup>2</sup> Empero, tampoco podemos olvidar el riesgo que surge de la tiranía de las minorías, y para el efecto baste recordar que la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en algunos momentos de su historia avaló decisiones de índole racial —y otras de contenido económico y social— que entraron en pugna con lo que en general se considera en el orbe son los principios verdaderamente democráticos.

hay constituciones que no son democráticas, también hay democracias que carecen de un texto constitucional unitario que solemnice la organización y división de sus poderes políticos, tal como sucede, por ejemplo, en Inglaterra.

Por ende, hoy en día la tendencia que se impone en el universo político es la de amalgamar democracia y constitución, lo que a su vez le ha abierto paso a la denominada democracia constitucional, que como freno a la regla de la mayoría busca impedir que esta adopte decisiones que contravengan los límites consagrados en las normas constitucionales, estableciendo para el efecto las que se conocen como cláusulas pétreas.<sup>3</sup>

Naturalmente que lo dicho en precedencia es distinto al llamado neoconstitucionalismo, modelo este que se ha entronizado en los últimos tiempos y que, como reflejo del Estado constitucional de derecho (que no es lo mismo que democracia constitucional), parte de la base de que todo el orden jurídico está concebido como un desarrollo positivo de los derechos fundamentales, y de que en él las normas de la Constitución adquieren una fuerza expansiva a la hora de determinar el contenido, tanto del derecho público como del privado.

De este modo y por oposición a lo que ocurre en el tradicional modelo de Estado legal de derecho, en el que al decir de Aguiló Regla la Constitución opera su límite negativo y en consecuencia la legitimidad de cualquier tema depende del respeto a esos límites (pues la Carta Fundamental actúa como un semáforo en rojo al disponer qué es lo que no se puede hacer, ordenar, prohibir o sancionar), bajo el esquema neoconstitucional no se está en presencia de meros límites negativos y de deberes de respeto para con los derechos constitucionales, sino que se exige el desarrollo y concreción de los mismos, por lo que, invocando principios como el del orden justo y amparado en la solidaridad, pretende que las normas del Estatuto Superior asuman la función de ordenadoras de la realidad y, en consecuencia, que los jueces ordinarios no solo puedan sino que deban utilizarlas como parámetros de sus decisiones.

---

<sup>3</sup> El autor, que en esta materia comparte y destaca los planteamientos formulados por Luigi Ferrajoli, insiste en que la regla de la mayoría puede terminar destruyendo la democracia, debido a que su voluntad mayoritaria no asegura, por sí sola, la calidad de un sistema jurídico. En consecuencia, para el profesor Calvino y siguiendo a Ferrajoli, constitucionalizar los derechos fundamentales es la valla que impide que las mayorías puedan limitarlos, ya que el constitucionalismo le pone coto a los poderes absolutos y, de ese modo, todos somos titulares de la Constitución desde que los derechos fundamentales pertenecen al hombre.

Como resultado de esa postura neoconstitucional y según lo advierte el autor, se prohija “la omnipotencia judicial, ya que el órgano judicial se encuentra en una situación temporal de detentador de la última palabra respecto de las decisiones colectivas –aun aquellas que tienen que ver con los derechos fundamentales– lo cual genera un natural desplazamiento del legislador”.

Por ese motivo, la manera como desde el neoconstitucionalismo se concibe un proceso en general, y uno civil en particular, no es compartida por el autor porque en su concepto ella va en contravía de la Constitución republicana que rige en Argentina y Colombia, y da pábulo para que –al decir de Franco Cripiani– “se insista en reforzar al juez y en debilitar a las partes, en cuanto nuestra Constitución quiere un proceso civil construido desde el punto de vista de quien pide justicia, y no, ciertamente, desde aquél de quien debe rendirla”.<sup>4</sup>

Bajo esa arista ideológica y de acuerdo con el modo en que el profesor Calvino concibe el proceso, la adopción republicana como modo de gobierno es indispensable para consolidar el Estado de derecho (por lo menos desde la óptica que de él tienen los anglosajones y su *rule of law*),<sup>5</sup> ya que es dentro de una república que hay una efectiva división de poderes, sometimiento de ellos a la ley, intercontrol de estos y eficaz protección de la individualidad de las personas.

Ahora bien y en vista de que una de las principales preocupaciones del autor está enfocada en obtener unos instrumentos que se conviertan en auténticas garantías de protección de los derechos fundamentales del ser humano, él propone al proceso como la más trascendental de tales garantías, pues este representa la última esperanza que posee una persona para obtener el respeto y efectivización de sus derechos.

Sin embargo y como lo expresé al inicio de este escrito, pertinente resulta recordar que su visión de proceso es propia de la que prohija la escuela procesal identificada como *privatista* o *garantista*, que reclama un mayor protagonismo para las partes y defiende el irrestricto apego a las garantías constitucionales

---

<sup>4</sup> Cfr. Cripiani, Franco. “El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas”. En: Montero Aroca, Juan (coord.). *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch; 2006, p. 60.

<sup>5</sup> Por el contrario, en la Europa continental y bajo la expresión Estado de derecho, lo que se enfatiza son las formalidades que reviste un Estado para asegurar que sea el derecho quien gobierne, y de ahí que con frecuencia se le vincula a los conceptos de constitucionalismo y democracia.

y los derechos humanos; la cual difiere de la otra corriente rotulada como *publicista* o *activista*, que presenta entre algunas de sus principales características la de considerar que el proceso desborda los intereses privados de las partes, que a través de él se deben lograr los más altos fines sociales del Estado y que, por consiguiente, hay que asignarles mayores poderes de dirección material a los jueces.

Como consecuencia de esas dos posturas y aunque ninguna de ellas es, *per se*, un sistema como tal, sus directrices sí se enrolan en auténticos sistemas de juzgamiento, como son el acusatorio (propio del *garantismo*) y el inquisitivo (mucho más a fin con el *activismo*).

En este campo de los sistemas y del consecuente “pensar sistémico”, también habría que decir, como lo han manifestado estudiosos del tema, que ello no es cosa distinta a la de ordenar las ideas y los conceptos de forma tal que se tenga acceso a la comprensión de los fenómenos jurídico-procesales desde un ángulo relacional, que entienda al proceso como una trama de conexiones y relaciones en las que intervienen armónicamente los seres humanos y las diversas instituciones que él ha creado.

Situado entonces bajo la égida de la escuela del *garantismo*, y después de explicar la necesidad de hacerle ajustes al subsistema de enjuiciamiento procesal —que a su vez tiene que adecuarse al macrosistema jurídico, político, económico y social para evitar colisiones entre sí— el doctor Gustavo Calvino se ocupa con especial interés de plantearnos sus concepciones acerca de lo que debe ser un proceso garante de los derechos humanos y del rol del juez dentro ese contexto.

En lo que concierne al proceso, lo define como un método de debate pacífico que se desarrolla siguiendo las reglas de un procedimiento preestablecido, en el que las partes actúan en igualdad jurídica ante un tercero imparcial que les resolverá heterocompositivamente el litigio. De ese modo, el proceso obra como garantía para hacer respetar los derechos frente a cualquier clase de limitación o interferencia emanadas de otras personas, cualesquiera que estas sean, incluido el Estado.

Que el proceso sea entendido como método de debate y no medio de investigación es algo que tiene un profundo trasfondo en la dogmática jurídica (y la única manera de ser *garantista* es siendo dogmático), porque solo cuando asumimos una postura dogmática es que podemos pensar el derecho “desde adentro”, y no como meros espectadores sino como sus protagonistas.

Por tales motivos, fluye como algo natural concluir que necesitamos normas para lograr la convivencia pacífica, ya que de no ser así todo lo demás se cae. En ese entorno, el respeto a ellas es, por consiguiente, insoslayable, pese a que esa concepción haya sido desdeñada por corrientes de pensamiento que buscan reemplazar los criterios contenidos en la norma, amparándose para el efecto en la pretendida realización de valores como la verdad y la justicia, los cuales, vistos desde el ángulo de quienes critican la dogmática, son de mayor raigambre que el de la seguridad jurídica.

No obstante la seriedad de los planteamientos formulados por quienes así razonan, no podemos olvidar que, enfrentados a esos titanes valorativos, cuando ello ocurre, el derecho –como sistema ordenado de normas de conducta– debe tomar partido por la seguridad, la cual está edificada sobre la heteronomía,<sup>6</sup> la claridad del legislador<sup>7</sup> y la división de los poderes.<sup>8</sup>

Precisamente y en lo que atañe a la división de los poderes, a algunos nos interesa sobremanera que el proceso sea el instrumento que se convierta en garantía frente a ellos, porque asumimos que la estructura de un sistema funciona si el poder no lo ejerce una sola persona o un órgano único, y de ahí que partamos de la base de que en una democracia el que hace la ley, el que la aplica y el que juzga con respecto a las consecuencias de esos dos momentos deben ser siempre distintos.

Empero, muy a nuestro pesar nos sentimos abrumados por la idea de la capitalización del poder en una sola vertiente, y, así, el talismán de la democracia –que supone dividir el poder para que unos se controlen con otros– se ha perdido. Tanto, que hay una evidente politización del poder judicial que

---

<sup>6</sup> La heteronomía se opone a la autonomía, y, por lo tanto, mientras que la validez de la norma moral depende de mi aceptación, la de la norma jurídica es algo que se me impone desde afuera aunque haya casos en que no me guste.

<sup>7</sup> No hay duda de que, dentro del trípede que sustenta la seguridad jurídica, este en el punto más frágil del sistema. ¿Por qué? Pues porque hay ocasiones en las que el legislador es oscuro, pese a que en términos generales las diferencias de interpretación no suelen darse tanto por el significado de las palabras empleadas como por el contenido valorativo de la ley.

<sup>8</sup> Ese aspecto es el que ha dado lugar a que se afirme que, para saber qué dice la Constitución de nuestros países y, por supuesto, los códigos de procedimiento, no basta con leer tales textos, sino que hay que acudir a leer lo que los jueces dicen sobre el particular. En otras palabras, dichos escritos dicen lo que la judicatura dice que dicen; sin embargo, desde la dogmática ese postulado es inaceptable y no debería ser así, porque las personas no necesitamos intermediarios para saber lo que dicen la Constitución y la ley.

cada vez más lleva a los jueces a asumir, dentro de los procesos a su cargo, posturas de vanguardia reservadas de antaño y en la concepción republicana a otras ramas del poder público.

Con ese obrar, inspirado la mayoría de las veces en los motivos más altruistas comoquiera que se aducen criterios de solidaridad y justicia –que en el plano filosófico son a todas luces seductores–,<sup>9</sup> se ha venido desnaturalizando la esencia del proceso y se le ha dotado de unos alcances que terminan conculcando caras garantías constitucionales, como son las de imparcialidad del juzgador e igualdad jurídica de las partes.

En ese contexto, las reformas que a los códigos de procedimiento permanentemente se hacen, así como las exhortaciones que desde la doctrina se formulan, tienen como propósito que los jueces desplieguen una conducta más *activista* o *decisionista*, sin que ello implique afirmar que todos ellos sean autoritarios, pues el asunto no es de una correlación estadística, sino de evidenciar un comportamiento que deja al descubierto una marcada tendencia.

Pues bien, todos estos aspectos y desde luego muchos más son tratados con profundidad y erudición por el profesor Gustavo Calvino en el libro que con tanto gusto y entusiasmo presentamos a la comunidad jurídica colombiana; y algunos de los múltiples méritos de su obra son, además de los ya someramente reseñados, el que en ella logra desmitificar añejas concepciones que habíamos asumido siempre como veraces e inmutables; ampliar el elenco de visiones jurídicas e ideológicas alrededor del derecho procesal; y dejar al descubierto que la garantía más trascendente con que contamos las personas para enfrentar al poder es la del proceso.

Febrero de 2012  
Gabriel Hernández Villarreal  
Director  
Especialización en Derecho Procesal y en Derecho Probatorio  
Facultad de Jurisprudencia  
Universidad del Rosario

---

<sup>9</sup> Aunque por más seductores que sean no significan que estemos en presencia de axiomas o verdades inmutables, pues, como se recordará, personas de la altura intelectual y ética de Aristóteles, San Agustín y Santo Tomás en su momento creyeron que la esclavitud era un sistema de derecho natural e incluso de derecho divino.

# Introducción

En la actualidad, los apasionados del derecho tienen el privilegio de poder cotejar confrontaciones muy interesantes en ciertos rincones del mundo académico, donde en algunos casos el debate se desliza más allá del concepto aislado para instalarse en torno a pretendidos modelos sociales, políticos y jurídicos.

Dentro de un panorama muy rico, es posible detectar en este momento histórico que todo lo que se ha avanzado en materia de derechos humanos en cuanto a su reconocimiento no encuentra pleno correlato cuando de su efectivización se trata. A su turno, tras la crisis del legalismo —y la consecuencia de entenderse mayoritariamente que el derecho no se circunscribe únicamente a la ley—, afloraron en la Europa y la América del siglo xx diversas vertientes del pensamiento jurídico que replantearon no solo importantes conceptos, sino también el sistema de fuentes, la interpretación jurídica y la función de los jueces conocida hasta entonces.

Desde algún sector del autodenominado *neoconstitucionalismo*, se ha graficado cierta idea evolutiva remarcando que el papel protagónico del siglo xix ha pertenecido al poder legislativo; el del siglo xx, al poder ejecutivo y —ya haciendo un poco de futurología— se espera que el rol principal del siglo xix recaiga en los jueces.

Aún no nos hemos acomodado del todo a los profundos cambios originados a partir de la instalación del derecho internacional de los derechos humanos. Por eso —en nuestra opinión—, puede resultar atractivo el estudio de las fricciones que a veces se dan entre el sistema y el caso concreto a la hora de solucionar el problema en un marco democrático: se luce allí en todo su esplendor el límite humano y la lucha por ganar más espacios de poder, por ver quién tiene la última palabra, por definir quién será el alquimista encargado

de crear el derecho. Aunque, bien vale aclarar, no debe pensarse que dedicarse al aspecto sistémico implica la defección de toda atención sobre el caso concreto derivado de un conflicto social que necesita solución, ni viceversa: uno no excluye al otro. Entonces, hay mucho por hacer en la búsqueda del equilibrio ansiado, donde la alternativa a un sistema que no puede ser perfecto sea distinta a dejar todo en manos de una sola persona, que tampoco es perfecta.

Como coletazo de la caída del legalismo, se despreció más de la cuenta a todo lo que oliera a sistema, sin advertir que ello en muchos aspectos implicaba abandonar cierto orden y previsibilidad necesarios, cuya repercusión significaba una involución institucional que afectaba principios republicanos y democráticos básicos, y la definitiva crisis de la clásica regla de división de poderes. El cimbronazo llegó hasta el mismísimo derecho de defensa en juicio. De este modo, iniciamos el siglo XIX admitiendo la obviedad de que ni el mejor sistema jurídico creado por el hombre puede prever una solución para cada uno de los casos que se deban resolver; por tal motivo, crece el protagonismo del encargado de resolver el caso concreto. No obstante, impera cierta confusión generalizada en nuestros días, fomentada por quienes propician la creación judicial de normas concretas de manera asistemática —no solo en los *casos trágicos y difíciles*, sino en todos—, por quienes sostienen extralimitaciones hermenéuticas o por quienes —directamente— proponen el paternalismo de magistrados omnipotentes como nueva y solapada forma de autoritarismo. No podemos botar siglos de evolución política buscando frenar, limitar y controlar el poder dividiendo sus funciones, desarrollando la democracia participativa y evitando la tiranía de las mayorías para permitir que hoy, subrepticamente, desde modelos enfocados en la solución de casos concretos se salten todas estas vallas.

Así como venimos haciendo referencia al sistema y al problema, nos estamos olvidando del hombre. Mientras la doctrina procesal y constitucional de hoy se encarga de posar su mirada en quien imparte justicia —discutiendo sus deberes, facultades y asignación de cuota de poder—, paralelamente sigue en deuda con quien necesita recurrir a ella. Habrá que explicar algún día por qué son muchos los que prefieren construir un sistema de justicia más a la medida de los jueces que de la gente. Justicia que, además, en algunos países resulta lisa y llanamente inaccesible para una porción importante de la población.

Quizás una asignatura pendiente de los juristas de este tiempo sea edificar y mejorar un sistema social y político enfocado realmente en el ser humano, donde la efectivización de sus derechos no sea una utopía, brindándole los medios necesarios y eficientes para ello. La perspectiva humana que adoptamos, al aceptar la esencial trascendencia del hombre, brinda la posibilidad de sortear los estrictos límites que otrora fijara el racionalismo antropocéntrico.

Observaremos con atención el relevante aporte social que el derecho procesal hace con su objeto de estudio, poniendo en manos del hombre un método de debate democrático, pacífico y civilizado que le permite el pleno ejercicio del derecho de defensa en juicio. Ese objeto de estudio es el proceso, medio sin el cual no puede concebirse un sistema político y social para el hombre, por ser pieza imprescindible en todo Estado que busque respetar su dignidad y libertad. Basta con que se omita la garantía del proceso para que todos los demás derechos reconocidos se conviertan en ilusas prebendas a merced de otra voluntad o del poder de turno.

Sin embargo, esta garantía solo podrá alcanzar su plenitud si inexorablemente los códigos de procedimientos se alinean con los derechos humanos, que son recibidos por el derecho internacional humanitario y, en mayor o menor medida, por las constituciones de corte democrático. Es en esta faceta donde se aprecia con claridad la relevancia de enlazar el derecho procesal con el derecho constitucional. Avanzando un poco más, advertiremos la importancia de ajustar el sistema de enjuiciamiento a fin de evitar colisiones con el macrosistema jurídico, político, económico y social. Macrosistema que a su vez debe edificarse mirando no solo el derecho interno, sino también las declaraciones, tratados, pactos y convenciones internacionales que consagran los derechos del hombre.

Un escollo insalvable para toda obra que se precie de jurídica es la inevitable falta de anuencia acerca del significado de la voz *derecho* y de su objeto de estudio. Si bien haremos referencia a este aspecto, a partir de allí aparecen otros problemas, como el obstáculo que trae aparejado en relación con el lenguaje: conceptos basales rozan corrientemente la multivocidad —o expresión de dos o más actividades con el mismo término— y la equivocidad —aplicación de una misma palabra a fenómenos que no tienen conexión directa—. En consecuencia, nos veremos obligados en lo sucesivo a volcar algunas aclaraciones sobre el

significado que le daremos a conceptos aquí tan relevantes como democracia y proceso, considerando un contexto que los relacione.

Adelantando aristas salientes del camino que transitaremos, con la intención de brindar algunas pautas que ordenen la lectura de nuestro desarrollo, en primer lugar, nos preocuparemos tanto por las vinculaciones que presentan entre sí los diversos conceptos tratados como por la mayor exactitud posible en el lenguaje que se va a utilizar. Se organizarán los contenidos considerando ciertos parámetros surgidos de la Teoría General de los Sistemas. Luego, siguiendo la premisa de observar un sistema social e institucional que resguarde los derechos inherentes a la persona humana, repasaremos conceptos útiles de cara a un modelo donde el ser humano se constituya en el centro y fin del ordenamiento jurídico, a la vez que el derecho cumpla la misión de regular las relaciones intersubjetivas.

Del sistema y su contenido, pasaremos al hombre, para indagar sobre la problemática de la efectivización de sus derechos. Después, incursionaremos en el examen del subsistema de enjuiciamiento que debe incluir una sociedad para asegurar en última instancia la mencionada efectivización de los derechos de las personas, intentando hallar a aquel que respete las características de un sistema democrático. Ello nos conducirá al medular análisis del proceso jurisdiccional y su distinción con el procedimiento, antes de referirnos al papel actual de los jueces o árbitros en una democracia. En definitiva, si vinculamos al proceso con la democracia, notaremos su doble función: ser el punto de contacto entre el sistema y el caso concreto en el plano jurídico, y, a la vez, ser el método de tránsito obligado previo a proferir una resolución emanada de autoridad, conformando así un límite al poder.

Es nuestra intención aportar algunas reflexiones orientadas a dilucidar las características de un sistema de enjuiciamiento compatible con la dignidad humana y las instituciones democráticas, convencidos de que ello puede ayudar a una mejor calidad de vida a partir del respeto de los derechos humanos y la fijación de límites más precisos al ejercicio del poder y la incumbencia de los funcionarios. Porque el hombre que convive en sociedad también requiere una mínima previsibilidad y seguridad, necesarias a la hora de trazar planes. Porque del futuro de nuestros hijos se trata.

Gustavo Calvino  
Buenos Aires, agosto de 2011

**Primera parte**

# **Hombre, derecho, sistema y democracia**

## Capítulo 1

# El hombre, el derecho y los derechos humanos

### Sumario

1. Exordio. 2. El problema del lenguaje. 3. Advertencias sobre el concepto de derecho. 4. El derecho con derechos humanos. 5. El derecho en contacto con la vida social. 6. Recapitulación.

### 1. Exordio

Tras el fracaso del legalismo decimonónico a mediados del siglo pasado, es posible caer en la tentación de aplaudir ante un péndulo que se mueve hacia el extremo contrario, arrollando todo a su paso, sin distinguir lo que ya no sirve o es inconveniente de los legados que provienen del pasado pero que pueden aprovecharse.

Un exacerbado culto a la reacción sin razón –al estilo del candidato electo que solo piensa en asumir su cargo para destruir la mala o buena obra de sus predecesores porque no comparte su ideología– conduce al consumo de varios lustros posteriores a cada crisis, para que la calma que acompaña al equilibrio se instale por un tiempo. Es el costo que generalmente pagamos cuando transitamos de un modelo a otro.

No escapa a lo anterior el recorrido que, partiendo de una concepción racionalista positivista del Estado, nos depositó en los actuales realismos –por rotularlos de alguna manera, muy discutible y demasiado abarcativa– luego de vivir dos devastadoras grandes guerras que marcaron el tiempo del autoritarismo. En el legalismo, el derecho era la ley –con la codificación como estandarte–. Se apoyaba en un pretendido sistema cerrado y completo que daría respuesta a todos los problemas, con limitadas fuentes en donde la autoridad

jurisdiccional solo debía ubicar la norma por aplicar de manera estricta. Por el contrario, al alba del siglo XXI, se propagan ideas sostenidas en un derecho menos normativo y más abierto a los principios y las reglas –fuerte contenido axiológico– que excede el concepto de soberanía nacional a partir de la aceptación del derecho internacional de los derechos humanos, muy preocupado por las particularidades de cada caso por resolver, soslayando la sistematicidad y dejando en manos de los jueces el papel preponderante que, bajo el esquema decimonónico, poseía el legislador.

A nuestro juicio, queda mucho por hacer antes de que podamos conseguir un modelo suficientemente satisfactorio para el hombre que vive en sociedad, pues son varias las falencias y paradojas que encierran las nuevas propuestas y que son factibles de superar. Sin ir muy lejos, nos preocupa que en demasiados supuestos –casi sin querer– estemos centralizando en una sola persona la actividad de legislar, de juzgar y hasta de administrar, aunque se trate de un caso concreto, porque sus consecuencias generalmente trascienden a otros, lo que desnuda cierto descuido a la hora de determinar con nitidez los dominios en que debe desenvolverse cada operador y hasta algún grado de desobediencia a los límites impuestos.

Por estas razones, puede ser apropiado no olvidar el costado sistémico, que ayuda a asomar la cabeza más allá del caso concreto por resolver, con la intención de reexaminar las funciones y los vínculos entre los operadores. Estos, en definitiva, integran un macrosistema social donde el derecho –que ya casi ni se discute que es mucho más que solo ley– desempeña un papel de suma relevancia en las interrelaciones humanas.

Por lo tanto, antes de abordar un somero análisis de la sistematización, con la intención de observar si es dable extraer de ella aspectos que puedan ser útiles para nuestro desarrollo, creemos pertinente comenzar a desandar el camino repasando ideas acerca del derecho y los derechos humanos.

Quizá la cuestión resulte apasionante, porque los debates sobre las múltiples facetas del derecho parecen inagotables. Sin temor a equivocarnos, una de las razones primordiales que provoca las constantes disputas señaladas tiene un origen más o menos remoto en la falta de anuencia acerca del objeto de estudio e, incluso, sobre lo que significa el término derecho.

## 2. El problema del lenguaje

Con frecuencia, es sencillo hallar obras jurídicas cuyo puntapié inicial es la aclaración del significado de la voz *derecho* para el autor. Y esto debe ser tenido muy en cuenta por el lector, pues, de lo contrario, aumentan las posibilidades de que entable una pelea capítulo tras capítulo con el volumen que posa en sus manos.

Un reconocido jurista argentino contemporáneo, Julio B. Maier, recoge esta reiterada costumbre de comenzar explicando el concepto del derecho, lo que no ocurre en otras ciencias, ya que ello no es necesario para el desarrollo subsiguiente. Destaca que el tema, en realidad, no compete a la ciencia jurídica positiva, es decir, a los juristas, sino a la filosofía jurídica o a la Teoría General del Derecho, ramas del conocimiento que, a pesar de haberlo abordado recurrentemente, no han conseguido establecer un punto de partida firme o —cuando menos— algunos puntos de partida racionales y convencionalmente admitidos, que permitan elaborar con rigor lógico, intrasistémicamente, el área particular del derecho que se pretende abarcar.<sup>1</sup> De este modo, los conceptos fundamentales del derecho —entre ellos lo que el derecho es, su naturaleza como objeto de conocimiento, la vigencia o validez de sus reglas, su contenido, etc.— son objeto de una permanente y eterna discusión, suscitando soluciones muy diversas. Esta es —finaliza Maier— una de las razones de la necesidad de afirmar o, mejor dicho, confesar el punto de partida que se adopta en la obra por más que, incluso por dificultades de conocimiento, espacio y tema, esas explicaciones resulten, a menudo, insuficientes.<sup>2</sup>

Al encarar el análisis de diversas instituciones o figuras en cualquiera de las ramas jurídicas reconocidas, los inconvenientes sobre el objeto de estudio y la definición del derecho no quedan al margen. Las enseñanzas de la filosofía y la jusfilosofía pasan a ser de consulta obligada si se quiere labrar un criterio consistente.

La multivocidad y equivocidad del lenguaje no puede obviarse como uno de los problemas de obligatoria aparición en todo trabajo jurídico. De allí que, en nuestra opinión, de una manera u otra resulta imprescindible dedicar parte

---

<sup>1</sup> Cfr. Maier, Julio B. *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*. 2ª edición, 1ª reimpresión. Buenos Aires: Ed. del Puerto; 1999, p. 5.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 6.

del esfuerzo en fijar el alcance de los principales términos empleados para no desarrollar nuestras ideas dentro de la torre de Babel.<sup>3</sup>

En esta línea y respecto a la noción de derecho, Carlos Santiago Nino apunta una dificultad a la que se enfrentan tanto los juristas como las personas en general, cuya génesis está en la adhesión a cierta concepción sobre la relación entre lenguaje y realidad que hace que no se tenga una idea clara sobre los presupuestos, las técnicas y las consecuencias que deben considerarse para definir una expresión lingüística como la referida. Se piensa que los conceptos reflejan una presunta esencia de las cosas, donde las palabras son vehículos de los conceptos, existiendo una sola definición válida para una palabra, que se obtiene mediante intuición intelectual de la naturaleza intrínseca de los fenómenos denotados por la expresión, resultando la tarea de definir una descripción de hechos. A este enfoque se opone una concepción convencionalista acerca de la relación entre el lenguaje y la realidad que es defendida por la filosofía analítica, donde la vinculación entre el lenguaje como sistema de símbolos y la realidad ha sido establecida por los hombres.<sup>4</sup> Nino apoya esta vertiente convencionalista, añadiendo que los símbolos –que tienen solo una relación convencional establecida humanamente con los objetos representados– deben distinguirse de los signos –que tienen una relación natural o causal con el objeto que representan–. No obstante ser el lenguaje un sistema de símbolos, existe una tendencia racionalizada por alguna tradición filosófica prestigiosa a encarar las palabras como si fueran signos, es decir, como si tuvieran una relación natural –independiente de la voluntad de los hombres– con aquello que significan. Por consiguiente, la relación entre los símbolos y la realidad es convencional y no natural; el mismo término podría

---

<sup>3</sup> Se ha expuesto que, si nos dirigimos específicamente al lenguaje jurídico, en uno de sus niveles, la forma de la conducta sirve para explicar la regularidad normativa, porque debe existir una correspondencia entre el significado de la norma y la forma del comportamiento humano, de tal modo que sin forma no hay conducta normada, debido a que la verificación del cumplimiento del precepto se efectúa a través de las formas. La forma es importante para el derecho ya que responde a una necesidad de certeza. Cfr. Briseño Sierra, Humberto. *Compendio de derecho procesal*. México D.F.: Ed. Humanitas; 1989, p. 306.

<sup>4</sup> Cfr. Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2ª edición, ampliada y revisada, 13ª reimpresión. Buenos Aires: Ed. Astrea; 2005, pp. 11-12.

tener un significado diferente del que posee en el lenguaje ordinario con libertad para otorgárselo sin incurrir en falsedad.<sup>5</sup>

Cuando Habermas hace mención a lo que denomina *razón comunicativa* –distinguiéndola de la *razón práctica* referente a la reflexión sobre el obrar humano, porque ya no queda atribuida al actor particular o a un macrosujeto estatal-social, sino a la armonía entre aquella y la práctica social– está detectando un medio lingüístico por el cual se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida<sup>6</sup> con un contenido normativo, en la medida de que quien actúa comunicativamente no tenga más remedio que asumir presupuestos pragmáticos de tipo contrafáctico emprendiendo idealizaciones

---

<sup>5</sup> *Ibid.*, pp. 248, 249 y 251.

<sup>6</sup> V. Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 4ª edición. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Ed. Trotta; 1998, p. 65. Del pensamiento de Habermas –para quien la función propia del derecho es la de estabilizar expectativas (v. op. cit., p. 200), resolviendo la problemática conexión entre libertades subjetivo-privadas y la autonomía ciudadana con un concepto discursivo del derecho (p. 149)–, deriva una visión fuertemente procedimental, donde el derecho procedimentalizado y la fundamentación moral de principios son cosas que se remiten la una a la otra. La legalidad –agrega– solo puede engendrar legitimidad en la medida en que el orden jurídico reaccione reflexivamente a la necesidad de fundamentación surgida con la positivización del derecho, y ello de suerte que se institucionalicen procedimientos jurídicos de fundamentación que sean permeables a los discursos morales. A continuación, advierte que no deben confundirse los límites entre derecho y moral, pues los procedimientos que las teorías de justicia ofrecen para explicar cómo se enjuicia, desde un punto de vista moral, solo tienen en común con los procedimientos jurídicamente institucionalizados que la racionalidad del procedimiento habría de garantizar la validez de los resultados conforme ese procedimiento. Pero los procedimientos jurídicos se aproximan a una racionalidad procedimental perfecta o completa porque asocian criterios institucionales e independientes de manera tal que, desde la perspectiva de un no implicado, se puede establecer si una decisión se produjo o no conforme a derecho. El procedimiento que representan los discursos morales, es decir, los que están jurídicamente regulados, no cumple esta condición y en este caso la racionalidad procedimental es imperfecta o incompleta, ya que la cuestión de si tal o cual problema se ha enjuiciado desde un punto de vista moral es algo que únicamente puede decidirse desde la perspectiva de los participantes mismos (pp. 556-557, formando parte de un estudio previo del autor que data de 1986 titulado *Derecho y moral*, y que se reproduce en pp. 535-587. Debemos aclarar que Habermas en la época en que redactó el aludido trabajo entendía que, a los fines de la pretensión de su legitimidad, el derecho se subordinaba a la moral. Esta postura se modifica en el texto de su libro *Facticidad y validez*, donde derecho y moral se solapan en las razones morales que intervienen en la producción de una norma. V. introducción de Manuel Jiménez Redondo en *Facticidad y validez*, op. cit., p. 19). Así, concluye que un sistema jurídico es autónomo en la medida en que los procedimientos institucionalizados para la producción legislativa y la administración de justicia garantizan una formación imparcial de la voluntad y el juicio, y por esta vía permiten que penetre, tanto en el derecho como en la política, una racionalidad procedimental de tipo moral; no puede haber autonomía del derecho sin democracia realizada (p. 587).

—como atribuir a las expresiones significados idénticos, asociar a sus manifestaciones o elocuciones una pretensión de validez que trasciende el contexto, suponer a sus destinatarios capacidad de responder de sus actos, etc.—.<sup>7</sup> Por consiguiente, las formas de comunicación articuladas en términos de Estado de derecho, en las que se desarrollan la formación de la voluntad política, la producción legislativa y la práctica de decisiones judiciales, aparecen desde esta perspectiva como parte de un proceso más amplio de racionalización de los *mundos de la vida*<sup>8</sup> de las sociedades modernas, sometidas a la presión de imperativos sistémicos.<sup>9</sup>

Los llamados de atención sobre la función del lenguaje en el derecho vienen intensificándose; la filosofía desde el siglo XIX y los aportes de Husserl, Wittgenstein y Heidegger marcaron el camino señalando su importancia, al punto de que en la actualidad se ha llegado a apreciar que los conceptos filosóficos básicos no constituyen ya un sistema capaz de apropiárselo todo, sino medios para la apropiación reconstructiva de los conocimientos científicos.<sup>10</sup> Por lo tanto, quedan pocas dudas de la trascendencia de la labor del filósofo como centinela de la transparencia de los conceptos básicos.

### 3. Advertencias sobre el concepto de derecho

Sin pretender aquí dilucidar la causa que impide la unidad en torno al significado de la voz *derecho*, aspecto además bastante opinable, por lo menos existe coincidencia en que la discusión lleva siglos y que la palabra presenta una ambigüedad aun aumentada a medida que hacían su aparición diversas corrientes emanadas de la antigua disputa entre jusnaturalismo y positivismo alrededor de la relación entre derecho y moral: el jusnaturalismo teológico, el racionalista y el historicista, el escepticismo ético, el positivismo ideológico, el metodológico o conceptual, el formalismo jurídico, el realismo jurídico, etcétera. Más gráfica aunque simplista puede resultar la clasificación de doctrinas

---

<sup>7</sup> *Ibíd.*, p. 66.

<sup>8</sup> El sintagma *mundos de la vida*, que tanto utiliza Habermas, es tomado del padre del movimiento filosófico fenomenológico, Edmund Gustav A. Husserl (1859-1938). Representa la experiencia cotidiana de cada individuo y el fundamento de sentido que otorga la práctica comunicativa.

<sup>9</sup> Cfr. Habermas, *Facticidad...*, op. cit., p. 67.

<sup>10</sup> *Ibíd.*, p. 57.

expuestas por el brasileño Miguel Reale según una secuencia no temporal, sino basada en la dimensionalidad ontológica. Parte del unidimensionalismo del derecho como norma –Kelsen–, como hecho –los empiristas– y como valor –los jusnaturalistas–, continuando con las concepciones bidimensionales del derecho como hecho normativo –Jellinek– y como hecho axiológico –algunos culturalistas–, para desembocar finalmente en las concepciones tridimensionales, que él –notable tridimensionalista– desglosa en dos: la que entiende al derecho como realidad analizable en tres aspectos distintos, correspondiendo a cada uno una ciencia diferente, y la que define al derecho como realidad de estructura tridimensional y, como tal, estudiada por cualquier ciencia jurídica.<sup>11</sup> Y no podemos olvidar que también algunos eclécticos coinciden en que se pueden extraer conclusiones importantes de las diferentes orientaciones o escuelas filosóficas para luego reelaborar la idea, tarea que debe desempeñarse con una dosis de precaución para no derivar en un resultado amorfo o contradictorio.

Buscando evitar extendernos en este análisis más allá de lo mínimo indispensable, nos contentaremos con trazar unos lineamientos conceptuales de obligatoria inclusión debido a la anunciada advertencia de que nos enfrentamos a una de las voces de nuestra lengua con más variadas funciones gramaticales y con mayor multivocidad, lo que conlleva una polivalencia gramatical que hace que aparezca en función de sustantivo, de adjetivo, de adjetivo sustantivado y de adverbio –y en diferentes modos adverbiales–.<sup>12</sup>

Con acierto, un autor español jusnaturalista y seguidor de la Escuela Ecológica Argentina –conjunción que, a primer golpe de vista, puede parecer una rareza– ha subrayado hace más de medio siglo que, si el concepto del derecho, fundamental en una ciencia donde es su punto de partida, ha podido gozar de más de sesenta autorizadísimas definiciones, es fácil hacerse cargo del precario destino a que podía estar sujeta la ciencia jurídica.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Cfr. Reale, Miguel. *Fundamentos del derecho*. Traducción de la 2ª edición brasileña por Julio O. Chiappini. Buenos Aires: Ed. Depalma; 1976, p. XVIII.

<sup>12</sup> Cfr. Álvarez Gardiol, Ariel. *Derecho y realidad. Notas de teoría sociológica*. Rosario: Ed. Juris; 2005, p. 145.

<sup>13</sup> Cfr. Ibáñez de Aldecoa, Alfonso. *Meditaciones sobre la cientificidad dogmática del derecho procesal*. Buenos Aires: Ediciones Arayú; 1954, p. 54.

Se ha indicado casi como un ideal que lo fundamental sería definir el derecho captando las notas que le distinguen de los demás objetos del conocimiento y que constituyen su permanente significado, sin importar el nivel de lenguaje en que la palabra se emplea, ni el tiempo ni el espacio en que se haga,<sup>14</sup> meta hasta el momento difícil de alcanzar dada la multifacética observación que se propaga del fenómeno y los diversos niveles de lenguaje conceptual.

El problema epistemológico del objeto de estudio del derecho hace que entre las distintas posiciones se ofrezca un abanico de posibilidades que van desde la norma hasta los valores, pasando por los hechos y las conductas, alineándose a su vez en unidimensionalismos –que optan por un solo objeto– y pluridimensionalismos –dos o más–. A estos últimos se les ha criticado que no atienden solo al ser del objeto, sino a la finalidad de este y a su funcionamiento, confundiendo el plano de la pura ciencia del derecho con el de otras disciplinas que estudian el fenómeno jurídico y aun su *praxis*, adicionando que ninguna ciencia tiene pretensión plurirregional respecto a la esencialidad de su objeto propio.<sup>15</sup> Por otro lado, desde el *trialismo* se ha objetado que los infradimensionalismos son moradas inadecuadas para el fenómeno jurídico que originan serias deformaciones e inconsecuencias en su captación y, en definitiva, obstaculizan una dirección auténticamente científica de la vida del derecho, porque cualquiera de las dimensiones jurídicas que haya de ser ignorada se introduce por la fuerza incontrastable de la realidad.<sup>16</sup>

Un aspecto que se menciona a menudo es que el derecho necesita de la interacción humana para exceder el plano de la abstracción y ponerse al servicio de las conductas, trasladándose así de la teoría a la experiencia. El punto de contacto del derecho con el comportamiento humano se percibe a partir de su aplicación a una relación de conductas. Porque ya sea que se la tome como su objeto de estudio o como uno de los factores de influencia sobre la norma, la conducta humana se encontrará ligada o vinculada a la idea de derecho, sobre todo en el plano de la realidad social donde acontece, siguiendo terminología de Del Vecchio, la interferencia intersubjetiva. Aunque es sencillo advertir que

---

<sup>14</sup> Cfr. Briseño Sierra, *Compendio...*, op. cit., p. 7.

<sup>15</sup> Cfr. Álvarez Gardiol, *Derecho y realidad...*, op. cit., p. 140.

<sup>16</sup> Cfr. Ciuro Caldani, Miguel Ángel. *Derecho y política. El continente político del derecho. Elementos básicos de una filosofía política trialista*. Buenos Aires: Ed. Depalma; 1976, p. 41.

no todas las conductas humanas atañen al derecho, sino solamente aquellas que constituyen interacciones, descartándose las privadas o íntimas que no afectan a terceros. Esta apreciación se limita a una descripción del acontecimiento práctico, pero no nos brinda respuesta a ese gran problema de la filosofía jurídica sobre qué es el derecho.

Por lo pronto, el panorama marca una tendencia a la improbabilidad de que en un futuro cercano los hombres contemos con una respuesta única sobre qué es el derecho. Sin embargo, es posible verificar un gran avance en cuanto a la toma de conciencia del fenómeno desde la consolidación del derecho internacional de los derechos humanos, hito reciente de tremenda magnitud que claramente nos señala que el derecho no solo es ley positiva, pese a que esta idea no es ninguna novedad. Por eso, no debemos olvidar ni desdeñar las contribuciones forjadas –sobre todo– a partir del derecho natural clásico surgidas de la doctrina del *ius gentium* hispánico –donde, en el siglo XVI, resalía Francisco de Vitoria<sup>17</sup> y reflexionar profundamente respecto de algunas teorías sobre derechos humanos de corte racionalista-antropocéntrico.

A partir de este cambio en el mundo jurídico del siglo XX –al punto de que no nos parece disparatado sostener que cada una de sus disciplinas debe ingresar en un proceso de revisión y replanteo para sintonizar con aquel–, han perdido actualidad e interés varios conceptos tan arraigados que se repetían como si fueran dogmas. Y dentro de este grupo, algunos que pretendían dar en la tecla al definir nada más y nada menos que al *derecho* mismo.

Y aquí queríamos llegar: ¿es defendible hoy en día una pretendida definición de derecho que siquiera considere los denominados *derechos humanos*? Preferimos dedicar unas líneas a ese aspecto por su influencia práctica en lo que sigue, antes que insistir con imponer nuestra concepción del derecho, sin perjuicio de que, inexorablemente, se nos escaparán algunas ideas relativas a nuestra posición.

#### 4. El derecho con derechos humanos

Como por inercia, gran parte de las explicaciones sobre el derecho siguen alimentándose de ideas de otros tiempos, donde ni por asomo se vislumbraba

---

<sup>17</sup> V. Dip, Ricardo. *Los derechos humanos y el derecho natural. De cómo el hombre imago Dei se tornó imago hominis*. Madrid: Ed. Marcial Pons; 2009, p. 16.

un derecho internacional de los derechos humanos que trasladara el epicentro a la persona humana. Puede resultar curioso, pero muchas veces los derechos humanos –incluyendo variada terminología, como derechos del hombre, fundamentales, morales,<sup>18</sup> inherentes a la persona, naturales, esenciales, etc.– se consideran para todo, salvo para intentar establecer la definición del derecho.<sup>19</sup>

El profesor Javier Hervada nos ilustra brillantemente al respecto. Destaca que comúnmente se entiende por derechos humanos aquellos derechos que el hombre tiene por su dignidad de persona<sup>20</sup> –o, si se prefiere, aquellos derechos

---

<sup>18</sup> Según Rex Martin, existe acuerdo general entre los filósofos en que los derechos humanos son derechos morales. Aclara que el vocablo *moral* parece estar cumpliendo en gran parte la misma función que cumplía el vocablo *natural*: la descripción de los derechos como naturales daba a entender que no eran convencionales o artificiales, en el sentido en que lo son los derechos jurídicos. V. Martin, Rex. *Un sistema de derecho*. Traducción de Stella Álvarez. Barcelona: Ed. Gedisa; 2001, p. 96.

<sup>19</sup> Esta lista –seguramente parcial– de expresiones es empleada por muchos con idéntico sentido; nosotros preferimos hacer mención a los *derechos humanos*. John Finnis (v. *Ley natural y derechos naturales*, traducción de Cristóbal Orrego Sánchez con la colaboración de Raúl Madrid Ramírez, Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot; 2000, p. 227) sostiene que *derechos humanos* es un modismo contemporáneo para *derechos naturales*, por lo que utiliza ambas voces como sinónimos. Algunos autores prefieren ser más específicos, inclinándose por una de las denominaciones y otros, criticar alguna de ellas. Así, por ejemplo, para Norberto Bobbio (v. *El problema de la guerra y las vías de la paz*, 1ª reimposición, traducción de Jorge Binaghi, Barcelona: Ed. Gedisa; 2000, p. 138), la expresión *derechos del hombre* puede inducir a error, porque hace pensar en la existencia de derechos pertenecientes a un hombre abstracto y como tal sustraído al flujo de la historia, a un hombre esencial y eterno. Hoy sabemos –prosigue– que también los derechos denominados *humanos* son el producto no de la naturaleza, sino de la civilización humana; en cuanto derechos históricos son cambiantes, es decir, susceptibles de transformación y expansión. A nuestro juicio, entender a los derechos humanos como un producto histórico o cultural conduce a considerarlos como una creación social que se obtendría a partir de la ley, la costumbre o el consenso, transformándolos en algo endeble y apartado de su génesis en la misma naturaleza humana.

<sup>20</sup> Se enfatiza –sin desligarse de cierta influencia kantiana– que la dignidad de la persona es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los demás seres vivos, la que constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin, además de dotarlo de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad. La dignidad es así un valor inherente a la persona humana que se manifiesta a través de la autodeterminación consciente y responsable de su vida, y que exige el respeto de ella por los demás. V. Nogueira Alcalá, Humberto. “La dignidad humana y los derechos fundamentales. El bloque constitucional de derechos fundamentales”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción de Chile*, N° 15, 2007-1, Concepción, p. 44. Si bien a partir de la autorizada obra de André Lalonde se reporta a *Fundamentos de la metafísica de las costumbres* de Emmanuel Kant el principio de la dignidad humana, es posible hallar la primacía histórica de su reconocimiento en la doctrina bíblica del hombre *imago Dei* (Génesis, 1-27) y el Cristo que, hecho hombre, es también imagen del Dios invisible (Epístola de San Pablo a los Colosenses, 1-15). El tema del hombre *imago Dei* ya se encuentra tratado por varios pensadores cristianos precedentes a Kant; no obstante, como la religión cristiana está ordenada a Dios, no al hombre, la afirmación de una

inherentes a la condición humana— que deben ser reconocidos por las leyes. Dado que preexisten a las leyes positivas, ellas los declaran y reconocen —y nunca los otorgan o conceden—,<sup>21</sup> de manera tal que son consideradas justas si respetan los derechos humanos, e injustas y opresoras si son contrarias a ellos;<sup>22</sup> incluso se admite que la falta de reconocimiento genera legitimidad al recurso a la resistencia —activa o pasiva—. <sup>23</sup>

Si los derechos humanos —continúa el catedrático de la Universidad de Navarra— no constituyen un espejismo, parece claro que tienen una relación íntima con el concepto de derecho. No obstante, los filósofos del derecho, al intentar llegar a un concepto de este, no han tenido en cuenta —al menos en debida proporción— los derechos humanos. A partir de allí, Hervada subraya la contradicción en que incurren los filósofos y juristas que niegan que los derechos humanos sean propiamente derechos: siguen llamándoles derechos, pero en realidad estiman que se trata más bien de valores, postulados políticos, exigencias sociológicas, etcétera. Y remata que el origen de estas opiniones se encuentra en la negación de que pueda preexistir un derecho fuera de la concesión u otorgamiento de la ley positiva, ya que consideran únicamente a esta como verdadero derecho.<sup>24</sup>

Sin dudas, los apuntes precedentes nos ayudan a reflexionar sobre dos aspectos que bien merecen ser tomados en consideración.

En primer lugar, el recurrente anuncio desde distintas corrientes que ensalzan constantemente la importancia de los derechos humanos para el mundo jurídico muestra paradójicamente a esos mismos derechos humanos al margen de toda definición de derecho. Y ya tenemos a esta altura más o menos clara la incidencia de este concepto como punto de partida de toda elaboración jurídica.

---

centralidad teocéntrica del universo rompe, en el cristianismo, con la afirmada tendencia antropotrópica de la concepción kantiana. Cfr. Dip, *Los derechos humanos...*, op. cit., pp. 16-19.

<sup>21</sup> Cfr. Hervada, Javier. *Escritos de derecho natural*. 2ª edición ampliada. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra; 1993, p. 452.

<sup>22</sup> *Ibíd.*, p. 454.

<sup>23</sup> *Ibíd.*, p. 452.

<sup>24</sup> *Ibíd.*, pp. 457-458.

En segunda posición, parece quedar al descubierto cierta inconsistencia argumental en el juspositivismo que asimila y limita el derecho a la ley positiva, pues queda huérfana de explicación la innegable preexistencia de los derechos humanos respecto al ordenamiento jurídico positivo: aquellos nacen con el hombre, transmiten o proyectan un contenido inmanente de justicia y son inherentes a la persona humana, creadora del ordenamiento aludido en su propio beneficio –de allí que este los declara y reconoce–. Incluso, cuesta disimular las dificultades de acercamiento de dicha línea de pensamiento filosófico con el derecho internacional de los derechos humanos, que en los pactos y tratados internacionales que lo integran decididamente se ha inclinado por la terminología y la orientación jusnaturalista, única compatible con un sistema de derechos preocupado por la persona humana y su dignidad, y que implícitamente trae aparejado un núcleo de derechos básicos distinguible del derecho positivo. Igual suerte corren las ideas culturalistas, pues en definitiva no dejan de sostener que los derechos humanos constituyen una creación o producto del propio hombre, desconociendo su carácter de esencialidad e inherencia a su ser.

Por consiguiente, podemos concluir que, si se acepta sin cortapisas al derecho internacional de los derechos humanos, debe admitirse al menos que tanto el derecho positivo como el derecho natural son parte del sistema jurídico. Deliberadamente, continuaremos nuestro desarrollo sin ingresar aquí en el atrapante examen de las relaciones entre uno y otro.

Si nos dirigimos específicamente a la norma jurídica y efectuamos un ejercicio teórico donde la separamos para tomarla en estado de pura abstracción, notaremos que a menudo su misión es regular mayormente futuras conductas intersubjetivas, sin apartarse de ciertos presupuestos tales como la preferida irretroactividad de aplicación –a fin de aportar previsibilidad y seguridad al sistema– y los aludidos derechos humanos. Así mismo, esta norma respetará otros valores acogidos sistémicamente, resultando incluso fruto respetuoso de los procedimientos democráticos de elaboración y vigencia.

La norma debe ajustarse a ciertas condiciones –axiológicas, procedimentales, políticas, culturales, consuetudinarias, de inteligibilidad, etc.– para que sea aceptada como parte integrante del derecho positivo por sus destinatarios, que son los hombres. De este modo, al concretarse en su confluencia con el comportamiento intersubjetivo, se evitan nuevos conflictos basados en la

incompatibilidad e incoherencia sistemática derivados de su aplicación y el rechazo o resistencia de los destinatarios por contrariar sus derechos humanos, quienes, ante esta situación, al menos evaluarán el grado de coerción al que se exponen, ya que sentirán alguna inclinación hacia su incumplimiento. No obstante, el panorama descrito no luce diáfano en el contexto actual, dada la crisis que se verifica en la regla de división de poderes. Más adelante ahondaremos en la cuestión.

En definitiva, la indagación sobre el ser del derecho y su objeto nos enfrenta ante importante cantidad de opiniones tan diversas como notables, muchas de las cuales aún están en etapa de expansión y desarrollo. Esta situación, sumada a una dosis de impaciencia –comprensible por cierto ante la alta probabilidad de que esta discusión continúe hasta el fin de los tiempos– conduce a la necesidad de fijar, primero, una posición y a detectar, luego, algunos puntos de confluencia con otras líneas de pensamiento. Lo que a nosotros sí nos queda claro es que no podemos avanzar en la definición de la voz *derecho* sin considerar en ella a los denominados derechos humanos. Y considerar los derechos humanos implica, sin más, tomar como piedra angular a la dignidad de la persona humana.

## 5. El derecho en contacto con la vida social

La imposibilidad de establecer una definición única y aceptada sobre el derecho representa una manifestación más de nuestra limitación cognoscitiva como seres humanos. Entonces, adquieren mayor valor la posición del observador y la metodología seleccionada.<sup>25</sup>

Si la perspectiva adoptada se enfoca en el hombre que vive en una sociedad democrática sistemáticamente organizada, continente de un ordenamiento jurídico que declara y reconoce los derechos humanos y se establece para

---

<sup>25</sup> Habermas (op. cit., p. 68) ha notado que la tensión entre planteamientos normativistas –que siempre corren el riesgo de perder el contacto con la realidad social– y planteamientos objetivistas –que eliminan todos los aspectos normativos– puede servir como advertencia para no empecinarse en ninguna orientación ligada a una sola disciplina, sino mantenerse abiertos a distintos puntos de vista metodológicos –participantes *vs.* observador–, a diversos objetivos teóricos –reconstrucción efectuada en términos de comprensión y de análisis conceptual *vs.* descripción y explicación empíricas–, a las diversas perspectivas que abren los distintos roles sociales –juez, político, legislador, cliente de las burocracias estatales y ciudadano– y a distintas actitudes en lo que se refiere a pragmática de la investigación –hermenéutica, crítica, analítica, etc.–.

regular las relaciones intersubjetivas de manera tal que le sean respetados en su medida correspondiente todos sus derechos, será vital ocuparse de la actividad que despliegan las personas. Esta actividad posibilita la percepción de los comportamientos humanos, los cuales no son ajenos al derecho.

Debemos reconocer el mérito de la denominada Escuela Ecológica Argentina –que fundara Carlos Cossio<sup>26</sup>– de instalar, en un ambiente absolutamente normativista, el foco en la conducta jurídica. Alertó ya desde su definición de derecho como *libertad metafísica fenomenolizada en la experiencia* o como *conductas en interferencia intersubjetiva* acerca de la importancia del comportamiento humano.

José Vilanova, uno de los discípulos de Carlos Cossio con mayor trayectoria, ha señalado que en el derecho civilizado moderno la forma más conspicua de asignar sentidos a las conductas es por medio de la sanción, la promulgación y publicación de leyes, ordenanzas, reglamentos, etcétera. En ellas la atribución de sentidos jurídicos se hace por medio de la palabra, a la que corresponde una significación, referida a un género o clase de acciones.<sup>27</sup> Aunque no solo en las prescripciones se le asigna sentido jurídico a la conducta a través de la palabra, también en los tratados, contratos, promesas, juramentos y otros actos lingüísticos.<sup>28</sup>

No vamos a extendernos aquí en desmenuzar y criticar lo que aportó la Escuela Ecológica, enrolada mayoritariamente en el juspositivismo,<sup>29</sup> aunque apartada del normativismo formal y abstracto. Con raíz neokantiana y basamento en la fenomenología existencial de Husserl, en la filosofía existencial de Heidegger y en las nociones de libertad metafísica y proyecto como avance de su propio futuro que hace dicha libertad, intenta concebir el derecho como conducta, como vida humana<sup>30</sup> –viviente y no objetiva, di-

---

<sup>26</sup> Carlos Cossio nació en San Miguel de Tucumán el mismo día en que el joven maestro Giuseppe Chioyenda brindaba su célebre exposición en la Universidad de Bolonia a la que nos referiremos en el próximo capítulo: el 3 de febrero de 1903. Falleció en Buenos Aires el 24 de agosto de 1987.

<sup>27</sup> Cfr. Vilanova, José. *Elementos de filosofía del derecho*. 2ª edición actualizada. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot; 1984, pp. 401-402.

<sup>28</sup> *Ibíd.*, p. 403.

<sup>29</sup> Como ya hicimos notar, el español Alfonso Ibáñez de Aldecoa adhería a la Escuela Ecológica siendo declarado jusnaturalista.

<sup>30</sup> Cfr. Vilanova, *Elementos...*, op. cit., p. 81.

ferenciándose así de Luis Recaséns Siches—. Todavía se recuerda la disputa mantenida con Hans Kelsen —cuando el profesor austríaco visitara Buenos Aires durante el mes de agosto de 1949— y el criticado agnosticismo de algunos encumbrados egologistas, llevado al punto de repudio hacia el derecho natural, que consideraban *precientífico*.<sup>31</sup>

Por nuestra parte, rescatamos de esta vertiente que ha logrado despertar el interés de los juristas por las conductas, conociendo los reparos que desde otros sectores ha recibido por ubicar el derecho en el mundo de los objetos de la cultura, que lo hace mirar hacia el pasado, desentendiéndose de esa preocupación del ser humano por su futuro y olvidando que el derecho —como objeto ideal— debe ofrecer una posibilidad de acción.<sup>32</sup>

El constitucionalista argentino Germán Bidart Campos ha reconocido que Carlos Cossio nos ha dejado una obra original, quizá la más creativa en la filosofía del derecho surgida en Argentina y, lamentablemente, poco cultivada el día de hoy; volver a la egología es ir a beber sabiduría, aun cuando acaso no se comparta su visión. Y ello porque la egología aporta ideas valiosas para hacerlas converger con otras, sin que para ello sea obstáculo la oposición con algunas.<sup>33</sup>

Es bien sabido que la conducta humana es estudiada por varias disciplinas. Así, además del derecho, se ocupan del comportamiento humano la economía, la pedagogía, la política, la lingüística, la antropología, la sociología, la historia, la epistemología y la psicología, que en cada caso se diferencian entre sí por relacionarlo con cuestiones o aspectos diferentes —normas, dinero, aprendizaje, comunicación, cultura, etc.—.

Estas disciplinas pueden enriquecerse recíprocamente intercambiando datos, conceptos e ideas. Incluso, pueden llegar a combinar conocimientos de una manera más amplia dando lugar a ramas del rango de la sociología jurídica,<sup>34</sup> la psicopedagogía o la economía política.

<sup>31</sup> *Ibid.*, pp. 71-72.

<sup>32</sup> V. Álvarez Gardiol, *Derecho y realidad...*, op. cit., p. 161.

<sup>33</sup> Cfr. Bidart Campos, Germán. "Algunos aniversarios que debemos recordar en este año 2003 con memoria jurídica". *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. 2003-E, p. 1491.

<sup>34</sup> La fundación de la sociología jurídica se atribuye al erudito Eugene Ehrlich, nacido en Czernowitz, Imperio Austro-húngaro, el 14 de septiembre de 1862.

Si bien el derecho debe ocuparse de la conducta humana, pues un sistema jurídico se construye en miras de regular normativamente relaciones de comportamientos intersubjetivos, no debemos olvidar que dicho sistema solo dará el sitio de honor al hombre si se instituye a partir de derechos preexistentes inherentes a su naturaleza que deben ser declarados, reconocidos y garantizados. Y en esta función garantizadora –donde incluimos su propia efectivización– es donde adquiere trascendencia la tarea del derecho procesal, rama jurídica a la que le dedicaremos el próximo capítulo. Más adelante –al incursionar en la capital diferenciación conceptual entre proceso y procedimiento– estas pinceladas sobre la conducta humana –que quizá pueden parecer aquí desubicadas– deberán ser tenidas muy en cuenta.<sup>35</sup>

## 6. Recapitulación

Sin originalidad, pero convencidos de su provecho, hemos comenzado nuestro recorrido exponiendo algunas ideas sobre el derecho, las cuales fueron seleccionadas atendiendo el desarrollo venidero.

Acorde con nuestra preocupación por el hombre, destacamos el inconveniente que la filosofía de estos tiempos presenta al no incluir en la medida adecuada –salvo excepciones– a los derechos humanos dentro del concepto de derecho.

---

<sup>35</sup> Si afinamos el examen centrándolo ya en el ámbito del derecho procesal, advertiremos que en el procedimiento se conectan conductas y se ubican los requisitos de tiempo, espacio y forma, que se introducen para sostener la seguridad jurídica y la certeza. El proceso, en cambio, para funcionar en un sistema social de características democráticas como método de debate para la efectivización de derechos debe privilegiarlos lógicamente. Sin embargo, la realidad nos muestra que muchas veces los derechos dependen más del color de la tinta, del tamaño del papel o de la cantidad de copias de traslado que se acompañen, que de su fundamentación y viabilidad. Existe, en consecuencia, una suerte de subversión de tal gravedad por la que pasa a valer más el procedimiento que el proceso, conllevando la imposición de tantos requisitos irrazonables sobre la expresión de la conducta para que sea considerada por la norma que se termina impidiendo más de un intento en procura de defender los derechos. Esta situación, en la práctica, torna inoperante en varias ocasiones hasta al mismísimo medio brindado para la realización de los derechos inherentes al hombre, sembrando de paso la desconfianza en las instituciones. Porque si el sistema pretende priorizar al ser humano, no es aceptable que se lo inmovilice de tal manera que sus derechos se conviertan en un beneficio otorgado a discreción por quien ejerce el poder. Tampoco aceptamos la opción del otro extremo –que consiste en excluir toda regla preestablecida o fijar una sola que prescriba que la única regla es que no hay reglas–, porque así directamente se instala estructuralmente la imprevisibilidad en la sociedad, a costa incluso del derecho de defensa en juicio.

A su turno, la aceptación del derecho internacional de los derechos humanos tan en boga actualmente –de indudable orientación *pro homine*– implica que tanto el derecho positivo como el derecho natural sean parte de un sistema jurídico que, si bien debe ocuparse de regular las relaciones intersubjetivas, únicamente puede construirse y sostenerse a partir de la declaración, reconocimiento y protección de los derechos que son inherentes a la naturaleza y dignidad humanas, garantizado por algún medio respetuoso de ellos. De lo contrario, no superarán la categoría de derechos *nominales*: no funcionarán como derechos por su propia endeblez e incompletitud. Allí comienza a tallar el problema de la efectivización.

Nuestra formación procesalista nos conduce a volcar a continuación algunas reflexiones sobre lo que el derecho procesal tiene para ofrecernos al respecto.

## Capítulo 2

# El derecho procesal

### Sumario

1. Exordio. 2. Dos mitos del proceso. 3. El derecho procesal y su objeto de conocimiento. 4. Algunos apuntes históricos del derecho procesal. 5. La apertura hacia otras disciplinas, la sistematización y la Teoría Unitaria del Derecho Procesal. 6. Recapitulación.

### 1. Exordio

Luego de repasar ideas sobre el derecho, estimamos conveniente compartir de alguna manera a qué se debe tan pronto este aterrizaje sin escalas en una de las más maltratadas de sus disciplinas o ramas: el derecho procesal.

Cierto exceso en su asimilación con el formalismo y el formulismo conducen a que, con frecuencia, se recuerde la frase atribuida a Consolo que lo califica como la *tomba del diritto* y la difundida caracterización de Bentham como *derecho adjetivo*. Así, parece que el derecho procesal es una creación diabólica que aniquila todo lo bueno que aporta el derecho que se rotula como *de fondo o sustancial*.

Una tendencia asentada en su momento por el guardasellos del imperio austrohúngaro Franz Klein instaló hace más de un siglo una visión del proceso civil como mal social, relacionado con la pérdida de tiempo y dinero, indisponibilidad de bienes, fomento entre las partes litigantes de odio, ira y otras pasiones fatales para la convivencia.<sup>36</sup> Esta concepción fue plasmada en su célebre *Reglamento*, que entró en vigencia el día 1º de enero de 1898.

---

<sup>36</sup> V. Cipriani, Franco. “El proceso civil entre la libertad y la autoridad (el Reglamento de Klein)”. En: Alvarado Velloso, Adolfo & Zorzoli, Oscar (dirs.). *El debido proceso*. Colección Derecho Procesal Contemporáneo. Buenos Aires: Ed. Ediar; 2006, p. 157. En este profundo estudio (v. pp. 160-162)

## 2. Dos mitos del proceso

Aun pecando por simplistas, podemos extraer de lo antes expuesto dos de los mitos que alentaron el generalizado descrédito sobre el derecho procesal para el hombre de a pie: la perspectiva del proceso como un mal –y no un método pacífico de defensa y efectivización de derechos– y su preferencia por formalismos que se utilizan como artimañas para que triunfe la mentira sobre la verdad.

Creemos que no vale la pena derrochar energías en derribar el primer mito, pues cae por sí mismo: en la actualidad es insostenible convencer a alguien de que negarle el derecho humano de peticionar a las autoridades –que posibilita el acceso a la justicia– o la garantía del proceso es hacerle un favor, pues se lo está alejando de las tinieblas. Siquiera recurriendo a argumentos utilitaristas relacionados con la inamovilidad patrimonial reforzaremos la posición *sub examine*, en virtud de que parece infantil adjudicarle la culpa de ello al proceso en vez de a otros factores, como la falta de previsión, certeza o acuerdo sobre el destino de los bienes en disputa. Si la humanidad, hace siglos, encontró en el proceso una respuesta pacífica al uso ilegítimo de la fuerza para resolver sus conflictos –devenidos en litigios– no aparece con la crítica apuntada, en absoluto, creación superadora alguna.

---

Cipriani –fallecido a fines de abril del 2010– nos recuerda que el antecedente del Reglamento de Klein fue el Reglamento Judicial de José II de 1781 –al que califica como un monumento del despotismo ilustrado del siglo XVIII– que, justamente pasado a la historia como el primer código procesal moderno, establecía un proceso ordinario escrito y secreto, con una interposición de la demanda subordinada a la autorización del juez, con solo dos actos a disposición de cada una de las partes –demanda, contestación, réplica y dúplica–, con el sistema de la prueba legal, la preeminencia absoluta de los poderes del juez en la dirección del procedimiento, la imposibilidad de modificar las demandas y las excepciones en el curso de la primera instancia, las sentencias motivadas solo si son impugnadas y la prohibición de introducir lo nuevo en la apelación. Luego, se dictó el edicto del 11 de febrero de 1786, con el cual José II reformó el ordenamiento judicial, aboliendo las competencias especiales y privilegiadas, y estableciendo la articulación jerárquica de los tres grados de juicio: su consecuencia fue que, con esta disposición, José II obtuvo el control sobre todos los jueces y sobre todos los procesos. Finalmente, el profesor de la Universidad de Bari señala que este sistema se mantuvo vigente hasta la reforma de Klein, la cual –dejando a salvo el control del ejecutivo sobre los jueces– refuerza más los poderes de los magistrados y limita aún más las garantías de las partes, adquiriendo con ello un solo significado: utilizar al controladísimo juez para neutralizar definitivamente a las partes –*rectius*, a los abogados, desde siempre considerados la causa de muchos, cuando no de todos, los males del proceso–, controlándose así desde lo alto toda la administración de la justicia civil.

Quizá merezca una explicación mayor el mito del *formalismo*, que a su vez nos obliga a diferenciarlo del *formulismo*.

Recordemos que existen puntos de contacto entre el derecho y las conductas humanas. Y a estas, es posible asignarles en su expresión uno o más significados, tal como suele ocurrir con las palabras. De la relación derecho-conducta, lo único que llega a nuestros sentidos es una manifestación que se representa de determinada forma. Esa conducta expresada de determinada manera y que así es captada por los sentidos es la considerada por el derecho. Forma, entonces, es expresión o manifestación, aparición o no de actos, dado que hasta en la abstención hay conducta.<sup>37</sup>

Si contemplamos al hombre que convive en una sociedad democrática organizada y con un ordenamiento jurídico orientado hacia él que se establece para regular las relaciones intersubjetivas, apreciaremos actividad –de la vida misma– y, junto a ella, estos comportamientos humanos que interesan al derecho. Ergo, es necesaria la exteriorización de la conducta voluntaria, que debe ser percibida por los sentidos ajenos si se aspira a que produzca algún efecto jurídico. La exteriorización es lo que corrientemente se denomina *forma del acto jurídico*,<sup>38</sup> a la vez considerado uno de sus elementos esenciales.

Por consiguiente, si la voluntad necesita ser captada por los sentidos de otra persona como paso previo e inexorable a que produzca efectos jurídicos –captación que es posible solo luego de cierta expresión–, no se puede concebir acto jurídico sin forma. Si esta imprescindibilidad de la forma en todo acto jurídico la trasladamos al *acto procedimental* –que para nosotros siempre contendrá un sentido *procedimental* y, a veces, además uno *procesal*–,<sup>39</sup> ya no

<sup>37</sup> Cfr. Briseño Sierra, *Compendio...*, op. cit., p. 305.

<sup>38</sup> Preferimos emplear la palabra *forma* cuando se hace referencia a las cosas, y la voz *expresión*, cuando nos enfocamos en las conductas. No obstante, se encuentra mucho más divulgado el uso del sintagma *forma del acto jurídico* que *expresión del acto jurídico*.

<sup>39</sup> Esto se explica por la existencia de la posibilidad efectiva de que se conceda más de un sentido mental a un acto que se exterioriza. Por lo tanto, la manifestación de un acto puede tener diversos significados o móviles; la idea expuesta sirve para comprender por qué un mismo acto puede contener un móvil o significado procedimental y otro procesal.

*costará mucho apartarse de la tan repetida creencia de que las formas son nefastas para el procedimiento y para el proceso.*<sup>40</sup>

*Este breve análisis sobre la forma o expresión del acto jurídico —y su especie acto procedimental—* sirve para situar el problema en el eje que corresponde: la forma —por un lado— y el formalismo y el formulismo —por el otro— no deben ser confundidos. Veamos.

Por lo general, se hace mención a la *libertad* y la *legalidad* de formas, del mismo modo que se observa que las normas pueden establecer formas de modo indicativo o inderogable. La diferencia estriba en que aquella admite otras clases de manifestaciones como válidas para que la conducta produzca efectos jurídicos, mientras que la inderogable reconoce efectos jurídicos únicamente al acto cuya expresión se ajusta al patrón que fija.

La estrictez de las formas inderogables —llevadas al campo procedimental y, sobre todo, al sentido procesal de los actos procedimentales— puede acarrear consecuencias dañosas. En esta línea, se ha recalcado que, cuando el autor de la norma ha implantado este tipo de forma por razones circunstanciales que pueden ser la experiencia, el capricho, su propia conveniencia o la facilidad que entonces se tenía para acreditar el hecho con ese medio, es casi seguro que la forma caiga en el formalismo indeseable, porque los avances de la ciencia o de la técnica pueden ofrecer mejores formas inútilmente. El formalismo es, en tal virtud, el resultado de convertir la forma jurídica en una elección inmodificable.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Esta aclaración debe complementarse con las diferencias conceptuales entre proceso y procedimiento que desarrollaremos infra, capítulo 9. Estimamos que la extendida afirmación de que el sistema de enjuiciamiento acusatorio determina el perjudicial imperio de lo formal en detrimento de lo sustancial e importante, por lo que el activismo judicial viene a poner las cosas en su lugar al priorizar el derecho de fondo, no es más que un diagnóstico erróneo desde el facilismo analítico de recurrir a un paralelismo que no es tal. Los requisitos que se exigen a la expresión de la conducta para ser reputada válida a la hora de producir efectos jurídicos, llevados a nuestra disciplina, se sitúan en la materialidad procedimental y no en lo conceptual del proceso. Ahí está el reto: no ahogar el sentido procesal del acto procedimental —que busca ser proyectado— con cantidad de irrazonables formalismos procedimentales, porque se termina complicando la utilización del método que emana de nuestra dignidad humana y que el sistema democrático reconoce para hacer valer nuestros derechos. Estos obstáculos, en ciertas circunstancias, transforman en una utopía su efectivización, reduciéndolos así a simples prebendas cuyo otorgamiento queda a merced de quien ejerce el poder.

<sup>41</sup> Cfr. Briseño Sierra, Humberto. *Derecho procesal*. México D.F.: Ed. Cárdenas; 1969, vol. III, pp. 309-310.

Las palabras *forma*, *formalismo* y *formulismo*, si bien presentan una raíz común, pueden mostrar distinto significado.

El formalismo, por lo general, se relaciona con las exigencias de contenido, como acontece con el llenado de declaraciones juradas impositivas, donde se piden ciertos datos mínimos que, para facilitar el trabajo de la administración, además cumplen con cierta distribución, orden y empleo de códigos en el formulario diseñado a tales fines.

Pero, al llegar al proceso —evocando la opinión del célebre jurista mexicano Humberto Briseño Sierra—, el formalismo puede convertirse en una carga injustificada. Así, para proponer la demanda se deben satisfacer los contenidos enumerados en las leyes, datos que identifican a las partes, al tribunal, lo pretendido y la causa de pedir. Pero aquí las leyes no suelen ser tan exigentes como las fiscales y no mandan que los escritos vengan en formatos especiales. Sin embargo, la práctica de todos los países va conjuntando frases y oraciones casi sacramentales, que por inercia se copian y difunden. El formalismo impuesto por los usos forenses no es tan grave ni tan funesto como otros que provienen del arreglo normativo mismo. Puede suceder que la ley indique que los documentos se presenten al ofrecer la prueba. Con tal motivo, en los escritos se destina un párrafo para indicar el hecho del ofrecimiento, párrafo que si faltare acarrearía trastornos de magnitud, como la emisión de una providencia que tuviera por no exhibida la prueba documental. Pero, para el autor en cita, falta todavía más: entre formalismo y rito se puede establecer estrecha relación que conduce a un recíproco acreditamiento. De allí que, por más que teóricamente no haya impedimento para ofrecer la prueba documental en distintas circunstancias y por medio de escritos de forma libre, prácticamente acontecerá que la ausencia del escrito específico conduzca a la modificación del rito y se tienda al desechamiento o la desestimación. No obstante, el formalismo sube de tono cuando en los tribunales se implantan ritos que representan comodidad en el trabajo de los subalternos.<sup>42</sup>

De este modo —enfatisa Briseño Sierra—, desde la forma, pasando por el formalismo, se llega al formulismo. Se trata ahora, no ya de la mera expresividad de la conducta, sino del sentido de los actos. Por fórmula hay que entender la simbología que reduce a relaciones de signo un pensamiento. Las

<sup>42</sup> *Ibíd.*, p. 310.

fórmulas tienen su mayor aplicación en la química, por ejemplo, pero se utilizan también en el derecho, como cuando las leyes determinan por el conjunto de signos la naturaleza de un documento: letra de cambio, cheque, etcétera. A veces el formulismo se considera un formalismo y se toma la expresión por la consistencia del acto.<sup>43</sup>

La fórmula puede ser de utilidad para facilitar la organización y el trabajo reduciendo costos y esfuerzos. Pero nada más, pues no admitimos que la naturaleza y validez de los actos jurídicos queden supeditadas a su irrestricto cumplimiento. Por consiguiente, el foco del inconveniente pasa por el salto que de las formas se da al formalismo y, mucho más cuestionable, de allí al formulismo.

En respuesta al segundo mito señalado, concluimos que las formas son necesarias y que el inconveniente se sitúa en los *ismos* –formalismos y formulismos–, enfrentándonos al real problema: la propensión del autodenominado *procesalismo posmoderno*<sup>44</sup> a privilegiar más al procedimiento que al proceso. Esta cuestión se pone de relieve tanto a la hora de determinar en qué consiste el derecho procesal como al escudriñar sus conceptos fundamentales.

### 3. El derecho procesal y su objeto de conocimiento

El primer interrogante –qué es el derecho procesal– ofrece un abanico de opiniones donde ejerce cierta influencia la adjudicación de preeminencia al hombre o al Estado.

---

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 311.

<sup>44</sup> Se ha generalizado la catalogación de estos tiempos como *posmodernos*, insistiendo en que se trata de una respuesta contra una vetusta modernidad de corte racional y funcional, en donde predominaba una teoría jurídica estatalista, ahora debilitada basalmente en su identidad entre derecho y norma como producto monopólico del Estado. No obstante, el cambio de época –empujado por una impresionante superación tecnológica y comunicacional– carece de un patrón mínimo de precisión, y se aproxima a la confusión: sin olvidar su origen reaccionario que opone una serie de pulsiones irracionales, particularismos nacionalistas e insólitos rasgos diferenciales (cfr. Pérez Luño, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2002, p. 18), pueden rescatarse como improntas su inclinación hacia un sistema abierto poco equilibrado y la aceptación de una cuota de realismo. Lo que interesa es alcanzar el fin muy rápidamente, por lo que el vértigo y el consumismo adquieren cotidianidad. Esta inclinación al finalismo es bien recibido por algunos procesalistas que prefieren la celeridad antes que la seguridad, y para ello nada mejor que dejar de lado al método para arribar rápidamente a la meta.

Habitualmente se confluía en la última perspectiva, y desde el juspositivismo se lo describía como el conjunto de normas que disciplina el proceso,<sup>45</sup> o el conjunto de normas jurídicas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado,<sup>46</sup> o el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado para la aplicación de las leyes de fondo y su estudio comprende la organización del poder judicial, la determinación de la competencia de los funcionarios que lo integran y la actuación del juez y las partes en la substanciación del proceso,<sup>47</sup> etcétera.

Para evitar complicaciones explicativas, podemos partir de la misma denominación, observando junto a Eduardo Couture<sup>48</sup> que el vocablo *derecho* está tomado en el sentido que le corresponde como rama jurídica y la locución *procesal* nos remite al objeto estudiado, que es el proceso.

En verdad –y aunque parezca una obviedad– para que la referencia al derecho procesal no quede vacía, necesariamente debemos trasladarnos al análisis de su concepto medular: el *proceso*. De ello nos ocuparemos extensa y oportunamente.<sup>49</sup>

A nuestro juicio, el derecho procesal –dado que nos enrolamos con quienes buscan edificarlo desde, con y para las personas– sencillamente es la disciplina jurídica cuyo objeto de conocimiento es el proceso, sin perjuicio de que además se dedique a otras cuestiones conexas –como son los distintos tipos de procedimientos o la organización del poder judicial–, pero que no son sus distintivos. Lo consideramos una disciplina o rama del derecho porque cuenta con conceptos elementales y propios de reconocida trascendencia hacia otros saberes, que a su vez pueden sistematizarse y relacionarse entre sí junto a otros que forman parte de su esfera.

Justamente, la discusión sobre el objeto de estudio del derecho procesal nos ha dejado vasta literatura de muy diversa orientación. Aunque estimamos

<sup>45</sup> Cfr. Barrios de Ángelis, Dante. *Teoría del proceso*. 2ª edición. Buenos Aires: Ed. B de F; 2005, p. 76.

<sup>46</sup> Cfr. Carlos, Eduardo B. *Introducción al estudio del derecho procesal*. Buenos Aires: Ed. EJEJA; 1959, p. 24.

<sup>47</sup> Cfr. Alsina, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. 2ª edición. Buenos Aires: Ed. Ediar; 1963, t. I, p. 35.

<sup>48</sup> V. Couture, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª edición. Buenos Aires: Ed. Roque Depalma; 1958, p. 8.

<sup>49</sup> V. infra, capítulo 9.

que, para el desarrollo siguiente, alcanza con poner en claro nuestra posición y subrayar la importancia capital que reviste el concepto de proceso, que en un sistema democrático *pro homine* constituye el método por excelencia para la efectivización en última instancia de derechos.

La ubicación central del proceso no parece estar definitivamente arraigada dentro de nuestra disciplina, aun influida por antiguas teorías que proponían lisa y llanamente la abolición del proceso civil<sup>50</sup> —y su reemplazo por la erróneamente denominada *jurisdicción voluntaria*<sup>51</sup>— y por reminiscencias de alguno que otro diseño de Estado autoritario. Por tal razón, no atiende y hasta confunde los aspectos conceptuales, logrando con ello la elevación del procedimiento por encima del proceso. Dicha perspectiva, sin dudas, no toma en cuenta la trascendencia social y democrática del proceso emanado de los derechos humanos como método de debate pacífico entre dos partes antagónicas que actúan en igualdad jurídica ante un tercero imparcial.

Estamos seguros de que de la mano del adecuado deslinde conceptual entre el proceso y el procedimiento se le abren nuevas puertas al derecho procesal, a la vez que se genera la necesidad de repensar las restantes ideas tradicionales a la luz de los notables cambios jurídicos habidos en las últimas décadas, sobre todo desde el constante y pronunciado incremento de una generalizada conciencia de aceptación de derechos humanos universales.

A manera de digresión, antes de dedicarnos escuetamente aquí a la sistematización y la unidad del derecho procesal, retrocederemos en el tiempo para darle un pequeño espacio a parte de la historia de la disciplina.

---

<sup>50</sup> En 1938, la revista jurídica *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht* publicó un artículo del reconocido procesalista alemán Baumbach en tal sentido, titulado “Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit”. Este trabajo fue duramente respondido por Piero Calamandrei (v. “¿Abolición del proceso civil?”, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1938, I, pp. 336-340), concluyendo que a la transformación del proceso que querría Baumbach nadie puede honradamente negarle mérito de ser radical: una reforma del proceso que aboliera las leyes procesales mandaría a sus casas a los abogados y dejaría desiertas las salas de los tribunales. Pero esta transformación —continúa el texto—, si no nos equivocamos, iría mucho más allá de las exigencias del Estado autoritario: representaría probablemente la abolición del Estado de derecho y, acaso, la abolición del derecho mismo, al menos en cuanto la idea del derecho vaya unida a aquellos caracteres de generalidad y de abstracción que parecen hoy, como garantía de certeza y de igualdad, conquista insuprimible de la civilización.

<sup>51</sup> Las razones por las que se objeta la designación se explican infra, capítulo 10, apartado 3.

#### 4. Algunos apuntes históricos del derecho procesal

El derecho procesal obtuvo su declaración de independencia en el mundo jurídico hace más de una centuria: algunos la remontan a la Alemania de mediados del siglo XIX, mientras que otros ven sus inicios un poco más tarde, en la Italia de los primeros años del siglo XX.

No vamos a aburrir llenando páginas con abrumadora cantidad de datos históricos, pues bien pueden ser hallados en cuanto tratado de la materia se consulte. Nos contentaremos con destacar algunas pocas notas –diríamos que cuasianecdóticas– para no perder de vista los tres pilares del derecho procesal que nos interesan a los fines de este libro, porque repercuten más allá de sus fronteras: además de su objeto de estudio, importa su sistematización y su unidad conceptuales.

La procesalista colombiana Diana Ramírez Carbajal nos recuerda que, en Alemania, a mediados del siglo XIX, surgió la escuela del derecho procesal o procesalismo científico. Nace así la Teoría General del Proceso, con el estudio holístico normativo de las instituciones, sustituyéndose el método casuístico por el sistemático y la descripción de las formas y de los procedimientos por el rigor de los institutos que lo componen. Todo este cambio se opera desde dos vertientes: la polémica entre B. Windscheid y T. Muther, y las excepciones y los presupuestos procesales de Oskar von Bulow –Alemania, 1856-1857 y 1868–.<sup>52</sup>

Un sector de quienes trasladan a Italia el surgimiento del procesalismo como rama autónoma ha ensayado con tanta precisión como equivocación la fijación de su natalicio en el día 3 de febrero de 1903. En esa fecha, un joven que el día anterior había cumplido treinta y un años, llamado Giuseppe Chiovenda<sup>53</sup> brindaba su famosa exposición en la Universidad de Bolonia titulada *L'Azione nel sistema dei diritti*, publicada en el mismo año de 1903 como un pequeño volumen que con sus notas y apéndice alcanzaba las ciento veintiocho páginas.

<sup>52</sup> Cfr. Ramírez Carbajal, Diana. "Hacia la construcción de un derecho procesal constitucional para Colombia". En: Hernández Villarreal, Gabriel (dir.). *Perspectivas del derecho procesal constitucional*. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario; 2007, p. 268.

<sup>53</sup> Tanta notoriedad adquirió Chiovenda luego que, desde hace más de cuatro décadas, su lugar de nacimiento –el municipio de Premosello, en la Provincia de Novara– sustituyó su denominación por la de *Premosello-Chiovenda*.

Esta fecha tan exacta ha sido cuestionada con importantes fundamentos, como los vertidos por el ya citado profesor Franco Cipriani, quien nos tenía acostumbrados a excelentes investigaciones históricas sobre el procesalismo. Señala que, contrariamente a lo que sostiene Salvatore Satta, la fórmula *diritto processuale civile* no nació el 3 de febrero de 1903 en Bolonia. En efecto, si es cierto que la prolucción boloñesa data del 3 de febrero de 1903 y que en ella Chiovenda rechazó la fórmula *procedura civile* y propuso *diritto processuale*, es también verdad que el 3 de febrero de 1903 fue leído solamente el texto de la prolucción, no ciertamente las notas, cuya lectura habría además requerido un día entero. Por lo tanto, desde que el paso de *procedura civile* a *diritto processuale* no está contenido en el texto, sino en la nota dos de la prolucción —que obviamente compareció solo en el momento de la publicación del ensayo—, es forzoso deducir que no se puede hacer resalir el famoso *cambio de sexo*<sup>54</sup> al 3 de febrero de 1903.<sup>55</sup>

Más allá de estos pocos pero ilustrativos apuntes históricos y la falta de consenso en cuanto al lugar y momento del comienzo de la era autónoma del derecho procesal, nos inquietan otras cuestiones. Porque, si bien tuvo un desarrollo vertiginoso en las primeras décadas del siglo pasado —de la mano de renombrados autores europeos que influyeron en gran medida en Latinoamérica—, en los últimos tiempos gran cantidad de estudios no han asimilado adecuadamente el nuevo contexto que se fue forjando a partir de la finalización de la Segunda Gran Guerra. Si se considera la transformación generada en el mundo del derecho a partir de la adopción y proclamación por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos —y su consecuente derecho internacional humanitario—, tenemos un

---

<sup>54</sup> Por *cambio de sexo* se hace referencia a la jocosa consideración de autor desconocido sobre el paso de procedimiento civil a derecho procesal.

<sup>55</sup> Cfr. Cipriani, Franco. “El 3 de febrero de 1903 entre mito y realidad”. Traducción de Eugenia Ariano Deho. *ElDial.com*, DC3C3. Buenos Aires: Ed. Albremaica, 2004. En: <<http://www.eldial.com/publicador/03f/doctrinaRTE.asp?archivo=rit040429.asp&pie=DC3C3%3Cbr%3E&direc=2>> (consultada el 10 de agosto del 2009). Agrega Cipriani que la fórmula *derecho procesal civil* aparece en las *Lezioni di diritto processuale civile* realizadas en Parma en el año académico 1901-1902. Aunque ya Luigi Mattiolo, en *Trattato di diritto giudiziario civile italiano* en la edición de 1892 consideraba al *diritto processuale civile* como una de las tres ramas del derecho judicial civil.

contundente argumento en apoyo de todo sistema social, económico, político y jurídico que prefiera al hombre antes que al Estado.

Si arribamos al presente del procesalismo, no se debe insistir en desentenderse de la realidad aludiendo –como ciertos grupos siguen haciendo– que se trata de una simple técnica al margen de la política y las ideologías. Por el contrario, a riesgo de cansar, repetimos que este nuevo mundo jurídico abre el horizonte del derecho procesal y lo extiende en gran medida merced a la posibilidad de desarrollar una innovadora visión que –de la mano de los derechos reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos– permite analizar y reelaborar conceptos que se consideran como si fueran dogmas. Devolverle al hombre el protagonismo en el sistema jurídico trae aparejada otra perspectiva, potenciada desde su enlace con el sistema democrático, el más apropiado de cuantos se crearan hasta el momento para la realización de sus derechos y libertades.

Muchas figuras e instituciones procesales deben ser revisadas, remozadas y actualizadas, pues crecieron al cobijo de un planeta en guerra, donde se imponía el autoritarismo a la democracia y predominaba en el poder la idea de privilegiar al Estado a costa de los derechos humanos. Cuando ni por asomo se vislumbraba el desarrollo tecnológico y comunicacional luego logrado.

## **5. La apertura hacia otras disciplinas, la sistematización y la Teoría Unitaria del Derecho Procesal**

Es bastante habitual que –como muestra de su necesaria apertura– se nos planteen interrogantes y dudas acerca del respeto que guardan normas procedimentales hacia garantías consagradas en las constituciones modernas y en los pactos internacionales de derechos humanos. Y si ahondamos el examen, entre unas y otras advertiremos hasta algunas fricciones.

Como expusiéramos, el enfoque generalmente difundido del procesalismo –más preocupado por la autoridad que imparte justicia que por la persona que acude a ella– presenta ciertos inconvenientes a la hora de brindar respuestas adecuadas al cambio originado desde la gestación del derecho internacional de los derechos humanos. Encontramos más apropiado, pues, estudiar de manera sistemática la defensa y la efectivización de los derechos del hombre posando la mirada en él, lo que nos obliga a aumentar el campo de observación y enhebrar las ideas con nociones que provienen de otros

ámbitos: la economía, la política, la sociología, la antropología, la psicología y –por supuesto– la filosofía colaborarán para el avance de los estudios. Recordamos las palabras de Alfonso Ibáñez de Aldecoa, quien, refiriéndose a la filosofía del derecho, señalaba sencillamente que significa para el procesalista lo que la brújula para el navegante.<sup>56</sup>

Se detectan, pues, dos factores que venimos insinuando: una recomendable labor interdisciplinaria y –a la par– una visión sistemática.

Podemos distinguir entre pluridisciplinaria, transdisciplinaria e interdisciplinaria dentro de la teoría del conocimiento. En la primera se halla simplemente una yuxtaposición de conocimientos; en la segunda –en sentido opuesto–, se observa una puja por la imposición de criterios, generándose entonces un orden jerárquico entre las ciencias. La interdisciplinaria, a su turno, admite una visión sistémica en la relación entre las ciencias partiendo de una coordinación entre materias diferentes y fomentando un verdadero intercambio de conocimientos. En esta última variante, donde deja su sello la *Teoría General de los Sistemas*, los elementos no se encuentran solos, sino que tienen un marco contextual o de interacción con el medio. Advertimos, pues, que pueden ir de la mano la interdisciplinaria y la sistematización. A esta haremos referencia en el capítulo siguiente.

Nos queda aún pendiente un breve desarrollo sobre la importancia de la unidad del derecho procesal, sobre todo cuando el eje se sitúa en la persona humana.

El hecho de que el hombre sea el titular de una cantidad de garantías inherentes a su dignidad posibilita que se constituya en el centro, raíz y fin del ordenamiento jurídico. Por consiguiente, el alcance de estas garantías no depende de la materia que se discute en un proceso, pues –siguiendo a Badeni– de ellas emanan instrumentos jurídicos establecidos para hacer efectivos los derechos del hombre.<sup>57</sup>

La antigua separación entre proceso civil y proceso penal –que implicaba derechamente un diverso tratamiento a uno y otro, llegando incluso a sentarse principios diferentes para cada uno– ha sido superada en los últimos tiempos

---

<sup>56</sup> Cfr. Ibáñez de Aldecoa, *Meditaciones...*, op. cit., p. 14.

<sup>57</sup> V. Badeni, Gregorio. *Instituciones de derecho constitucional*. Buenos Aires: Ed. Ad-hoc; 1997, tomo I, p. 637.

con la aceptación bastante generalizada de la teoría unitaria, a la cual sin lugar a dudas adherimos.

Si bien en la doctrina argentina ya Hugo Alsina<sup>58</sup> abogaba por una formulación conceptual única de nuestra asignatura, cabe destacar el espaldarazo que a ello diera Eduardo B. Carlos, resaltando que el derecho procesal constituye un tronco común que a cierta altura se diversifica en ramas particulares, existiendo una base conceptual común que sirve a todas las ramas procesales en particular.<sup>59</sup>

Como consecuencia de la unidad del derecho procesal, resulta de la mayor relevancia aceptar la unidad del proceso. Así lo entendía Briseño Sierra –conocedor de la obra de Eduardo B. Carlos–, quien expresaba que frente a esta figura la elección debe ser la unidad: un solo proceso.<sup>60</sup>

Más recientemente, otro profesor argentino, Omar Abel Benabentos, se ha encargado de realizar una exhaustiva y decisiva contribución que ha afirmado sólidamente la Teoría Unitaria del Derecho Procesal,<sup>61</sup> la cual, en nuestra opinión, se adapta cabalmente a una orientación respetuosa de los derechos y garantías de las personas –que no pueden ser soslayados bajo ningún pretexto– al no limitar su alcance o aplicación según la clase o rama de los derechos llevados a proceso.

Un argumento de peso a favor de la tesis unitaria del proceso lo hallamos en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que sirve de sustento para fundamentar que las garantías procesales del derecho internacional de los derechos humanos alcanzan a todos los procesos, con prescindencia de la materia en debate, al establecer que *toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial,<sup>62</sup> para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.*

<sup>58</sup> V. Alsina, *Tratado...*, op. cit., 2ª edición, t. I, pp. 55-56.

<sup>59</sup> V. Carlos, *Introducción...*, op. cit., pp. 22-23 y 41-43.

<sup>60</sup> Cfr. Briseño Sierra, *Derecho procesal*, op. cit., vol. II, p. 48.

<sup>61</sup> V. Benabentos, Omar Abel. *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*. Rosario: Ed. Juris; 2001, y *Teoría General del Proceso*. Rosario: Ed. Juris; 2002.

<sup>62</sup> Sobre la imparcialidad, v. infra, capítulo 9, apartado 5.

No dudamos de la contribución que en este sentido puede efectuar una Teoría General del Proceso respetuosa de los derechos del hombre y la democracia.

La unidad es el pasaporte a toda construcción del derecho procesal que se precie de actual y de sintonizar los derechos y las garantías acogidas en el derecho internacional de los derechos humanos. Porque no debemos olvidar que nuestra disciplina –más que ninguna otra– tiene a su cargo la reglamentación de las garantías constitucionales. Tarea que, es de esperar, debe hacerse en beneficio y defensa del hombre.

## 6. Recapitulación

El derecho procesal –pese a su fama tan adversa como inmerecida– representa una rama jurídica que desempeña un papel importantísimo en el sistema democrático, desde que su objeto de estudio se comporta como el medio por excelencia para coadyuvar a que el hombre alcance, en última instancia, la plena efectivización de sus derechos. El proceso, garantía que deriva de la dignidad humana, constituye la última esperanza pacífica para el respeto, efectivización y defensa de todos los derechos.

En esta época, la trascendencia social del proceso como método reafirma la necesidad de vincular el derecho procesal con otras disciplinas jurídicas y otros conocimientos humanos, profundizando su examen unitario y sistemático, a fin de alinear sus conceptos fundamentales y sus restantes figuras con una actual visión jurídica que considere adecuadamente los derechos humanos.

## Capítulo 3

# La sistematización

### Sumario

1. Exordio. 2. La Teoría General de los Sistemas. 3. De la Teoría General de los Sistemas al sistema jurídico. 4. El aporte de la Teoría General de los Sistemas. 5. Recapitulación.

### 1. Exordio

La vigésimo segunda edición del *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia define la voz *sistematizar* en una única acepción: “Organizar según un sistema”.

En la introducción de esta obra ya deslizábamos que, tras las dificultades del modelo jurídico legalista, se fue perfeccionando hasta nuestros días un nuevo diseño —que, a su vez, incorporaba una estructura distinta del poder, con mayor relevancia judicial—, donde, en definitiva, se privilegia la casuística. Como consecuencia del derrumbe del edificio decimonónico, se reaccionó contra algunos de sus pilares. El descrédito llegó a las orillas de la mismísima sistematización —tomada como recurso organizativo— al punto de que se fue minimizando paulatinamente su influencia.

Aquella sistematización que era protagonista en el arquetipo jurídico del siglo XIX ha sido superada en el plano teórico a partir de la segunda mitad del siglo pasado, cuando tomó auge la Teoría General de los Sistemas, de la que ya nos ocuparemos.

Si nuestra intención es enfocarnos primordialmente en un modelo donde se busca que el principal beneficiario sea el ser humano —con sus derechos a resguardo—, estimamos que puede ser un aporte de valía contar con una estructuración sistémica que organice los contenidos, ya que retribuirá una cuota

de seguridad y previsibilidad. A ello no se contrapone que, en los últimos tiempos, se viene impulsando la aceptación de un globalismo jurídico, en donde los derechos corresponden esencialmente a los seres humanos, más allá de las fronteras. Como botones de muestra, hallamos la crisis del concepto tradicional de soberanía y el crecimiento del derecho internacional de los derechos humanos.

En su obra póstuma, el mencionado jurista Germán Bidart Campos nos deja como legado, entre muchas enseñanzas, que siempre hay que priorizar a la persona como centro y fin del ordenamiento jurídico —idea que ya hemos compartido y que seguirá latente a lo largo de toda esta obra—. Y que tal centralidad y primacía de la persona viene aliada a la libertad y a los derechos.<sup>63</sup>

Si bien puede resultar relativamente sencillo coincidir en las notas salientes que deben inspirar a un modelo preocupado en esencia por la dignidad del hombre —respeto a su vida, salud, libertad, igualdad jurídica, etc.—, aparecen las dificultades a la hora de ponerse de acuerdo acerca del alcance de cada término y del sistema adecuado para la plena realización de los objetivos humanos. En otras palabras, las dudas no pasan tanto por lo que se busca, sino por el significado de su contenido y por cómo se lo obtiene.

Aunque queremos dejar bien asentada nuestra opinión: consideramos a la sistematización como un recurso meramente organizativo, al que echamos mano para vincular y entrelazar conceptos con el mayor grado posible de compatibilidad y coherencia, con el objetivo de contar con una base para edificar un modelo social, político y jurídico al servicio del hombre. En el sentido aquí tomado, la sistematización no es un fin en sí mismo; por lo tanto, descartamos absolutamente todo intento de utilizarla con el afán de convertir a la persona humana en un engranaje más de una máquina estatal que decide por ella. Incluso, como se comprenderá con la lectura de las páginas venideras, esta idea debe conjugarse con nuestra preocupación por la obtención de una democracia cuyo centro y protagonista sea el hombre —a la que adjetivamos como *pro homine*— distante de aquellas tendencias también rotuladas de democráticas, donde la máxima aspiración que se le permite a la persona humana es, cada tanto, ser parte de un número con el cual se forman mayorías y se

---

<sup>63</sup> Cfr. Bidart Campos, Germán. *Nociones constitucionales. Las intersecciones iusnaturalistas de la Constitución*. Buenos Aires: Ed. Ediar; 2007, p. 105.

eligen representantes que se sienten así legitimados para todo. En definitiva, la democracia para el hombre se funda y sostiene en los derechos humanos, que le fijan sus límites y le otorgan fuerza jurídica al consenso.

Para ensayar mayores explicaciones que nos sirvan de plataforma para dilucidar, finalmente, la función de la garantía del proceso en el sistema institucional, convendrá diferenciar los aspectos organizativos de los contenidos, como si se tratara del plano y de los materiales de construcción de una casa. Recurriremos a la Teoría General de los Sistemas con el afán de extraer de allí alguna enseñanza para la primera faceta, dedicándole el resto de este capítulo. En el siguiente, revisaremos ideas y conceptos políticos, jurídicos y sociales sin perder de vista las metas perseguidas.

## 2. La Teoría General de los Sistemas

Hace poco más de sesenta años, el biólogo austríaco Ludwig von Bertalanffy señalaba que era necesaria una nueva forma de pensar basada en los sistemas. Se observaba que las propiedades del todo o sistema eran diferentes a la de sus partes o subsistemas. En consecuencia, no cabía explicar el todo por la mera sumatoria de las partes. Nació de este modo un nuevo paradigma científico —en el sentido que le confiriera Thomas Kuhn— en contraposición al tradicional de ribetes lineales, causales y analíticos.

La palabra *sistema* —del latín *systema*, que proviene del griego σύστημα— tiene diferentes significados, entre ellos el conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí y el conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto. Conjunto, orden y relación asoman como palabras clave.

Específicamente sobre el sistema normativo —basándose en algunas ideas de Alfred Tarski—, Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin indican que es definido como un conjunto de enunciados que tiene (algunas) consecuencias normativas (para algún universo de casos y algún universo de soluciones). La definición del concepto de sistema en términos de consecuencias normativas permite dar cuenta de enunciados no normativos que pueden figurar en un sistema normativo, sin necesidad de tratarlos como normas incompletas o mutiladas.<sup>64</sup>

<sup>64</sup> Cfr. Alchourrón, Carlos E. & Bulygin, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Ed. Astrea; 1987, p. 23.

Si bien entre los padres de la Teoría General de los Sistemas no se encontraba ningún jurista,<sup>65</sup> resultaba indudable su utilidad y aplicación en el derecho. Incluso, conforme lo expuesto, mucho tiempo antes –al menos con Von Savigny en la primera mitad del siglo XIX– ya se había percibido la importancia de avanzar sobre una concepción sistemática en el mundo jurídico.

### 3. De la Teoría General de los Sistemas al sistema jurídico

Repasando la emblemática obra de Ludwig von Bertalanffy, encontramos algunas de sus ideas que –si bien pueden ser llamativas– dan pautas para orientarnos en qué faceta la Teoría General de los Sistemas puede ser provechosa para el derecho. Así, sostiene que es concebible comprender científicamente a la sociedad humana y sus leyes partiendo de un postulado principal: el hombre no es solo un animal político; es, antes y sobre todo, un individuo. Los valores reales de la humanidad no son los que comparte con las entidades biológicas, con el funcionamiento de un organismo o una comunidad de animales, son los que proceden de la mente individual. La sociedad humana no es una comunidad de hormigas o de termites, regida por instinto heredado y controlada por las leyes de la totalidad superordinada: se funda en los logros del individuo, y está perdida si se hace de este una rueda de la máquina social. En su opinión –remata contundentemente–, tal es el precepto último que ofrece una teoría de la organización: no un manual para que dictadores de cualquier denominación sojuzguen con mayor eficiencia a los seres humanos aplicando científicamente las leyes férreas, sino una advertencia de que el Leviatán de la organización no debe engullir al individuo si no quiere firmar su sentencia inapelable.<sup>66</sup>

En otro pasaje, afirma que la ciencia social es la ciencia de los sistemas sociales, por lo que deberá seguir el enfoque de la ciencia general de los sistemas. El estudio propiamente dicho de los sistemas sociales –prosigue Von Bertalanffy– contrasta con dos concepciones muy difundidas: primero, con el

---

<sup>65</sup> La Teoría General de los Sistemas fue desarrollada alrededor de 1950 por un grupo interdisciplinario de científicos encabezados por el biólogo Von Bertalanffy, el economista Kenneth Boulding, el biomatemático Anatol Rapoport y el fisiólogo Ralph Gerard.

<sup>66</sup> Cfr. Von Bertalanffy, Ludwig. *Teoría General de los Sistemas. Fundamentos, desarrollo, aplicaciones*. Traducción de Juan Almela. 7ª reimpresión. México D.F.: Ed. Fondo de Cultura Económica; 1989, p. 53. Para nosotros, el hombre es mucho más que un individuo: es persona humana.

atomismo, que descuida el estudio de las relaciones; segundo, con puntos de vista que desdeñan la especificidad de los sistemas en cuestión, como la física social, tantas veces intentada con ánimo reduccionista.<sup>67</sup>

Recientemente está tomando vigor el concepto técnico de estructura, que presupone la existencia de una pluralidad o conjunto de elementos que no son un simple agregado sino la totalidad, en el sentido de que cada elemento condiciona a los demás, por lo que las propiedades del todo se modifican en cada cambio de una de sus partes. De esta explicación se desprende que la estructura es una totalidad dinámica, en la que las leyes de las relaciones regulan las transformaciones internas de la estructura, por lo que la identidad de tal unidad permanece aunque los elementos cambien, en tanto conserven entre sí la misma relación.<sup>68</sup>

Empero, científicamente, el sistema es algo más que una estructura. Las nociones de estructura y función vienen a constituir instrumentos de un mismo esquema interpretativo, siendo relativas entre sí. En un sistema pueden identificarse diversos niveles de función y estructura, de tal forma que una función sirva de estructura para otra función más mediata, y una estructura sea, a su vez, función de una estructura de nivel superior. Cada sistema, entonces, cumple determinadas funciones que definen su identidad, por lo que posee estructuras adecuadas para el cumplimiento de sus fines, incluida la indispensable función de subsistir, para lo cual es requerido mantener su equilibrio dinámico.<sup>69</sup>

La sistematización u ordenación jurídica es tradicionalmente considerada como una tarea importante, que compete tanto al legislador –ejemplo acabado de ello es la codificación– como al científico –con la dogmática jurídica–. Como sistema, el derecho debe adecuarse a ciertas pautas de racionalidad; la coherencia interna de las normas jurídicas, la eliminación de contradicciones y su compatibilidad mutua son ejemplos de tales exigencias básicas, aunque

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 204.

<sup>68</sup> Cfr. García Velásquez, Mario David Antonio. *La tutela de urgencia y el desajuste sistémico constitucional*. Tesis de Maestría en Derecho Procesal, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 2007, inédita, p. 11.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 12.

debemos reconocer que, como toda creación humana, el sistema jurídico no es perfecto. Si bien se pretende que no contenga lagunas e incoherencias internas, ello no obsta a que aparezcan cuando nos enfrentamos a ciertos casos concretos. Importa, pues, mejorar todo lo posible su capacidad de respuesta ante los casos concretos.

#### **4. El aporte de la Teoría General de los Sistemas**

Ha llegado el turno de un interrogante: ¿qué pautas podemos extraer de la Teoría General de los Sistemas que ayuden a delinear un modelo centrado en el hombre?

En primer lugar, conviene tener presente la conformación del sistema: se trata de partes que funcionan en conjunto con la misión de conseguir determinado objetivo. De allí que sea muy importante todo lo atinente a las relaciones entre dichas partes, pues de estos vínculos depende no solo el funcionamiento, la eficiencia y la eficacia del sistema, sino también lo que en definitiva realiza.

Entonces, como segundo aspecto de relieve, comprendemos que las relaciones son más importantes que cada parte tomada individualmente. Así mismo, a veces se construyen sistemas que, por ser integrantes de un sistema mayor, son denominados subsistemas. En general, los sistemas que son construidos como bloques de otros sistemas se llaman subsistemas.

Con lo anterior aparece una tercera enseñanza: la relación de coordinación entre los componentes del sistema debe ser armónica. Por consiguiente, la compatibilidad sistémica —esto es, la sintonía entre el sistema y los subsistemas que lo componen— representa uno de los principales aspectos por atender.

Una cuarta pauta que podemos extraer de la Teoría General de los Sistemas es que resulta perfectamente aplicable a las ciencias sociales y, de suyo, al derecho. Y así podemos observar sistemas jurídicos en funcionamiento que se edifican sobre una Constitución como ley de leyes y una serie de normas de distinto rango. Incluso, en varios países se acepta el ingreso al sistema de pactos y tratados internacionales, sobre todo de derechos humanos.

Siguiendo las ideas expuestas anteriormente y en referencia específica a los sistemas jurídicos, se ha reivindicado que la coherencia constituye un aspecto primordial dentro del sistema: es una opinión difundida, tanto entre los que aplican el derecho como entre sus teóricos, que los sistemas jurídicos —a pesar

de que no sean coherentes— deben tender a la coherencia.<sup>70</sup> Como en toda creación humana, es impensable exigir la perfección del sistema. Por ello, debemos conformarnos con que tiendan o apunten hacia la coherencia y la compatibilidad internas, teniéndolas como norte.<sup>71</sup>

Parte de la filosofía moderna se está volcando al análisis del vínculo existente entre los derechos individuales y los constitucionales, preocupados por la justificación y legitimación de la autoridad política, la obediencia a la ley y el uso de la fuerza pública. Algunos autores encuentran en la sistematización un fuerte soporte para las respuestas que ensayan a sus preguntas.

En esta línea, el profesor de filosofía de la Universidad de Kansas Rex Martin —luego de mencionar la existencia de una afinidad entre el concepto de derechos civiles y de procedimientos democráticos— recuerda que el concepto de autoridad política posee tres elementos principales: la sanción de normas, el cumplimiento general y la aplicación coercitiva. Así deja planteado el problema de la justificación de esa autoridad política.

En su opinión, la cuestión se resuelve con un enfoque alternativo a la justificación externalista clásica —que reduce el tema centrándose en uno solo de los elementos de autoridad política, buscando las razones fuera del cuerpo de conceptos políticos—. Esta visión alternativa se apoya en el sistema, pues intenta elaborar un esquema teórico de conceptos políticos en el que se puede demostrar que los tres elementos que integran el concepto de autoridad son componentes. En este caso, su justificación entrañará establecer conexiones sistemáticas entre los tres elementos principales —en forma normativa— dentro del concepto de autoridad. La conexión es mediata a través de una teoría fundamental, por lo tanto, sería la coherencia del concepto de un sistema de derechos individuales —en el que subsecuentemente cada uno de los elementos

---

<sup>70</sup> Cfr. Veluzzi, Vito. “Interpretación sistemática: ¿un concepto realmente útil? Consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación”. Traducción de Amalia Amaya. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 21-I, 1998, Universidad de Alicante, Alicante, p. 76.

<sup>71</sup> Como epílogo a su libro *Facticidad y validez...* (op. cit., p. 660), Habermas transmite que el derecho, si bien se presenta como un sistema, no es un sistema cerrado narcisísticamente sobre sí mismo —porque así se estaría deslindando de sus entornos—, sino que se nutre de una eticidad democrática de los ciudadanos y de la facilitación que le ofrece una cultura política liberal. El procedimiento democrático de producción del derecho tiene la finalidad —asegura— de que los ciudadanos hagan también un uso de sus derechos de comunicación y participación orientados al bien común, uso que les puede venir políticamente sugerido, pero al que no se les puede forzar jurídicamente.

de la autoridad puede demostrar que ocupan un lugar necesario— lo que justifica la autoridad política, no en general —remata— sino en el interior de un sistema de derechos, pues es dentro de un sistema de este tipo que los elementos de la autoridad han sido unidos exitosamente.<sup>72</sup>

No obstante, nobleza obliga, no todas las voces claman por la sistematización y, algunas, ponen en duda su contribución. Así, se ha apuntado que la noción de sistema u orden jurídico como conjunto de todas las normas válidas es de relativamente poca utilidad para la ciencia jurídica, ya que los juristas nunca analizan los problemas de completitud —lagunas— o coherencia —contradicciones— en relación con todo el orden jurídico: solo los filósofos del derecho hablan acerca de la completitud de todo el orden. En consecuencia, para dar cuenta de la actividad de los abogados y los juristas, se requiere un concepto más general de sistema normativo.<sup>73</sup>

También se ha puesto en tela de juicio el llamado postulado de la plenitud hermética del derecho, al expresarse que fracasa en su empeño por sostener que todo sistema jurídico es completo. Cabe destacar la diferencia entre el postulado de la plenitud —de acuerdo con el cual todos los sistemas jurídicos son, de hecho, completos— y la exigencia de que lo sean. El primero es, en el mejor de los casos, una mera ilusión que —no obstante— desempeña un papel ideológico definido en el pensamiento jurídico, mientras que la segunda responde a un ideal puramente racional, independiente de toda actitud política.<sup>74</sup>

Más allá de las críticas, coincidimos con quienes rescatan de la sistematización una manera de organización con la que se aspira a que la sociedad consiga en alguna medida previsibilidad, seguridad y estabilidad institucional.

## 5. Recapitulación

Para encontrar un punto de equilibrio en esa discusión dialéctica entre sistemática y casuística, no hay que soslayar todo lo que provenga de la sistematización, pues ayudará no solo a ordenar los conceptos, sino también a valorar su interrelación y tendencia a la compatibilidad, a fin de buscar la mejor coordinación entre los subsistemas.

---

<sup>72</sup> Cfr. Martín, *Un sistema...*, op. cit., p. 33.

<sup>73</sup> Cfr. Alchourrón & Bulygin, *Introducción...*, op. cit., p. 23.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 25.

De este modo, la sistematización pone de manifiesto que las partes deben mantener alguna dosis de armonía para conseguir un buen funcionamiento del todo en la búsqueda de obtención de objetivos, lo que nos lleva a prestar atención en las relaciones entre los componentes. Se hace presente, entonces, la necesaria tendencia hacia la coherencia y compatibilidad interna. Un sistema, a su vez, puede ser integrante de otro sistema mayor; en tal caso, deben respetarse igualmente estas directrices si se quieren evitar desacoples y fricciones entre uno y otro.

La Teoría General de los Sistemas –como toda teoría general que se precie de tal– es aplicable a las ciencias sociales y, por ende, a las jurídicas, al punto de que mucho tiempo antes de la irrupción de Von Bertalanffy y compañía ya se venía avanzando sobre la sistematización normativa.

Continuando el camino transitado, ha llegado el momento de revisar algunos conceptos que sirvan para examinar el contenido de un sistema principal –o macrosistema– de corte democrático, para luego rescatar sus aspectos fundamentales, los cuales se deben reflejar en el sistema de enjuiciamiento –que en realidad se comporta como uno de sus subsistemas– y revisar en qué medida pueden aproximarse a la coherencia.

## Capítulo 4

# Los conceptos atinentes al sistema democrático *pro homine*

### Sumario

1. Exordio. 2. La democracia. 2.1. La democracia formal. 2.2. La democracia sustancial. 3. El constitucionalismo. 3.1. El *neoconstitucionalismo*. 3.2. El *desconstitucionalismo*. 4. La república. 5. El Estado de derecho. 6. Recapitulación.

### 1. Exordio

La aludida multivocidad y equívocidad del lenguaje se muestran en todo su esplendor cada vez que se trata de establecer y relacionar el sentido de los conceptos jurídicos y políticos que pueden entenderse contenidos en un sistema democrático. Basta traer a colación la versatilidad con que se emplea justamente el término *democracia*. Teniendo por lo general un significado que cuenta con buena reputación –cabe destacar que como concepto no solo fue evolucionando con el paso del tiempo, sino también hilvanándose con otros– no importa tanto la variedad de acepciones que encontremos. Nos preocupa mucho más la usurpación de la denominación que únicamente aporta confusión hasta el punto de degradar su alcance. Así, con cierta frecuencia, algunos regímenes autocráticos o que solo observan algunas formalidades electivas se apuran en autocalificarse de *democráticos*.<sup>75</sup>

---

<sup>75</sup> Para Calogero Pizzolo, América Latina disfruta el más largo período de democracia desde la época de su independencia de las metrópolis europeas. Sin embargo, lo que debiera presentarse como una *bonanza institucional* exhibe calidad institucional en baja que obstaculiza la vigencia del Estado de derecho y la seguridad jurídica en la región. Observa que, si tuviéramos que encuadrar las experiencias que analiza –se refiere a los casos de Venezuela, Bolivia y Ecuador– dentro de alguna forma de gobierno, sería la de *autocracias electivas*. Señala que sus dos características centrales son su origen electivo y la acumulación de poder en la voluntad del *líder* o *caudillo*. No obstante, estima que esta forma de gobierno aún puede ser ubicada dentro de los sistemas democráticos. Si bien se trata de *democracias imperfectas*, considera que es

Tampoco ayuda la excesiva adjetivación alentada por distintas concepciones políticas que utilizan el término democracia, aunque poco tengan de ella. No cuesta hallar mención a la democracia liberal, burguesa, social, progresista, socialista, mediática o de audiencia,<sup>76</sup> proletaria e, incluso, fascista. De este modo, algunos autores sostienen que la única democracia auténtica sería la democracia sin adjetivos, mientras que las concepciones adjetivadas parecerían limitadoras, distorsionadoras o potencialmente peligrosas. Sin embargo, dado que todos sabemos cuán vaga y retórica es la concepción de democracia recurrente en el lenguaje común, los adjetivos resultan indispensables. Por lo tanto, es inevitable analizar los muchos adjetivos de la democracia para valorar su pertinencia.<sup>77</sup>

En tal sentido, el constitucionalista argentino Jorge Reinaldo Vanossi explica que la apelación a la *democracia social* ha suscitado las más variadas reacciones. En parte, ello ha sido debido a la falta de conceptualización más o menos precisa, de tal manera que el término pudiera ser entendido en el marco de ideas concretas sobre el Estado, la democracia y el derecho. Remarca que, a raíz del uso multívoco que la propia palabra democracia ha recibido por parte de las más variadas y hasta antagónicas concepciones, se torna necesario perfilar el sentido de la *democracia social*, habida cuenta de las malversaciones sufridas que redundan en la desorientación general, tanto de los destinatarios de la democracia cuanto de los propios especialistas de la política como objeto de estudio. Basta para confirmar el aserto con la sola mención de los términos que se han ido acuñando: democracia orgánica, democracia fuerte, democracia popular, democracia funcional, democracia integral, etcétera, y, en muchos

---

un error de los grandes simplificadores de la política sostener que existe un solo modelo de democracia y pretender en consecuencia exportarlo al mundo como cualquier producto de consumo masivo –v. Pizzolo, Calogero. “Populismo y rupturas constitucionales. Los casos de Venezuela, Bolivia y Ecuador”. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. 2007-C, pp. 830-831–. Esta opinión sirve como aperitivo para ir comprendiendo la amplitud con que se emplea la palabra *democracia* y la necesidad de nutrirlo en su aspecto sustancial para que no quede reducida a una simple muletilla vacía de contenido.

<sup>76</sup> V. Thury Cornejo, Valentín. *Juez y división de poderes hoy*. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina; 2002, p. 210. Allí explica que en la democracia mediática o de audiencia –según la denominación adoptada por Bernard Manin– el electorado se presenta como un público que responde a los estímulos que los políticos lanzan a la arena del debate público, asumiendo una actitud meramente reactiva.

<sup>77</sup> V. Bovero, Michelangelo. *Una gramática de la democracia contra el gobierno de los peores*. Traducción de Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Ed. Trotta; 2002, pp. 37-38.

de los casos, de la observación sustancial de tales modelos –en lo teórico o en la *praxis*– se desprende que el término superfluo no es el aditamento que califica, sino la propia pretensión democrática. Se trata en la mayoría de los casos de un concepto puramente semántico, tras el cual se descubre un régimen autocrático: la denominación fantasiosa oculta el rostro verdadero del autoritarismo o del totalitarismo, según los casos. Este es –concluye– uno de los dramas del siglo xx o, al menos, de la ciencia política crecida en su curso.<sup>78</sup>

Lejos de pretender con este trabajo construir un sistema político y social novedoso, nos contentaremos con refrescar algunas nociones políticas y jurídicas para explorar los dominios y la interrelación que puedan hallarse entre la democracia, la república, el constitucionalismo, el Estado de derecho y las instituciones con los derechos y garantías de los hombres, a fin de delimitar un modelo *pro homine* donde insertar un sistema de enjuiciamiento compatible. Incursionemos, pues, en algunos conceptos que vale la pena refrescar para ir armando el contexto en que, finalmente, analizaremos la garantía del proceso.

## 2. La democracia

Si de construir definiciones se trata, vale recordar y tener en cuenta lo que destacaba Giovanni Sartori: la única diferencia entre una definición léxica y una estipulativa es que la primera se refiere a viejas convenciones y esta a una nueva que se propone para su futura observancia. Entonces, en ambos casos, se trata de convenciones, de tal modo que si las definiciones estipulativas son arbitrarias, también lo son las lexicográficas. De donde se sigue que admitir que las definiciones del diccionario pueden ser verdaderas o falsas es incurrir en una petición de principio, pues solamente puede ser verdadera o falsa nuestra información respecto a la utilización de determinada palabra por ciertas gentes, y no la definición misma, que continúa siendo una estipulación y, por lo tanto, se adoptará o rechazará exclusivamente sobre la base de la utilidad. En último término, solo existe una clase de definición, la estipulativa, que

---

<sup>78</sup> Cfr. Vanossi, Jorge Reinaldo. *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*. Buenos Aires: Ed. Universitaria de Buenos Aires; 1982, p. 16.

además varía según los tiempos al existir convenciones lingüísticas antiguas y modernas.<sup>79</sup>

Huelga aclarar, pues, que no buscamos desde estos párrafos establecer definitivamente el concepto de democracia, sino —más modestamente— señalar lo que puede significar para nosotros a efectos de avanzar con este trabajo. El mundo antiguo, moderno y contemporáneo se ha interrogado al respecto, dedicándose a su estudio pensadores de la talla de Tucídides, Demóstenes, Platón, Jenofonte, Aristóteles, Locke, Rousseau, Constant, Mill, Tocqueville, Marx, Kelsen, Schumpeter, Dhal, McPherson, Popper, Habermas, Held y el mencionado Sartori.<sup>80</sup>

Si se toma el origen etimológico de la palabra democracia —de los sustantivos griegos *dêmos* y *krátos*—, es probable que se desembarque en alguna confusión merced a la ambigüedad de ambos términos que la componen.

Ilustra Bovero que *krátos* significa fuerza, solidez, pero a la vez superioridad, capacidad de afirmarse y, por ende, parece indicar una fuerza que se impone; pero integrando palabras como democracia o aristocracia, *krátos* pasa a designar el poder político, es decir, el poder de tomar decisiones colectivas, atribuido a ese sujeto que en una comunidad establece las decisiones públicas y por ello es supremo o soberano.<sup>81</sup> *Dêmos* —continúa— significa genéricamente pueblo. Pero la primera dificultad se encuentra en el hecho de que, con este término, los mismos griegos indicaban tanto a la totalidad de los componentes de la comunidad política, o bien a la parte menos elevada de la población, la clase no noble de la sociedad. Por ello, con la palabra compuesta *democracia*, señalaban de manera ambigua dos realidades: la forma de comunidad en la cual el poder de decisión política estaba en las manos de la asamblea de todos los ciudadanos —en la ciudad democrática griega podían ser ciudadanos, como mucho, los sujetos de sexo masculino, adultos, libres, residentes y autóctonos— o bien la forma en la cual dicho poder estaba en manos de la parte pobre y

---

<sup>79</sup> Cfr. Sartori, Giovanni. *Teoría de la democracia. Parte 2: Los problemas clásicos*. Versión española de Santiago Sánchez González. Buenos Aires: Ed. Rei Argentina; 1990, pp. 322-323.

<sup>80</sup> Cfr. Amaya, Jorge Alejandro. “El sistema unitario de derechos y valores políticos en la democracia (reflexiones en torno a una teoría sobre los derechos de las minorías políticas en la democracia moderna)”. En: Amaya, Jorge Alejandro (coord.). *Visiones de una Constitución*. Buenos Aires: Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales; 2004, p. 534.

<sup>81</sup> Cfr. Bovero, *Una gramática...*, op. cit., p. 15.

no noble de la población, que es también, como explicaba Aristóteles, la parte más numerosa y, coincidente en los hechos, con la mayoría. Además, hay ambigüedad en el hecho de que del pueblo como conjunto de ciudadanos pueden darse dos imágenes opuestas: la de un cuerpo colectivo orgánico, o bien la del conjunto.<sup>82</sup>

Por su parte, se ha explicado que forma de Estado<sup>83</sup> y forma de gobierno no son la misma cosa. El Estado se compone de cuatro elementos: población, territorio, poder y gobierno. La forma de Estado afecta al Estado mismo como estructura u organización política. En cambio, la forma de gobierno es la manera de organizar uno de los elementos del Estado: el gobierno. Mientras la forma de gobierno se ocupa de los titulares del poder y de la organización y relaciones de estos, la forma de Estado relaciona necesariamente dos de sus elementos: uno es siempre el poder y los que entran en relación con él son la población y el territorio. Así, el poder en relación con la población origina tres formas de Estado posibles: totalitarismo, autoritarismo y democracia. La democracia como forma de Estado es la que respeta la dignidad de la persona humana y de las instituciones, reconociendo sus libertades y derechos. El poder en relación con el territorio origina dos formas de Estado posibles: unitarismo y federalismo, según centralice o descentralice territorialmente al poder.<sup>84</sup>

Cabe añadir que el concepto de *democracia*,<sup>85</sup> se ha extendido tanto a determinadas acciones humanas individuales o sociales como también a de-

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>83</sup> Se afirma que el Estado moderno nació de un conjunto de causas entre las que ocupa un lugar muy destacado la necesidad de la burguesía de asegurarse espacios de desenvolvimiento de los mercados, coincidentes con los ámbitos de poder de los reyes. Maquiavelo brindó el nombre *Estado* y la perspectiva de radicalización del poder; Hobbes reclamó el monopolio del poder en manos del gobierno y Bodin conceptuó la soberanía. Luego, Locke y Montesquieu exigieron la división del poder, Rousseau reclamó la democracia y, con figuras como Fichte, se constituyó la *nacionalización*. (Cfr. Ciuro Caldani, Miguel Ángel. "El juez, el proceso y el Estado en la postmodernidad". *Investigación y Docencia*, N° 33, 2000, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, p. 21).

<sup>84</sup> Cfr. Bidart Campos, Germán. *Manual de la Constitución reformada*. 3ª reimpression. Buenos Aires: Ed. Ediar, 2001, pp. 430-431.

<sup>85</sup> La democracia ha sido también definida como una técnica de convivencia orientada a la solución no violenta de los conflictos. V. Ferrajoli, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Traducción de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 92.

terminadas formas de gobierno<sup>86</sup> —entendiéndose aún que significa no menos que autogobierno colectivo, oposición al ejercicio arbitrario del poder—. <sup>87</sup> La disparidad y variedad de criterios en relación con su definición excede en tal medida esta obra que nos limitaremos a iniciar su enfoque haciéndonos eco de la distinción entre democracia *formal* y democracia *sustancial*.

Si bien algunos autores las dividen o las consideran como dos grados diferentes del mismo concepto y otros defienden que la democracia es formal por definición,<sup>88</sup> coincidimos con quien sostiene que ambas democracias son elementos constituyentes de la auténtica democracia o democracia real: son dos caras de una misma moneda. Se trata de dos aspectos distinguibles pero que no deben separarse, pues la sola ausencia de uno de ellos da como resultado la presencia de un régimen que no puede ser tildado de democrático.<sup>89</sup>

Bajo esta concepción bidimensional de la democracia, se hace notar el subdesarrollo político de la dirigencia de aquellos países que, en la práctica, solo se preocupa deliberadamente por el respeto de su faz formal como instrumento que se utiliza para la inicial legitimación de su futuro accionar. Por lo tanto, su único mérito es conducirlos hacia la inclusión en una imaginaria lista que, parafraseando a John Rawls, contiene la categoría de países no serios —pues, sin excepción, solo cumplen la ley cuando les conviene—. Quienes estamos acostumbrados a vivir en naciones donde la constante es darle el mando a autoridades que, una vez que asumen, muestran sus habilidades para desenvolverse en el subdesarrollo político ya no somos sorprendidos por las carreras entre poderes disputándose quién tiene mayor habilidad para violar el ordenamiento jurídico. Así, el poder ejecutivo se apresura en darle vigencia a sus decretos con la intención de imponer un criterio forzosamente —evitando el debate en el Congreso—, mientras el poder legislativo dicta leyes inconstitucionales o hechas a medida de intereses determinados gracias al abuso de la mayoría, a la par que muchos jueces hacen gala de un decisionismo extremo sentenciando

---

<sup>86</sup> Cfr. Ulloa, Ana Lilia. "Democracia sustancial y el coto vedado de los derechos humanos". *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 10, abril 1999, México D.F.: ITAM, p. 192.

<sup>87</sup> Cfr. Shapiro, Ian. "Elementos de la justicia democrática". Traducción de Amalia Amaya y Pablo Larrañaga. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 20, 1997, Universidad de Alicante, Alicante, p. 335.

<sup>88</sup> V. gr. Bovero, *Una gramática...*, op. cit., p. 45.

<sup>89</sup> Cfr. Ulloa, "Democracia...", op. cit., p. 193.

en base a sus pareceres voluntaristas –y aun en sentido contrario al derecho–. Este círculo vicioso no es más que una enfermiza sobreactuación del poder mal entendido, donde el ganador de la pulseada es quien logra salirse con la suya desafiando al sistema para avasallar sus límites.

A continuación, dedicaremos algunos renglones a cada una de las dimensiones que conforman el concepto de democracia al que nos adherimos.

## 2.1. La democracia formal

La *democracia formal* –también adjetivada como *procesal* o *jurídica*– está constituida por el aspecto técnico procedimental, por un conjunto de procedimientos de decisión. Pero la democracia en sí no se reduce solo a ello, ya que además necesita y exige técnicas de decisión e instituciones concretas.<sup>90</sup>

En consecuencia, se ha afirmado que las aristas fundamentales que la conforman son:

1. Las reglas preliminares que permitan el juego,
2. una base consensual universal y
3. un sistema seguro de garantías formales.<sup>91</sup>

El Estado de derecho –concepto al que nos referiremos más adelante– se inserta en la faz formal de la democracia; de allí que podemos hallar a lo largo de la historia ejemplos de Estados de derecho que no eran democráticos o que legitimaron violaciones de derechos humanos.<sup>92</sup>

<sup>90</sup> V. Amaya, Jorge Alejandro. “De mayorías y minorías en la democracia”. *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Debates de Actualidad*, año XXI, N° 197, julio-diciembre 2006, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pp. 7-17.

<sup>91</sup> Cfr. Ulloa, “Democracia...”, op. cit., p. 193.

<sup>92</sup> Enseña el actual ministro de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, Ricardo L. Lorenzetti, que, con una finalidad didáctica, podemos distinguir entre una concepción del derecho *descendiente* y otra *ascendiente*. El modelo *descendiente* acepta que una autoridad centralizada pueda imponer a toda la comunidad un cuerpo determinado de valores y concepciones de la vida. Esta noción, ampliamente conocida, ha sido criticada desde, al menos, tres puntos de vista: el primero es que puede tratarse de ideas violatorias de la concepción básica de lo humano, como la superioridad racial, que quedarían legitimadas con el Estado de derecho. La ley y la seguridad que ella brinda se mostraron insuficientes para evitar los desvíos nazistas, y por ello se ha recurrido a limitaciones de la competencia de las mayorías, así como al control de sus decisiones con base en criterios de razonabilidad y principios morales (v. Lorenzetti,

Nótese que resulta insuficiente la mera cara formal de la democracia, aun continente de un Estado de derecho, ya que, así y todo, pueden quedar desguarnecidos derechos humanos. Incluso, si únicamente nos contentamos con este sentido formal—como un simple método de elección de autoridades—, estaremos privilegiando la regla de la mayoría, mediante la cual se tiende a la hegemonía y se desechan los acuerdos entre los diversos sectores.

En la segunda mitad del siglo XIX, comienza a revisarse el concepto de mayoría y minoría, considerándose a la democracia no ya como el simple poder omnímodo de la mayoría, sino como una forma de asegurarle a las minorías ciertos derechos. Así, se fue alumbrando la democracia constitucional.

Se recalca que la regla de la mayoría puede terminar destruyendo la democracia, dado que la voluntad mayoritaria por sí sola no asegura la calidad de un sistema jurídico. La constitucionalización de los derechos fundamentales demuestra que ninguna mayoría puede limitarlos, pues el constitucionalismo exhibe que no existen poderes absolutos, de tal modo que cada uno de nosotros somos titulares de la Constitución desde que los derechos fundamentales pertenecen al hombre.<sup>93</sup>

## 2.2. La democracia sustancial

La democracia en su sentido *sustancial* o *material*—también conocida como *democracia ética* o *política*— se ajusta a un sistema político que intenta hacer efectivas la igualdad y la libertad. Desde la antigüedad, la democracia también significa algo más que el solo poder del pueblo: es el régimen de la libertad y de la igualdad de derechos entre los ciudadanos.<sup>94</sup>

---

Ricardo L. “El paradigma del Estado de derecho”. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. 2005-F, p. 1415).

<sup>93</sup> Estas ideas fueron expuestas por el eximio profesor italiano Luigi Ferrajoli en la conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Provincia de Santa Fe, República Argentina, el día 26 de abril del 2007, a la que tuvimos el honor de asistir. En su artículo “El derecho como sistema de garantías” (*Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 2/1999, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, p. 209), añade que ninguna mayoría, ni siquiera la unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social. Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la esfera de lo indecidible.

<sup>94</sup> Cfr. Amaya, “De mayorías...”, loc. cit.

En su aspecto sustancial contribuye con el respeto por la libertad, el pluralismo y la participación de las minorías, a fin de priorizar el consenso. Es la puerta de ingreso al sistema del respeto a los derechos humanos y ciertos valores.

Cabe aquí recordar la posición de Ana Lilia Ulloa, resaltando que, incluso cuando el consenso universal es fundamental en la democracia, no basta solo con ello, pues la legitimidad de una forma de gobierno queda garantizada, en realidad, por la calidad del consenso: debe tratarse de un consenso universal producto del diálogo, la reflexión y el compromiso.<sup>95</sup> Si bien está fuera de discusión la importancia del consenso en la democracia, esta no se agota en aquel: así como siquiera ninguna mayoría puede afectar los derechos humanos, tampoco mediante el consenso pueden ser menoscabados. Recordemos lo expuesto sobre su preexistencia e inherencia a la persona humana en el capítulo 1.

Por otra parte, se ha señalado que una concepción sustancial de la democracia, garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos y no simplemente de la omnipotencia de la mayoría, requiere que se admita la posibilidad de antinomias y de lagunas. Estas antinomias y lagunas son generadas por la introducción de límites y vínculos sustanciales —ya sean negativos, como los derechos de libertad, o positivos, como los derechos sociales— como por condiciones de validez de las decisiones de la mayoría. Finalmente, se destacó la posibilidad del *derecho inválido* o *lagunoso* como condición previa tanto del Estado constitucional de derecho como de la dimensión sustancial de la democracia.<sup>96</sup>

### 3. El constitucionalismo

Si bien a veces se mezclan terminológicamente las voces *democracia* y *constitucionalismo*, en verdad se trata de dos conceptos bien distintos. Como ejemplo de democracia sin constitución, se ha recordado que los británicos nunca han aprobado un texto constitucional unitario que solemnizara la organización y división de sus poderes políticos ni los derechos de participación política

<sup>95</sup> Cfr. Ulloa, “Democracia...”, op. cit., p. 193. Más adelante —p. 199— reitera que la democracia sustancial remitiría no solo al consenso, sino a la calidad del consenso, añadiendo que Garzón Valdés sostiene que el consenso producto de cierta racionalización y reflexión no implica la legitimidad de la forma de gobierno en cuestión.

<sup>96</sup> Cfr. Ferrajoli, “El derecho...”, op. cit., p. 209.

y de libertad de los que, tras distintos momentos de extensión del sufragio, han venido disfrutando desde entonces sin interrupción.<sup>97</sup> También podemos encontrar casos de constituciones no democráticas y de constituciones que no funcionan en determinadas circunstancias como barrera para la subversión política: las restricciones constitucionales no libraron a los argentinos de varios golpes de Estado y los británicos han salido muy bien parados de catástrofes políticas sin tales restricciones. Esto demuestra –según se ha opinado– que se trata de una cuestión contingente,<sup>98</sup> donde se evidencia la distinción entre constitución jurídica y real que infra trataremos.

El llamado constitucionalismo o movimiento constitucionalista es un proceso político-jurídico que, en una primera etapa iniciada en el siglo XVIII, tuvo por objetivo establecer en cada Estado un documento legal –la constitución– con ciertas características formales –texto escrito, único y orgánico con supremacía jurídica sobre el resto de las normas– y de contenido –que incluyen la estructuración básica del Estado en por lo menos tres poderes y la enunciación de derechos personales según una ideología política concreta–.<sup>99</sup>

En referencia a la constitución en sí, doctrinariamente se presentan al menos dos alternativas: una que hace mención a la norma jurídica suprema del Estado –constitución *jurídica* o *formal*– y otra con la que se designa a una estructura de poder –constitución *real* o *material*–. Esta es la que siempre se hallará en todo Estado y muchas veces ejercerá notable influencia en la constitución formal, sin perjuicio de la cerrada vinculación que una y otra pueden mostrarnos.

Las restricciones constitucionales abrevaron de las teorías liberales el temor a la tiranía de la mayoría, aunque no hay que soslayar tampoco el riesgo de la tiranía de las minorías: como ejemplo se ha destacado el supuesto de los tribunales constitucionales, alguno de los cuales –como el Tribunal Supremo de los Estados Unidos– tiene un acreditado historial en material racial y económico-social del siglo XIX hasta bien entrado el siglo XX.<sup>100</sup>

---

<sup>97</sup> Cfr. Ruiz Miguel, Alfonso. “Constitucionalismo y democracia”. *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 21, octubre 2004, ITAM, México D.F., p. 51.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 72.

<sup>99</sup> Cfr. Sagüés, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. 2ª edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Ed. Astrea; 1997, t. 1, p. 1.

<sup>100</sup> Cfr. Ruiz Miguel, “Constitucionalismo...”, *op. cit.*, pp. 66 y 72.

No obstante, aunando los dos conceptos en examen, se ha visto a la denominada *democracia constitucional* como un límite a la regla de la mayoría, dado que se podrían tomar decisiones inconstitucionales —como, por ejemplo, apoyar el terrorismo de Estado o la pena de muerte— y en tales casos las mentadas decisiones encuentran su límite en la norma constitucional.<sup>101</sup>

El mayor peso normativo de las constituciones resintió el protagonismo de la ley, que entonces puede ser revisada mediante controles de constitucionalidad. Esta característica derivó en una consecuencia mediata: el terreno que fue ganando el poder judicial en detrimento del legislativo y la mentada crisis del esquema que situaba a la ley en la posición central.

El nacimiento del constitucionalismo moderno se produce con el objetivo primordial de limitar el poder político a través de su sometimiento al ordenamiento jurídico. Su instrumentación se basa en una constitución rígida emanada de un poder constituyente, diferenciado de los poderes constituidos. Además, con el correr de los años, se fueron incluyendo otros condimentos provenientes conceptualmente de la república, de la democracia, del Estado de derecho y —más recientemente— del derecho internacional de los derechos humanos: se diseñan controles —entre ellos, el de constitucionalidad—, se dividen las funciones del poder —y a su vez se interrelacionan—, se eligen autoridades y representantes por votación popular, se busca la alternancia en el poder y la periodicidad en los mandatos, se reconocen derechos inherentes a la persona y se le otorga medios para garantizarlos, aceptando competencia de tribunales supranacionales mientras se asumen compromisos internacionales con pactos y tratados al respecto.

La confluencia de distintos factores hasta arribar a los logros de los modelos actuales fue el resultado de un extenso camino recorrido y de una no menos complicada concientización sobre la necesidad de poner el foco en el hombre. Concientización que tomó millones de vidas solo en las dos grandes guerras del siglo pasado. De allí que, sin dejar de tener en cuenta lo expuesto en relación con la democracia, revisemos también algunos de los principales conceptos que nutrieron al constitucionalismo moderno, pues muestran aspectos de suma relevancia cuando de construir un modelo *pro homine* se trata. Mientras tanto, percatados de la inmensidad del tema *sub examine*, no

<sup>101</sup> Cfr. Lorenzetti, “El paradigma...”, op. cit., p. 1422.

queremos dejar en el tintero algunas inquietudes sobre dos cuestiones que despiertan nuestro interés, aunque las arrimemos un tanto desordenadas: la relación del constitucionalismo con el Estado de derecho y –volviendo al terreno de las adjetivaciones– la distinción y transformación entre el constitucionalismo liberal y el social.

Sobre la primera vale anticipar que es posible enlazar el constitucionalismo con el Estado de derecho. Así, haciendo referencia al Estado constitucional de derecho, se expresa que –por su naturaleza– es un ordenamiento imperfecto, resultando impensable una perfecta coherencia y plenitud del sistema en sus diversos niveles. Es más: la posible imperfección es, paradójicamente, su mayor mérito. Una perfecta coherencia y plenitud y una total ausencia de antinomias y de lagunas solo sería posible si no se hubiera incorporado a las normas sobre la producción algún vínculo sustancial. Como conclusión, esto es lo que sucede en el Estado absoluto –poco importa si políticamente democrático–, donde cualquier norma existente, en cuanto producida bajo las formas establecidas por el ordenamiento, es válida por eso solo.<sup>102</sup>

Respecto al segundo punto, a menudo podemos hallar distinciones entre el constitucionalismo social y el liberal. Resulta oportuno recordar lo que expone Dalla Vía siguiendo a Vanossi: Herman Heller ha señalado que el constitucionalismo social es al constitucionalismo liberal lo que el Estado liberal de derecho es al Estado social de derecho. Tal tránsito supuso un *aggiornamento* del Estado liberal clásico, que se vio jaqueado por las demandas sociales y económicas que venían tanto de los autoritarismos de derecha –fascismo, nazismo, etc.– como de los totalitarismos de izquierda –comunismo, socialismo, etc.–. Tal cambio, expresado en nuevos textos constitucionales a partir de la Constitución de México de 1917 y la Constitución alemana de la República de Weimar en 1919, supuso mantener la estructura de separación de poderes del Estado liberal, aumentando el catálogo de derechos económicos, sociales y culturales, ampliando el rol del Estado, así como los mecanismos de control a los poderes públicos.<sup>103</sup>

---

<sup>102</sup> Cfr. Ferrajoli, “El derecho...”, op. cit., p. 209.

<sup>103</sup> Cfr. Dalla Vía, Alberto. “El derecho constitucional: entre la doctrina y el discurso”. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. 2007-D, p. 1195. Vale añadir que el primer constitucionalismo social aparece entre la Primera y la Segunda Gran Guerra, siendo sus baluartes la Constitución

En suma, la democracia y el constitucionalismo pueden presentar una destacable sinergia en favor de un modelo *pro homine*, organizando y protegiendo de modo adecuado a la esfera política y a los derechos y garantías de las personas.

### 3.1. El 'neoconstitucionalismo'

En los últimos lustros, comenzaron a abrirse paso en doctrina los denominados *neoconstitucionalistas*, subrayando la importancia de ajustar el contenido de las constituciones nacionales con los tratados internacionales de derechos humanos.

Así como se ha entendido que mientras el constitucionalismo es fundamentalmente una ideología dirigida a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales o de derechos fundamentales –cuyo trasfondo habitual, aunque no necesario, es el jusnaturalismo que sostiene la conexión identificativa entre derecho y moral– pero no es relevante como teoría del derecho, el *neoconstitucionalismo* no se presenta exclusivamente como una ideología y una correlativa metodología, sino también como una teoría concurrente con la positivista.<sup>104</sup>

Esta corriente –según uno de sus seguidores– explicita una ideología o filosofía política que justifica o defiende el paradigma de Estado constitucional de derecho –como el mejor modelo posible frente a la alternativa del Estado legislativo del derecho– en donde subyace un alto grado de tensión entre democracia y Constitución. Y una de las notas estructurales que presenta el Estado constitucional de derecho es la omnipotencia judicial, ya que el órgano judicial se encuentra en una situación temporal de detentador de la última palabra respecto de las decisiones colectivas –aun aquellas que tienen

---

mexicana de Querétaro de 1917, la Constitución alemana de Weimar de 1919 –ya mencionadas– y la Constitución de la II República Española de 1931. Concluida la Segunda Gran Guerra, se abre una segunda oleada con la Constitución de la IV República Francesa de 1946, la Constitución de la República Italiana de 1947 y la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Más tarde aparecen otros ejemplos de constitucionalismo social con las constituciones de Grecia (1974), Portugal (1976) y España (1978). V. Thury Cornejo, *Juez...*, op. cit., p. 248.

<sup>104</sup> Cfr. Comanducci, Paolo. "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico". Traducción de Miguel Carbonell. *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 16, abril 2002, ITAM, México D.F., pp. 96-97.

que ver con los derechos fundamentales—, lo cual genera un natural desplazamiento del legislador.<sup>105</sup>

Sin perjuicio de volver más adelante sobre el neoconstitucionalismo —especialmente en relación con el activismo judicial que prohija como nueva actitud institucional y a la distinta relación y contrapesos entre las funciones del poder estatal que propone—, con acierto se ha hecho notar que, paradójicamente, mientras hay una disminución progresiva de la discrecionalidad en la actuación de los poderes políticos, verifica y promueve un notable aumento en la discrecionalidad de los jueces en su función jurisdiccional y constitucional.<sup>106</sup> Por consiguiente, se ha subrayado que el modelo del neoconstitucionalismo tiene dos riesgos principales: la extralimitación judicial y una impronta excesivamente individualista y relativista en la concepción e instrumentación de los derechos humanos que llega a desvirtuar su contenido y alcance.<sup>107</sup> Si bien puede contener algunas facetas atractivas, no podemos compartir ninguna propuesta que se base en la omnipotencia de un sector o de una persona; al menos si esa es la solución que brinda, queda demostrado que en el mejor de los casos le resta mucho camino por transitar. Varios siglos de lucha y evolución político-social para lograr un poder dividido, limitado y controlado, caen como un castillo de naipes mal armado si la respuesta es dejar todo en manos de alguien a quien se le reconoce un poder omnímodo, que por definición solo es atributo de Dios.

### 3.2. El 'desconstitucionalismo'

Opina Néstor Sagüés<sup>108</sup> que algunos autores vienen aludiendo al concepto de *desconstitucionalización*, aparentemente originado en Francia, mostrando diferentes manifestaciones. Una de ellas es la desconstitucionalización por el abandono de ciertos postulados provenientes de la primera etapa del movimiento

---

<sup>105</sup> Cfr. Gil Domínguez, Andrés. "Neoconstitucionalismo y última palabra". *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. 2008-B, pp. 985-986.

<sup>106</sup> Cfr. Santiago, Alfonso (h). "Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo". *Dikaion, Revista de Actualidad Jurídica*, vol. 17, 2008, Universidad de La Sabana, Facultad de Derecho, Chía, p. 144.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 146.

<sup>108</sup> Cfr. Sagüés, Néstor Pedro. "El concepto de 'desconstitucionalización'". *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. 2007-B, pp. 1268-1269.

constitucionalista –de tendencia liberal–. Así, se dejaron de lado cuestiones básicas, como el principio democrático, el régimen representativo o la división de poderes. Este fenómeno se produce en los Estados totalitarios y autoritarios hallables en la primera posguerra –Italia, Alemania y la Unión Soviética–.

También se hace mención al denominado desmontaje constitucional, aspecto vinculado a la decadencia, debilitamiento o desplazamiento de la normativa de la Ley Suprema, situación que se verifica principalmente cuando:

- a) se magnifica el derecho de emergencia,
- b) se admite la doctrina del quebrantamiento constitucional,
- c) se concede un poder constitucional exorbitante al poder ejecutivo,
- d) se instala una concepción de constitución *política* o *viviente*, de tipo consuetudinario, no moldeada en forma de ley sino vivencialmente, modificable por la ley común o incluso por la voluntad del *Führer*,
- e) aparece la identificación entre derecho y política, y entre ordenamiento populista y derecho,
- f) se admite la reforma constitucional por medio de la interpretación *dinámica* o *mutativa*, por un procedimiento distinto al previsto por la Constitución o de manera indirecta o tácita a través de una ley común que se le opone pero que no es declarada inconstitucional y
- g) se evita la aplicación de preceptos constitucionales precisos mediante el avance de conceptos jurídicos indeterminados.<sup>109</sup>

Lo expuesto aquí llama la atención sobre la necesidad de cuidar aspectos del sistema –en procura de su perdurabilidad– de manera tal que no queden ventanas abiertas que nos conduzcan a una desconstitucionalización o a otros fenómenos cercanos, como el denominado desmontaje constitucional.

#### 4. La república

A veces al término república –antiguamente confundido con Estado– se lo circunscribe simplemente a la designación de una forma de gobierno contrapuesta a la monarquía por la alternancia o rotación del poder que implica.

---

<sup>109</sup> *Ibid.*, pp. 1270-1271.

Por esta razón, Montesquieu<sup>110</sup> distingue dos tipos de repúblicas: las aristocráticas –donde gobiernan varios, pero no la mayoría– y las democráticas –donde el poder es de la mayoría del pueblo–.<sup>111</sup> Si bien de alguna manera se esfuerza por dar precisiones, incurre en confusiones conceptuales entre república y democracia.

Tampoco esquiva cierta falta de exactitud el padre de la Constitución argentina, Juan Bautista Alberdi, quien en 1852 escribía que, de las tres formas esenciales de gobierno, el monárquico, el aristocrático y el republicano, este último ha sido proclamado por la revolución americana como el gobierno de estos países. No hay –sostenía– lugar a cuestión sobre forma de gobierno, para luego concluir que la democracia, entre nosotros, más que una forma, es la esencia misma del gobierno.<sup>112</sup>

Ya importantes pensadores del siglo xvii difundieron al republicanismo como una teoría de tinte progresista que sirve como antídoto a la concentración autocrática del poder, a la vez que busca la conformación de una comunidad política sostenida por la igualdad y la libertad. El mantenimiento institucional parte del respeto a la ley, gestándose de este modo la idea moderna de Estado de derecho.

Se ha expuesto, siguiendo a autores como Bobbio, Sartori, Montesquieu, Habermas o Rawls, que una república está marcada –entre otros rasgos– por: a) una clara división de poderes, b) el intercontrol recíproco entre estos, c) el respeto hacia la dignidad del individuo, d) el poder al servicio de la sociedad y no a la inversa, e) la vigencia irrestricta de las garantías constitucionales y f) límites precisos y bien definidos al poder de la autoridad. Por lo tanto, no son repúblicas –ni en el fondo ni en la forma– los regímenes monárquicos, los regímenes autocráticos, los dictatoriales o los totalitarios por más que se titulen de manera presentable en el escenario político internacional.<sup>113</sup>

---

<sup>110</sup> Hace tiempo se sostuvo que fue Montesquieu quien popularizó la división clásica tripartita de formas de gobierno de Aristóteles (cfr. Montes de Oca, M. A. *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Ed. Tipo-litografía La Buenos Aires; 1917, t. I, pp. 77 y 80).

<sup>111</sup> Cfr. Sagüés, *Elementos...*, op. cit., t. 1, p. 277.

<sup>112</sup> Cfr. Alberdi, Juan Bautista. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina; 1998, p. 100.

<sup>113</sup> Cfr. González, Robert Marcial. “Alcances de la prueba judicial dentro de un sistema de enjuiciamiento republicano”. En: Alvarado Velloso, Adolfo & Zorzoli, Oscar (dirs.). *Confirmación procesal*. Colección Derecho Procesal Contemporáneo. Buenos Aires: Ed. Ediar; 2007, p. 151.

Con el transcurso del tiempo, los conceptos *república* y *democracia* fueron mostrando cierta evolución y hasta diversos sentidos. Entonces, su diferenciación puede resultar escasamente nítida.

Una muy didáctica explicación sobre la república la encontramos en una obra que data de hace más de noventa años, donde Montes de Oca nos ilustra que el sistema representativo comprende a los Estados regidos por instituciones libres. Pero, como es de su esencia que todos los funcionarios que ejercen los diversos poderes emanen de elección popular —ya sea, acotamos, directa o indirectamente—, abarca como especies suyas a la monarquía y a la república.<sup>114</sup>

Los convencionales de 1853 —añade en referencia a los constituyentes argentinos—, al determinar en el artículo 1º de la Ley Fundamental la forma de gobierno que debía regir a la nación, no pudieron limitarse entonces a indicar que imperaría el régimen representativo. Tenían necesariamente que agregar que esta forma representativa sería republicana, para ponerse en consonancia con los antecedentes históricos del país.<sup>115</sup> Más adelante, redondea la idea expresando que la Constitución que nos rige ha establecido la forma republicana de gobierno, y no la ha creado; ella, como el régimen representativo, estaba impuesta por nuestros antecedentes nacionales.<sup>116</sup>

La división de poderes constituye un pilar fundamental del sistema republicano. Si bien se reconoce a Montesquieu como encumbrado exponente, no hay que olvidar que también antiguamente se encontraba en el pensamiento de Platón, Aristóteles y Polibio.

Con acierto se ha afirmado que, con el surgimiento del Estado moderno y la burguesía, se busca limitar el poder de la monarquía absoluta. Así, el principio de separación de poderes representa un importante instrumento legitimador del Estado constitucional que fue evolucionando y cambiando hasta nuestros días.<sup>117</sup> La reinterpretación de la división de poderes en un sentido político de equilibrio implicará la consecución de una visión más realista de las relaciones entre política y derecho; la búsqueda de instrumentos concretos lleva a la proliferación de nuevas formas de control de la organización

<sup>114</sup> Cfr. Montes de Oca, *Derecho...*, op. cit., p. 88.

<sup>115</sup> *Ibid.*

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 96.

<sup>117</sup> V. Thury Cornejo, *Juez...*, op. cit., p. 55.

del Estado, superando, pero suponiendo, la división tripartita clásica. De este modo, con una nueva mirada sobre ese núcleo duro de la teoría del control del poder —que es la división—, sería posible lograr nuevas vías de acción para solucionar los problemas del Estado actual, dejando de lado separaciones tajantes entre derecho y política que han contribuido a formar un esquema de excesiva juridificación, con la consiguiente asunción de poder por parte de los jueces.<sup>118</sup>

Además de la diferencia que debe trazarse entre la democracia —como forma de Estado— y la república —como forma de gobierno—, fueron materia de debate las diferencias que esta muestra en relación con el constitucionalismo liberal moderno. Se ha sostenido básicamente que el constitucionalismo prefiere colocar a los individuos y sus derechos fundamentales por encima y antes del cuerpo social, a la vez que para el republicanismo el valor de lo colectivo predomina axiológicamente sobre los miembros que lo integran.<sup>119</sup> No nos parece que la nota distintiva apuntada sea adecuada.

Fácil es concluir que ambos conceptos no son excluyentes. Por lo contrario, pueden ser integrados a un modelo democrático que coordine los aportes de cada uno, favoreciendo el reconocimiento de los derechos de las personas en equilibrada relación con la *res publica*.

## 5. El Estado de derecho

La doctrina del Estado de derecho ve la luz en Alemania, mostrando un carácter eminentemente jurídico, ocupándose de las relaciones entre sociedad y Estado bajo el capitalismo liberal. Así, el *Rechtsstaat* aparece como un compromiso entre el liberalismo y la tendencia conservadora propia de la época de restauración posterior a los sucesos revolucionarios de 1848. De este modo, mientras se rechazaba el principio de la soberanía popular, aparece esta concepción que da cuenta del carácter jurídico y no político de la limitación del poder del monarca en el ejercicio de sus funciones de gobierno.<sup>120</sup>

---

<sup>118</sup> *Ibid.*, pp. 395-397.

<sup>119</sup> Cfr. Salazar Ugarte, Pedro. "Introducción al análisis del sistema republicano". Barceló Rojas, Daniel A. & Valadés, Diego (coords.). *Examen retrospectivo del sistema constitucional mexicano. A 180 años de la Constitución de 1824*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México; 2005, p. 256.

<sup>120</sup> Cfr. Thury Cornejo, *Juez...*, op. cit., p. 114.

El Estado de derecho, en una primera aproximación, nos brinda una idea de limitación del poder político, específicamente desde su subordinación a la ley. Para Habermas, el Estado de derecho legitima el orden jurídico positivo al introducir la idea de la imparcialidad en los procedimientos legislativos y judiciales.<sup>121</sup> Luigi Ferrajoli lo caracteriza como un sistema político basado en la disciplina legal y el monopolio estatal del uso de la fuerza, con el fin de excluir o al menos minimizar la violencia en las relaciones interpersonales.<sup>122</sup>

El poder político puede ser ejercido de varias maneras, pero, cuando es ejercido con arreglo a derecho, se dice que estamos ante un Estado de derecho. El derecho presenta –o debería presentar– ciertos rasgos formales que lo constituyen en una herramienta moralmente apta para el ejercicio del poder, incluso con prescindencia de su contenido sustantivo.<sup>123</sup>

Se ha recordado que el poder tiene la cualidad de propiciar su propio crecimiento ilimitado, por eso gran parte de las problemáticas humanas estriba en la sobredimensión del poder, y el gran acontecimiento en la construcción del Estado de derecho fue precisamente poner límites al poder para controlar y para autocontrolarse.<sup>124</sup>

La cuestión, en su aspecto ideal, se remonta a las discusiones de Platón y Aristóteles. Según Platón, era preferible un gobierno sometido a las decisiones de unos pocos, entendidos en el arte de gobernar, antes que un gobierno sujeto a las leyes. Aristóteles, contrariando a su maestro, sostenía la preferencia de un gobierno sujeto a las leyes, lo cual garantizaba la igualdad de todos, por encima de un gobierno sujeto a la voluntad o al arbitrio de unos pocos, por sabios que pudieran llegar a ser.<sup>125</sup>

<sup>121</sup> Cfr. Ulloa, “Democracia...”, op. cit., p. 198.

<sup>122</sup> Cfr. Ferrajoli, *El garantismo...*, op. cit., pp. 91-92.

<sup>123</sup> Cfr. Moreno Rodríguez A., Diego. “La doctrina del Estado de derecho y sus virtudes”. Tema: filosofía del derecho, deontología jurídica. *Revista Jurídica CEDUC*, 2001, Asunción. Reedición en CD-ROM, año 2007.

<sup>124</sup> Cfr. Ramírez Carbajal, Diana María. “Facultades probatorias del juez en el Estado social de derecho”. En: Alvarado Velloso & Zorzoli, *Confirmación procesal*, op. cit., pp. 250-251.

<sup>125</sup> Cfr. Moreno Rodríguez, “La doctrina...”, op. cit. Tendiendo un manto de pragmatismo, agrega el autor paraguayo que en la vida real siempre gobiernan las leyes y también los hombres. Pero lo que se pretende con este ideal es que los hombres que gobiernan lo hagan, no a través de su entero arbitrio y por

Profundizando en su análisis, Vanossi ha expresado que el Estado de derecho es un Estado *garantista*.<sup>126</sup> Es decir, que en las etapas del proceso gubernamental existen instancias de control que, si bien pueden estar dirigidas a preservar la legalidad o la constitucionalidad formales, también están orientadas a salvaguardar los derechos subjetivos de las personas que resulten afectadas por actos lesivos del ordenamiento vigente o de alguna de sus escalas. La relación entre control y constitucionalidad es tan estrecha como la relación entre el garantismo y los derechos subjetivos.<sup>127</sup>

Puede observarse que el progreso de la democracia tiene lugar no solo mediante la expansión de los derechos fundamentales y de su garantía, sino también a través de la extensión del Estado de derecho al mayor número de ámbitos de vida y esferas de poder, con el fin de que allí sean tutelados y satisfechos los derechos fundamentales de las personas.<sup>128</sup>

De este modo advertimos la íntima relación que desde el punto de vista sistémico pueden alcanzar la democracia, la república, el Estado de derecho y el constitucionalismo con los derechos y las garantías de las personas, luciendo su complementación.

Nos parece interesante traer a colación que la óptica conceptual del Estado de derecho que se tiene en Europa continental no es idéntica a la anglosajona. En aquella, bajo la expresión *Estado de derecho* se pone mayor énfasis en las formalidades que debe revestir un Estado para asegurar que sea el derecho quien gobierne. Por ello, este concepto es frecuentemente vinculado con los de constitucionalismo y democracia.<sup>129</sup>

En cambio, los anglosajones utilizan comúnmente la locución *rule of law* –cuyo significado sería *gobierno de las leyes o del derecho*–. En esta tradición, la preocupación primordial ha sido la de establecer las condiciones formales bajo las cuales puede afirmarse de que son las leyes las que gobiernan en un determinado grupo social, con independencia –o al menos con menor acen-

---

encima de la ley, sino mediante la adecuación a ciertos requerimientos formales que moldean su manera de gobernar, y a los cuales a su vez deben hallarse sujetos como cualquier otro súbdito.

<sup>126</sup> En sentido similar, Ferrajoli sostiene que el Estado constitucional de derecho es el modelo garantista (v. Ferrajoli, “El derecho...”, op. cit., p. 208).

<sup>127</sup> Cfr. Vanossi, *El Estado...*, op. cit., p. 7.

<sup>128</sup> Cfr. Ferrajoli, *El garantismo...*, op. cit., pp. 115-116.

<sup>129</sup> Cfr. Moreno Rodríguez, “La doctrina...”, op. cit.

tuación— respecto de la forma que revista el Estado de que se trate.<sup>130</sup> Desde esta perspectiva, al apartarnos de la estructura organizacional del Estado para priorizar las condiciones formales, es posible construir un Estado de derecho con total prescindencia de la idea de democracia.

Se advierte que el concepto en análisis por sí solo es insuficiente para edificar un modelo amplio de democracia, dado que apenas queda insertado en su faz formal.<sup>131</sup> Sin embargo, no debe restársele brillo como elemento integrante, desde que pone en marcha un mecanismo que suma necesarios límites al poder.

## 6. Recapitulación

A riesgo de ser criticados por incurrir en idealismo puro, a nuestro criterio, la democracia es mucho más que un simple método de elección de autoridades. De allí que nos inclinemos sin dudar por aquella tendencia que incluye en su seno una doble dimensión: la procedimental y la sustancial. De este modo, el concepto excede el mero formalismo, abriendo sus puertas a valores y al reconocimiento de los derechos humanos.

Una democracia evolucionada, abonada con el aporte del constitucionalismo moderno, la división de funciones del poder y su intercontrol —pilares del republicanismo—, el sometimiento del poder a la ley —que surge del Estado de derecho— y la preocupación social por fortalecer sus instituciones, brinda una plataforma que coadyuva a la realización plena del ser humano.

Luego de sobrevolar ideas relativas al derecho y al derecho procesal, hemos extraído de la sistematización algunas pautas organizativas para recalcar en la esfera política y constitucional, con el fin de obtener elementos orientadores para el análisis del macrosistema social donde interactúa el hombre. Toca ahora abandonar este entorno y fijar nuestra atención en la persona humana y la efectivización de sus derechos.

<sup>130</sup> *Ibid.*

<sup>131</sup> Según Diego Moreno Rodríguez, en “La doctrina...”, *op. cit.*, en un tono similar al de Hart, el propio Raz ha sostenido que los elementos de un Estado de derecho no constituyen un bien moral, sino un bien instrumental. Raz compara al Estado de derecho con un cuchillo bien afilado, el cual, como un instrumento eficiente, puede ser utilizado para hacer el bien, pero también para hacer el mal. En este sentido —finaliza—, el derecho, como medio para ejercer el poder, puede ser aprovechado tanto por gobiernos democráticos como por tiranías corruptas.

**Segunda parte**  
**La efectivización de los derechos**

## Capítulo 5

# Los derechos y las garantías

### Sumario

1. Los derechos y las garantías en democracia. 2. La diferenciación conceptual entre derechos y garantías. 3. El reconocimiento de los derechos humanos en el sistema democrático. 4. Recapitulación.

### 1. Los derechos y las garantías en democracia

Lo compartido hasta aquí nos muestra la compleja amplitud que puede apreciarse en el concepto de democracia, a efectos de obtener el respeto por los derechos humanos, las instituciones, la libertad, el pluralismo y la participación de las minorías. La constitucionalización rígida de los derechos fundamentales –que impone obligaciones y prohibiciones a los poderes públicos– ha ayudado a consolidar esta perspectiva, incorporando de hecho a la democracia una dimensión sustancial, en añadidura a la tradicional dimensión política, de carácter meramente formal o procedimental.<sup>132</sup>

Esta manera de entender la democracia, fundada en los derechos humanos, tiene su centro en el hombre, al reconocerle derechos preexistentes propios a su naturaleza. Se ha indicado que en los sistemas democráticos existen mayores razones para cumplir las leyes que en los sistemas autoritarios, en tanto es precisamente la democracia el sistema que mejor propende a la realización de los derechos humanos al fundar las decisiones en el consenso y en la regla de la mayoría. Si lo que se busca es afirmar la autoridad del derecho, mal podría argumentarse su no acatamiento.<sup>133</sup> Obviamente, que la democracia tome sus

---

<sup>132</sup> Cfr. Ferrajoli, *El garantismo...*, op. cit., p. 169.

<sup>133</sup> Cfr. Dalla Via, Alberto. “Los jueces frente a la política”. *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 22, abril 2005, ITAM, México D.F., p. 24.

decisiones recurriendo al consenso y a la regla de la mayoría no implica que la existencia de los derechos humanos quede sujeta a estos procedimientos de decisión.

Para lograr un modelo democrático moderno y centrado en el hombre—con serias aspiraciones de permanencia en el tiempo—, se torna imprescindible la sumatoria de varios factores que, a su turno, deben observar irrestrictamente los derechos humanos. Bajo estas circunstancias, la democracia—siempre en sentido amplio y apuntalada a su vez por los límites y controles al poder que agrega el Estado de derecho— sostiene valores que emanan de los derechos humanos reconocidos, los cuales pueden afirmarse desde la seguridad que brinda una Constitución receptora del derecho internacional humanitario. En consecuencia, queda el sistema orientado hacia el ser humano, hallando su protección la vida, la libertad, la dignidad, la igualdad, la seguridad, la paz, el diálogo, el respeto a la ley y los restantes derechos que le son inherentes a su condición de persona.

Más allá del apasionante análisis filosófico que merece la relación entre derecho y moral, algunas opiniones se contentan con poner el acento sobre la vaguedad en general de los ideales morales. Por esta línea se subraya que—dentro de límites muy laxos y con sujeción a las condiciones de excepción que cada uno se reserve— tienen una función más pronominal que sustantiva, ya que permiten a cada sujeto usarlas para denominar sus propias aspiraciones, aunque sean incompatibles con las de su vecino en una situación concreta.<sup>134</sup>

No obstante, aun obligados a dejar de lado bellas palabras que representan derechos humanos porque su contenido es objeto de discusión, podemos intentar un avance de la democracia moderna poniendo nuestro esfuerzo en el desarrollo de mecanismos de efectivización de ciertos derechos todavía no del todo bien protegidos.

Como aclaración, ponemos de relieve que una democracia orientada hacia el hombre—o *pro homine*— no necesariamente debe ser identificada exclusivamente con las limitaciones que exhibía el liberalismo individualista,

---

<sup>134</sup> Cfr. Guibourg, Ricardo A. “Las dificultades filosóficas del pensamiento jurídico”. Versión ampliada y corregida de la ponencia presentada con el mismo título en las *XXI Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, octubre 2007. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. 2008-B, p. 1331.

desde que aquel, más que individuo, es persona humana dotada de dignidad, de la cual derivan los derechos humanos. En estos tiempos, la democracia no puede quedar separada de los derechos humanos, pues se la estaría vaciando de contenido hasta quedarnos solo con su dimensión procedimental. Es así que debe involucrar –siguiendo una clasificación muy en boga– los derechos tanto de primera, como de segunda y tercera generación.<sup>135</sup> La evolución –que es el desafío para los juristas del siglo XXI– se obtendrá en la medida en que se dote al sistema de un medio idóneo para realizar en última instancia todos los derechos inherentes al ser humano. Y tal como analizaremos más adelante, el método por excelencia creado por el mismo hombre para ello –cuando otras vías fracasaron– es el proceso jurisdiccional.

Asoma entonces la importancia del aporte jurídico del sistema de enjuiciamiento, en apoyo del sistema sociopolítico principal, con el consiguiente y necesario ajuste entre ambos exteriorizado en el respeto a idénticas directrices, valores y límites de corte democrático. No obstante, como toda creación humana, es impensable exigir o pretender la perfección. Aunque ello no impide que se inviertan los mejores esfuerzos apuntando a una constante superación, comenzando por un debate profundo cuyo objetivo sea beneficiar al hombre.

Habiéndonos referido en buena medida a la democracia, resta ahora reflexionar acerca de cómo juegan dentro de ella los derechos y las garantías de las personas, para lo cual es necesaria su distinción conceptual como peldaño que precede a una breve consideración específica sobre derechos humanos que arriaremos como complemento de lo vertido en el primer capítulo.

## **2. La diferenciación conceptual entre derechos y garantías**

A veces se detecta cierta confusión en la significación y distinción de los derechos y las garantías. Incluso –en algunas oportunidades– se las emplea como sinónimos, pese a que en el plano jurídico sus conceptos pueden no coincidir.

Desde una perspectiva constitucional, se ha entendido que las garantías son el soporte de la seguridad jurídica y que tiene el hombre frente al Estado

---

<sup>135</sup> Recientemente hemos detectado una incipiente carrera entre sectores de la doctrina que pugnaban por atribuir la cuarta generación a determinadas clases o tipos de derechos.

como medios o procedimientos para asegurar la vigencia de los derechos;<sup>136</sup> son todas aquellas instituciones que, en forma expresa o implícita, están establecidas por la Ley Fundamental para la salvaguarda de los derechos constitucionales y del sistema constitucional. Los derechos, en cambio, son las regulaciones jurídicas de las libertades del hombre.<sup>137</sup> Los derechos conforman la esencia jurídica de la libertad, mientras que las garantías son instrumentos jurídicos establecidos para hacer efectivos los derechos del hombre.<sup>138</sup> Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normativa y efectividad, posibilitando la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional.<sup>139</sup>

Completando el panorama, los derechos importan facultades o atribuciones; las garantías otorgan herramientas o medios para efectivizar los derechos. Sin embargo, se ha avisado que la separación entre derechos y garantías no siempre es nítida, desde que es posible hablar del derecho a articular la acción<sup>140</sup> de *habeas corpus* —con lo que se alude al derecho de ejercer una garantía— y de derechos que pueden también ser vistos como garantías —v. gr., no ser obligado a declarar contra sí mismo, que también se comporta como garantía para asegurar el derecho a la inviolabilidad de defensa en juicio—. <sup>141</sup>

En nuestra opinión, es importante atender la diferencia conceptual entre derechos y garantías, ya que la efectivización de aquellos es asegurada desde estas, que funcionalmente constituyen el medio con que cuenta el hombre para defender sus derechos frente a las autoridades, los individuos y los grupos sociales y económicos. A su turno, si posamos nuestra mirada en el sistema constitucional, las garantías también actúan como un instrumento que asegura su misma subsistencia. Por ello, sus alcances no se limitan a la defensa

---

<sup>136</sup> Cfr. Bidart Campos, Germán. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Nueva edición ampliada y actualizada. Buenos Aires: Ed. Ediar; 1995, t. I, p. 622.

<sup>137</sup> Cfr. Badeni, *Inst. de los...*, op. cit., t. I, p. 637.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 637.

<sup>139</sup> Cfr. Ferrajoli, "El derecho...", op. cit., p. 209.

<sup>140</sup> En puridad procesal, en este supuesto corresponde hacer referencia a pretensión en vez de acción.

<sup>141</sup> Cfr. Sagüés, *Elementos...*, op. cit., t. 2, p. 227.

de los derechos, sino también se extienden al resguardo de las instituciones y del sistema constitucional mismo.

En consecuencia, la relevancia de no confundir derechos y garantías se vuelca al plano empírico a partir de herramientas procedimentales que se utilizan por lo general ante órganos judiciales, aunque no exclusivamente, pues también —cuando sea pertinente— pueden presentarse ante árbitros. Los constitucionalistas destacan además otros casos donde se recurren a vías extrañas al poder judicial, como en los supuestos del estado de sitio y la intervención federal, que son verdaderas garantías del sistema constitucional.<sup>142</sup>

En esta plataforma, se comienza a palpar la relación entre derechos, garantías y proceso, a tal punto que ya podemos adelantar que éste, en un sistema democrático, hace las veces de bastión de la libertad. De allí la importancia capital de analizarlo a la luz de los componentes y las variables que se aprecian en el macrosistema.

Retomando estrictamente el campo de las garantías constitucionales, su manifestación se alimenta con tres elementos:

- 1) un interés legítimo asegurado por la Constitución, resultante de un derecho individual, de un derecho social o del sistema institucional;<sup>143</sup>
- 2) un riesgo o daño para el interés tutelado por la Ley Fundamental y
- 3) un instrumento jurídico idóneo para disipar ese riesgo o daño.<sup>144</sup>

Lo expuesto, que usualmente es contemplado desde el prisma constitucional, no se agota allí y es dable examinarlo añadiendo una visión más amplia, inclusiva de los derechos humanos, que, como sabemos, son reconocidos no solo en las leyes supremas de los ordenamientos, sino también en el derecho internacional de los derechos humanos —que surge de las declaraciones, pactos, tratados y convenciones de índole internacional o regional que instituyen, a su vez, organismos políticos, jurídicos, contenciosos y cuasicontenciosos

---

<sup>142</sup> Cfr. Badeni, *Instituciones...*, op. cit., t. I, p. 638.

<sup>143</sup> Incluso, en algunas de las constituciones más modernas, este interés legítimo puede emanar de un derecho de incidencia colectiva.

<sup>144</sup> Cfr. Badeni, *Instituciones...*, op. cit., t. I, p. 639.

encargados del control y cumplimiento del contenido de esos instrumentos, ratificados voluntariamente por los Estados que los suscriben—. <sup>145</sup>

Revisemos, entonces, ciertas peculiaridades que presentan los derechos humanos a la luz de los grandes cambios jurídicos, estatales y de soberanía exhibidos en las últimas seis décadas.

### 3. El reconocimiento de los derechos humanos en el sistema democrático

Hemos tomado posición al comienzo de esta obra <sup>146</sup> enfatizando que los derechos humanos –con sus diversas denominaciones– son aquellos derechos inherentes a la condición humana –que el hombre tiene por su dignidad de persona– y, dado que preexisten a las leyes positivas, estas los declaran y reconocen. Son verdaderos derechos, independientes de la ley positiva y del consenso social, fundados en el hecho de que el hombre es persona –entendiendo por persona un ser dotado de dignidad, dueño de sí y portador de unos bienes que son derechos suyos—. <sup>147</sup>

El fenómeno de la positivización de un núcleo natural de juridicidad –verificado más tempranamente en algunas normas y constituciones, y, recientemente, muy impulsado a través del derecho internacional de los derechos humanos– pone de manifiesto un sistema jurídico único integrado tanto por el derecho positivo como por el derecho natural, donde uno necesita del otro: aquel para aspirar a la justicia, y este para obtener operatividad. Esta interrelación tiene como beneficiaria exclusiva a la persona humana.

Sin ánimo de profundizar el análisis sobre su vinculación dentro del sistema jurídico ni de desviarnos hacia las explicaciones que intenta hoy en día el positivismo para justificar el respeto a los derechos humanos –mientras niega la existencia del derecho natural–, rescataremos palabras de Norberto Bobbio descriptivas de un proceso histórico: los derechos del hombre nacen como derechos naturales universales para luego desarrollarse como derechos positivos particulares y realizarse plenamente más adelante como derechos posi-

---

<sup>145</sup> Cfr. Figueroa, Ana María. "Globalización jurídica, neoconstitucionalismo y crímenes de lesa humanidad". *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. 2008-A, p. 982.

<sup>146</sup> V. supra, capítulo 1, apartado 4.

<sup>147</sup> Cfr. Hervada, *Escritos...*, op. cit., p. 469.

tivos universales.<sup>148</sup> Un paulatino avance en este sentido ha desembocado en un blindaje de los derechos fundamentales con su incorporación en pactos internacionales, quedando los Estados atados a su inviolabilidad por una obligación impuesta y vigilada por la comunidad de naciones.<sup>149</sup> De este modo, la persona humana se convierte en sujeto de derecho internacional, con atribuciones de exigirle a su propio Estado u otro extranjero —ante tribunales nacionales o internacionales— el efectivo cumplimiento de las obligaciones que han asumido en relación con los derechos humanos declarados y reconocidos. No obstante, aún resta una ciclópea labor en pos de mejorar el sistema internacional de justicia.

En lo que atañe al sistema de protección, se ha explicado con acierto que, acontecidos los sucesos de la Segunda Guerra Mundial y consolidado el interés de los Estados vencedores de articular una estructura internacional que permitiese proscribir las prácticas bélicas, facilitar desde el derecho la convivencia pacífica entre los Estados y proteger los derechos de los seres humanos, se abrió el paso al fortalecimiento del derecho internacional público, concebido como el marco teórico y normativo que posibilitaría el que para ese momento era el *nuevo orden mundial*. Dentro de este contexto, se dio lugar al derecho internacional de los derechos humanos y al *sistema de protección*. Bajo el concepto de protección internacional de los derechos de los seres humanos, es articulada la construcción de los sistemas respectivos: el Sistema Universal de Protección, dentro del marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), y los Sistemas Regionales de Protección, dispuestos desde tres niveles geográficos —el Interamericano construido en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), el Europeo, construido bajo el marco del

---

<sup>148</sup> Cfr. Bobbio, *El problema...*, op. cit., p. 136. Amplía enseguida (p. 137) que, cuando los derechos del hombre se consideraban únicamente como derechos naturales, la única defensa posible contra su violación por parte del Estado era también un derecho natural, el así denominado derecho de resistencia. Luego, en las constituciones que han reconocido la protección jurídica de algunos de estos derechos, el derecho natural de resistencia se ha transformado en un derecho positivo de promover una acción judicial contra los mismos organismos del Estado.

<sup>149</sup> Cfr. Amaya, “De mayorías...”, loc. cit.

Consejo de Europa y el Africano, en conformación, bajo el marco de la Organización para la Unidad Africana (OUA).<sup>150</sup>

Un sector de la doctrina sostiene que las normas del derecho internacional de los derechos humanos se basan en un consenso universal y poseen un positivismo convencional regulado en el contenido de los artículos respectivos en cada instrumento,<sup>151</sup> de manera que todas las normas y actos de los poderes del Estado se deben adecuar a estos; de lo contrario una Corte Suprema de Justicia o un Tribunal Constitucional<sup>152</sup> deberá resolver su inconstitucionalidad en ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad de las leyes y actos de gobierno.<sup>153</sup> Por nuestra parte, creemos haber dejado suficientemente en claro que no vemos la génesis de los derechos humanos en el consenso, sino en la mismísima naturaleza del hombre: la vida, la salud, la libertad y la dignidad son propios de la esencia de la persona humana, no son el fruto de un acuerdo político. De lo contrario, el respeto, eliminación o suspensión de estos derechos quedaría a merced de alguna mayoría o de algún consenso que pueda alcanzarse entre grupos de poder o de presión.

Si bien la democracia en sentido sustancial nos remite a la calidad del consenso, basado para algunos en una racionalidad con sentido fuerte, debe incluirse el reconocimiento y respeto al *coto vedado* de los derechos fundamentales del hombre –siguiendo la conocida expresión de Garzón Valdés– que no está sujeto a la negociación ni al consenso.<sup>154</sup> Extendiendo el panorama, se ha afirmado que hay derechos fundamentales implícitos en la definición misma de democracia, puesto que sin ellos no habría decisión mediante participación, tales como los derechos políticos –de participación y decisión ciudadana– y los anexos de libertad de expresión, reunión, prensa y asociación, entre otros.

---

<sup>150</sup> Cfr. Quinche Ramírez, Manuel Fernando. *Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias*. 6ª edición. Bogotá: Ed. Doctrina y Ley Ltda.; 2010, pp. 269-270.

<sup>151</sup> Que tienen –v. gr. en el caso de Argentina– jerarquía constitucional, si se trata de los instrumentos contenidos en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional –once reconocidos en la Convención Constituyente en 1994 y dos posteriormente, por el mecanismo que la propia Ley Eminente determina– o superior a las leyes internas –Constitución Nacional, artículo 75, inciso 24– (v. Figueroa, “Globalización...”, op. cit., p. 983).

<sup>152</sup> Acotamos: o los jueces de la causa cuando se trata de un sistema de control difuso.

<sup>153</sup> Cfr. Figueroa, “Globalización...”, op. cit., p. 983.

<sup>154</sup> Cfr. Ulloa, “Democracia...”, op. cit., p. 211.

Sin estos derechos –definidos como *conjunto unitario de derechos y valores políticos de la democracia*– es impensable un proceso de libre e igualitaria deliberación para formar un agregado de preferencias individuales equivalente a la mayoría y para tener la posibilidad de la minoría de transformarse en mayoría.<sup>155</sup>

La idea misma de democracia, para ser tal en estos tiempos, debe comprender necesariamente la sana preocupación por el respeto de los derechos humanos, no solo entre las personas, sino también desde la actividad de los distintos grupos que ejercen alguna clase de poder o desempeño organizacional –desde que, tras ellos, hay hombres que los conforman–. Para que dicho respeto pueda hacerse realidad, el reconocimiento y la declaración de los derechos humanos deben marchar a la par del funcionamiento eficaz de una herramienta, un instrumento, un medio garantizador al cual acudir cuando todos los mecanismos de efectivización fallaron. Creemos que por allí pasa en gran proporción la consideración del problema o caso concreto por parte del sistema.

#### 4. Recapitulación

La democracia del siglo XXI verá incrementada su evolución en la medida en que se acentúen los esfuerzos por mejorar los medios de realización de los derechos: es muy importante que desde el sistema mismo se ayude al buen funcionamiento de las garantías.

El planteamiento anterior nos hizo incursionar en la distinción entre derechos y garantías, observando en los primeros la esencia jurídica de la libertad, implicando facultades o atribuciones, al tiempo que en las segundas hallamos los instrumentos jurídicos establecidos para hacer efectivos los derechos del hombre, sumando una cuota de eficacia en su aseguramiento frente a las autoridades, los individuos y los grupos sociales y económicos. Además, las garantías actúan como herramienta de subsistencia del sistema constitucional, por lo que sus dominios exceden la defensa de los derechos individuales, alcanzando a las instituciones.

El resaltado deslinde entre derechos y garantías se verifica en el plano empírico con la activación de herramientas procedimentales, fundamental-

---

<sup>155</sup> Cfr. Amaya, “De mayorías...”, loc. cit.

mente ante órganos judiciales, aunque no exclusivamente, a las que el hombre puede recurrir –muchas veces como última alternativa– para hacer respetar sus derechos humanos.

La persona humana se beneficia a partir del reconocimiento y declaración en el ordenamiento jurídico de los derechos que le son inherentes. El fenómeno de la positivización de un núcleo natural de juridicidad nos muestra un sistema jurídico único integrado tanto por el derecho positivo como por el derecho natural.

Una vez declarados y reconocidos los derechos humanos, aparece un nuevo reto: darle al hombre la posibilidad de que le sean respetados, de que cobren vida pasando del papel a la realidad. Comienza a tallar, pues, el problema de la efectivización a través de algún medio que permanezca en sus manos para que de él dependa.

## Capítulo 6

# El problema de la efectivización de los derechos

### Sumario

1. La protección de los derechos humanos en el derecho interno y en el derecho internacional.
2. La necesidad de mejorar la efectivización de los derechos.
3. La efectivización de los derechos sociales.
4. Recapitulación.

### 1. La protección de los derechos humanos en el derecho interno y en el derecho internacional

Hemos insinuado que, si bien el reconocimiento y la declaración de los derechos humanos es un avance enorme, muchísimas veces quedarán en letra muerta si no se le posibilita al hombre activar algún dispositivo idóneo para asegurar su observancia. También hicimos una breve referencia a que, en la actualidad, se va generalizando su protección desde un doble plano, integrado por el derecho interno de muchos países y por pactos internacionales en cuanto a las naciones que alcanzan. Esta situación presenta algunos desafíos importantes, donde queda mucho camino para transitar y trabajo por hacer mancomunadamente entre distintas disciplinas, no solo jurídicas.

Por un lado, regresando a la obra de Bobbio, podemos aceptar una dosis de pragmatismo y recordar que, en su opinión, nos enfrentamos a un problema que es más jurídico y político que filosófico, ya que no se trata tanto de saber cuáles y cuántos son los derechos fundamentales, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos.<sup>156</sup> A nuestro parecer, coinci-

---

<sup>156</sup> Cfr. Bobbio, *El problema...*, op. cit., p. 130. Opina además (p. 133) que solo después de la Declaración Universal podemos tener la certeza histórica de que la humanidad, toda la humanidad, comparte algunos valores comunes.

dimos en la necesidad de aumentar la preocupación por la efectivización de los derechos humanos, pero ello no quita que paralelamente la filosofía y la teoría general del derecho sigan ofreciendo sus contribuciones al respecto.

Por otra parte, se nos presenta un sistema internacional de los derechos humanos donde, siguiendo a Germán Bidart Campos, nos parece oportuno presentar al menos ocho puntos básicos que lo caracterizan:

- 1) La persona humana ha alcanzado el rango y la calidad de sujeto de derecho internacional.
- 2) El Estado que se integra a un sistema internacional de derechos humanos conserva su competencia interna para alojar en ella al sistema de derechos, pero actúa de manera concurrente con la internacional; en consecuencia, el Estado debe respetar y hacer efectivo el sistema de derechos que –como mínimo– tiene su fuente en el derecho internacional. Puede mejorar o ampliar –en aplicación del principio *pro homine*– la base de derechos, pero no disminuirla o desconocerla.
- 3) Carece de coherencia con el derecho internacional todo derecho interno que no introduce el principio de primacía de aquel sobre este, según surge de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados.
- 4) Los tratados sobre derechos humanos –a diferencia de los tratados clásicos– tienen como finalidad investir de titularidad de derechos a las personas que forman parte de la población de los Estados. Por ende, obligan a dar efectividad a los derechos en el ámbito interno en que tienen que aplicarse y cumplirse.
- 5) Los tratados sobre derechos humanos originan obligación interna e internacional y generan responsabilidad en el Estado que los viola o incumple.
- 6) El sistema internacional de derechos humanos necesita de un tribunal competente supraestatal para conocer en las transgresiones imputables a los Estados parte, cuyas sentencias obliguen a estos.
- 7) Un sistema completo de derechos humanos debe nutrirse de una doble fuente, la interna y la internacional, que se retroalimentan a fin de que cada caso se resuelva con la aplicación de la fuente más favorable a la persona y al sistema de derechos.

- 8) La interpretación de los derechos de fuente interna debe hacerse de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos.<sup>157</sup>

Lo expuesto pone de manifiesto que el derecho de integración comunitaria y el derecho internacional de los derechos humanos conducen a una confluencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional. A lo que debe agregarse un relevante e imprescindible aporte del derecho procesal –y su objeto de estudio, el proceso– a la hora de hacer efectivos los derechos reconocidos tanto en la fuente interna como en la externa.

Este fenómeno que interrelaciona marcadamente el derecho interno con el internacional comienza a gestarse luego de concluida la Segunda Gran Guerra. Los profundos cambios traídos por la globalización –que se trasladan de la economía a las estructuras constitucionales y de los mercados a los derechos de las personas– han producido una erosión progresiva en el poder de los Estados para que controlen sus problemas y logren sus objetivos. De esta manera se plantea un nuevo rumbo en las competencias estatales relativo a las fuentes del derecho, sobre todo el que se remite a la supraestatalidad normativa. Esa supraestatalidad se exterioriza mediante reglas jurídicas comunes en ordenamientos diferentes.<sup>158</sup>

Ateniéndonos a los derechos humanos, la redefinición de las funciones estatales ha influido en su regulación, desenvolvimiento y protección. De ahí que se haya afirmado que el problema principal reside en que los derechos económicos, sociales y culturales no se globalizan, pues chocan con los postulados inviolables de la libertad de mercado, la igualdad formal y los derechos individuales.<sup>159</sup>

En medio de la tensión existente entre los ordenamientos internos –producto de las soberanías estatales– y el avance del derecho internacional, se ubica el cambio de paradigma operado en la posguerra con el reconocimien-

---

<sup>157</sup> Cfr. Bidart Campos, Germán. *El derecho constitucional humanitario*. Buenos Aires: Ed. Ediar, 1996, pp. 27-28.

<sup>158</sup> Cfr. Garrido Gómez, María Isabel. “Fundamentos e instrumentos de la regulación globalizadora de los derechos fundamentales”. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 11, 2007/2008, pp. 26-27. En: <<http://www.filosofiaderecho.com/rftd/numero11/2-11.pdf>>, (consultada el 1° de febrero del 2011).

<sup>159</sup> *Ibíd.*, p. 26.

to del hombre como sujeto pasivo y directo de la atribución de derechos fundamentales por parte del sistema internacional –principio *pro homine et libertatis*–. Ello da lugar a la apertura progresiva y gradual de espacios que, penetrando en las soberanías de los Estados, permiten lograr una tutela adecuada para aquellas acciones u omisiones que lesionen a la persona como tal y que por su gravedad afecten la conciencia universal y las relaciones de convivencia pacífica entre las naciones. Ligado indiscutiblemente a lo señalado se encuentra el paulatino reconocimiento de responsabilidades penales internacionales de los Estados y de los individuos –con prescindencia de la nación a la que pertenezcan– por la comisión de hechos que, con trascendencia en el orden público general, afecten derechos inalienables, es decir, violaciones del derecho imperativo internacional –*ius cogens*–.<sup>160</sup>

En el apasionante análisis de la protección de los derechos humanos, la doctrina de estos días centra primordialmente su atención en la función de la autoridad que imparte justicia. El candente debate entre activismo y garantismo procesal, o la reivindicación de un poder cuasiomnímodo para el juez que hace un sector del neoconstitucionalismo es prueba de ello. Dejaremos nuestras reflexiones al respecto para el último capítulo. Por ahora, preferimos examinar algunos de los obstáculos que se anteponen para hacer realidad los derechos, para luego detenernos en los sistemas de enjuiciamiento, con la intención de extraer las características de uno democrático, y más adelante dedicarnos al método de efectivización de derechos por excelencia: el proceso.

## 2. La necesidad de mejorar la efectivización de los derechos

Uno de los interrogantes que necesita pronta respuesta es cómo se puede mejorar la efectivización de los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce a la persona humana. La falencia es señalada a menudo, aunque las propuestas son zigzagueantes, incluso algunas resultan asistémicas y otras, peor, traen subrepticias violaciones a valores democráticos y derechos humanos.

Según Pisarello, un programa constitucional de garantías institucionales de los derechos, por más exhaustivo que fuera su diseño, resultaría incompleto,

---

<sup>160</sup> Cfr. Bertola, María Cristina. “La regla del previo agotamiento de los recursos internos en la demanda de responsabilidad internacional del Estado por violación a los derechos humanos”. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. 2007-D, p. 1096.

irrealista y –en última instancia– fútil, sin la existencia y permanente promoción de múltiples y robustos espacios ciudadanos en condiciones de garantizar *socialmente* la eficacia de las respectivas garantías institucionales.<sup>161</sup>

Se ha subrayado que la sociedad cuenta con herramientas tales como el derecho constitucional de peticionar a las autoridades –de donde deriva, como veremos infra,<sup>162</sup> el derecho de acción procesal que da vida al proceso jurisdiccional– y las formas de democracia semidirecta, para lograr que los gobiernos adopten las medidas necesarias para cumplir con los fines sociales capaces de materializar mejores y más justas condiciones de vida, trabajo, educación y participación en la riqueza; en definitiva, democratizar la democracia.<sup>163</sup>

Evidentemente, en este terreno hay tanto para pensar como para discutir y hacer. Si bien podemos poner algunos reparos a la muy difundida separación generacional de los derechos –por esa nueva tentación a deslizar en una generación posterior a la tercera derechos de dudosa alineación con ciertos derechos humanos o algunos que emanan ya no de la libertad, sino del libertinaje–, se ha difundido una observación similar a la que sigue: el Estado liberal de derecho pudo desarrollar mecanismos apropiados para asegurar los derechos de primera generación, mientras que en la actualidad se está avanzando favorablemente en la defensa de los derechos de tercera generación recurriendo a la figura de la legitimación, allanando el acceso al proceso.<sup>164</sup> No obstante, debido a una crisis verificable en la transformación del Estado liberal de derecho hacia el Estado social de derecho, existe cierta

---

<sup>161</sup> Cfr. Pisarello, Gerardo. “Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”. *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 15, octubre 2001, ITAM, México D.F., p. 99.

<sup>162</sup> V. capítulo 9, apartado 2.

<sup>163</sup> Cfr. Fayt, Carlos S. “Los derechos sociales en la Constitución Nacional”. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. 2008-A, p. 781.

<sup>164</sup> Además, se van ensayando cambios o adaptaciones en otros institutos procesales, como la clase de pretensiones ejercitables, los efectos de la sentencia y el alcance de la cosa juzgada, la eficacia de la tutela, el régimen de costas y los poderes del juez. Analizar estas innovaciones exceden el marco de este trabajo, aunque no podemos dejar de manifestar que debe tenerse sumo cuidado con no desvirtuar al proceso como método de debate donde las partes concurren en perfecto pie de igualdad ante un tercero imparcial que resolverá el litigio, porque la efectivización de los derechos no puede lograrse a cualquier precio y menos a costa de los derechos humanos y ciertos valores democráticos.

falta de respuesta de este ante la demanda de cumplimiento de los derechos de segunda generación.

Quizá haya que dejar de lado –a medida que el derecho va presentando novedosas vallas– la improvisación asistémica de soluciones y, por el contrario, uniformar instrumentos que den satisfactorios resultados para el hombre. No estamos de acuerdo con que el proceso –garantía concedida en último estadio para defender y hacer efectivos los derechos– sea un concepto maleable según el derecho que se busque tutelar y las partes en controversia, porque se trata de un medio y no de un fin en sí mismo.

Enlazado a lo precedente, si un sistema jurídico que por un lado reconoce derechos prepositivos propios de la persona humana, por el otro los altera o directamente los niega instrumentalmente –porque su garantía difícilmente se hace operativa y/o es ineficaz–, en realidad apenas se trata de una mera manifestación vacía de contenido.

Para proceder a la alteración o negación de derechos humanos desde el ángulo instrumental, se recurre a diferentes maniobras vinculadas con la interferencia o conculcación del pleno derecho de defensa en juicio. Entre ellas:

- 1) La restricción de derechos y garantías procesales vía normas procedimentales contrarias a las constituciones y al derecho internacional de los derechos humanos. De este modo, para algunos casos se otorga a lo sumo la posibilidad de acudir a un procedimiento, impidiéndose el debate, postulación y defensa en un proceso. Por lo tanto, quien reclama pasa a depender de un acto volitivo de la autoridad de turno, ya que no podrá discutir en pie de igualdad con su contraparte, ni su solicitud será resuelta por un tercero imparcial.
- 2) Menos sutil que la anterior, en algunos países se acoge una limitación del acceso a la justicia, exigiendo el cumplimiento de requisitos procedimentales irrazonables,<sup>165</sup> el agotamiento previo de vías indescifrables y eternas, o imponiendo el previo pago de gabelas, aranceles

---

<sup>165</sup> Como ejemplo, traemos a colación los artículos 130 y 131 del actual Código Procesal Civil de la República de Perú de 1993, donde se fijan los márgenes y las distancias entre rayas de los escritos de las partes y el lugar específico donde deben ser firmados. Esto, según se afirmó, ha llevado a que los escritos de las partes sean recibidos regla en mano. Cfr. Ariano Deho, Eugenia. “En los abismos de la cultura del proceso autoritario”. En: Alvarado Velloso & Zorzoli, *El debido proceso*, op. cit., p. 102.

o impuestos desproporcionados, alejando a la porción más vulnerable de la población de toda posibilidad de reclamar por sus derechos.

- 3) Se obliga en ciertas materias a demandar o a ser demandado ante órganos decisorios que jamás pueden desempeñarse con imparcialidad por carecer de independencia –tal como ocurre con los tribunales fiscales de algunos países, que funcionan bajo la órbita de un poder ejecutivo que, además de pagar el salario de los jueces que lo integran, será parte de todo litigio que allí tramite a través de su también dependiente oficina recaudadora de impuestos–. Para atemperar este tipo de descalabros, se repite como un dogma que esto no genera perjuicio alguno, pues se dejan a salvo recursos directos ante el poder judicial y con ello queda asegurado el control de legalidad de la justicia sobre las decisiones de estos órganos. Pero hasta un alumno de primer año de abogacía destruye este argumento recordando que una de las características de todo recurso es la limitación de su marco cognoscitivo en relación con el debate procesal, por lo que se hace más complicado y restringido el ejercicio del derecho de defensa en juicio; a su vez, cambia la relación subjetiva, dado que ya no se discute con la parte contraria, sino que se ataca una sentencia proferida por la autoridad.

El panorama se despeja si aceptamos la defensa en juicio como un derecho inherente a la persona humana, que a su vez tiene los mismos derechos en cada una de las materias sobre las que versen sus reclamos y la eventual discusión ulterior. Queremos decir con esto que, si reconocemos derechos humanos y al hombre como centro y fin del ordenamiento jurídico, las garantías para hacer efectivos sus derechos no las tiene únicamente cuando lo sientan en el banquillo de los acusados penales. De allí que en pactos que integran el derecho internacional de los derechos humanos se consagre el derecho a ser oído en igualdad de condiciones por un tribunal imparcial e independiente.

No debemos entender al derecho de defensa en juicio como exclusivo patrimonio del acusado o demandado, sino que también alcanza al acusador y actor. Rescatar su trascendencia no es otra cosa que dirigir la mirada a las personas que debaten en busca de una resolución pacífica a su litigio. Ya desde antaño se comprende su capital importancia: como ejemplo, el constituyente argentino de 1853 le dio merecido estatus declarando su *inviolabilidad*.

Vamos ingresando en la temática relativa al proceso jurisdiccional, cuyo acceso debe ser allanado, pues constituye el medio donde se ejerce plenamente el inalienable derecho de defensa en juicio. Al respecto, el derecho procesal tendrá en su oportunidad bastante para decirnos. Por el momento, haremos una corta escala en cuestiones ligadas con la efectivización de los derechos sociales, con el objetivo de identificar si las propuestas que se generan para solucionar problemas de esta índole sintonizan con las ideas que venimos sosteniendo.

### 3. La efectivización de los derechos sociales

Para arribar al actual problema de la efectivización de los derechos de segunda generación, es necesario comenzar con una sucinta revisión del proceso de transformación transitado desde el Estado de corte liberal clásico hacia el Estado social de derecho.

Con contundencia, se ha expresado que los derechos sociales constitucionales son a menudo una fachada brillante tras la cual se esconde un edificio en ruinas. El constitucionalismo moderno, en particular el surgido de las revoluciones estadounidense y francesa en el siglo XVIII, es un fenómeno anterior a la consolidación del capitalismo. Los derechos sociales, en cambio, son el fruto de las contradicciones generadas por la evolución de dicho sistema o, más bien, de los actores sociales que el capitalismo engendra y de los intereses en torno a los cuales estos se articulan. De allí que la relación entre constitucionalismo y derechos sociales se presente como una relación compleja, en ocasiones de oposición, y a veces de mutuo soporte y complemento.<sup>166</sup>

Ya en el siglo XX, los derechos sociales experimentan un renovado impulso tanto a través de las experiencias reformistas que alumbran el Estado social en el mundo anglosajón y en los países escandinavos como mediante el ensayo revolucionario que tiene lugar en el viejo Imperio Ruso. Otros procesos intermedios, que no consiguen llevar adelante con éxito ninguna de las dos vías —como el previsto por la Constitución de Weimar, en 1919, o por la Constitución de la República Española, en 1931— terminan por naufragar. El advenimiento del Estado totalitario en esos países puede, de hecho, con-

---

<sup>166</sup> Cfr. Pisarello, "Del Estado social...", op. cit., pp. 81-82.

siderarse el reflejo del estrepitoso fracaso a la hora de proyectar el contenido garantista del Estado liberal en un Estado social y democrático de derecho.<sup>167</sup>

Ferrajoli resalta como el segundo aspecto de la crisis del derecho<sup>168</sup> a la inadecuación estructural de las formas del Estado de derecho a las funciones del *welfare state*, agravada por la acentuación de su carácter selectivo y desigual que deriva de la crisis del Estado social. Esta crisis –apunta– ha sido con frecuencia asociada a una suerte de contradicción entre el paradigma clásico del Estado de derecho –que consiste en un conjunto de límites y prohibiciones impuestos a los poderes públicos de forma cierta, general y abstracta para la tutela de los derechos de libertad de los ciudadanos– y el Estado social –que, por el contrario, demanda a los propios poderes la satisfacción de derechos sociales mediante prestaciones positivas, no siempre predeterminables de manera general y abstracta, y, por lo tanto, eminentemente discrecionales, contingentes, sustraídas a los principios de certeza y estricta legalidad, y confiadas a la intermediación burocrática y partidista–.<sup>169</sup>

Concluye que el deterioro de la forma de la ley, la falta de certeza generalizada a causa de la incoherencia y la inflación normativa y –sobre todo– la falta de elaboración de un sistema de garantías de los derechos sociales equiparable –por su capacidad de regulación y de control– al sistema de las garantías tradicionalmente predisuestas para la propiedad y la libertad, representan no solo un factor de la ineficacia de los derechos, sino el terreno más fecundo para la corrupción y el arbitrio.<sup>170</sup>

Para Ferrajoli, es claro que el *welfare state* no desarrolla una normatividad específica propia, ni elabora una teoría del derecho del Estado social, ni mucho menos una teoría política del Estado social de derecho. No produce

<sup>167</sup> *Ibíd.*, p. 83.

<sup>168</sup> Para el profesor de la Universidad de Camerino, el primer aspecto de la crisis profunda y creciente del derecho es la crisis de legalidad, y el tercero se manifiesta en la alteración del sistema de fuentes y, por consiguiente, en un debilitamiento del constitucionalismo. En su opinión, es evidente que esta triple crisis del derecho corre el riesgo de traducirse en una crisis de la democracia, porque equivale a una crisis del principio de legalidad, es decir, de la sujeción de los poderes públicos a la ley, en la que se fundan tanto la soberanía popular como el paradigma del Estado de derecho. V. Ferrajoli, “El derecho...”, *op. cit.*, pp. 203–204.

<sup>169</sup> *Ibíd.*, p. 203.

<sup>170</sup> *Ibíd.*, p. 204.

una estructura institucional garantista análoga a la del viejo Estado liberal de derecho y específicamente idónea para garantizar los nuevos derechos sociales correspondientes a las nuevas funciones y prestaciones del Estado. No da vida, en suma, a un garantismo jurídico-social en añadidura al garantismo jurídico-liberal de los tradicionales derechos individuales de libertad.<sup>171</sup>

De esta manera, los nuevos derechos –bien o mal satisfechos por el Estado de bienestar según procedimientos de naturaleza prevalentemente política– permanecen, en lo que respecta a la forma jurídica, como simples proclamaciones de principios desprovistas de garantías efectivas.<sup>172</sup> El resultado de esta convivencia entre el viejo Estado constitucional de derecho y el nuevo Estado social es una divergencia profunda entre las estructuras legales y las estructuras reales de la organización estatal: divergencia en relación con los procedimientos y con las formas de la actividad administrativa, cada vez menos ligada a criterios y contenidos predeterminados normativamente y más bien marcada por modelos de intervención decisionistas, tecnocráticos, ampliamente discrecionales; divergencia en cuanto a las sedes del poder estatal, que cada vez más tiende a desplazarse de los órganos constitucionalmente visibles hacia centros más o menos ocultos del aparato burocrático, sustraídos, al mismo tiempo, a los controles parlamentarios y jurisdiccionales. Legalidad, publicidad y control resultan, así, paradigmas obsoletos.<sup>173</sup>

Completando el panorama, la constitucionalización de los derechos sociales es concebida en un sentido débil, en la medida en que estos se consideran mandatos políticos o, acaso, normas solo de efecto indirecto o mediato. Cumplen una función básicamente de cobertura, de habilitación, que permite al legislador incursiones en esferas que el constitucionalismo liberal le vedaba radicalmente. Pero no adquieren, en ningún caso, el estatus de verdaderos derechos subjetivos: casi nunca resultan justiciables y su concreción aparece supeditada a la interposición legislativa y administrativa.<sup>174</sup>

En definitiva –en pensamiento de Pisarello–, el Estado social tradicional se presenta como un Estado social legislativo y, sobre todo, administrativo, que

---

<sup>171</sup> Cfr. Ferrajoli, *El garantismo...*, op. cit., p. 68.

<sup>172</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>174</sup> Cfr. Pisarello, “Del Estado social...”, op. cit., p. 84.

sin embargo no consigue articular una red garantista similar a la diseñada en su momento para la protección de los derechos liberales clásicos. En consecuencia, su puesta en marcha se produce en un contexto de inclusión social, pero también de progresiva autoprogramación del aparato estatal, proceso que, en última instancia, se realiza en abierta tensión con principios elementales del Estado de derecho clásico, como los de legalidad, control y publicidad. Así, el Estado social tradicional desarrolla una lógica legal al mismo tiempo inclusiva y excluyente.<sup>175</sup>

En rigor de verdad, la efectivización de los derechos sociales presenta las mayores grietas, como consecuencia directa de la falla de todo el sistema, influyendo en el resultado final la discrecionalidad en el manejo y administración estatal, la deficiente calidad institucional y una concepción que deja al hombre a merced de quien ejerce el poder y lo despoja de instrumentos eficaces para el reclamo. Ergo, no se trata solamente de quien administra y ejecuta las políticas, sino también de quien no controla y de quien legisla deficientemente o no lo hace.

Por lo tanto, las únicas soluciones en muchos casos pasan por recurrir a la tutela judicial. Ante esta realidad, no tardaron en aparecer diversos puntos de vista, algunos de los cuales fomentan un activismo judicial que se logra con base en el aumento de facultades y poderes de los jueces, reivindicando para sí la última palabra, apoyándose en ciertas características del Estado constitucional de derecho. Nuevamente, pedimos a gritos un punto de equilibrio entre el sistema y la casuística. ¿Podemos contentarnos y creer que se acabó el problema de fondo simplemente porque un poder del Estado otorga lo que otro negó? Si mal no recordamos, ¿no es que ciertos derechos solo pueden ser reconocidos o declarados por el Estado, dado que son preexistentes a él?

Si no hay otra salida, tenemos que preocuparnos, pues todos estaríamos fallando en materia de derechos humanos. Porque así dejamos a la persona humana presa de un laberinto donde, mansamente, renuncia a derechos que nacen con ella, a cambio de que el poder de turno se los otorgue como una gracia según su voluntad. Si el poder ejecutivo no brinda la prestación que debe brindar, y el poder judicial no le enmienda la plana, nuestra carrera ter-

---

<sup>175</sup> *Ibíd.*, p. 85.

mina con el primer paso: la declaración y el reconocimiento de los derechos humanos serán decorativos.

Quizás, algunas propuestas que se presentan como novedosas deben ser menos reaccionarias y, al menos, admitir por un instante que a veces es conveniente construir sin marginar algunos logros del pasado.

A esta altura nos vemos obligados a recortar nuestro campo de análisis para introducirnos en los sistemas de enjuiciamiento, tratando de establecer cuál es el que se ajusta a un modelo democrático fundado en los derechos humanos y, de paso, revisar si puede resultar idóneo para la efectivización de los derechos, especificando sus características salientes.

#### **4. Recapitulación**

Con decisión, se transita un camino donde los derechos humanos son protegidos más allá del derecho interno. Aunque no se terminan por alejar definitivamente los fantasmas de la falta de efectivización de algunos de ellos. Por eso, es bienvenido todo esfuerzo que busque la mejora de los instrumentos diseñados a tal fin.

Sin embargo, no estamos de acuerdo con la manipulación del proceso según el derecho que se busque tutelar y las partes en controversia, ni con un sistema jurídico que recurra a la alteración o negación por vía instrumental de derechos humanos. Su antídoto se encontrará dando sitio de privilegio al derecho de defensa en juicio —que sin dudas forma parte del elenco de derechos humanos—, el cual se desarrolla plenamente cuando es asegurado por ese método por antonomasia que constituye el proceso.

Llamamos la atención sobre algunas propuestas tildadas de novedosas donde, en resumidas cuentas, se opta por dejar todo librado a la voluntad de alguna autoridad, menoscabando el papel que debe ocupar el hombre y despreciando el valioso e indispensable aporte del debate en igualdad de condiciones, que debe desarrollarse entre las partes y ser escuchado por un tercero imparcial previo a resolver. Debate que debe respetarse, pues pone de manifiesto esa necesidad dialogal de la persona humana, ser eminentemente social que busca trascender de sí mismo.

Tercera parte  
**Los sistemas de enjuiciamiento**

## Capítulo 7

# El concepto de sistema de enjuiciamiento

### Sumario

1. Exordio. 2. La sistematización del derecho procesal y el sistema de enjuiciamiento. 3. Los sistemas de enjuiciamiento. 4. La adecuación del sistema de enjuiciamiento a la democracia y a los derechos humanos. 5. Recapitulación.

### 1. Exordio

Hasta aquí hemos recorrido nuestro sendero con la principal compañía del derecho y la política, mientras recibíamos en algunas ocasiones ayuda orientadora de la filosofía. En un par de tramos apuntamos a cierta especificidad, y es así que en uno apenas oteamos rápidamente el horizonte del derecho procesal y en el restante buscamos un poco de organización bajo el manto de la Teoría General de los Sistemas. Fueron de la partida una cantidad de conceptos que consideramos basales, destacándose su pertenencia al ámbito de conocimiento de distintas disciplinas.

Sin abandonar jamás nuestra primordial preocupación por el hombre, de alguna manera hemos mostrado las piezas con las cuales se puede edificar un sistema sociopolítico y jurídico que lo tenga como eje central. Ahora bien, al plantearse el problema de la efectivización de los derechos, aparecen ciertas falencias que nublan la visión sobre el lugar que debe ocupar la persona humana. Quizás —atendiendo las enseñanzas de la Teoría General de los Sistemas— podamos advertir la relevancia que tiene para el funcionamiento del sistema, que las relaciones entre este y los subsistemas que lo componen tiendan a la compatibilidad y la coherencia. Y de allí desprender la necesidad de llevar a cabo un minucioso examen sobre la vinculación entre el sistema social democrático y el subsistema de enjuiciamiento que contiene.

En esta tercera parte, nos proponemos dirigir el foco hacia el sistema de enjuiciamiento, a la vez subsistema de un sistema mayor. De este modo, aterrizaremos definitivamente en territorio del derecho procesal. Aunque ello no impedirá que constantemente crucemos sus fronteras ante la innegable posibilidad de enriquecernos con otras áreas del saber.

Es hora de complementar lo expuesto en el segundo y tercer capítulo –enlazando algunos aspectos allí tratados– para discurrir someramente sobre la sistematización del derecho procesal, e introducirnos de inmediato en los sistemas de enjuiciamiento.

## **2. La sistematización del derecho procesal y el sistema de enjuiciamiento**

Vale anticipar una salvedad: necesariamente, debe diferenciarse conceptualmente entre sistematización del derecho procesal y sistema o modelo de enjuiciamiento propiamente dicho, al que muchas veces se lo denomina –sin prestar suficiente atención– sistema procesal. Entenderemos al primer supuesto como la manera de organizar el estudio de la disciplina, generalmente a los fines de facilitar su comprensión o fomentar su evolución; en cambio, para nosotros, el sistema de enjuiciamiento señala el método que debe transitarse previo al dictado –por parte de una determinada autoridad– de una sentencia susceptible de adquirir calidad de *res judicata*. En otras palabras, ofrece las pautas o condiciones que deben respetarse antes de que alguien sea juzgado.

La sistematización abarca, además del tratamiento del objeto de estudio del derecho procesal –que es el proceso– a otras cuestiones conexas, sin que por eso queden excluidas sus relaciones con otras ramas. En cambio, el sistema de enjuiciamiento, más allá que bien puede y debe ser analizado por el derecho procesal –desde que el concepto de proceso es su piedra angular–, se proyecta sobre otros aspectos del conocimiento –no solo jurídico–. Si le reconocemos su carácter de componente de un macrosistema de corte democrático, sin dudas adquirirá relieve el examen de sus vínculos con el entorno a efectos de preservar cierta coherencia sistémica.

El procesalismo se ha ocupado en mayor medida de la sistematización de su estudio, resultando un factor primordial a favor de su aceptación como disciplina autónoma. Empero, el agotamiento de la cantera del análisis de los

sistemas de enjuiciamiento es aún más remoto y no ha avanzado lo suficiente en su sintonía con los derechos humanos y la democracia.

Todavía subsiste un sector de la doctrina que se muestra renuente a siquiera considerar la sistematización, manteniendo una posición centrada en una casuística decisionista. Por otra parte, tampoco se le ha dado la relevancia que merece a la distinción entre sistemas de enjuiciamiento, principios procesales y reglas procedimentales, lo que ha originado que la mayoría de los autores tilden a los primeros de principios, con lo que disminuyen notablemente su jerarquía y, por ende, la atención dispensada al estudiarlos. De allí que —aunque parezca contradictorio con lo que venimos sosteniendo— abunde la bibliografía sobre positivismo e inquisitivismo, pero solo una mínima porción le reconoce el estatus más elevado que implica ser el punto de partida de toda la estructuración jurisdiccional.

En cuanto a la sistematización del derecho procesal, en la obra del prestigioso profesor uruguayo Dante Barrios de Ángelis —fallecido en junio del 2009—, se lee que la idea de sistema del derecho se ha desarrollado, penosamente, a partir del siglo XIX por Savigny, Wetzell, Mittermaier y Briegleb, subrayando que en el campo procesalista tal idea es objeto de controversia. Ya en el inicio del siglo XX se oponen los sistemas del proceso desarrollados por Chiovenda, Carnelutti y Sauer, quienes reconducen las distintas piezas del proceso en una cierta unidad: Chiovenda, desde las nociones de acción y relación jurídica; Carnelutti, a partir del conflicto de intereses; y Sauer, apoyándose en una trilogía: forma, persecución y configuración jurídicas.<sup>176</sup>

Estas concepciones sistémicas procesales han sido criticadas por el jurista oriental, quien a la vez esbozó su propio sistema del proceso en 1957 —luego variado conectivamente en 1979— basado en siete categorías —objeto, norma, sujetos, situaciones jurídicas, actos, funciones y estructuras— y dos leyes —genética y funcional—.<sup>177</sup> Apoyándose en que el sistema es todo conjunto ordenado integral y total, distingue entre sistema de la ley —tomada como

<sup>176</sup> Cfr. Barrios de Ángelis, Dante. “Los artículos 110 y 111 del CGP (nulidades). Aristóteles y el sistema del proceso”. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1/1999, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, pp. 21 y 25. En sentido similar, v. su *Teoría del proceso*. 1ª edición, Buenos Aires: Ed. Depalma; 1979, pp. 27-28.

<sup>177</sup> Cfr. Barrios de Ángelis, “Los artículos...”, op. cit., p. 25. Además, v. *Teoría...*, op. cit., p. 34.

sinónimo de derecho—, sistema del legislador —como creador de normas— y sistema doctrinal.<sup>178</sup>

Permaneciendo en el procesalismo latinoamericano, no podemos obviar los méritos del argentino Eduardo B. Carlos<sup>179</sup> al que ya mencionamos, ni el aporte más notable del último medio siglo: Humberto Briseño Sierra —nacido el 24 de junio de 1914 en la Ciudad de México, donde fallece el 1º de noviembre del 2003—, con su teoría de la acción procesal como única instancia proyectiva, construyó una sistematización que contempla el sendero que conecta proceso y constitución —al desarrollar anteriores ideas que intuían la génesis de aquel en el derecho de peticionar a las autoridades—. El legado de Briseño Sierra sirve de apoyo tanto en el aspecto sistemático procesal como en su trascendencia hacia los derechos humanos.<sup>180</sup> Actualmente, esta postura continúa su crecimiento bajo el liderazgo del jurista argentino Adolfo Alvarado Velloso.<sup>181</sup>

### 3. Los sistemas de enjuiciamiento

Haciendo referencia a los sistemas procesales, allá por 1940 el argentino Hugo Alsina, en la primera edición de su célebre *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, señalaba la existencia de dos fundamentales: el acusatorio y el inquisitivo, que, para este autor, representaban dos etapas en la evolución del procedimiento.<sup>182</sup> En la segunda edición, ampliaba su estudio sobre el tema, aclarando que estos dos tipos fundamentales de procedimien-

---

<sup>178</sup> Cfr. Barrios de Ángelis, *Teoría...*, op. cit., p. 28.

<sup>179</sup> Eduardo B. Carlos remarcó la importancia para el procesalista de manejar y utilizar conceptos generales que exceden el ámbito de su disciplina, rescatando sobre todo el conocimiento de la Teoría General del Derecho y la filosofía jurídica. Vale recordar un pasaje de su obra: “IncurSIONAR en el vasto campo de la filosofía jurídica y aun de la filosofía general, no es dedicarse a meros entretenimientos triviales para llenar las horas de ocio, sino que se da satisfacción al espíritu, procurando la sistematización de las ideas y conceptos para captar y comprender la realidad. El derecho es también, además de concepto, una realidad palpitante y objetiva” —Cfr. Carlos, *Introducción...*, op. cit., p. 18—.

<sup>180</sup> Humberto Briseño Sierra desarrolló principal y profundamente sus ideas en los cuatro tomos de su *Derecho procesal*. México D.F.: Ed. Cárdenas; 1969, y luego más brevemente en su *Compendio de derecho procesal*. México D.F.: Ed. Humanitas; 1989, entre muchas otras e importantes publicaciones.

<sup>181</sup> En su vasta obra destacamos la reciente aparición en dos volúmenes de *Sistema procesal: garantía de la libertad* (Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni; 2009).

<sup>182</sup> V. Alsina, *Tratado...*, op. cit., 1ª edición. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores; 1941, t. I, p. 77. La obra se presentaba en tres volúmenes.

to responden a dos concepciones distintas del proceso según la posición que en este se asigne al juez y a las partes.<sup>183</sup>

Una vez reconocido el trabajo precursor de Alsina sobre sistemas procesales, tanto la escasez de definiciones practicadas al respecto como la errónea adjetivación de procesales a sistemas que en realidad son procedimentales, nos persuade a volcar una aclaración y a bocetar un concepto. En realidad, dentro de los *sistemas de enjuiciamiento* tendremos variantes donde se hospeda un proceso —donde bien podremos aludir a *sistemas procesales*— y otras donde solo se contienen procedimientos —que denominaremos *sistemas procedimentales*—.

Hecha esta salvedad, vale subrayar que el sistema de enjuiciamiento que rige en una sociedad determinada constituye el punto de arranque de toda la estructuración jurisdiccional, con prescindencia de la legislación procedimental contingente. Según sea el modelo adoptado, será posible ejercer el derecho de defensa en juicio en mayor o menor medida.

Podemos también extender el panorama observando el plano de la realidad y cotejarlo con la teoría, a fin de buscar mayor prolijidad del lenguaje. Para ello debemos escudriñar en dos direcciones: primero, en desprender conceptualmente la noción de proceso y la de procedimiento; segundo, en examinar los métodos de enjuiciamiento. Luego, completar un tercer paso, vinculando lo ya adelantado: concluiremos que el proceso se identificará con cierto método de enjuiciamiento y el procedimiento con otro. Así es como hallaremos un modelo continente de un proceso y uno que solo aloja procedimiento. Regresando al objetivo fijado al comienzo del párrafo, se explica por qué debemos referirnos a *sistema procesal* en un caso y a *sistema procedimental* en el restante. Sin embargo, aquí colisionamos con el significado otorgado a la voz *proceso*, que no en vano un nutrido grupo de la doctrina amalgama con procedimiento, postura que no compartimos.

En consecuencia, si no se prescinde de la importantísima diferencia conceptual entre proceso y procedimiento, y se desea lograr una denominación general comprensiva del contenido tanto procesal como procedimental —según el caso—, nos inclinamos por hacer mención a *sistema de enjuiciamiento*.

<sup>183</sup> V. Alsina, *Tratado...*, op. cit., 2ª edición, t. I, p. 101. El tomo I de la segunda edición —que se extendía a siete volúmenes, más por una espaciosa diagramación que por la adición de nuevo material en relación con la primera edición— fue escrito hacia 1955. Alsina falleció en Buenos Aires el 21 de octubre de 1958.

Lo aquí apuntado podrá comprenderse más cabalmente luego de la lectura del capítulo 9.

#### **4. La adecuación del sistema de enjuiciamiento a la democracia y a los derechos humanos**

La elección del método de enjuiciamiento corresponde a la sociedad –ya sea directamente o a través de representantes tales como el constituyente o, en su defecto, el legislador–, siendo sumamente importante la consideración de los derechos humanos y el cuidado de la compatibilidad sistémica. De lo contrario, las consecuencias repercutirán negativamente, complicando el desenvolvimiento del macrosistema. Por lo tanto, la selección de origen muestra innegables raíces democráticas con fundamento en derechos inherentes a la persona, sin que en ello pueda tener influencia la mentada calidad contramayoritaria del poder judicial que se ve en muchos países.

El sistema de enjuiciamiento que se implemente en las naciones respetuosas del derecho internacional de los derechos humanos debe ajustarse a sus parámetros. Por consiguiente, debido a que este surge reconociendo derechos humanos –que deben quedar completamente a salvo en toda democracia *pro homine*–, es de sana lógica que el método de enjuiciamiento respete sus lineamientos.

Sin embargo, existen numerosos ejemplos donde a nivel constitucional se establece un diseño de enjuiciamiento que no es seguido por los códigos de procedimientos. Acertadamente se ha advertido sobre la incompatibilidad que se observa en América, donde el sistema acusatorio es el adoptado por todas las constituciones del siglo XIX –la mayoría vigente hasta hoy con sus paradigmas originales–, en tanto que el sistema inquisitorio es el contenido en las leyes procedimentales, que ostentan obviamente un rango jurídico menor. De donde surge clara su inconstitucionalidad. En otras palabras, las constituciones instrumentan el diseño triangular, en el cual el juez puede y debe actuar con imparcialidad. En cambio, las leyes adoptan el diseño vertical, en el que el juez no puede actuar con imparcialidad por mucha que sea su buena fe y voluntad puesta al efecto.<sup>184</sup>

---

<sup>184</sup> Cfr. Alvarado Velloso, Adolfo. “La imparcialidad judicial y la prueba oficiosa”. En: Alvarado Velloso & Zorzoli, *Confirmación procesal*, op. cit., p. 12.

Lo apuntado representa un problema que requiere urgente solución si lo que se busca es una mejor respuesta del poder judicial de cara a la sociedad. No es un dato menor que toda la estructura jurisdiccional debe establecerse en función al sistema de enjuiciamiento que se fije. Sin embargo, el hecho de que las leyes procedimentales inferiores no respeten el sistema de las constituciones o, si se quiere, del derecho internacional de los derechos humanos –que reconoce el derecho de acceso a la justicia y la garantía del proceso, es decir, a ser juzgado por un tercero imparcial e independiente luego de debatir en igualdad de condiciones contra el oponente–, en modo alguno debe entenderse como una atribución o posibilidad de aquellas de modificar a estos. Por tal motivo, preferimos dejar a salvo al sistema de enjuiciamiento por encima de los ordenamientos procedimentales contingentes, ya que –en una democracia *pro homine*– aquel tiene la vital misión de brindar el método capaz de hacer efectivos –cuando sea menester– los derechos humanos. Ello no obsta a la existencia, en otros modelos autocráticos, estatistas o totalitarios de un sistema procedimental, que en verdad no contiene un proceso –aunque así se denomine a alguna clase de procedimiento cuyos objetivos son muy distintos, dado que el hombre pasa a un segundo plano–.

Quizás una buena alternativa para lograr que el derecho se adapte definitivamente a los profundos cambios que presentó el mundo en las últimas décadas sea enfocarnos en detectar y corregir la inoperatividad de derechos humanos que puede llegar a ocasionar un modelo de enjuiciamiento inadecuado, allí donde se los quiere respetar.

## 5. Recapitulación

Revisar el sistema de enjuiciamiento adoptado por una sociedad determinada nos mostrará el lugar que para ella ocupa el derecho de defensa en juicio. Podemos distinguir, de esta manera, modelos de enjuiciamiento que se comportan como simples sistemas procedimentales, y otros que son auténticos sistemas procesales, donde queda en manos de la persona humana afectada la posibilidad de poner en funcionamiento un método de garantización de sus derechos, el cual responde a los derechos humanos.

El derecho internacional de los derechos humanos reconoce ciertas pautas con las que es dable diseñar un sistema procesal propiamente dicho, respetando el acceso a la justicia y la garantía del proceso, que para ser tal

constituye un método de debate entre dos partes antagónicas que actúan en igualdad jurídica ante el tercero imparcial encargado de resolver heterocompositivamente el litigio. Hacia allí iremos luego de describir con mayor detalle –a continuación– los sistemas de enjuiciamiento.

## Capítulo 8

# La descripción de los sistemas de enjuiciamiento

### Sumario

1. Exordio. 2. El sistema procesal dispositivo o acusatorio. 3. El sistema procedimental inquisitivo o inquisitorio. 4. Recapitulación.

### 1. Exordio

Estimamos conveniente realizar un sucinto examen de los sistemas de enjuiciamiento a fin de intentar determinar cuál contiene fundamentos democráticos y, a la vez, concuerda con una orientación respetuosa de los derechos humanos.

Dos aspectos deben ser considerados para abarcar el estudio de los métodos de enjuiciamiento acusatorio e inquisitivo: en primer término, el teórico –donde interesan el papel de las partes y de la autoridad, las garantías orgánicas, la determinación del procedimiento y el respeto de las garantías procesales–; en segundo lugar, el histórico –que, si bien a los fines de esta obra quedará un tanto relegado, resulta útil para detectar que las diferencias entre los dos métodos no siempre coinciden en el orden teórico e histórico–.<sup>185</sup>

Por su importancia, deberá tenerse en cuenta una idea ya bosquejada y que será desarrollada en el próximo capítulo: el proceso –tal como lo concebimos, respetuoso de los derechos humanos y los valores democráticos– solo cabe por su naturaleza en el sistema dispositivo o acusatorio. En verdad, el inquisitismo únicamente aloja un procedimiento, al que también denomina *proceso*,

---

<sup>185</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Ed. Trotta; 1995, pp. 562-563.

pese a que no responde plenamente a las garantías hoy plasmadas en los instrumentos que integran el derecho internacional de los derechos humanos.

Conforme ya lo advertimos en varias ocasiones, aparece el problema de la variación de los significados dados a las palabras. En puridad de lenguaje y atendiendo a la *praxis* de enjuiciamiento, desde nuestra óptica cabe trazar una línea divisoria entre lo que funciona como sistema *procesal* —el dispositivo o acusatorio— del que se comporta como sistema *procedimental* —el inquisitivo o inquisitorio—. Pasemos a examinarlos.

## 2. El sistema procesal dispositivo o acusatorio

Históricamente, fue el primer sistema de enjuiciamiento conocido, dejando en manos de un tercero<sup>186</sup> imparcial la solución de la contienda suscitada entre dos partes antagónicas. De este modo se marginaba la confrontación directa y por la fuerza de los interesados; por tal motivo, no dudamos en que la razón de ser del proceso es la paz social.

El sistema acusatorio —en materia penal— o dispositivo —en materia no penal— consiste en un método en el cual dos sujetos naturalmente desiguales discuten pacíficamente en igualdad jurídica ante un tercero imparcial que actúa en carácter de autoridad, aplicando reglas preexistentes al debate para, llegado el caso, sentenciar sobre toda pretensión discutida.

Al tiempo que algunos autores sostienen que este sistema fue recibido originalmente en las contiendas civiles, otros señalan que el proceso civil y el proceso penal tuvieron un origen común, y que aplicaban las mismas reglas ante los mismos jueces, para luego diversificarse, acentuándose las diferencias por la preeminencia de determinados principios hasta lograr completa autonomía, aunque conservando elementos comunes.<sup>187</sup>

El proceso primitivo operaba como un combate simulado al que el juez ponía fin dando la razón a uno de los litigantes según sus convicciones. Por ello, se ha expuesto que en los primeros tiempos las costumbres solo tenían por ideal la supresión de la violencia; ergo los jueces tenían carácter de árbitros.

---

<sup>186</sup> Se hace mención a *tercero* porque no es ni primero ni segundo. Esto, que parece una ingenuidad, en materia procesal significa bastante, porque la palabra *tercero* implica básicamente que hay dos discutiendo y que el tercero no puede realizar la actividad que compete al primero y al segundo.

<sup>187</sup> Cfr. Alsina, *Tratado...*, op. cit., 2ª edición, t. I, p. 103.

En consecuencia, no procedían de oficio, ni en la iniciación de la causa ni en su tramitación; la iniciativa correspondía al particular lesionado y únicamente, cuando se comprendió que la represión del delito interesaba a la sociedad, se convirtió en función social y se acordó a todo ciudadano, transformándose la acción privada en popular.<sup>188</sup>

Se dice que así nació el sistema acusatorio en materia penal, con origen en las legislaciones orientales, tomando forma precisa en la legislación griega, evolucionando en la romana, para luego declinar y desaparecer en el Bajo Imperio. Después de la caída del Imperio Romano, se lo encuentra nuevamente bajo formas groseras en las costumbres germanas y feudales, pero solo logra restablecerse en Inglaterra y posteriormente en los Estados Unidos de Norteamérica.<sup>189</sup>

A mayor abundamiento, se ha expuesto que es pacífico que el proceso penal de la antigüedad, como se configurara en Grecia y en la Roma republicana, tiene una estructura esencialmente acusatoria, a causa del carácter predominantemente privado de la acusación y de la consiguiente naturaleza arbitral tanto del juez como del juicio. El paso de la venganza de sangre al derecho penal se realiza con la atribución de las funciones de enjuiciamiento y sancionadoras a un órgano imparcial y, muy pronto, público. La titularidad de la acusación permanece largo tiempo en manos del ofendido o de su grupo familiar; en época posterior, se transfiere a la sociedad y, por su cauce, a cada ciudadano particular. Es precisamente de esta naturaleza privada y voluntaria de la acción penal de donde derivan, en el proceso romano ordinario, los caracteres clásicos del sistema acusatorio.<sup>190</sup>

En Atenas, existía un procedimiento verbal cuya parte más importante y solemne la constituían los debates de los defensores o retóricos, que intentaban convencer a los jueces con habilidades dialécticas. Precisamente por el temor a que el arte de los retóricos llegase a oscurecer la verdad, en Egipto, el procedimiento era escrito y estaba prohibida toda discusión oral.<sup>191</sup>

---

<sup>188</sup> *Ibíd.*

<sup>189</sup> *Ibíd.*

<sup>190</sup> Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, op. cit., p. 565.

<sup>191</sup> Cfr. Podetti, J. Ramiro. *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*. Buenos Aires: Ed. Ediar; 1963, p. 27.

En el proceso de corte dispositivo o acusatorio, adquiere nota el impulso procedimental, que depende pura y exclusivamente de las partes –quienes, según consignaba ya en el siglo XIII la Partida III, son las dueñas del pleito–. Los litigantes establecen los términos exactos del litigio por resolver desde sus afirmaciones, reconocimientos y negaciones de los hechos, aportes de medios probatorios y confirmaciones procesales. Y hasta pueden dar por concluido el proceso.

En suma, el sistema dispositivo confiere a las partes el dominio del procedimiento, aceptando como sus reglas fundamentales las siguientes: el juez no puede iniciar de oficio el proceso –*nemo iure sine actore*–; no puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportados por las partes –principio de presentación: *quod non est in actis non est in mundo*–; debe tener por ciertos los hechos en que aquellas estuviesen de acuerdo –*ubi partis sunt concordēs nihil ab iudicē*–; la sentencia debe dictarse conforme lo alegado y probado –*secundum allegata et probata*– y el juez no puede condenar a más ni a otra cosa que la pedida en la demanda –*ne eat ultra petita partium*–.<sup>192</sup>

Lo importante para el núcleo de la temática que aquí abordamos es que –tal como lo enfatiza Alvarado Velloso– el sistema dispositivo está inspirado en una filosofía absolutamente liberal, que tiene al propio particular como centro y destinatario del sistema.<sup>193</sup> Queda tendido así el puente hacia los derechos humanos de acceso a la justicia y de defensa en juicio, que se apoyan sobre el pilar de la garantía del proceso. No consideramos a lo apuntado un dato menor: se pone en manos de la persona humana la activación del método de efectivización y respeto de sus derechos, alejando la posibilidad de todo reduccionismo que los someta a la voluntad de quienes empuñan el poder.

Por consiguiente, el sistema acusatorio o dispositivo se caracteriza porque el inicio del proceso e impulso del procedimiento es atribución exclusiva de las partes interesadas –quienes son las únicas que aportan hechos y pruebas–, el juicio es público como regla –y no como excepción–, los litigantes actúan con igualdad de armas y el juzgador es imparcial –en un sentido amplio, tal como

---

<sup>192</sup> Cfr. Alsina, *Tratado...*, op. cit., 2ª edición, t. I, pp. 101-102.

<sup>193</sup> Cfr. Alvarado Velloso, “La imparcialidad...”, op. cit., p. 5.

explicaremos infra—. <sup>194</sup> Por lo tanto, quien sentencia no puede ser acusador ni parte en el proceso.

Lo vertido, para ser comprendido cabalmente a fin de vislumbrar su correlato con los derechos humanos y los principios democráticos, debe ser examinado atendiendo principalmente a tres aspectos:

- a) el concepto de proceso,
- b) la diferenciación entre proceso y procedimiento, y
- c) las diversas actividades desplegadas a lo largo del procedimiento —actividad de procesar, de sentenciar y de ejecutar lo sentenciado—.

Estos aspectos serán abordados en el capítulo que sigue. Por lo pronto, pasaremos revista al sistema inquisitivo.

### 3. El sistema procedimental inquisitivo o inquisitorio

Como aproximación, el sistema inquisitivo o inquisitorio consiste en un método de enjuiciamiento de carácter unilateral donde la autoridad es su eje, dado que tiene plenas facultades para acusar, investigar, probar y juzgar.

Según Alsina, ya en las últimas instituciones del Imperio Romano estaba contenido en germen el sistema inquisitivo, pero fue en realidad la Iglesia a comienzos del siglo XII la que preparó y completó la sustitución por aquel del procedimiento acusatorio en materia penal. No hay más que recordar —añadía el reconocido procesalista argentino— el papel desempeñado en la historia por los tribunales de la Inquisición, siendo sus caracteres fundamentales la intervención de oficio por el juez, el secreto en la investigación y el interrogatorio para obtener la confesión, aun mediante el empleo de la tortura. <sup>195</sup>

Se ha recordado que las primeras formas de proceso inquisitivo se desarrollaron en la Roma imperial con las causas de oficio por los *delicta publica*, comenzando por los *crimina laesae maiestatis* de subversión y conjura, en los que se consideraba ofendido un directo interés del príncipe y la parte perjudicada se identificaba con el Estado. Una vez venido a menos el sentimiento cívico y el hábito de libertad que en la república habían hecho posible el funciona-

<sup>194</sup> V. capítulo 9, apartado 5.

<sup>195</sup> Cfr. Alsina, *Tratado...*, op. cit., 2ª edición, t. I, p. 104.

miento de la iniciativa acusatoria, la acusación pública fue sustituida por la fatal denuncia y por la oculta calumnia, que se convirtieron en un instrumento de la tiranía.<sup>196</sup>

Continuando el pantallazo histórico con lo ocurrido siglos después, se ha explicado que, a raíz de las nuevas tareas encomendadas por el Concilio de Letrán de 1215 a la organización episcopal inquisitorial creada por Decreto *Ad abolendum* para que cesaran las herejías que abundaban en la época, el sistema conocido como medio de discusión se convirtió con el tiempo en método de investigación. Operaba por medio de frailes que hacían indagación buscando pecadores a fin de lograr de ellos su confesión –en el sentido de sacramento religioso– y el consiguiente arrepentimiento con el firme propósito de no volver a pecar.<sup>197</sup>

No obstante, con el paso del tiempo el Papado logró tener notable injerencia en los gobiernos seculares, disputando el ejercicio del poder civil. En ese momento, se decidió convertir en delitos eclesiales a algunas actividades que hasta ese entonces eran meros pecados, generándose lo que se conoce como Inquisición papal o Inquisición medieval.<sup>198</sup> De esta manera, el proceso inquisitivo asumió de hecho carácter ordinario, difundiéndose después del siglo XVI en todo el continente europeo, generalizándose para todo tipo de delitos.<sup>199</sup>

En consecuencia, la Inquisición fue componiendo un método de enjuiciamiento antagónico al sistema acusatorio o dispositivo, cuyas principales características eran el impulso oficioso, la escrituralidad, el secreto de las actuaciones, la confusión en una misma persona de las tareas de acusar, probar y juzgar, siendo primordial la búsqueda de la denominada *verdad real* –motivo por el cual adquirió relevancia la confesión, *probatio probatissima*, llegando incluso a instrumentarse y regularse la tortura con el objetivo de obtenerla, si no se la prestaba espontáneamente–.

Recogemos la opinión de Julio Caro Baroja, quien entiende que sabemos todo lo que deseamos saber respecto al origen, organización, modo de proce-

---

<sup>196</sup> Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, op. cit., p. 565.

<sup>197</sup> Cfr. Alvarado Velloso, “La imparcialidad...”, op. cit., pp. 7-8.

<sup>198</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>199</sup> Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, op. cit., p. 566.

der, delitos reales o supuestos sobre los que tenía jurisdicción la Inquisición, sus víctimas y su final. Hoy –continúa– corren interpretaciones marxistas y justificaciones nacionalistas de esta. Los marxistas emplean los mismos datos que los nacionalistas, a la vez que la Iglesia católica adopta una actitud más reservada que nunca al enfrentarse con la actuación del tribunal en España, Portugal, Italia y América.<sup>200</sup>

En un famoso trabajo de autor inglés sobre Inquisición española –basado en una profunda investigación de documentos históricos–, se relata que el 27 de septiembre de 1480, en Medina del Campo, fueron designados como inquisidores, de acuerdo con la bula papal, Juan de San Martín y Miguel de Morillo, a la vez que Juan Ruiz de Medina era ungido como consejero o asesor. Con estos nombramientos la Inquisición española comenzó su existencia.<sup>201</sup> El primer *auto de fe* fue celebrado el 6 de febrero de 1481; seis personas fueron quemadas en la hoguera y el sermón fue predicado por fray Alonso de Hojeda.<sup>202</sup>

La Inquisición española estaba basada esencialmente en la medieval, siguiéndose al pie de la letra –en todos los aspectos referentes a las detenciones, juicios, procedimientos, confiscaciones y contratación de personal– las normas vigentes en el siglo XIII en Languedoc y Aragón. De tal manera, se trataba de una adaptación a las circunstancias españolas del tribunal surgido en Francia en la Edad Media.<sup>203</sup> Sin embargo, aquella permitía al acusado ser asistido por un abogado, aunque a mediados del siglo XVI estos defensores dependían de los inquisidores.<sup>204</sup>

Abundando, se ha explicado que en el tribunal provincial de la Inquisición española había abogados y, a veces, procuradores de los reos. El abogado solía aparecer en los procesos como hombre de carrera más oscura, en general, que fiscales e inquisidores. Era también un defensor que no ejercía sus funciones con las posibilidades de los civilistas y criminalistas modernos. Se

<sup>200</sup> Cfr. Caro Baroja, Julio. *El señor inquisidor*. Madrid: Ed. Alianza; 1994, p. 11.

<sup>201</sup> Cfr. Kamen, Henry. *La Inquisición española: una revisión histórica*. Traducción de María Morrás. Barcelona: Ed. Crítica; 1999, p. 49.

<sup>202</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>203</sup> *Ibid.*, p. 138.

<sup>204</sup> *Ibid.*, p. 189.

limitaba a asesorar al acusado en cuestiones de procedimiento, aconsejándole que confesara sus culpas lo más rápidamente posible o alegando atenuantes. A veces se atrevía a hacer una refutación de los cargos fiscales, pero en menor proporción de lo que lo haría un defensor moderno. Por su lado, el fiscal –o promotor fiscal– no hacía generalmente más que sumar los testimonios de cargo, dándoles una contextura sistemática y aceptándolos como ciertos. Pedía las penas más fuertes posibles, con frecuencia, la relajación al brazo secular, es decir, la muerte por hoguera.<sup>205</sup> Respecto al inquisidor de oficio, las normas antiguas fijaban que el cargo debía ser desempeñado por hombres con una edad mínima de cuarenta años, que luego fueron rebajados a treinta.

En 1545, don Diego de Simancas, joven cordobés recién nombrado calificador del Santo Oficio, al formar el borrador de un libro sobre *Derecho inquisitorial*, sostenía que, por experiencia, en España se había llegado a la conclusión de que era más útil elegir inquisidores juristas que teólogos.<sup>206</sup>

No sin suscitar polémica, se ha señalado que el número proporcionalmente bajo de ejecuciones constituye un argumento eficaz contra la leyenda de que era un tribunal sediento de sangre, por más que nada puede borrar el horror de sus primeros veinte años y ciertas explosiones ocasionales de salvajismo. La Inquisición, durante la mayor parte de su existencia, estuvo lejos de ser una máquina de la muerte: el porcentaje de ejecuciones en Valencia y Galicia eran inferiores al dos por ciento de los acusados y durante los siglos XVI y XVII fueron ejecutadas anualmente menos de tres personas al año en la totalidad de los territorios de la monarquía española, desde Sicilia al Perú, lo que es inferior a cualquier tribunal secular de la época.<sup>207</sup>

Por nuestra parte, vale aclarar que traemos a colación la cita precedente sin ninguna intención de justificar o defender a la Inquisición, por el contrario, debe condenarse cualquier método que someta al hombre por no respetar su dignidad como persona humana. Evidentemente, no podemos aprobar un sistema que no juzga, sino sojuzga, pues nos situaríamos en los antípodas del modelo que promovemos. Por ello el argumento estadístico, por más bajo promedio de muertes o torturas que refleje, en realidad nos hace meditar

---

<sup>205</sup> Cfr. Caro Baroja, *El señor inquisidor*, op. cit., pp. 20-21.

<sup>206</sup> *Ibíd.*, p. 17.

<sup>207</sup> Cfr. Kamen, *La Inquisición...*, op. cit., p. 197.

acerca de dos cuestiones de notable actualidad: primero, la inaceptabilidad de métodos que dejan indefensa a la persona colocándola en manos de quien ejerce el poder; segundo, que el método de enjuiciamiento y la graduación legal de la pena responden a dos órdenes distintos, porque de lo contrario se confunde el proceso con la política criminal, convirtiéndose aquel en un medio de persecución. Por esta circunstancia, resulta vital que la sentencia sea consecuencia de un proceso respetuoso de la dignidad de la persona humana.

Dado que la Inquisición solo detenía sospechosos si poseía pruebas que parecían concluyentes, la víctima era tenida por culpable desde el principio y sobre ella recaía la responsabilidad de probar su inocencia. Una de sus peculiaridades era la negativa a divulgar las razones de la detención; así, los presos pasaban días, meses e, incluso, años sin saber por qué estaban en las celdas del tribunal. Cuando un preso era finalmente acusado, se le daba copia de las pruebas en su contra, pero se suprimían los nombres de los testigos y todos los indicios que pudieran ayudar a identificarlos.<sup>208</sup>

Caro Baroja destaca la amplia competencia de los inquisidores y el extenso número de delitos que alcanzaba. Trae a colación la división efectuada por un teólogo del siglo XVI entre herejía y resabios de herejía. La primera agrupa proposiciones heréticas, erróneas, temerarias y escandalosas. La segunda es mucho más abarcativa, incluyendo entre otros apostasía de la fe, apostasía de las religiones en determinadas circunstancias, blasfemias heréticas en varias formas, cismas, adivinanzas y hechicería, invocación de demonios, brujerías y ensalmos, astrología, delito de los no sacerdotes que celebran misa o confiesan, confesores solicitantes, clérigos que contraen matrimonio, bigamos, menospreciadores de campanas y quebrantadores de cédulas de excomunión, quebrantadores de ayunos y los que no cumplen con Pascuas, los que toman en la comunión muchas hostias o partículas, los que disputan casos prohibidos, defensores y recibidores de herejes, y magistrados que decreten algo que impida la jurisdicción inquisitorial.<sup>209</sup>

---

<sup>208</sup> *Ibíd.*, pp. 188-189. Aunque no se aceptaba en principio el testimonio de enemigos capitales, de hecho la enemistad desempeñó un papel grandísimo en cantidad de procesos. Por otro lado, se admitían como testigos los excomulgados, criminosos, infames, cómplices, perjuros, herejes, domésticos, familiares, parientes, mujeres y menores —cfr. Caro Baroja, *El señor inquisidor*, op. cit., p. 51—.

<sup>209</sup> Cfr. *ibíd.*, pp. 26-27, donde agrega que la Inquisición, en un comienzo, entendió en asuntos de usura y algunos tribunales —como los de Portugal— atendían también casos de sodomía; en España, durante el siglo XVII —remata— se quemaba aún a los convictos de este *vicio*.

El procedimiento se hilvanaba con una serie de audiencias sin mayores formalismos y estaba expuesto a abusos. El peor inconveniente para el acusado era la imposibilidad de ejercer una defensa adecuada. El papel de su abogado ya se precisó, quedaba limitado a presentar artículos de defensa a los jueces, pero aparte de esto no se permitían más argumentos ni preguntas. Esto significaba que, en la práctica, los inquisidores actuaban a la vez como juez y jurado, acusación y defensa. Entonces, la suerte del preso dependía enteramente del humor y el carácter de los inquisidores.<sup>210</sup>

Si bien en nuestra época resulta inconcebible un método de enjuiciamiento con estos ribetes, no podemos desconocer que aún varios códigos procedimentales abrazan el modelo y la estructura inquisitivos, otorgando el protagonismo y amplias facultades al decisor jurisdiccional, involucrándolo en el debate en tal medida que desaparece su imparcialidad a costa de desdibujar la defensa en juicio y la igualdad de las partes.

Recordemos que el sistema inquisitivo resultaba apropiado en regímenes totalitarios<sup>211</sup> desde que facilitaba la intromisión del Estado en la libertad y los derechos de las personas: confería poderes vastísimos a los jueces, a la vez que suprimía su independencia. De tal modo quedaban supeditados por completo al poder político.<sup>212</sup>

---

<sup>210</sup> Cfr. Kamen, *La Inquisición...*, op. cit., pp. 191-192.

<sup>211</sup> "En tanto que las concepciones fascista y nacional-socialista se inspiran en principios de preponderancia estatal, de la comunidad del pueblo y del caudillaje, la soviética pugna por desligarse de cualquier resabio de la ideología liberal burguesa. Predomina en la doctrina comunista una prevención para con el orden jurídico al que se le asigna el valor de una invención de las clases burguesas para salvaguardar sus intereses. Y es así como también se califica a las garantías individuales de invención de la jurisprudencia burguesa". Cnf. Justo, Alberto M. "La actitud del pueblo hacia la judicatura". *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1946, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. 43, p. 1001.

<sup>212</sup> "El juez totalitario llegó a ser un funcionario más en el mecanismo administrativo que polarizaba el Jefe de Estado. Se distinguían los jueces del Estado nacional-socialista de los demás funcionarios por su peculiar actividad. Era el *Führer* quien, según las conveniencias del Estado, designaba, trasladaba o jubilaba a los jueces. Podía ocurrir que un juez fuera destituido porque al pronunciarse en algún caso hubiera este infringido las concepciones fundamentales del Estado. No existía —no podía existir— discrepancia ni desacuerdo entre la concepción nacional-socialista del mundo y la del jefe del Ejército o de la Administración del Reich con relación a la voluntad del *Führer* expresada en la ley. Añádase a esto que el *Führer* era el juez supremo y que el derecho por él establecido se identificaba con el derecho instituido por la comunidad del pueblo... No hace falta recordar que el nacional-socialismo acabó por destruir en absoluto la generalidad del derecho y junto con ella, la independencia de la judicatura y la prohibición de retroactividad". Cnf. Justo, *ibíd.*, pp. 1007-1008.

Con acierto se ha sostenido que la batalla cultural y política contra la arbitrariedad e irracionalidad del inquisitismo es uno de los motivos que animaron a la ilustración reformadora. De Thomasius a Montesquieu, de Beccaria a Voltaire, de Verri a Filangieri y Pagano, todo el pensamiento ilustrado estuvo de acuerdo en denunciar la inhumanidad de la tortura y el carácter despótico de este método, así como el redescubrimiento del valor garantista de la tradición acusatoria, recibida en el ordenamiento inglés del antiguo proceso romano. Fue por ello fundamental que la Revolución Francesa adoptase el sistema acusatorio, aunque esta experiencia no duró en el continente europeo más que los años de la misma Revolución. Ya el código termidoriano de 1795 y el napoleónico de 1808 dieron vida a aquel monstruo nacido de la unión del proceso acusatorio con el inquisitivo, que fue llamado proceso mixto.<sup>213</sup>

Este pretendido sistema, denominado mixto, es criticable, pues representa una mera mezcla de métodos antagónicos que resulta lógicamente imposible, ya que los sistemas acusatorio e inquisitorio son filosófica, ideológica, moral y jurídicamente incompatibles.<sup>214</sup>

En nuestra opinión, este híbrido –desde el punto de vista estructural y funcional– comparte con el sistema inquisitivo el papel central de la autoridad, dándole tantas facultades que dejan a su merced la posibilidad de ofrecer y producir prueba de oficio, y con ello involucrarse en el debate. De tal manera, la imparcialidad y la igualdad de armas de los contendientes quedan en jaque, a la vez que el ejercicio del derecho de defensa se hace más dificultoso y poco nítido, por lo que no puede comportarse como pleno resguardo de garantías y derechos de las personas.

Siguiendo esta línea, se ha subrayado que el llamado proceso mixto es predominantemente inquisitivo en una primera fase, que es escrita, secreta, dominada por la acusación pública y exenta de la participación del imputado, privado de libertad durante esta; tendencialmente acusatorio en la fase sucesiva del procedimiento, caracterizado por el juicio contradictorio, oral y público, con intervención de la acusación y la defensa, pero destinado a convertirse

<sup>213</sup> Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, op. cit., p. 566.

<sup>214</sup> Cfr. Alvarado Velloso, "La imparcialidad...", op. cit., p. 11.

en mera repetición o escenificación de la primera fase.<sup>215</sup> El resultado de la difusión del modelo napoleónico mixto durante el siglo XIX en Europa ha alcanzado para Ferrajoli unos caracteres de irracionalidad y despotismo solo equiparables a los del proceso premoderno.<sup>216</sup>

En la actualidad, al conjuro de exagerada casuística voluntarista, algunos de los defensores del estilo basado en el activismo judicial han ido muy lejos, hasta el punto de proponer justificativos al juez para que modifique las pretensiones de las partes —vía errónea aplicación del aforismo *iura novit curia*—<sup>217</sup> o para que su sentencia se aparte de lo debatido —a través de lo que se dio a conocer como flexibilización del principio de congruencia—.<sup>218</sup>

El reconocimiento del derecho humano de defensa en juicio es un precioso logro del que no podemos claudicar. Atenta contra la mismísima dignidad de la persona todo intento de juzgarla sin darle la posibilidad previa de ejercer su defensa debatiendo con su oponente en igualdad de condiciones jurídicas. Una sentencia podrá ser catalogada de justa o de injusta, incluso lo habitual es que una misma resolución sea considerada justa por el vencedor mientras la contraria la tilda de injusta, o que se crea que contiene unas partes justas y otras injustas, etcétera. Como vemos, el manejo maleable y subjetivo de los valores abre un inmenso abanico de posibilidades y de dudas. Sin embargo, disipamos muchas de ellas cuando a la aspiración de justicia terrenal se arriba luego de respetar el derecho a la defensa en juicio, que, como tal, pertenece al hombre inalienable e imprescriptiblemente. Por consiguiente, no es posible de ser trocado siquiera por la mejor intención de hacer justicia.

---

<sup>215</sup> Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, op. cit., p. 566.

<sup>216</sup> *Ibid.*, p. 567.

<sup>217</sup> Para conocer nuestro desarrollo de este tema, v. Calvino, Gustavo. "Iura novit curia", *Doctrina Judicial*, año XXIII, N° 26, 2007, Ed. La Ley, Buenos Aires, pp. 595-606; "Iura novit curia: antiguo aforismo, nueva perspectiva", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 1/2007, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, pp. 85-102; *Estudios procesales. Enfoque sistemático pro homine*. Lima: Ed. San Marcos, 2008, capítulo IV, y "El brocárdico iura novit curia", *Revista de Derecho Procesal*, N° 1/2009, en homenaje al profesor Pedro Aragonese Alonso, Madrid, pp. 223-250.

<sup>218</sup> En realidad, la regla de congruencia hace al sistema dispositivo mismo, pues es su derivación lógica. Si se promueve su *flexibilización* —en verdad, nos cuesta entender cómo se puede flexibilizar la congruencia sin que ello sea derechamente la aceptación de la regla de incongruencia—, es porque se está dejando de lado al modelo dispositivo o acusatorio como método de enjuiciamiento.

Entonces, no queda más que llamar la atención sobre propuestas pretendidamente novedosas y actuales que –ni bien se examinan– implican un menoscabo del derecho de defensa en juicio al no respetar un método previo al juzgamiento que observe los derechos humanos y las garantías reconocidas para sostenerlos, incluso llegando al punto de soslayar el derecho a ser oído.<sup>219</sup>

#### 4. Recapitulación

Los métodos de enjuiciamiento dispositivo-acusatorio e inquisitivo-inquisitorio pueden ser objeto de un análisis bajo dos puntos de vista, abarcativos de los aspectos teóricos procesales e históricos.

En la línea de tiempo, el primer sistema de enjuiciamiento que conoció el hombre fue el acusatorio –conformado a partir de la necesidad de erradicar el uso de la fuerza ilegítima como medio de imposición de la voluntad de uno sobre otro–, donde los sujetos del conflicto social llevado al plano jurídico discuten ante un tercero imparcial que dictará resolución. Mucho tiempo después, irrumpe el antagónico método inquisitivo, cuyo apogeo va tomando forma a partir del siglo xv. En él la autoridad es protagonista excluyente: acusa, impulsa, prueba y juzga.

A nuestro modo de ver, el derecho de defensa en juicio representa un patrón rector para inferir la adecuación de uno u otro sistema al respeto de los derechos humanos. La conclusión es nítida: solo en el sistema acusatorio puede desarrollarse integralmente este derecho humano, al encontrarse garantizado por un verdadero proceso y un acceso a la justicia que deposita su llave en el hombre. Y si hacemos referencia a un verdadero proceso, también estamos mencionando sus dos principios: igualdad de las partes e imparcialidad del juzgador.

Entonces, poco a poco, vamos cerrando el círculo: un sistema social, político y jurídico que privilegia al hombre, declara, reconoce –explícita o implícitamente– y promueve un núcleo de derechos preexistentes que son inherentes a la persona humana, en cuyo seno encontramos un cúmulo de garantías que

---

<sup>219</sup> El reconocimiento del básico derecho a ser oído antes de ser juzgado es de antiquísima data. Un pasaje del Nuevo Testamento da cuenta de que al menos hace casi dos mil años –mucho tiempo antes de la irrupción del inquisitivismo– estaba muy arraigado: “¿Juzga acaso nuestra ley a un hombre si primero no le oye y sabe lo que ha hecho?” (Evangelio según San Juan, 7:51).

hacen a su protección, que comparten con los derechos humanos su génesis en la dignidad humana. Entre ellas, sobresale la garantía de garantías: el proceso, al que se arriba desde el derecho humano de peticionar a las autoridades —que permite el acceso a la justicia—, para convertirse en el ámbito natural de resguardo y ejercicio pleno de otro —el de defensa en juicio—, al tiempo que se funda y sostiene en un conjunto de derechos del hombre que más adelante mencionaremos.

Ha llegado, pues, el momento de profundizar nuestro examen sobre el objeto de estudio del derecho procesal, principal garantía que posee el hombre, observando sus diferencias con el procedimiento.

**Cuarta parte**  
**La garantía del proceso**

## Capítulo 9

# El proceso

### Sumario

1. Exordio. 2. El concepto de instancia y su clasificación. 3. El proceso. 3.1. Las notas constitutivas del proceso. 3.1.1. La conducta. 3.1.2. La serie. 3.1.3. La nota distintiva: la proyectividad. 3.2. Causa, razón, fin y objeto del proceso. 3.3. La actividad procedimental y el control de los sujetos procesales. 3.4. El proceso como método de debate. 4. El procedimiento. 5. Proceso, procedimiento e imparcialidad. 6. Consideraciones sobre el sintagma *debido proceso*. 7. Proceso, derechos humanos y democracia. 8. Recapitulación.

### 1. Exordio

Hemos insinuado anteriormente<sup>220</sup> que es muy factible que se abran nuevas puertas al derecho procesal en la medida en que acierte en el mensaje que transmita para el entendimiento del deslinde conceptual entre proceso y procedimiento. Se trata de un punto medular que, así mismo, resulta vital a la hora de mostrar identidad propia como disciplina jurídica.

La aludida desatención en el uso del lenguaje procesal lleva a que más de una vez nos encontremos con el empleo indistinto de ambos términos, inconveniente que proviene de su uso corriente. Aún hoy es habitual utilizarlos como sinónimos en fallos de importantes tribunales, en reconocidos trabajos doctrinarios, en temarios y ponencias de congresos de la materia, y en códigos y normas sancionados últimamente. Menciones al proceso concursal, proceso monitorio y proceso sucesorio siguen siendo muy sencillas de encontrar.

---

<sup>220</sup> V. capítulo 2, apartado 3.

En referencia específica al caso de España, se ha ensayado como explicación de lo apuntado que en la etapa preconstitucional se confundía el proceso con el procedimiento, porque no existía el proceso como realidad conceptual sustantiva, sino tan solo adjetiva.<sup>221</sup>

Ya hace tiempo que algunos autores –como Carnelutti– han detectado correctamente el problema que crea, para el estudio del derecho procesal, el lenguaje corriente en razón de la afinidad de los vocablos proceso y procedimiento. Desde el punto de vista del uso común –decía el maestro italiano–, se puede considerar que se trata de dos sinónimos, pero en el uso de la ciencia del derecho tienen significados profundamente diversos; desgraciadamente los juristas, no habituados todavía al rigor en la elección de las palabras, los cambian a menudo, con resultados deplorables para la claridad de la exposición.<sup>222</sup> La doctrina, en líneas generales, no ha logrado dar adecuada solución conceptual al costado diferenciador entre proceso y procedimiento.

La autonomía lógico-jurídica de las dos figuras permite que sus elementos y estructuras sean considerados por separado, aunque en la práctica reiteradamente se presenten yuxtapuestas. Tal vez esta coincidencia temporal en cuanto a la manifestación haya provocado alguna confusión.<sup>223</sup>

Reviste especial interés desmembrar y apreciar adecuadamente el proceso y el procedimiento para un estudio sistemático y con aspiraciones metodológicas científicas de nuestra disciplina en dirección hacia el hombre y los derechos humanos, dadas sus implicancias no solo teóricas, sino también empíricas. Como aperitivo del desarrollo venidero, podemos indicar que el procedimiento aparece en todas las instancias y el proceso únicamente es hallable en la acción procesal y no en las restantes instancias. De lo que puede extraerse que todo proceso necesariamente contiene un procedimiento, pero no todo procedimiento constituye un proceso.

---

<sup>221</sup> V. Lorca Navarrete, Antonio María. “El derecho procesal como sistema de garantías”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, N° 107, mayo-agosto 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 539.

<sup>222</sup> Cfr. Carnelutti, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Traducción de la quinta edición italiana por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ed. EJEA; 1959, t. I, pp. 419-420.

<sup>223</sup> Cfr. Briseño Sierra, Humberto. *El derecho procedimental*. México D.F.: Ed. Cárdenas; 2002, p. 628.

De lo vertido extraemos la primera pista para explicar ambos conceptos: el recurrente concepto de instancia –que, en el sentido aquí otorgado, nada tiene que ver con el grado de conocimiento judicial–. Por allí comenzaremos.

## 2. El concepto de instancia y su clasificación

Dante Barrios de Ángelis enseñaba que era apropiado comenzar por la determinación del concepto, pero antes de fijarlo convenía delimitar su alcance, frente al que podía haberle correspondido a la noción, puesto que noción y concepto son magnitudes confundibles. Así, estimaba que noción es entendimiento primario, impreciso pero suficiente para distinguir su objeto de otro objeto, toda vez que no se lo someta a un análisis riguroso. Concepto, al contrario, es un pensamiento que describe de modo inequívoco un objeto; se diferencia de la definición en que esta explicita enteramente los contenidos de un concepto.<sup>224</sup>

Para ingresar al concepto de proceso, se impone aclarar la idea de instancia en la acepción utilizada, que, como expresamos, en esta ocasión no queda ligada con los distintos grados de conocimiento judicial. Será considerada, en cambio, como una derivación del derecho humano de petionar a las autoridades –reconocido explícita o implícitamente<sup>225</sup> en constituciones y tratados internacionales de derechos humanos<sup>226</sup> y del dinamismo que le reconocemos a la norma procedimental –dado que su estructura no es disyuntiva como en la norma estática, sino que tiene continuidad consecucional, pues a partir de una conducta encadena imperativamente una secuencia de conductas–.<sup>227</sup>

<sup>224</sup> Barrios de Ángelis, *Teoría...*, op. cit., 2ª edición, p. 12.

<sup>225</sup> La aceptación de la categoría *derechos implícitos* en los diferentes ordenamientos se funda en que los derechos son inherentes a la dignidad de la persona, preexistentes y superiores a toda constitución o instrumento del derecho internacional humanitario. La inclusión de estos derechos implícitos conforma un sano reconocimiento de que las limitaciones propias del hombre hacen imposible la recepción de manera explícita de todos sus derechos, sirviendo por lo tanto de mecanismo para su permanente positivización.

<sup>226</sup> La libertad de petición contenida en el primer borrador de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en varias de sus revisiones no figura en la redacción definitiva por iniciativa de Gran Bretaña. V. Padilla, Miguel M. "Cómo nació la Declaración Universal de Derechos Humanos". *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. 1988-E, p. 1084.

<sup>227</sup> Cfr. Alvarado Velloso, Adolfo. *Introducción al estudio del derecho procesal*. Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni; 1992, primera parte, p. 36.

Los profundos estudios del jurista Humberto Briseño Sierra se han transformado en punto de partida para la elaboración de una estructura sistémica procesal que vincula al hombre con los derechos humanos, sin soslayar ni a las disposiciones constitucionales ni al derecho internacional humanitario. Desde el concepto de instancia, la iniciativa es retenida por la persona humana, privilegiándose así a quienes recurren a la justicia, en vez de a quienes la imparten.

El reconocimiento del derecho humano de peticionar a las autoridades permite la vida en libertad y el irrestricto respeto de los derechos, pues, de lo contrario, las personas quedarían a merced de la voluntad del poder y sin participación alguna. Es una civilizada manera de vincular al hombre con el Estado, de expresarse para ser oído y de obtener una resolución acorde con el derecho. De allí que todo sistema jurídico que se precie de democrático debe contemplar esta posibilidad, ya sea –tal como asentamos– explícita o implícitamente.

Desde este ángulo, la instancia es el derecho que tiene una persona de dirigirse a la autoridad para obtener de ella, luego de un procedimiento, una respuesta cuyo contenido no puede precisarse de antemano.<sup>228</sup> Con este concepto, junto a la idea de dinamismo, el derecho procesal logra nuevos bríos, a partir de ideas gestadas hace medio siglo y que continúan en constante expansión hasta nuestros días, a raíz de su acercamiento con los derechos humanos.

Eduardo Couture, en el primer tomo de sus *Estudios de derecho procesal civil*,<sup>229</sup> venía aceptando la importancia del derecho constitucional de petición desde que la acción procesal constituía una forma típica de aquel al ser su especie, haciendo evolucionar el aporte del constitucionalismo del siglo XIX que, desde entonces, consideraba a la ley procesal como la norma reglamentaria del susodicho derecho de peticionar. Sin embargo, el notable avance lo genera Briseño Sierra poco tiempo después, al no limitar su concepción a la petición, sino al incorporar la noción de instancia y lograr clasificarla en seis posibles: petición, denuncia, querrela, queja, reaceramiento y acción procesal.<sup>230</sup>

---

<sup>228</sup> En esta línea, v. Briseño Sierra, *Derecho procesal*, op. cit., vol. II, pp. 169 y 171. V. también Alvarado Velloso, *Introducción...*, op. cit., primera parte, p. 37.

<sup>229</sup> V. su reconocido trabajo, que integraba dicha obra, titulado “Las garantías constitucionales del proceso civil”. Buenos Aires: Ed. Ediar; 1948, t. 1, p. 34.

<sup>230</sup> Cfr. Briseño Sierra, *Derecho procesal*, op. cit., vol. II, pp. 172-182 y *Compendio...*, op. cit., p. 173. Por su parte, Alvarado Velloso –v. *Sistema procesal: garantía de la libertad*. Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni;

La petición es una declaración de voluntad con el fin de obtener un permiso, habilitación o licencia de la autoridad; la denuncia es una simple participación de conocimiento a la autoridad; la querrela es una declaración de voluntad para que se aplique una sanción a un tercero; la queja es la instancia dirigida al superior jerárquico ante la inactividad del inferior para que lo controle y eventualmente sancione; el reacertamiento también se dirige al superior jerárquico, pero con el fin de que revoque una resolución del subordinado. Puede advertirse un detalle no menor: que estas cinco clases de instancias presentan una relación dinámica solo entre dos sujetos, que actúan como peticionante y como autoridad.

La acción procesal, en cambio, es el único tipo de instancia que enlaza a tres sujetos: actor o acusador, demandado o reo y autoridad –juez o árbitro–. Por consiguiente, exclusivamente la acción procesal constituye una instancia proyectiva o necesariamente bilateralizada, presentando una estructura inconfundible con las otras cinco. Se trata de un derecho, no un hecho, que contiene una pretensión de carácter conflictivo –ya que son dos partes las que discuten sobre su concesión– que arranca de su titular, pasa por la jurisdicción y termina en el ámbito jurídico de quien debe reaccionar, aunque no lo haga.<sup>231</sup> Este derecho de acción presenta siempre igual esquema, sin que en absoluto lo modifique la materia pretensional que incluya, nota que reafirma nuestra posición unitaria del derecho procesal.

Con estas sucintas referencias a la instancia y su clasificación, estamos en condiciones de profundizar acerca del proceso y del procedimiento.

### 3. El proceso

Más allá de las numerosas definiciones dadas por la doctrina sobre el proceso, nos interesa particularmente examinarlo como garantía para el resguardo de derechos humanos reconocidos explícita o implícitamente, respetando cierta metodología y sistematización.

Esta plataforma –*per se*– descarta aquellos intentos basados en la fusión o amalgama conceptual entre proceso y procedimiento. Sin embargo, lo apre-

---

2009, t. I, pp. 55-65– entiende que son cinco las posibles instancias: petición, reacertamiento, queja, denuncia y acción procesal.

<sup>231</sup> Cfr. Briseño Sierra, *Compendio...* op. cit., p. 174.

ciado no basta para acceder al entendimiento cognoscitivo del proceso, pues es menester ante todo la observación de sus datos esenciales. Entonces, habrá que hallar y examinar sus notas constitutivas primero y establecer, luego, cuál es su nota distintiva, aquella que lo hace inconfundible.

### 3.1. Las notas constitutivas del proceso

Las notas constitutivas del proceso hacen su esencia, de tal suerte que la ausencia de al menos una de ellas indicará que estamos frente a otro fenómeno. Para hallarlas, apuntaremos a los datos cuantificables que lo integran, que a su vez se evidencian o patentizan en las conductas de los sujetos principales que en él actúan.

El aspecto constitutivo e imprescindible está compuesto por conductas –comprendiendo las omisivas, como en el caso de la contumacia, la rebeldía o abandono del proceso–. Estas conductas serán llevadas a cabo por el demandante, la autoridad que juzga y el demandado –y en su caso, los terceros que se conviertan en partes procesales–, y se repiten en serie con la particularidad de que tienen un carácter proyectivo, pues son enlazadas por la acción procesal –única instancia proyectiva–.

El proceso –según enseñanzas de Briseño Sierra– es, entonces, una serie de actos proyectivos. Si la índole institucional explica la coexistencia de normas públicas y privadas, principio de transitividad, la nota referente a la serie destaca el dinamismo o la continuidad del dinamismo de las instancias que, de por sí, son proyectivas. Pero el dinamismo de la serie –agrega el autor en cita– es algo más que movimiento conceptualizado, es progreso, es avance.<sup>232</sup> Lo propio, lo exclusivo del proceso es el seriar las instancias o los actos proyectivos.<sup>233</sup> Los elementos son los actos proyectivos y la estructura es la serie.<sup>234</sup>

En consecuencia, entendemos que son notas constitutivas del proceso la conducta, la serie y la proyectividad. A continuación las examinaremos brevemente.

---

<sup>232</sup> *Ibíd.*, p. 244.

<sup>233</sup> *Ibíd.*, p. 245.

<sup>234</sup> Cfr. Briseño Sierra, *Derecho procesal*, op. cit., vol. III, p. 112.

### 3.1.1. La conducta

En primer lugar, expusimos que el proceso se genera a partir de conductas humanas –incluso omisivas– de sujetos, agregando que se conectan a través de un procedimiento y que se exteriorizan canalizándose por algún medio de expresión, respetando ciertas condiciones de lugar, tiempo y forma.

Empero, la actividad es nota constitutiva mas no distintiva del proceso, pues también el procedimiento se edifica con actos. Profundizando la observación dirigiéndose a la *praxis*, se ha advertido sobre casos donde un mismo acto que sirve al proceso es utilizado en el procedimiento, cuestión que parecería absurda o hasta contradictoria si no fuera porque todo acto tiene una manifestación y varios significados.<sup>235</sup> Entonces, la misma conducta es suficiente para promover la iniciación de la secuencia de conexiones y la iniciación de la instancia proyectiva; no hay necesidad de dos escritos, uno en que se consigne la conexión y otro en que se concreten las pretensiones que hacen de la instancia el sentido de proyectividad.<sup>236</sup> Lo expuesto sintoniza con la apuntada necesidad que tiene todo proceso de contener un procedimiento.

### 3.1.2. La serie

La segunda nota constitutiva del proceso es la serie, estructura que tiene su importancia no solo por vincular ordenadamente conductas y proyectividad, sino porque contribuye con el dinamismo de las instancias bilaterales.

Este aporte dinámico hace inevitable el tratamiento de lo que se entiende por serie en la elaboración del concepto en examen. Quien, a nuestro juicio, ha presentado una insuperable explicación sobre este punto es el profesor argentino Adolfo Alvarado Velloso. Nos permitiremos tomar de parte de su obra lo pertinente.

Castizamente, serie es el conjunto de cosas relacionadas entre sí y que se suceden unas a otras. Pero esta noción muestra numerosas aplicaciones en el lenguaje corriente. Así, aparecen las series aritméticas (1-2-3-4-5), geométricas (2-4-8-16-32), alfabéticas (a-b-c-d-e), cronológicas (enero-febrero-

<sup>235</sup> Cfr. Briseño Sierra, *Compendio...*, op. cit., p. 250.

<sup>236</sup> Cfr. Briseño Sierra, *El derecho procedimental*, op. cit., p. 628.

cierto aspecto de la vida del hombre, se convertirá en un verdadero aporte. Si trasladamos la noción de proceso que elegimos allí donde aparece una persona de carne y huesos que busca el respeto de su derecho, advertiremos que mediante el ejercicio de la acción procesal transforma el conflicto –hallable en el plano de la realidad social– en litigio –plano jurídico–, exteriorizándose por medio de la presentación de la demanda o la acusación –documentos continentales de la pretensión procesal– ante una autoridad que la proyecta al demandado, quien así queda en condiciones de ejercer su derecho de reacción procesal. Hacen así su aparición tres términos cercanamente relacionados, pero que no deben confundirse: acción procesal, pretensión procesal y demanda o acusación.

Si la demanda o la acusación –que deben necesariamente incluir al menos una pretensión procesal– se bilateralizan o son proyectadas por la autoridad, no solo provocan el fenómeno jurídico de la acción procesal, sino que además dan origen a un proceso cuando esa proyección se materializa con su conocimiento por el demandado.

Con lo explicado, estamos en condiciones de volcar algunas reflexiones en relación con cuatro aspectos del proceso sobre los que se puede discutir largo y tendido: su causa, su razón de ser, su fin u objetivo y su objeto.

El proceso, que se cristaliza en el plano jurídico, tiene su causa en el plano de la realidad social en un conflicto intersubjetivo de intereses. Entendemos por este al fenómeno de coexistencia de una pretensión y de una resistencia acerca de un mismo bien en el aludido plano de la realidad social.<sup>249</sup>

Se afirma que los derechos humanos consisten en unos bienes atribuidos por naturaleza a la persona, que le son debidos, generando así, en los demás hombres, el respeto de esos bienes. Y en el cumplimiento de esta deuda, que es el supuesto del uso y disfrute normal y pacífico de los derechos, consiste la justicia, la sociedad justa.<sup>250</sup> La oposición a lo que se considera debido es lo que genera el conflicto, causa a su vez del proceso –medio de resolución heterocompositiva del litigio– ante el fracaso, inviabilidad, negación o no utilización de otras vías pacíficas de disolución –autodefensa y autocomposición–.

<sup>249</sup> Cfr. Alvarado Velloso, *Sistema...*, op. cit., t. I, p. 27.

<sup>250</sup> Cfr. Hervada, *Escritos...*, op. cit., pp. 685-686.

Para determinar la razón de ser del proceso, vale recordar su correlato histórico con cierta necesidad de la humanidad de reemplazar la razón de la fuerza por la fuerza de la razón, para lo cual se organizó un método de debate ante un tercero imparcial encargado de resolver. Surge claro, entonces, que la razón de ser del proceso es la erradicación de toda fuerza ilegítima dentro de una sociedad dada para mantener un estado perpetuo de paz social, evitando que los particulares se hagan justicia por mano propia.<sup>251</sup>

En relación al fin del proceso, las opiniones discordantes no se hacen esperar. Mucho tiene que ver en ello la poca profundidad en la determinación de otros conceptos basales que sirven de plataforma a la idea, la preferencia por cierta injerencia del juzgador en el debate o, directamente, la inclusión de la sentencia como un acto más del proceso. Si no se atiende acabadamente al concepto de proceso, si se lo confunde con el procedimiento, no se establecen con claridad sus etapas y no se distingue su objeto y su fin, todo lo que se afirme respecto a aquel transitará por un pantano.

Para nosotros –siendo coherentes con lo expuesto en relación con sus notas constitutivas–, el fin u objetivo del proceso no es otro que la sentencia que resuelve el litigio –también conocida como resolución de fondo–, que se halla fuera de la estructura de la serie procesal –que, conforme vimos supra, 3.1.2, está compuesta por las fases de afirmación, negación, confirmación y alegación–. Esta idea tiene su relevancia, pues el pronunciamiento se dicta una vez que el proceso –método de debate pacífico– ya terminó. De allí que algunos autores sostengan su carácter extraprocesal, considerándola una resolución meramente judicial, y otros hagan referencia a la nota distintiva de la especie *sentencia* en relación con el género *resoluciones*, recordando que aquella es continente del fallo, el cual tiene trascendencia jurídica metaprocesal.<sup>252</sup> El sentenciar, que es una actividad típica de la autoridad que juzga, significa resolver las pretensiones procesales de las partes tratadas en el marco del debate –bajo estricto respeto de sus reglas y principios–, una vez que ha concluido.

Se ha expuesto que toda la serie procesal tiende a obtener una declaración de la autoridad –juez o árbitro– ante quien se presenta el litigio. Tal declaración

---

<sup>251</sup> Cfr. Alvarado Velloso, *Sistema...*, op. cit., t. I, pp. 36-37.

<sup>252</sup> Cfr. Alvarado Velloso, *Introducción...*, op. cit., segunda parte, p. 213.

se efectúa en la sentencia, que es el acto que resuelve heterocompositivamente el litigio ya procesado.<sup>253</sup>

Al considerar que la sentencia es el objetivo del proceso, se realiza la importancia del debate y se posibilita el respeto de los principios de igualdad jurídica de las partes y de imparcialidad del juzgador, concretando de este modo la aspiración de contar con un proceso como garantía de garantías.

El fin u objetivo del proceso –la sentencia definitiva– debe diferenciarse del cuarto aspecto prometido: el objeto del proceso –que es lo debatido–. Quizá parte del desconcierto aparece cuando se utiliza la voz *objeto* (del latín *obiectus*) en la cuarta acepción de la vigésimo segunda edición del *Diccionario de la Real Academia Española*: “Fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación”.

Pese a que es un aspecto donde la doctrina sigue dejando interrogantes, el objeto del proceso no es el conflicto sustantivo, sino el debate procesal, que delimita el *thema decidendum*. Puede contener pretensiones sustantivas de materia disponible o también, como se ha señalado, pretensiones procesales –como la peculiar del ministerio público en lo penal, o la de los justiciables particulares en materias indisponibles como el divorcio, la filiación, el parentesco, etc., que no son posibles de satisfacer antes o fuera del proceso–. Y en ello radica el sentenciar: resolver un contraste de pretensiones procesales, que dentro de la serie de actos proyectivos forma el debate. El tema de la sentencia coincide, entonces, con el objeto procesal.<sup>254</sup>

### 3.3. La actividad procedimental y el control de los sujetos procesales

Si por un instante incursionamos en la esfera de la pura actividad procedimental y nos enfocamos en la que realiza la autoridad, observaremos que durante el proceso despliega la actividad de procesar, que en verdad consiste en reflejar acciones y reacciones desde la parte de donde emanan hacia la contraria –o, dicho de otro modo, la detección y proyección por la autoridad del significado procesal contenido en ciertos actos procedimentales–. Una vez finalizado el proceso, la actividad del juez o árbitro es la de sentenciar. Y una vez firme el pronunciamiento, si no ha mediado cumplimiento es-

<sup>253</sup> *Ibíd.*, primera parte, p. 28.

<sup>254</sup> Cfr. Briseño Sierra, *Derecho procesal*, op. cit., vol. IV, pp. 571-572.

pontáneo de la condena —a requerimiento de interesado— pasa a desplegar la actividad de ejecutar lo sentenciado.

Esta apreciación nos adelanta parcialmente la inconfundibilidad terminológica entre proceso y procedimiento, pues los sujetos tienen un alcance de actuación diferente en uno y otro, que bien pueden ser pasibles de distribución de poder, atribuciones o facultades en distintas proporciones para sintonizar con los derechos humanos y las directivas sistémicas que de ellos derivan. La actividad de la autoridad no debe eximirse de límites y controles que son deseables imponer a todo poder.

Una línea fronteriza que se marca con precisión al voluntarismo del decisor es la necesidad de que su sentencia sea consecuencia de un proceso respetuoso de los derechos humanos —y los principios que de allí se extraen y están plasmados en el derecho internacional de los derechos humanos— y no de otra cosa —tal es el caso de una decisión que recaiga luego de un procedimiento—. En la esfera del control sobre el poder jurisdiccional, existe uno indispensable y que tiene carácter intraprocesal. Se trata del que las mismas partes litigantes pueden ejercer al conformar un debate que, como objeto del proceso, no puede ser obviado en la decisión.

Este no es un tema menor, al punto de que coincidimos con quienes enfatizan que, si las condiciones de aplicabilidad de la norma están indeterminadas, si la misma consecuencia jurídica constituye un abanico de opciones para el juez, entonces los protagonistas del debate procesal deben tener la posibilidad de decir algo al respecto y, si ese es el caso, el juez debe incluir esos argumentos en su decisión, asumiéndolos como propios o refutándolos adecuadamente. Así, proponen que la justificación de este tipo de decisiones judiciales dependa fuertemente de la participación procesal de los litigantes en el debate —lo que grafican con una frase de Mirjan Damaška: “Cuanto más fuerte sea la voz de las partes en el proceso, más cerca estaremos de una decisión correcta”—, concluyendo que las teorías dialécticas y consensuales que ayudan a preservar la imparcialidad judicial pueden ser mejor aplicadas a los procedimientos con alto componente de creación legal.<sup>255</sup>

---

<sup>255</sup> Cfr. Chaumet, Mario E. & Meroi, Andrea A. “¿Es el derecho un juego de los jueces?”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. 2008-D, p. 737.

Entonces, interesa a un sistema de enjuiciamiento democrático que el juez o árbitro tengan –siempre sujeto a controles adecuados– el poder suficiente para su actividad de sentenciar, al igual que aquel para ejecutar lo sentenciado llegado el caso –el árbitro queda excluido legalmente para utilizar la fuerza en el ejercicio de esta actividad, por lo que debe solicitarlo al juez estatal–. Pero, si se trata de procesar, del proceso en sí, el protagonismo primariamente recae en las partes, por dos razones: primero, allí se desarrolla el debate, núcleo de control; segundo, si la autoridad suma a su condición de sujeto de juzgamiento la de sujeto del debate, automáticamente se desmorona el proceso como tal, pues ello frustra la concreción de sus principios –igualdad de las partes e imparcialidad del juzgador–. Por estos motivos, no aceptamos el ofrecimiento y producción de prueba de oficio ni el impulso de oficio, pues esa actividad la deben llevar a cabo solamente los litigantes –nunca la autoridad, quien en el desarrollo del proceso debe proyectar instancias luego de establecer qué actos procedimentales deben reflejarse por contener significado de alcance procesal, sin perjuicio de los incidentes o incidencias procedimentales que se susciten y que deba resolver–.

### 3.4. El proceso como método de debate

El proceso es el medio de debate<sup>256</sup> por excelencia para el resguardo pleno de los derechos, que debe aplicarse siempre que estos se encuentren en litigio –alcanzando igualmente a los derechos de primera, segunda o tercera generación–; constituye el método que necesariamente se debe respetar a fin de lograr una decisión acorde con el derecho. Por ello, no nos parece apropiado que se dejen de lado los principios de imparcialidad o igualdad aduciendo casos especiales basados en cierta clase de pretensiones o en la supuesta debilidad de un contendiente frente a otro, porque el único camino que conduce a que una sentencia tenga la aspiración de alcanzar la justicia es el respeto del derecho de defensa en juicio bajo condiciones de igualdad jurídica para ambos contendientes.

---

<sup>256</sup> Se ha enfatizado que el debate no es una discusión. En los debates procesales, cada una de las partes adopta una posición y no pretende convencer al adversario o a la contraparte; toda su argumentación está dirigida a destruir la argumentación del contrario, apuntando a convencer a un tercero que es el juez. (Cfr. Álvarez Gardiol, Ariel. *Epistemología jurídica*. Rosario: Ed. Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas; 2010, p. 511).

Hilvanando lo expuesto hasta aquí con lo revisado en los dos capítulos precedentes, notamos que el proceso solamente se ve reflejado en el sistema dispositivo o acusatorio, pues es el único que contiene esta estructura triangular –actor o acusador, demandado o acusado y autoridad– con un claro reparto de roles y funciones de manera tal que se respetan dos principios basales: igualdad de las partes e imparcialidad –en sentido amplio– del juzgador. El sistema inquisitivo o inquisitorio no responde al modelo diseñado desde que la autoridad tiene poderes para acusar, probar y juzgar, generando una estructura bipolar y meramente procedimental de enjuiciamiento donde nunca cabrá el concepto de proceso como método de debate que garantiza los derechos humanos.

A esta altura esperamos haber despejado toda duda acerca de nuestra postura, que tiene a la garantía del proceso como un método. Ello ha movido a algún jurista a decirnos que, como el derecho procesal es la rama jurídica que se encarga de estudiar un método, es la única con la que puede hacerse verdadera ciencia. Sigamos adelante sin detenernos aquí en la polémica del estatus científico del derecho y del derecho procesal.

Tomar partido por defender el proceso como método de debate en absoluto implica renunciar a la verdad y a la justicia, a las cuales –a nuestro entender– debe arribarse solo por el camino del respeto de todos los derechos humanos. No obstante, esta idea no es compartida por todos, y es así que se lo ve también como un fin en sí mismo, aunque ello complica la explicación de su comportamiento como garantía de los derechos.

En este orden, puede acaparar nuestra atención la disputa entre quienes sostienen que el proceso sirve para alcanzar la justicia y los que ven en él un aporte a la paz social, adquiriendo la primera posición un matiz finalista y apuntando a su razón de ser la segunda. Nótese que estos valores no se excluyen entre sí y bien pueden tratarse a la par y sin fundirlos, justamente como forma de arribar a ese ideal de paz con justicia que mencionaba Carnelutti.<sup>257</sup>

Reconozcamos que se trata de un tema álgido, más en estos tiempos cuando al proceso –pese a que se trata de un medio– se lo hace exageradamente responsable de la cuota de justicia o injusticia imperante. Esto debiera

---

<sup>257</sup> V. Carnelutti, Francesco. *Cómo se hace un proceso*. Traducción de Sentís Melendo y Ayerra Redín. Rosario: Ed. Juris, 2005, p. 35.

escapar en dirección a un debate axiológico de horizontes más amplios cuya puesta en escena incluya como protagonista al derecho frente a un elenco de valores, entre los que se cuentan la justicia y la paz. Esta discusión tiene interés para el procesalismo, aunque una vez más recordamos que su objeto de estudio —el proceso— no pierde su característica de método por más que actúe como uno de los instrumentos que coadyuvan a la realización de algunos valores.

Regresemos al proceso como garantía de derechos, cerrando la noción brindada: si vemos en él una derivación del derecho de peticionar a las autoridades a través de la acción procesal, única instancia proyectiva, lo estamos alineando con los derechos humanos, al fijar su punto de convergencia en el ser humano que convive en una sociedad y que crea al Estado en su beneficio.

Para el cumplimiento de estos pilares en la práctica cotidiana —en la realidad donde está inmerso nuestro hombre de a pie—, parece adecuado establecer funcionalmente los parámetros que ayudan a concebir el proceso atendiendo sus notas constitutivas y el marco sistemático democrático desplegado.

Las conductas humanas de los sujetos en el proceso no pueden quedar aisladas o desarticuladas entre sí, porque la proyectividad que lo distingue no tendría cabida. Es necesario conectarlas permitiendo el desarrollo de la serie observando un orden lógico. Estas conexiones, estos contactos entre conductas, se materializan a través del procedimiento. De allí que sea imprescindible para todo proceso contener un procedimiento. Como este opera sobre la conexión de conductas, razones sistemáticas enlazadas con la previsibilidad y seguridad jurídicas imponen establecerlo previamente y en sintonía con los derechos humanos, de donde emanan la orientación del macrosistema y los principios del proceso, que a su vez determinan la logicidad de la serie procesal. Por consiguiente, aparece una primera característica del proceso: que sus reglas sean conocidas previamente por los sujetos que en él interactúan.

La nota distintiva, la proyectividad —que hace tomar intervención a los tres sujetos procesales enlazando sus conductas y marcándole a la vez los límites del terreno bajo su dominio—, produce dos consecuencias de la mayor relevancia. Por un lado, según ya señalamos, resguarda en iguales condiciones para ambas partes el derecho a ser oído por la autoridad antes de resolver heterocompositivamente el litigio. Por el otro, la autoridad —como sujeto del proceso— no interfiere en el debate, no debe realizar ni suplir actividades propias de los otros sujetos

para preservar su imparcialidad. Lo que no implica que sea un simple espectador comparable a quien paga entrada para asistir a un entretenimiento, pues cumple una tarea crucial desentrañando el sentido proyectivo de una conducta para reflejarla hacia el contendiente, mientras posibilita el desarrollo de la serie haciendo cumplir las reglas de procedimiento preestablecidas. En definitiva, derivan de la proyectividad los dos principios del proceso —la igualdad de las partes y la imparcialidad del juzgador—, quedando perfectamente alineada nuestra construcción conceptual con la dignidad humana y los derechos y garantías inherentes a las personas recogidos en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y en los restantes instrumentos que a partir de ella fueron forjando el derecho internacional de los derechos humanos.

En resumidas cuentas, de las notas constitutivas del proceso brotan tres aspectos principales: que los sujetos sigan reglas preestablecidas de procedimiento, que las partes actúen en igualdad de condiciones quedando a su cargo el impulso y que se desarrolle ante un tercero imparcial.

Estos caracteres, junto a las reflexiones anteriores, van instalando una base que ayuda a contemplar al proceso como un medio de debate en igualdad jurídica ante un tercero imparcial, que opera como garantía para hacer respetar los derechos ante cualquier limitación, conculcación, impedimento o interferencia emanadas de otras personas —cualquiera sea su naturaleza— incluido el Estado.

En síntesis, el proceso se comporta como un método de debate pacífico que, respetando reglas preestablecidas, se desarrolla entre partes antagónicas que actúan en condición jurídica de igualdad ante un tercero imparcial<sup>258</sup> con el objetivo de resolver heterocompositivamente<sup>259</sup> un litigio.

#### 4. El procedimiento

En los tiempos que corren, no solo expertos en derecho procesal, sino también juristas de otras ramas, filósofos y estudiosos de las ciencias políticas

---

<sup>258</sup> Imparcialidad entendida en un sentido amplio, comprensivo de la independencia e imparcialidad del juzgador, tal como explicaremos infra, apartado 5.

<sup>259</sup> En los casos en que no funciona la autocomposición, la solución de un litigio determinado se hará a través de la heterocomposición, desde que el pretendiente ocurre a la autoridad para que sentencie una vez tramitado un proceso. Por ende, como el proceso es un medio de debate que busca la heterocomposición, nuevamente concluimos que su objetivo no es otra cosa que la sentencia.

muestran una preocupación por atender al amplio concepto de procedimiento. Entonces, es sencillo comprender que el procedimiento no es patrimonio exclusivo del proceso ni constituye –según ya remarcamos– su nota distintiva.

Sin que se nos escape la variedad de significados que ofrece la voz *procedimiento* y que pueden ser tomados por las diversas disciplinas que de él se ocupan, nos contentaremos con realizar una somera referencia a lo que se ha denominado el paradigma procedimental desde un ángulo filosófico, para, finalmente, desembarcar en un examen de neto corte jurídico que nos conduzca a su relación con el proceso.

El paradigma procedimental del derecho postulado por el ya mencionado Jürgen Habermas –contemporáneo nacido en 1929 y conspicuo integrante de la escuela de Frankfurt–<sup>260</sup> pretende superar los problemas del Estado social de derecho. Su núcleo puede sintetizarse como la combinación completa y la mediación recíproca de soberanía popular jurídicamente institucionalizada y soberanía popular jurídicamente no institucionalizada; no prejuzga –como lo hacían el Estado liberal y el social– respecto de un determinado ideal de sociedad, una comprobada visión de la vida buena y, ni siquiera, una establecida acción política. Es formal, en el sentido que se limita a señalar las condiciones bajo las cuales los sujetos jurídicos, en su papel de ciudadanos, pueden entenderse entre sí respecto a sus problemas y las soluciones.<sup>261</sup>

Esta propuesta, que todavía exhibe contornos muy difusos,<sup>262</sup> intenta explicar la legitimidad del derecho con la ayuda de presupuestos comunicativos institucionalizados, que fundan la presunción de que los procesos de producción y aplicación de aquel deben conducir a resultados racionales.

Si nos dirigimos directamente a la obra de Habermas, más precisamente al que se considera su libro cumbre –que también hemos citado aquí–, observamos su intento por demostrar que entre Estado de derecho y democracia

---

<sup>260</sup> La escuela de Frankfurt fue fundada en 1923 por iniciativa de un grupo de estudiantes y desapareció en 1969. Su director más importante y a lo largo de cuarenta años fue Max Horkheimer. Militaron en ella pensadores de la talla de Erik Fromm, Theodor Adorno y Herbert Marcuse; se apoyaba en un núcleo básico de nutrientes ideológicas: Marx y algunos discípulos entre los que se destacaba la influencia de Lukacs, Georg F. Hegel y el hegelismo de izquierda y casi al final Sigmund Freud. V. Álvarez Gardiol, *Derecho y realidad...*, op. cit., pp. 183-184.

<sup>261</sup> Cfr. Álvarez Gardiol, *Epistemología...*, op. cit., pp. 316-317.

<sup>262</sup> *Ibid.*, p. 316.

no solo hay una relación histórica y contingente, sino una conexión interna que se explica conceptualmente porque las libertades subjetivas de acción del sujeto de derecho privado y la autonomía pública del ciudadano se posibilitan recíprocamente.<sup>263</sup> Aparece una dialéctica entre igualdad jurídica e igualdad fáctica, que, frente a la comprensión liberal del derecho, hizo saltar primero a la palestra al paradigma del derecho ligado al Estado social y que hoy nos obliga a una autocomposición procedimentalista del Estado democrático de derecho. De este modo, el proceso democrático es el que soporta en el modelo toda la carga de legitimación. La idea procedimentalista del derecho insiste en que los presupuestos comunicativos y las condiciones procedimentales de la formación democrática de la opinión y la voluntad constituyen la única fuente de legitimación.<sup>264</sup> En definitiva, el respeto a los procedimientos propios del sistema democrático es uno de los aspectos que puede ayudar a sostener la legitimidad del derecho.

Si bien en la visión procedimental subyacen ideas interesantes, arrimaremos algunas aclaraciones que estimamos oportunas.

Inicialmente, en absoluto debe pensarse que todo es procedimiento. Así como Fritz Sander –discípulo de Hans Kelsen que tomara distancia de su maestro y lo criticara fuertemente en su teoría general, apuntándole a la línea de flotación, proponiendo una teoría donde lo que constituye el derecho es la cosa juzgada– tomaba una posición extremista al sostener que el derecho es un proceso que no tiene principio ni fin,<sup>265</sup> tampoco el procedimiento es el único elemento ni en un sistema jurídico, ni en uno democrático, ni en uno procesal. Ello equivaldría a dejar de lado al hombre y sus derechos. En otras palabras, el estricto cumplimiento de las reglas procedimentales no implica o asegura por sí solo el respeto a los derechos humanos.

En la práctica, las situaciones violatorias de derechos las encontramos tanto durante el curso de ejecución procedimental como *a posteriori*. Ejemplos del primer caso aparecen en el proceso jurisdiccional, cuando se procesa con base en una norma procedimental asistemática y contraria a postulados sustanciales de carácter constitucional o del derecho internacional humani-

---

<sup>263</sup> Cfr. Habermas, *Facticidad...*, op. cit., p. 652.

<sup>264</sup> *Ibid.*, p. 648.

<sup>265</sup> V. Álvarez Gardiol, *Derecho y realidad...*, op. cit., p. 187.

tario que puede contener un ordenamiento jurídico o, peor aún, ha sido o es creada pretorianamente. El ofrecimiento y producción de prueba de oficio, el dictado de una medida para mejor proveer o la aplicación de ciertas consecuencias de la prueba confesional en contra del absolvente forman parte del apunte precedente. Ejemplos de la segunda variante son sufridos por gobernados de distintas latitudes que eligen autoridades políticas con estricta observancia de procedimientos democráticos, pero que, una vez que asumen el poder, desconocen los alcances del mandato otorgado y gobiernan alejados de los valores democráticos y los derechos humanos.

Sin olvidar la necesidad de respetar a los procedimientos como una secuencia de pasos que se deben cumplir para permitir la materialización de derechos reconocidos por el sistema que en origen son inherentes al ser humano, también debe subrayarse que ese mismo procedimiento solo será legítimo si observan estructuralmente todos esos derechos, de manera tal que no dificulte, limite o impida su realización. Por consiguiente, el procedimiento no debe diseñarse y construirse como una celda para la permanencia hasta su muerte de los derechos humanos y los valores democráticos que de ellos derivan.

Estrechando el campo de análisis, de ahora en más nos introduciremos específicamente en el terreno de los procedimientos jurídicos. Preliminarmente recordamos que, a medida que revisábamos el concepto de proceso, tangencial pero obligatoriamente tuvimos que hacer referencia al procedimiento, palabra cuya utilización se remonta a la época medieval, pues en la antigüedad se le tenía refundida entre otras figuras jurídicas.<sup>266</sup>

Quien estudió en Latinoamérica con gran profundidad el procedimiento jurídico fue Humberto Briseño Sierra, marcando a la vez con singular nitidez su diferenciación del proceso. Su legado al respecto es inmenso; muestra de ello son los diferentes trabajos aquí citados publicados a lo largo de cuatro décadas y cuyo punto culminante fuera su monumental obra de casi mil páginas intitulada *El derecho procedimental*, dada a conocer en enero del 2002, meses antes de su desaparición física. Seguiremos en gran medida su inigualable aporte apropiándonos de sus enseñanzas para el desarrollo del tema que continúa.

---

<sup>266</sup> Cfr. Briseño Sierra, Humberto. "Esbozo del procedimiento jurídico". VV. AA. *Teoría unitaria del proceso*. Rosario: Ed. Juris; 2001, p. 451.

Como primera aproximación a la noción de procedimiento jurídico, su unidad no debe ubicarse en la conceptualización del pretender ni del prestar, sino en el fenómeno material de la conexión de conductas humanas.<sup>267</sup> De aquí ya podemos separar dos aspectos importantes del procedimiento: la materialización y la conexión, en ambos casos en relación con los actos que lo componen. Esto nos conduce a observar las instancias que integran todo procedimiento, destacando su carácter bilateral o simple en atención a que conectan conductas de dos y solo dos sujetos: recorre un camino que nace en una solicitud, petición o pedido de una persona y finiquita en la resolución que emite otra –autoridad–.

Situándonos en el concepto que nos ocupa, hallamos como nota distintiva o particular una conexión simple, un contacto que surge desde un *instar bilateral*. En el proceso, en cambio, encontramos el ya explicado instar proyectivo, aunque, como acertadamente se ha afirmado, en él siempre estará presente un procedimiento.<sup>268</sup> Porque el procedimiento no es otra cosa que una sucesión de conexiones de actos jurídicos de distintos sujetos; no es la mera sucesión, ni tampoco basta con la referencia a los actos, pues debe resaltarse la conexión, dado que la sucesividad de conexiones es lo procedimental.<sup>269</sup> Aparece, para formararlo, un encadenamiento de cierto tipo de conductas. En consecuencia, la conexión representa la reducción eidética de todo procedimiento.

Podemos añadir que se trata de la secuencia y de las conexiones de conductas, de manera que un procedimiento no es concebible ante la ausencia de cualquiera de estos términos: no lo hay si faltan las conductas, tampoco si se carece de conexiones y, finalmente, si las conexiones no se siguen una tras otra de una manera regular.<sup>270</sup>

Si como afirmamos importan la materialización y la conexión de actos jurídicos que se suceden, es necesaria la intelectividad, el entendimiento, por-

---

<sup>267</sup> *Ibíd.*, p. 474.

<sup>268</sup> Cfr. Briseño Sierra, *El derecho procedimental*, op. cit., p. XXIII.

<sup>269</sup> Cfr. Briseño Sierra, *Derecho procesal*, op. cit, vol. III, p. 121.

<sup>270</sup> Cfr. Briseño García Carrillo, Marco Ernesto. “El trámite procedimental. Simplificación y unificación de los procedimientos”. Ponencia presentada en el *XX Encuentro Panamericano de Derecho Procesal*, Santiago de Chile, agosto 2007, p. 9.

que, a diferencia de la mera reunión o yuxtaposición de actos, el significado de la sucesión no está en la materialidad, sino en la inteligibilidad.<sup>271</sup>

Hace falta que, de alguna manera, el procedimiento esté estipulado con cierta precisión, determinando su principio y su final, y –dentro de estos extremos– una variedad de conexiones entre los actos que realicen los sujetos participantes regulando sus aspectos temporales, espaciales y formales. Estas conexiones están influidas y alcanzadas por circunstancias –es decir, lo que rodea al acto– que cuentan con una indefinida cantidad de datos que sirven para que el legislador aprecie aquellos que le importen.<sup>272</sup>

En esta estación, resta confrontar conceptualmente el procedimiento y el proceso, matizando el análisis luego con algunas pinceladas acerca de la imparcialidad de la autoridad que resuelve.

## 5. Proceso, procedimiento e imparcialidad

Expusimos que en general la doctrina –salvo excepciones– ostenta la ya comentada ambivalencia del lenguaje procesal cuando trata los conceptos de proceso y procedimiento. En algunos casos, su diferenciación luce difuminada; en otros, directamente, se dejan de lado las notas que los separan empleando ambas voces como sinónimos.

En su más conocida obra, Eduardo Couture nos resume en buena medida el panorama indicado, al explicar que siendo la instancia –como el proceso mismo– una relación jurídica continuativa, dinámica, que se desenvuelve a lo largo del tiempo, es la sucesión de sus actos lo que asegura la continuidad. Unos actos proceden de otros actos y aquellos, a su vez, preceden a los posteriores. Este principio de sucesión en los actos da el nombre al proceso –etimológicamente, de *cedere pro*–. Procedimiento, por su parte, es esa misma sucesión en su sentido dinámico de movimiento. El sufijo nominal *mentum* es derivado del griego *menos*, que significa principio de movimiento, vida, fuerza vital. El proceso es la totalidad, la unidad. El procedimiento es la sucesión de los actos. Los actos procesales tomados en sí mismos son procedimiento y no

<sup>271</sup> Cfr. Briseño Sierra, *Compendio...*, op. cit., p. 247.

<sup>272</sup> *Ibíd.*, p. 248.

proceso.<sup>273</sup> En otros términos –remata el maestro oriental–, el procedimiento es una sucesión de actos; el proceso es la sucesión de estos actos apuntada hacia el fin de la cosa juzgada. La instancia es el grupo de esos mismos actos unidos en un fragmento de proceso, que se desarrolla ante un mismo juez.<sup>274</sup> Lo extraído nos ilustra acerca de confusiones generalizadas y diversos significados que pueden darse a los términos instancia, proceso y procedimiento si lo cotejamos con lo que nosotros venimos expresando al respecto.

Regresemos a la distinción básica entre ambas figuras, repasando dos aspectos comparativos salientes de suma utilidad en lo sucesivo.

En primer lugar, hemos adelantado que, mientras todo proceso contiene un procedimiento, no todo procedimiento resulta ser un proceso –ya que este únicamente aparece en la acción procesal y no en las restantes instancias–. Segundo, y esto es de la mayor importancia, el proceso es inmaterial, abstracto e impalpable, porque es concepto, importando la comprensión cabal del significado del acto que hace a su inteligibilidad. El procedimiento, en cambio, presenta una naturaleza material, concreta y corpórea, se capta por los sentidos y se realiza en un tiempo y en un espacio determinado<sup>275</sup> expresándose a través de cierta forma. El procedimiento opera, pues, como la forma material

---

<sup>273</sup> Nótese que si los actos procesales en sí son procedimiento y no proceso, en puridad corresponde denominarlos *actos procedimentales*. Nos parece que, conjugando las características de los actos jurídicos con los distintos ámbitos del procedimiento y del proceso, lo correcto es advertir que es a través de la materialidad del procedimiento que las conductas se conectan, paso previo ineludible para su proyección. La conexión se verifica en todos los actos jurídicos cuyos efectos –con base en alguno de sus significados– se producen en el procedimiento y también en el proceso. Para que un acto voluntario llegue a producir efectos procesales, debe contar con un significado procesal necesariamente acoplado a un sentido procedimental. Por consiguiente –y más allá de sus móviles–, estos actos tanto en la bilateralidad de la instancia simple como en la trilateralidad de la instancia compleja proyectiva recurren inexorablemente a la conexión, nota distintiva del procedimiento. Basados en lo anterior, los actos jurídicos cuyos efectos se producen en el proceso y en el procedimiento integrarán la especie *actos procedimentales*, entre los que encontramos aquellos que solo tienen uno o más significados procedimentales –caso del típico acto procedimental– y aquellos en los cuales se suma un sentido procesal. Si se trata de designar al acto que produce alguno de sus efectos en el proceso, a nuestro juicio tendríamos que referirnos a *acto procedimental con significado procesal proyectado*, subespecie de los *actos procedimentales con vocación proyectiva*, categoría que comprende tanto a los actos con significado proyectado en el proceso como a aquellos que, por cualquier motivo y pese a contar con un sentido procedimental y otro procesal, no son proyectados por la autoridad.

<sup>274</sup> Cfr. Couture, *Fundamentos...*, op. cit., 3ª edición (póstuma), pp. 201-202.

<sup>275</sup> Una idea similar es sostenida por Briseño Sierra, en *Compendio...*, op. cit., p. 250.

del proceso, que no puede tenerla de por sí, ya que no es acto material, sino concepto significativo del acto.<sup>276</sup>

Con extrema simplificación en búsqueda de claridad, podemos afirmar que, al encontrarse el proceso en el mundo de los conceptos, cabe pensarlo, pero no puede ser alcanzado por nuestros sentidos: no se lo puede ver, ni escuchar, ni olfatear, ni tocar, ni gustar. El procedimiento, que se encuentra en el mundo material, el de las cosas, puede ser perfectamente percibido por nuestros sentidos, como cuando vemos a un abogado iniciando una demanda en dependencias judiciales. Dicha presentación es sin dudas un acto procedimental, pero solo podrá considerarse como forma material integrada al proceso si es proyectada por decisión de la autoridad hacia otro sujeto. La proyectividad, reducción eidética del proceso, opera sobre actos procedimentales que consigo arrastran la materialidad, sin que ello implique que el acto procedimental pierda su carácter material ni que se modifique o desvirtúe la naturaleza conceptual del proceso.

En otro orden, se ha efectuado una separación destacando que el proceso asume, frente al procedimiento, un carácter sustantivo y comprometido con la realidad constitucional con apoyo en el sistema de garantías. En cambio, el procedimiento es atemporal y acrítico a través del soporte que le brindan, solo y exclusivamente, las formas técnicas y mecanicistas. Por ello, el procedimiento es técnicamente una realidad formal y rituarial frente al proceso que, a diferencia del procedimiento, es la realidad conceptual que posibilita el acceso al garantismo del derecho procesal, a través de la llamada tutela judicial efectiva, mediante el debido proceso sustantivo. El proceso se constituye, por lo tanto, en la justificación del procedimiento; lo que no significa que no pueda existir procedimiento sin proceso, puesto que el primero es atemporal y el segundo no, al hallarse comprometido con la base garantista del aquí y ahora. Por lo tanto, ambos –proceso y procedimiento– son hipótesis de trabajo autónomas.<sup>277</sup> Si bien no suscribimos enteramente esta opinión, rescatamos que recalca debidamente la inconfundibilidad conceptual entre proceso y procedimiento.

---

<sup>276</sup> *Ibid.*, p. 251.

<sup>277</sup> Cfr. Lorca Navarrete, “El derecho procesal...”, *op. cit.*, p. 549.

Se ha explicado que el problema que surge en el análisis de los principios del procedimiento proviene de la circunstancia de que hay un paralelismo con el proceso, el cual ha sido estudiado con mayor profundidad y severidad científica desde el siglo XIX, de manera que para distinguir los fenómenos atinentes al procedimiento es menester recordar las características de su naturaleza: se trata de conexiones de conductas –de diferentes sujetos– de manera que son fenómenos sensiblemente perceptibles a diferencia de los que se refieren al proceso, los cuales son inteligibles.<sup>278</sup>

Podríamos señalar a la imparcialidad como un distintivo lógico derivado de la propia estructura que muestran el proceso –con tres sujetos, donde dos debaten en igualdad de condiciones y un tercero resuelve una vez finalizada la discusión– y el procedimiento –donde hallamos dos sujetos, uno que peticiona y otro que resuelve al respecto–. De allí que se insista con aquello de *tercero imparcial*. Tanto, que se ha explicado que el sentido teórico del derecho procesal se constituye con otra nota que le diferencia de aquellas disciplinas que conocen de procedimientos conflictivos no procesales: la imparcialidad del juzgador.<sup>279</sup>

También se ha entendido que la imparcialidad no nace como una reacción ante la verdad, sino por la relación con los intereses en juego; se trata no tanto de una virtud moral, sino de una estructura de actuación que confiere el poder de estar por encima de ciertos intereses. Observar la imparcialidad como una estructura y no como una calidad personal implica advertir con claridad la existencia de estructuras procesales en las que la idea de imparcialidad es inaplicable, por más que el juez sea objetivo, razonable e independiente.<sup>280</sup> A nuestro juicio, solo el modelo de enjuiciamiento dispositivo-acusatorio es el adecuado estructuralmente para cobijar la imparcialidad.

A fin de asentar la amplitud de significados de la palabra imparcialidad, se ha subrayado que excede a la falta de interés que comúnmente se menciona para definir la cotidiana labor de un juez, pues incluye, por ejemplo, a la

---

<sup>278</sup> Cfr. Briseño Sierra, “Esbozo...”, op. cit., p. 513.

<sup>279</sup> Cfr. Briseño Sierra, Humberto. “Los ‘principios’ del procedimiento mexicano”. *Revista Procesal de México*, año 2, N° 1, 1973, Ed. Cárdenas, México D.F., p. 32.

<sup>280</sup> Cfr. Binder, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales*. Buenos Aires: Ed. Ad-hoc; 2000, p. 64.

ausencia de prejuicios de todo tipo —particularmente raciales o religiosos—, a la independencia de cualquier opinión, a la no identificación con alguna ideología determinada, a la completa ajenez frente a la posibilidad de dádiva o soborno, a la influencia de la amistad, del odio, de un sentimiento caritativo, de la haraganería, de los deseos de lucimiento personal, de figuración periodística, etcétera. Y también es no involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso, evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción, o de fallar según su propio conocimiento privado el asunto; tampoco debe tener temor al qué dirán ni al apartamiento fundado de los precedentes judiciales, etcétera. Si bien se miran estas cualidades definitorias del vocablo, la tarea de ser imparcial es asaz difícil, pues exige absoluta y aséptica neutralidad, que debe ser practicada en todo supuesto justiciable con todas las calidades que el vocablo involucra.<sup>281</sup>

Con seguridad, sostenemos que el concepto de imparcialidad abarca también a la independencia y a la imparcialidad<sup>282</sup> del juez o árbitro que resuelve el caso, siendo fácil intuir su cercana vinculación con el respeto a la igualdad de las partes. Explicado sencillamente, la imparcialidad en sentido restringido significa que quien decide no tiene ningún interés en el objeto del proceso ni en el resultado de la sentencia. A su turno, la independencia se orienta hacia la inexistencia de cualquier tipo de poder que condicione a la autoridad y su pronunciamiento, a la vez que carece de prejuicios. Finalmente, el neologismo *imparcialidad* debe entenderse como la imposibilidad del tercero que sentencia de realizar o reemplazar la actividad que durante el proceso deben llevar a cabo —propiamente— las partes.

Con estos apuntes preliminares, estamos en condiciones de profundizar algo más sobre la idea de imparcialidad en sentido amplio.

<sup>281</sup> Cfr. Alvarado Velloso, “La imparcialidad...”, op. cit., p. 18.

<sup>282</sup> Werner Goldschmidt, en ocasión de su discurso de recepción como miembro del Instituto Español de Derecho Procesal, empleó el neologismo *parcialidad*, diferenciando conceptualmente el ser parte —la *parcialidad*— con el ser parcial —la *parcialidad*—. V. “La imparcialidad como principio básico del proceso (la parcialidad y la parcialidad)”. En: *Conducta y norma*. Buenos Aires: Ed. Valerio Abeledo; 1955, pp. 133-154. Carlos Cossio se refiere a esta idea brevemente en su artículo “El conocimiento de protagonista”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1953, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. 69, p. 734.

Si nos atenemos a los pactos internacionales de derechos humanos, es clara la exigencia de juzgamiento por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley –artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; artículo 14 numeral 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; artículo 8 numeral 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, conocida como Pacto de San José de Costa Rica–.<sup>283</sup>

El artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos sirve de sustento para fundamentar que las garantías procesales del derecho internacional humanitario alcanzan a todos los procesos, con prescindencia de la materia en debate, al establecer que “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. No dudamos de la contribución que en este sentido puede efectuar una Teoría General del Proceso respetuosa de los derechos del hombre y la democracia.

Junto a la independencia de los poderes institucionales y no institucionales, debe buscarse la imparcialidad intrajuicio, lo que significa –desde lo objetivo– que el órgano que va a juzgar no se encuentre comprometido por sus tareas y funciones ni con las partes –*imparcialidad*– ni sus intereses –*imparcialidad*–. De esta forma se va a lograr entonces el famoso triángulo de virtudes del órgano jurisdiccional que son imparcialidad, independencia e independencia.<sup>284</sup>

La autoridad *imparcial* es aquella que no se involucra en el debate rompiendo el equilibrio y sustituyendo o ayudando a los contendientes en sus actividades específicas, como pretender, ofrecer prueba y producirla. Este elemento, por consiguiente, se relaciona con la actividad de procesar y el respeto a los roles de los litigantes y a las reglas preestablecidas de debate.

---

<sup>283</sup> Cfr. Garderes, Santiago & Valentín, Gabriel. *Bases para la reforma del proceso penal*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer; 2007, p. 190.

<sup>284</sup> Cfr. Superti, Héctor. “La garantía constitucional del juez imparcial en materia penal”. En: Alvarado Velloso & Zorzoli, *El debido proceso*, op. cit., pp. 334-335.

La independencia, en cambio, marca el respeto por la libertad de decisión, solo limitada en cuanto a la obediencia al sistema jurídico, sin que se acepten prejuicios propios ni presiones, órdenes o sometimiento provenientes de otros poderes institucionales o no institucionales –como grupos económicos o medios masivos de comunicación– sean o no sujetos del proceso. Un correcto sistema de designación y remoción de los jueces y ciertas garantías de intangibilidad de remuneraciones, permanencia e inamovilidad en sus funciones ayudan en este aspecto.

Pero además hace a la independencia de los jueces la autarquía y el manejo de su presupuesto por el propio poder judicial, sin interferencia de otros poderes o funcionarios extraños. En el supuesto particular de los árbitros, a estos fines sus honorarios y gastos deben ser depositados o garantizados por las partes *ab initio* del proceso –sin perjuicio de la ulterior distribución de las costas–, para evitar que la mayor o menor solvencia de alguna de ellas influya en el resultado del laudo con el objetivo de asegurarse el cobro de sus estipendios.

Josep Aguiló Regla advierte sobre dos deformaciones comunes de la idea de independencia que son el resultado de ignorar que la posición del juzgador en el Estado de derecho viene dada tanto por sus poderes como por sus deberes. La primera, que tiende a asimilar la independencia a la autonomía, olvida la posición de poder institucional que el juez ocupa; la segunda, que tiende a asimilar la independencia a la soberanía, define la posición del juez dentro del orden jurídico a partir exclusivamente de sus poderes, ignorando sus deberes. Así, el deber de independencia de los jueces tiene su correlato en el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el derecho, no desde relaciones de poder, juegos de intereses o sistemas de valores extraños al derecho. El principio de independencia protege no solo la aplicación del derecho, sino que además exige al juez que falle por las razones que el derecho le suministra.<sup>285</sup>

Acota el autor catalán en mención que, si la independencia trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al derecho provenientes del sistema social, la imparcialidad trata de controlar los móviles del juez

---

<sup>285</sup> Cfr. Aguiló, Josep. "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica". *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 6, abril 1997, ITAM, México D.F., pp. 75-77. (Conferencia pronunciada en el *Seminario de argumentación jurídica* que tuvo lugar en México D.F. entre los días 23 y 28 de septiembre de 1996, organizado por el Consejo de la Judicatura Federal y el Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México –ITAM–).

frente a influencias extrañas al derecho, pero provenientes del proceso –por lo que está ligada a dos figuras procesales, como la abstención o excusación y la recusación–. De este modo –agrega–, la imparcialidad podría definirse como la independencia frente a las partes y el objeto del proceso. De nuevo, el juez imparcial será el juez obediente al derecho.<sup>286</sup>

Concluye Aguiló Regla que los deberes de independencia e imparcialidad constituyen dos características básicas y definitorias de la posición institucional del decisor en el marco del Estado de derecho, conformando la peculiar manera de obediencia al derecho que este les exige. Independiente e imparcial –remata– es el juez que aplica el derecho y que lo hace por las razones que el derecho le suministra.<sup>287</sup>

Como cuestión adicional, es necesario apuntalar todo el esquema construido con algún tipo de preparación y concientización de los decisores jurisdiccionales, capacitándolos adecuadamente en lo que podríamos llamar el arte de la imparcialidad, de manera tal que observen esta cualidad en los procesos donde actúan o se aparten sin temor –bajo las condiciones legales permitidas– en aquellos donde la estiman comprometida.

En síntesis, la imparcialidad en sentido amplio requiere que la autoridad carezca de interés en el proceso, que no se someta a sus prejuicios ni a ningún otro poder institucional o no institucional, que se abstenga de efectuar o suplantar la actividad procesal propia de las partes y que obedezca al derecho. Lamentablemente, gran parte del procesalismo actual promueve una idea acotada de la imparcialidad, limitada a la falta de interés de la autoridad en el resultado del proceso, con la intención de justificar su intromisión en el debate. Nuestra posición, que otorga mayor extensión al concepto de imparcialidad, le presta adecuada atención y lo enseña como principio del proceso, porque, justamente, lo diferencia del procedimiento.

Concluimos afirmando que si la autoridad no actúa con imparcialidad –que necesariamente debe asegurarse desde el sistema mismo– no podremos considerar a la sentencia que dicte el fruto de un proceso respetuoso del de-

---

<sup>286</sup> *Ibid.*, p. 77. Aguiló Regla parece considerar al objeto del proceso con un alcance distinto al explicado en este capítulo, párrafos atrás –v. apartado 3.2–.

<sup>287</sup> *Ibid.*, p. 78.

recho humano de defensa en juicio. En rigor de verdad, estaríamos ante una simple resolución recaída en un procedimiento.

## 6. Consideraciones sobre el sintagma ‘debido proceso’

Ni bien se comienzan a revisar con cierto detenimiento dentro de las fronteras del derecho procesal algunas expresiones de uso corriente, se advierte la redundancia que se presenta al adjetivar calificativamente los conceptos elementales. Quizás esta costumbre recibe una mayor tentación para concretarse sobre el término *proceso*: *proceso jurisdiccional*, *proceso justo*, *debido proceso*. Podría aceptarse hacer mención al sintagma *proceso jurisdiccional* en casos de referencias amplias y abarcativas de otros usos de la palabra proceso, como cuando designa la serie de operaciones de fabricación de una prenda de vestir o cuando es menester contraponerlo al proceso democrático de una nación. En ambos ejemplos, hemos excedido el campo específico del lenguaje procesal, y de alguna manera apelar a los adjetivos calificativos ayuda a no confundir conceptos provenientes de diversas artes o ciencias, lo que o será tautológico o carecerá de sentido si nos limitamos al terreno de nuestra disciplina –que no puede concebir proceso sin jurisdicción y perderá el tiempo proponiendo uno injusto o indebido–.

Más allá de lo recién expuesto, se repite que el alumbramiento legal del sintagma *debido proceso* fue producto de un prolongado derrotero iniciado en la Carta Magna de 1215 y que concluyó con la V Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos luego de más de cinco siglos. Si lo analizamos rápidamente, encierra una idea tan simple como importante: el debido proceso es el proceso respetuoso de los derechos y las garantías de la persona humana, que deben ser reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos y por las constituciones que lo reciben.

En el debido proceso, pues, quedan plasmados segura e inamoviblemente el respeto al derecho de defensa en juicio, a ser juzgado por un tercero imparcial y la igualdad jurídica de las partes. Existen otros derechos y garantías presentes en los postulados que emanan de las constituciones y de los tratados internacionales de derechos humanos, y –si y solo si abrevan en estos– en los preceptos que surgen de las normas, los principios y reglas procesales que elabora nuestra disciplina y eventualmente –en casos específicos– las partes y los jueces.

Según otra opinión, el punto de partida ineludible para el análisis de los principios que rigen al proceso no es otro que aquel que constituye la síntesis de los demás principios, englobado bajo el concepto de *debido proceso legal*.<sup>288</sup>

Como se observa, la idea *sub examine* se nutre y desarrolla imbricada en la de proceso. Entender qué es el proceso desde el plano constitucional y de los derechos humanos nos conducirá hacia el respeto por el debido proceso.

Apunta Osvaldo Gozaíni que el concepto de debido proceso, a partir de la Carta Magna, pero muy especialmente en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos, se ha desarrollado en tres sentidos: a) el del *debido proceso legal*, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en materia procesal; b) la creación del *debido proceso constitucional* o debido proceso a secas, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo, formal o procesal, y c) el desarrollo del *debido proceso sustantivo* o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del derecho de la Constitución.<sup>289</sup>

Sin embargo, a nuestro juicio, el debido proceso no es otra cosa que el proceso, de por sí respetuoso de los derechos y garantías constitucionales y de los derechos humanos reconocidos en los pactos y tratados internacionales. Como el debido proceso es el proceso, no le vemos sentido a las distinciones que se practican entre uno y otro, a la vez que fijan estadios internos tales como debido proceso sustantivo y adjetivo: el procesalismo aún tiene mucho que brindar en la localización y desarrollo de la propia sustancialidad del proceso, comenzando por revisar la procedencia y delimitación sistémica y conceptual de lo que para algunos se entiende por sustancialidad y por adjetividad. El proceso como método de debate pacífico –y no como fin en sí mismo– es la garantía de garantías para efectivizar derechos humanos en un marco democrático, que no debe ser confundido con meros procedimientos.

---

<sup>288</sup> Cfr. Garderes & Valentín, *Bases...*, op. cit., p. 169, que, si bien vuelcan esta idea en relación con el proceso penal, podemos hacerla extensiva a todos los procesos.

<sup>289</sup> Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo. *Derecho procesal constitucional. El debido proceso*. Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni; 2004, p. 21.

## 7. Proceso, derechos humanos y democracia

Desde que los derechos humanos han sido reconocidos, declarados y garantizados en el sistema jurídico, es impensable que su protección, promoción y respeto pueda llevarse a cabo sin el soporte de un sistema de enjuiciamiento construido sobre los pilares que surgen de aquellos.

Según expusimos, en líneas generales el método de enjuiciamiento inquisitivo o inquisitorio muestra un esquema de concentración de poder, actividades y protagonismo en la persona del juzgador preferentemente compatible con regímenes de caracteres autocráticos, pues pone el acento en la jurisdicción y no en las partes litigantes. Consecuencia directa de ello es que la imparcialidad y la independencia de la autoridad que decide no se encuentran sostenidas desde el sistema, que a su vez contiene pocos controles, demasiada discrecionalidad y hasta arbitrariedad.

En cambio, el sistema dispositivo o acusatorio permite diferenciar las actividades que se despliegan a lo largo del procedimiento, otorgando roles precisos tanto a la autoridad jurisdiccional como a las partes. Reconociendo que se trata de un método, promueve el debate de los contendientes en pie de igualdad y acepta el consenso de la autocomposición de manera previa a la resolución heterocompositiva.

En Latinoamérica, es el procesalismo penal el que recién a finales del siglo xx comprendió en buena medida la correlatividad entre democracia y sistema acusatorio, pese a que las constituciones de la región consagraban —algunas desde hacía más de un siglo, como la Constitución de la Argentina de 1853— dicho método de enjuiciamiento. Por tal motivo se viene generando una corriente ya no de simple reforma, sino de absoluto cambio sistémico del procedimiento penal, sobre todo en Chile, Perú y parte del territorio argentino. Sin embargo, la influencia inquisitiva derivada de la tradición colonial sobrevive en códigos aún vigentes, sobre todo en materia no penal.

A partir de la caída del muro de Berlín, en el mundo quedan dos clases de regímenes políticos: la democracia y la autocracia. Si analizamos detenidamente cuáles deben ser sus adecuados sistemas de enjuiciamiento, encontraremos un paralelismo muy marcado entre el primero y el modelo dispositivo-acusatorio, y el segundo y el inquisitivo. De allí que quizás haya que intensificar esfuerzos en la adecuación conceptual de la democracia, el proceso y el procedimiento considerando los derechos humanos, al tiempo

priorizando el respeto del derecho por encima de los pareceres voluntaristas de quien decide.

Y la libertad, finalmente, no solo se mira en el espejo de la iniciativa de la acción procesal, de la pretensión, del impulso procedimental y de la auto-composición, tal como las acepta el sistema acusatorio o dispositivo. Porque el proceso como garantía de los derechos humanos en democracia, ni más ni menos, constituye el bastión de la libertad de la persona humana y la última esperanza para conseguir el definitivo respeto de los derechos que le pertenecen.

Sin dudas, concluimos que el proceso enmarcado en el sistema dispositivo-acusatorio es una garantía inherente a la propia naturaleza humana. Sin él, la realización de los derechos del hombre quedaría a merced del poder, fulminándose toda posibilidad de subsistencia de un mínimo respeto a la dignidad de la persona humana y la pervivencia de una democracia *pro homine*.

## 8. Recapitulación

Hemos reiterado en exceso la importancia que tiene para el derecho procesal la distinción conceptual entre proceso y procedimiento. Para lograrla sin apartarnos de los derechos humanos, recurrimos como punto de lanzamiento al derecho de peticionar a las autoridades. Con él aparecen las distintas posibilidades del instar; entre ellas, la acción procesal es la única que enlaza tres sujetos y da origen a un proceso. Las restantes vinculan solamente a dos y, por consiguiente, dan vida a un procedimiento.

Analizando el proceso, destacamos sus notas constitutivas: la conducta, la serie y la proyectividad; esta última se erige en su nota distintiva. En suma, tenemos por proceso a una serie dinámica de actos jurídicos procedimentales que incluyen un significado procesal, los cuales son recibidos por la otra parte merced a que la autoridad los proyecta. Este esquema asegura el pleno ejercicio del derecho de defensa en juicio de ambas partes, en igualdad de condiciones jurídicas, frente a un tercero imparcial.

Continuando con el proceso, en apretada síntesis de algunos de sus puntos discutidos a los que nos referimos, recordamos que hemos concluido en que la causa del proceso es el conflicto intersubjetivo de intereses, su razón de ser es la erradicación del uso ilegítimo de la fuerza, su fin u objetivo es la sentencia y su objeto es el debate.

Afirmamos que esta concepción del proceso —como método de debate pacífico que, respetando reglas preestablecidas, se desarrolla entre partes antagónicas que actúan en condición jurídica de igualdad ante un tercero imparcial con el objetivo de resolver heterocompositivamente un litigio—, alojada en el sistema de enjuiciamiento dispositivo-acusatorio, es la única que se basa y permite el pleno respeto a los derechos humanos. De allí que sea posible encontrar el correlato entre proceso, derechos humanos y democracia. Preferimos no adjetivarlo, pero sin dudas es lo que algunos denominan *debido* proceso.

Al desarrollar el examen del procedimiento, destacamos como aspectos de relevancia la materialización de la conexión de conductas humanas, donde la nota distintiva la hallamos en la conexión. Procedimiento, entonces, es una sucesión de conexiones de actos jurídicos de distintos sujetos; de este modo, la sucesividad de conexiones origina lo procedimental. Y si posamos nuestra mirada sobre las instancias que integran todo procedimiento, rescataremos su carácter bilateral o simple, pues conectan conductas de solo dos sujetos: peticionante y autoridad.

Para redondear sus diferencias, subrayamos la conceptualidad del proceso frente a la materialidad del procedimiento. Mientras todo proceso contiene un procedimiento, no todo procedimiento resulta ser un proceso —ya que este únicamente aparece en la acción procesal y no en las restantes instancias—. En consecuencia, el procedimiento opera como la forma material del proceso, que no puede tenerla de por sí, ya que no es acto material, sino concepto significativo del acto.

Finalmente, la imparcialidad del juzgador también puede ser considerada como un factor de distinción surgido de la propia estructura del proceso —con tres sujetos, donde dos debaten en igualdad de condiciones para que luego otro dicte resolución— que no es posible verificar en el procedimiento —donde hallamos solo dos sujetos, uno que peticona y otro que resuelve al respecto—. Nos inclinamos por adoptar un sentido amplio de imparcialidad, comprensivo de la imparcialidad propiamente dicha, la *imparcialidad* y la independencia.

Proponemos dar el último paso: incursionar en el candente tema de la función de los jueces, sin perder de vista la garantía del proceso tal como la hemos contextualizado y analizado.

marzo-abril y lunes-martes-miércoles-jueves), etcétera, resultando de fácil comprensión por todos.<sup>237</sup>

Estos ejemplos tienen como particularidad que un elemento de la serie sucede necesariamente a otro en la composición del total, pero puede ser extraído de ella para tomar vida propia. Es decir, que el significado de cualquiera de estos elementos no varía, integre o no la serie que compone. Incluso, a veces, si se toman dos o más elementos de la serie y se los extrae de ella, pueden combinarse entre sí logrando resultados diferentes –v. gr., con el 1 y el 2 se puede formar el 12 o el 21–.<sup>238</sup>

Lo anterior nos avisa que la serie que es nota constitutiva del proceso debe precisarse en mayor medida. De allí que Alvarado Velloso entienda que se trata no de cualquier tipo de serie, sino específicamente de una serie lógica. Se apoya en que ella se puede presentar siempre solo de una misma e idéntica manera, careciendo de toda significación el aislamiento de uno cualquiera de sus términos o la combinación de dos o más en un orden diferente al propio de la serie. Lo lógico de la serie procesal es su propia composición, ya que siempre habrá de exhibir cuatro fases –ni más ni menos– en un orden determinado: afirmación-negación-confirmación-evaluación.<sup>239</sup> El carácter lógico de la serie –remata– se presenta irrefutable a poco que se advierta que las fases del proceso son las que deben ser –por una lógica formal– y que se hallan colocadas en el único orden posible de aceptar en un plano de absoluta racionalidad.<sup>240</sup>

Cabe intercalar algunas enseñanzas de la epistemología surgidas de la pluma del inolvidable Juan Samaja, que resultan de gran utilidad y aplicación al tema que estamos abordando, al explicar su preferencia por el empleo del término *fases* en vez de *etapas*, porque este último acarrea una metáfora

---

<sup>237</sup> Cfr. Alvarado Velloso, *Introducción...*, op. cit., primera parte, pp. 61 y 234.

<sup>238</sup> *Ibid.*, pp. 234-235.

<sup>239</sup> Las fases del proceso deberán conservar un orden inalterable –afirmación, negación, confirmación y evaluación– sin que pueda suprimirse ninguna. Cada una es el precedente de la que continúa. Por su obviedad, no incursionaremos en las excepciones que se presentan –aun con frecuencia– en los supuestos donde no se produce una fase por conducta omisiva –v. gr., no se exterioriza ninguna negación al no presentarse contestación de demanda o ninguna de las partes hace uso de su facultad de alegar– o por conducta positiva –reconocimiento de hechos que releva de la fase de confirmación–. Lo importante es que las fases estén previstas legalmente de modo tal que sea posible que las partes las practiquen en todo proceso de acuerdo con un procedimiento preestablecido.

<sup>240</sup> Cfr. Alvarado Velloso, *Introducción...*, op. cit., primera parte, p. 235.

que se deben afinar las ideas sobre sistemas de enjuiciamiento, principios del proceso y reglas procedimentales.

Empero, no tenemos dudas en que el método de enjuiciamiento acusatorio en materia penal y dispositivo en las restantes brinda el único proceso compatible con los derechos humanos y la idea de democracia que sostenemos, pues comparten fundamentos basales y posibilita a la persona su plena realización.

En esta tesitura, si efectuamos un somero correlato entre derechos humanos, democracia y proceso, la dignidad de la persona humana se refleja en el proceso acusatorio o dispositivo tanto en la posibilidad de ejercer plenamente su derecho de defensa en juicio como en el estado de inocencia del que goza todo acusado hasta que una sentencia que lo condene haya pasado a autoridad de cosa juzgada –mejor dicho, caso juzgado–.

La igualdad jurídica constituye nada menos que un principio angular en el proceso que posibilita un debate sin preferencias ni privilegios que beneficien a una de las partes en detrimento de su oponente. Porque así como la persona humana es igual no por su ser, sino por su naturaleza, en el proceso el rico y el pobre, el grande y el pequeño, la mayoría y la minoría, el bueno y el malo, el fuerte y el débil tienen idénticas oportunidades de actuar, defenderse y ser oídos. Igualdad que se conjuga con la imparcialidad del juzgador.

El consenso, que además de resultar un valor democrático se encuentra en la calidad de ser social –socio– del hombre, también es recibido en el proceso, confiriendo a las partes el protagonismo en el impulso procedimental y reconociendo que, si su derecho es transigible antes que sea involucrado en un litigio, de igual manera lo será durante el proceso, motivo por el cual podrán autocomponerlo.

El diálogo, que nace de la propia persona humana y es imprescindible para la democracia, también lo es en el proceso acusatorio o dispositivo, ya que se sustenta en un debate entre las partes que, a su vez, debe ser ineludiblemente escuchado por la autoridad antes de pronunciarse. El objeto del proceso, remarcamos una vez más, es el debate.

La seguridad, otro de los pilares del sistema democrático, es acogida en un método de enjuiciamiento que sigue reglas preestablecidas y conocidas que conecta las conductas, al tiempo que brinda una resolución de los litigios

- b) la autoridad, como sujeto del proceso, no se entromete en el debate, que es propio de las partes que deben ser oídas. No obstante, la actuación del juzgador es imprescindible durante el curso del proceso, al tener una misión primordial: resolver ante cada acto procedimental recibido de cualquiera de los litigantes si debe ser proyectado y, por ende, trascender al proceso.

La proyectividad del accionar está lógico-jurídicamente prevista para originar una serie de dos, tres o más fases continuadas. La serie de instancias proyectivas explica la existencia de una figura dinámica, en busca de una resolución, de una actuación del tercero imparcial que recaiga cuando el proceso mismo haya terminado.<sup>242</sup> Y en esta serie no puede eliminarse la naturaleza proyectiva de las conductas,<sup>243</sup> porque si no hay proyección solo encontraremos conexión, transportándonos al campo del procedimiento no procesal.

Por consiguiente, la proyectividad no solo es nota constitutiva de la esencia del proceso, sino que debe ser destacada como su elemento distintivo. De tal modo, representa su reducción eidética, detectable en relación con conductas seriadas de los sujetos principales.

Para finalizar este punto, recordamos que así como, para Briseño Sierra —una vez desmenuzado el estudio de sus notas constitutivas e individualizada la distintiva—, el proceso es una serie de actos proyectivos, para Alvarado Velloso significa una serie lógica y consecuencial de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad —juez o árbitro—,<sup>244</sup> adoptando similar posición metodológica y conceptual.

En definitiva, cuando hacemos mención al proceso, nos estamos refiriendo a una serie dinámica de actos jurídicos procedimentales con un significado procesal, que son recibidos por la otra parte a través de una autoridad que los proyecta. Con este esquema, queda asegurado el pleno ejercicio del derecho humano de defensa en juicio de ambos contrincantes en igualdad de

---

<sup>242</sup> Cfr. Briseño Sierra, *El derecho procedimental*, op. cit., p. 629.

<sup>243</sup> Cfr. Briseño Sierra, *Compendio...*, op. cit., p. 244.

<sup>244</sup> Cfr. Alvarado Velloso, Adolfo. *El debido proceso de la garantía constitucional*. Rosario: Ed. Zeus; 2003, p. 234. Curiosamente, la misma definición aparece en página con idéntico número en la primera parte de su *Introducción...*, op. cit., publicada en 1992.

condiciones jurídicas, ante un tercero imparcial que luego decidirá la suerte del litigio dictando una resolución.

### 3.2. Causa, razón, fin y objeto del proceso

El derecho —expresa el jurista argentino Ariel Álvarez Gardiol— no es solamente una realidad material y de ribetes lógico-abstractos, pues, si así fuese, su estructura ontológica quedaría reducida a un conjunto de palabras más o menos ordenadas. Por el contrario, el derecho pretende estar en la vida e introducirse con un sentido de practicidad funcional que regula y en alguna medida transforma la vida comunitaria.<sup>245</sup> En este sentido, los esfuerzos del derecho procesal en el campo conceptual abstracto deben trascender a la vida social en democracia para volcar su aporte a la persona humana.

De los laboratorios procesales pueden surgir toda clase de códigos, figuras o recomendaciones, que a su vez pueden ser adoptados por diferentes formas de Estado —totalitarismo, autoritarismo y democracia—.<sup>246</sup> De allí que un sector propiciara y difundiera una visión aséptica de la disciplina que únicamente pretendía cobijar tecnicismos.

Sin embargo, esta posición fomentó un desarrollo introvertido del procesalismo sin mayores avances en la exploración junto a otros campos del saber jurídico o del conocimiento humano. Para colmo, este aislamiento fue útil a la hora de sostener códigos y normas desentendidas de la ideología política del Estado en que regían. No tardaron en aparecer fricciones entre los ordenamientos procedimentales y los postulados constitucionales en muchos países, que a la postre influyeron negativamente en la respuesta brindada por sus sistemas de justicia.

Si la democracia necesita del proceso jurisdiccional para hacer posible la efectivización en última instancia de los derechos humanos, va de suyo que el sistema democrático solo puede alojar en su seno un proceso que comparta y respete sus valores. Se observa en lo apuntado que limitar el derecho procesal a lo técnico se ve desbordado por la necesidad de cotejar las propuestas con

<sup>245</sup> Cfr. Álvarez Gardiol, Ariel. *Introducción a una teoría general del derecho. El método jurídico*. 1ª reimpresión. Buenos Aires: E.d. Astrea; 1986, p. 9.

<sup>246</sup> Siguiendo la tesis sostenida por Germán Bidart Campos, escuetamente expuesta en el capítulo 4, apartado 2.

muchas otras variables. Así como aclaramos que el ideal de democracia consta de una dimensión formal y una sustancial, el proceso jurisdiccional como garantía no puede abstraerse de este entorno, y es así que cuenta con una propia dimensión formal en el procedimiento y una sustancial en el respeto a los derechos humanos.

Juan Montero Aroca insiste en que a estas alturas de los tiempos no tendría que ser necesario recordar que, en la configuración esencial del proceso, concurren evidentes elementos ideológicos que son determinantes de la existencia de varios modelos teóricos de ese proceso y de que en las leyes se plasme un modelo u otro. Añade que el debate sobre la pretendida neutralidad ideológica de la regulación del proceso es algo que quedó hace mucho tiempo superado, siendo absurdo intentar desconocer que todo derecho procesal viene determinado por la concepción que se tenga de las relaciones entre lo colectivo y lo individual, entre el Estado y la persona.<sup>247</sup>

Lo expuesto pone de relieve la importancia de conocer al menos cuál es el punto de partida que se ha tomado para la construcción del método de enjuiciamiento, que puede situarse o bien en la jurisdicción o bien en el derecho de acción procesal —en realidad, en quien los ejerce—.<sup>248</sup> La primera alternativa hará que prevalezca el interés y protagonismo de la autoridad, imprimiéndole un carácter de tendencia estatista; la segunda facilitará la edificación de un concepto de proceso más preocupado por las personas que recurren al poder judicial que por las autoridades que lo conforman. Anteriormente, al analizar la esencia del proceso, hemos partido desde esta última variante, en tributo a nuestras propias convicciones y con el fin de conservar cierta tendencia hacia la coherencia sistemática. Aunque también puede admitirse que los propios límites del conocimiento humano requieren de una apriorística que en este caso se liga en gran medida a la inexistencia de neutralidad ideológica, siguiendo las expresiones de Montero Aroca ya traídas.

Si la abstracción del concepto logra de alguna manera influir en lo concreto a través de acciones, de conductas, de prácticas, mejorando o explicando

---

<sup>247</sup> Cfr. Montero Aroca, Juan. "Libertad y autoritarismo en la prueba". En: Alvarado Velloso & Zorzoli, *Confirmación procesal*, op. cit., p. 208.

<sup>248</sup> No desconocemos que aisladamente la doctrina ha presentado otras plataformas de lanzamiento que descartamos por haber sido objeto de justificadas críticas.

## Capítulo 10

# Los jueces ante la garantía del proceso

### Sumario

1. Exordio. 2. El juez en el contexto sociopolítico actual. 3. La contribución del derecho procesal al sistema de justicia democrático. 4. El activismo judicial y el garantismo procesal. 5. El decisionismo judicial. 6. El proceso ante situaciones de urgencia. 7. Los jueces ante la garantía del proceso. 8. Recapitulación.

### 1. Exordio

Hasta aquí hemos desplegado un marco teórico no exento de la dosis de realismo necesaria para comprender el origen de los derechos humanos, los cuales pretendemos que guíen cada uno de nuestros pasos.

Sin desdeñar derechamente todo lo que provenga de la sistematización, hemos intentado rescatar de ella algunas pinceladas que pueden ser útiles para organizar conceptos y conocer en qué entorno nos vamos a encontrar al llevar a cabo la búsqueda de un punto de equilibrio tan deseado entre el sistema y la problemática de la casuística.

Decíamos que, para poner su foco en el hombre, un sistema social, político y jurídico debe declarar, reconocer –explícita o implícitamente– y promover un núcleo de derechos humanos que son prepositivos y nacen de la dignidad de la persona. También de la dignidad emana un grupo de garantías imprescindibles para su protección, que impiden que los derechos declarados sean letra muerta en innumerables supuestos. Entre estas garantías, el proceso resulta la más trascendente, pues representa la última esperanza que posee la persona para obtener el respeto y efectivización de sus derechos.

El proceso –a su vez continente de otras garantías procesales que no dejan de preocuparse primordialmente por la persona humana– tiene como motor

a los derechos humanos: así como hoy recogería contados aplausos quien postule la reinstalación del Código de Hammurabi, no es serio pregonar que la garantía de derechos humanos por excelencia pueda construirse violando al menos uno de ellos.

En consecuencia, debemos edificar el proceso considerándolo una derivación de la dignidad humana a partir de los derechos que busca proteger y efectivizar. Desde esta perspectiva, es sencillo comprender por qué debe dar cabida irrestrictamente al derecho de igualdad jurídica, al de defensa en juicio con base en reglas preestablecidas y conocidas, al de ser juzgado no por cualquier sujeto, sino por un tercero imparcial, al de poder expresarse en el debate siendo oído y al de tener la posibilidad de oír también al oponente. Proceso que, como toda creación humana donde actúan seres humanos, será imperfecto. Por lo tanto, necesita de controles –internos y externos– para los que son útiles ciertos valores típicamente democráticos, como la publicidad de los actos, la motivación de las decisiones, la doble instancia y el respeto a los procedimientos. A esto añadimos lo que puede aportar el derecho procesal, sobre todo elaborando reglas técnicas coherentes con el panorama señalado, eligiendo la que corresponda, que le serán así de apoyo. Algunas reglas técnicas alcanzarán el debate procesal –v. gr., oralidad o escritura, libertad o legalidad de formas, preclusión o libre desenvolvimiento, perentoriedad o no perentoriedad de plazos, concentración o dispersión de actos, etc.– y otras ya excederán el proceso, al enfocarse en la actividad de sentenciar –calidad y cantidad de juzgadores, cantidad de grados de conocimiento, evaluación de los medios de confirmación, correspondencia entre lo pretendido y lo acordado en el juzgamiento y aplicación de la norma jurídica que rige el caso por resolver–.<sup>290</sup>

---

<sup>290</sup> Establecido el modelo de enjuiciamiento, necesariamente derivarán de él ciertos principios para el método que se aplique. Pero también, sin ser determinantes para el sistema ni para la existencia del medio de enjuiciamiento –proceso o procedimiento–, aparecen otras directrices u opciones de menor rango que configuran las denominadas *reglas técnicas de procedimiento*, que serán seleccionadas por el legislador a fin de organizar los trámites procedimentales, y que en doctrina han sido subdivididas en reglas de debate procesal y de la actividad de sentenciar. Como se observa, se presentan en pares, en donde cabe elegir una de las dos reglas por ser antagónica a la otra: oralidad o escritura, libertad o legalidad de formas, preclusión o unidad de vista, perentoriedad o no perentoriedad de plazos, concentración o dispersión, juez técnico o juez lego, instancia única o instancia múltiple, juez unipersonal o tribunal colegiado, congruencia o incongruencia procesal, etcétera. La opción por una de las variantes automáticamente desplaza a la otra, aunque es posible que se sucedan en diferentes etapas del procedimiento, o que se confiera a las partes la elección: esto explica que se prevean para un mismo procedimiento algunas actuaciones escritas

El extenso sendero colmado de permanentes cambios jurídicos, sociales, económicos y políticos que se vienen observando en la relación de la sociedad con el Estado en las últimas centurias –especialmente desde que ingresa a escena el constitucionalismo moderno– acaparan los estudios, diagnósticos y debates principalmente de los filósofos, los politólogos, los constitucionalistas y los sociólogos. La función de los jueces a lo largo de ese recorrido –y su resurgimiento<sup>291</sup> actual– es uno de los temas que más inquietan, porque se advierte su paulatino y creciente protagonismo de la mano de un aumento constante del poder que acumulan dentro del sistema, pese a su habitual carácter contramayoritario.

No nos cabe duda de que la concepción de división de poderes clásica que encontramos en la obra de Montesquieu se ha visto superada y hasta desbordada con el correr de los tiempos, pues la visión que de ella se podía tener en el Estado liberal del siglo XIX ya no es fácil de sostener tras la consolidación ulterior del Estado social de derecho. Sin embargo, quizá deba hacerse un esfuerzo por abandonar cierta resignación –alentada desde algunos sectores– sobre una realidad actual donde se deja demasiado en manos de los jueces mientras esperamos todo de ellos. Probablemente, el facilismo propio de una moda donde se prometió la instalación de derechos sin obligaciones hace que el hombre se haya acostumbrado a pedir y recibir. Entonces, cuando esas demandas no son cubiertas por un poder político que además no escucha los reclamos, no queda otra alternativa que dirigir las hacia otro poder –el judicial–, el cual, desde el manejo de la casuística, puede obligar a que la prestación estatal sea cumplida.

---

y otras orales, o que un mismo acto pueda hacerse tanto por escrito como verbalmente –como ocurre en la República Argentina con la interposición del recurso de apelación previsto en el artículo 245 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación–. A mayor abundamiento y en apoyo de lo expuesto, se enseña que estas líneas directrices, por razones obvias, ostentan una importancia sensiblemente menor que la de los principios: sin estos no hay proceso; pero habiéndolo, poco importa ontológicamente que el medio de expresión ante el juzgador sea la oralidad o la escritura, por ejemplo, en tanto que la respectiva regla no desnaturalice la esencia misma del proceso. (Cfr. Alvarado Velloso, Adolfo. *Lecciones de derecho procesal civil. Compendio del libro "Sistema procesal: garantía de la libertad" adaptado a la legislación procesal de la Capital Federal y de la Provincia de Buenos Aires por Gustavo Calvino*. Buenos Aires: Ed. La Ley; 2010, p. 200).

<sup>291</sup> Se habla de *resurgimiento* del juez porque, atendiendo a los orígenes del Estado moderno, su figura precede a la del legislador. A través suyo, el rey afirmaba su poder sobre los vasallos. Cfr. Thury Cornejo, *Juez...*, op. cit., p. 227.

Este nuevo cauce que toma forma en la década de los setenta, cubre el vacío dejado por el poder legislativo, que se termina de rezagar, al haber caído en desgracia un poco antes con la decadencia del legicentrismo, ocurrida luego de la modificación de los mecanismos de representación ciudadana y de los cambios en el derecho, producto del carácter programático reconocido a las normas constitucionales. De esta manera, se fortalece al poder judicial, que de hecho supera su hasta entonces confinamiento casi exclusivo al campo jurídico, incursionando también en el terreno de lo político.

Esta muy somera descripción de los acontecimientos –que más o menos refleja las coincidencias que se tienen al respecto– y que concluye con el reconocimiento de un gran protagonismo de los jueces<sup>292</sup> en el sistema actual, puede servirnos de plataforma para avanzar un poco más de lo habitual sobre la cuestión. Para ello vendrán muy bien algunos de los conceptos que tratamos en los capítulos anteriores.

## 2. El juez en el contexto sociopolítico actual

El modelo liberal exhibía una diferenciación bastante nítida entre sociedad y Estado, que va desapareciendo con las demandas sociales que fueron acicalando transformaciones políticas que desembocaron en un Estado social de fuerte contenido prestacional.

El surgimiento paulatino de ciertos factores que aún conforman una cantera de desafíos para los intelectuales fue modificando el horizonte. Entre ellos destacamos:

- a) La implementación de constituciones con un núcleo de principios, valores y reglas que impregnan todo el ordenamiento jurídico;
- b) la puesta en escena de derechos sociales –de contornos borrosos– que coexisten con los clásicos derechos individuales liberales –que sí son pasibles de determinación *a priori*–, y

---

<sup>292</sup> Si bien desde el punto de vista político al hablar de jueces se hace referencia al poder judicial, pues primordialmente importa el análisis de su posición frente a los otros poderes del Estado, desde el ángulo estrictamente procesal es mejor hablar de *autoridades jurisdiccionales* –que pueden o no ser estatales– al encontrarse encarnadas tanto por los jueces como por los árbitros, respectivamente.

- c) una mayor producción normativa, donde la generalización y la abstracción van menguando ante numerosas disposiciones particulares y abiertas.

Los cambios reseñados conducen a que pensadores de distintos rincones académicos coincidan en algunos puntos que atañen a la ampliación de las funciones judiciales en la última época. La crisis del legalismo decimonónico hace que aquella acostumbrada limitación a la aplicación cuasimecánica de la ley—donde supuestamente los casos futuros estaban previstos y comprendidos, implicando una tarea interpretativa acotada—, de pronto, resultara insuficiente. La juridificación—o avance normativo sobre distintos ámbitos de la existencia humana—, como proceso que incluyó al constitucionalismo moderno, pone en manos del poder judicial la aplicación ya no solo de la ley, sino de todo un sistema jurídico en cuyo vértice aparece una Constitución—que además se va integrando a un derecho internacional de los derechos humanos—. Por lo tanto, se opina que así el juez se ve obligado a ponderar entre la fuerza normativa de la constitución y la mediación legislativa; como resultado de esa ponderación asumirá—o no— un papel más activo en la resolución del caso, dado que la aplicación directa de la norma suprema puede suponer una morigeración de los efectos de la ley.<sup>293</sup>

La menor injerencia del legislador en una orquesta donde el poder ejecutivo ha tomado la batuta de la redistribución y del asistencialismo ha causado un mayor grado de dispersión normativa que en alguna medida va migrando hacia el administrador y el juez. Desde corrientes de corte neoconstitucionalista, según vimos, se reivindica un poder judicial que tenga la última palabra del sistema, ligado al hecho puntual del control de constitucionalidad de las leyes que en la práctica ejercen, con lo que sus decisiones se colocan por encima de las del Parlamento.

Sin dudas, la prédica proveniente de los mismísimos impulsores del Estado social fue creando una expectativa asistencialista en la población que luego ha sido imposible de cumplir en su totalidad. Si un gobierno se ocupa de la distribución, pero desatiende la producción, tarde o temprano llegará el momento donde no se cubran las prestaciones prometidas, dejando el Estado social

<sup>293</sup> V. Thury Cornejo, *Juez...*, op. cit., p. 253.

al borde del colapso. Esta situación no solo crea descontento y tensión social, sino que además hace que las personas planteen sus reclamos. Ante la falta de respuesta del órgano ejecutivo, la propia estructura del Estado actual –con un poder legislativo relegado– hizo que los pedidos se fueran canalizando –por obra y gracia del descarte– ante los jueces. No debe extrañarnos, entonces, que en sus escritorios se acumulen, junto a los expedientes con reclamos clásicos basados en aquellos derechos individuales claramente determinados, otros fundados en derechos sociales cuya prestación no fue cumplida por el Estado y que, además, deben delimitar.

Algunos observadores quieren ver en esta novedad un disparador con el que terminan desnaturalizando el papel del juez en democracia, justificando un avance descontrolado que los convierte en jueces-legisladores-administradores. En nuestra opinión, la situación apuntada se refleja en una necesaria ampliación de la competencia<sup>294</sup> judicial y en la obligación de cumplir algunas tareas distintas –tal como le sucede al poder ejecutivo– que derivan directamente de las últimas transformaciones sufridas por el Estado. Por eso cabe aceptar que decidan sobre cuestiones no solo exclusivamente jurídicas, sino también sobre otras teñidas de elementos políticos y hasta propiamente políticas. Pero de ninguna manera ello da carta blanca para tergiversar las atribuciones e incumbencias de los jueces dentro del sistema democrático y para eximirlos de los controles y el respeto a los derechos humanos en su transitar por un camino que los conduce –supuestamente– al encuentro de la justicia del caso concreto.

Para explicar lo precedente, recurriremos a varios aportes que nos lleguen desde un sector del procesalismo caracterizado por su compromiso con los derechos humanos, que pueden ser de valiosa ayuda para los analistas de otras ramas jurídicas y políticas que se ocupan del problema. No nos olvidemos que la garantía del proceso tiende a la protección de los derechos humanos y –a diferencia de otras propuestas que la dejan librada al subjetivismo de la omnipotencia judicial, o a mecanismos de consenso, o a la regla de la mayoría– se funda en la dignidad de la persona y es movilizadora, a su vez, por dichos

---

<sup>294</sup> Entendemos jurídicamente por competencia a la atribución de funciones legal o convencional que hace que ciertas personas –siempre determinadas– actúen en carácter de autoridad respecto de otras personas –determinadas o indeterminadas– (v. Alvarado Velloso, *Lecciones...*, op. cit., p. 135).

derechos del hombre. Por lo que en un sistema democrático *pro homine* constituye un insoslayable método por seguir para desterrar en buena medida la arbitrariedad de la autoridad a la que se le somete un problema litigioso para que lo resuelva.

### 3. La contribución del derecho procesal al sistema de justicia democrático

Debemos tener en cuenta que, en los sistemas democráticos de estos tiempos, razones de mantenimiento de cierto equilibrio entre poderes conducen a que la actuación del poder judicial deba ser *instada* por el interesado. Permitir el accionar de oficio —como se preveía en algunos ordenamientos procedimentales totalitarios— sería entregar la llave del avasallamiento a la esencia misma de la democracia. Entonces, quien se siente afectado porque no se le respetó un derecho puede ejercer su derecho humano de peticionar a la autoridad.

Repasando lo expuesto en el capítulo anterior, de este derecho emana el concepto de instancia, que da origen a un *procedimiento* cuando enlaza dos sujetos, o a un *proceso* cuando une a tres. Esta idea basal debe ser tenida muy en cuenta —junto a otros conceptos procesales que en su oportunidad recordaremos— cuando se analiza el papel de los jueces en la efectivización de los derechos.

Argumentaremos a favor de lo anterior arrimando un caso hipotético: ante el incumplimiento por parte del Estado de un derecho social cualquiera, quien se crea con derecho al beneficio puede presentar un reclamo administrativo directamente ante la dependencia que tenía que otorgárselo. He aquí un típico caso de *petición*, donde nace un procedimiento a instancia del peticionante, dirigido a la autoridad que lo decide. Solo dos sujetos integran la relación, y quien tiene que dictar la resolución no reviste el carácter de imparcial, pues al ser el encargado de dar la prestación es también parte interesada en el conflicto. Puede que esto resulte suficiente para que se haga efectivo el derecho —al ser acogido el pedido—, como que se lo deniegue —con o sin razones valederas—. Subrayamos un detalle no menor en este ejemplo: el reclamo se le efectúa directamente, sin intermediario alguno, a la misma y exacta persona que estaría obligada a cumplir la prestación.

Supongamos ahora que como consecuencia del procedimiento anterior resultó denegado el reclamo y que la suerte no cambió tras agotar la vía re-

curativa administrativa –siempre en el campo de los procedimientos–. Lo que nos queda ahora –ejerciendo el derecho de peticionar a la autoridad– es *instar una acción procesal* –para dar origen a un proceso– que se expresa en un documento denominado demanda –o acusación cuando la pretensión es penal– que contiene al menos una *pretensión procesal* –de carácter procesable–.<sup>295</sup> Este fenómeno tiene el efecto de vincular tres sujetos: actor, demandado y tercero imparcial.

Detengámonos un instante en el concepto de *pretensión procesal* –distinta a la pretensión material–: consiste en una manifestación de voluntad de un sujeto de derecho que, a través de una prestación resolutive de la autoridad –juez o árbitro– efectuada como consecuencia de un proceso, exige algo a otro sujeto.<sup>296</sup> Un aspecto para destacar que a veces pasa inadvertido es que, si bien el juez ante una pretensión procesal debe cumplir con su obligación resolutive, ello no hace que el cumplimiento de la obligación demandada se le exija a él, sino que va dirigida a otro sujeto. Por eso, no es común que los jueces introduzcan la mano en su bolsillo para pagar las deudas que se reclaman a otros en los procesos que sentencian. Porque la pretensión procesal no deja de ser una exigencia de un sujeto a otro a través de un tercero imparcial con poder para que, de ser necesario *per se* o por pedido a la autoridad estatal –según se trate de juez o árbitro, respectivamente– obligue a quien condenó, por medio del uso legítimo de la fuerza, al cumplimiento de dicha exigencia, acogida en su decisión.

Entonces, el cuadro es un poco distinto al que se pinta habitualmente: la situación no es idéntica cuando se acude directamente a reclamar ante el

---

<sup>295</sup> Las *pretensiones no procesables* no pueden ser instadas con el fin de debatirlas en un proceso. Se dan cuando el legislador, ante determinada colisión de intereses jurídicos, directamente opta por uno a costa del otro e impide toda discusión, o cuando tratándose de delito de instancia privada se le prohíbe instarlo al Ministerio Público, o cuando la pretensión carece de contenido jurídico o se refiere a un caso abstracto o no justiciable; en nuestra opinión, también integra esta lista la pretensión de disponer un derecho indisponible. Si la demanda se basa únicamente en pretensiones no procesables, debe rechazarse *in limine*, porque carece de pretensión procesal y, por ende, es imposible constituir un proceso.

<sup>296</sup> Este bosquejo evidencia que la pretensión procesal es inconfundible con la acción e, incluso, con el derecho sustantivo. Si bien puede accionarse luego de reclamar una pretensión material o sustantiva sin éxito, también puede incoarse acción procesal sin haberla exigido anteriormente e, incluso, sin que se tenga derecho a prestación sustantiva alguna. También es posible acusar sin que se haya cometido delito. La constante es que el pretendiente busca el dictado de una sentencia por medio de la cual pueda exigir determinada conducta del pretendido.

prestador natural o ante el poder judicial. En el primer caso, la relación del instar entre solo dos sujetos no puede cobijar más que un procedimiento. En el segundo, el instar procesal ya genera una estructura con tres sujetos: dos partes que debaten ante un tercero imparcial, que debe cumplir una prestación meramente resolutive. Una frecuente equivocación se origina al equipararse todos los reclamos como si tuvieran igual estructura, sin diferenciar los que se presentan directamente ante el supuesto incumplidor prestacional de los que se le deducen ante el poder judicial. Esta perspectiva hace que muchos crean que son los jueces los que dan las prestaciones, cuando en realidad lo que hacen —o deben hacer— es dictar sentencias conforme al derecho y, eventualmente, ejecutarlas. Las consecuencias no se demoran: al entremezclarse los conceptos de procedimiento y proceso, aparece la ilusión óptica del juez *Hércules*<sup>297</sup> de la democracia cuando, en verdad, la democracia no tiene lugar para ellos.

Por eso, a menudo se hacen diagnósticos que a lo sumo son parcialmente correctos, pues no tienen en cuenta ni las diferentes funciones que puede cumplir un juez —procesales y no procesales; v. gr. las procedimentales y las administrativas propias de la estructura del juzgado a su cargo—, ni sus distintas actividades ya explicadas —las de procesar, sentenciar y ejecutar lo sentenciado—, ni se separan los mecanismos por los cuales se cursan los reclamos —que pueden ser procesales o procedimentales—. Y a esto debe adicionarse cierta tendencia *posmoderna* que —*so capa* de necesaria celeridad— impulsa el reemplazo del proceso por el simple procedimiento, pese a que estas pretensiones —cuyo cumplimiento se le exige a otro a través de una autoridad— deben debatirse ante un juez que actúe en calidad de tercero imparcial, no de dador de beneficios, prestaciones o prebendas.

En el capítulo 2, hicimos mención a ciertas ideas que proponían, allá por la década de los treinta, la lisa y llana abolición del proceso civil, para reemplazarlo por los mal llamados actos de jurisdicción voluntaria —en realidad, de

---

<sup>297</sup> Sobre el juez *Hércules*, v. Ost, François. "Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez". Traducción de Isabel Lifante Vidal. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 14, 1993, Universidad de Alicante, Alicante, pp. 169-194.

*competencia necesaria*—.<sup>298</sup> Es decir, dejar de lado el debate procesal donde se aloja el derecho de defensa en juicio, para suplantarlo por un procedimiento.

Esta variante, incompatible con la democracia —es más, Baumbach la alumbró bajo el manto del totalitarismo nazi—, encuentra aún bienintencionados admiradores que, preocupados por la lentitud y algunos otros problemas que exhibe el proceso en ciertos sistemas de justicia, modelan un neoinquisitivismismo que encuentra hoy su cauce en el ideario del movimiento posmodernista, cuyo origen reaccionario opone una serie de pulsiones irracionales, particularismos nacionalistas e insólitos rasgos diferenciales.<sup>299</sup>

Afortunadamente, las falencias que muestra el proceso en la realidad tribunalicia actual pueden ser superadas sin que sea necesario violar derechos humanos. De ello nos ocuparemos infra, punto 6.

Revalorizar la garantía del proceso, que implica respetar un método protagonizado por la persona, ayuda a que el juez tenga que abandonar muy poco la esfera jurídica, porque al discutirse sobre derechos su función es resolver si son debidos, amén del caso donde además tenga que determinarlos. Por ende, el avance sobre lo político no se sobredimensiona, tal como ocurre cuando se promueve el reclamo sin proceso —simplemente a través de un procedimiento— donde el peticionante recibe, merced a una resolución, lo que reclama. Esto, para algunos, representa ni más ni menos que el modelo por copiar, donde surge en todo su esplendor un juez que vela por los derechos humanos.

---

<sup>298</sup> La denominación *jurisdicción voluntaria* es insostenible, al punto de que se ha hecho notar que pocas veces una construcción jurídica de existencia plurisecular y plurinacional habrá descansado sobre cimiento tan deleznable —cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. 1ª reimpresión. México D.F.: UNAM; 1992, t. I, p. 117—. Entre un firmamento de autores que la critican —sin que se logre su destierro definitivo de algunos códigos y obras—, nos quedamos con los fundamentos que al respecto esgrime Eduardo B. Carlos —v. *Introducción...*, op. cit., p. 206—, recordando que, desde hace tiempo, ya ha indicado que en la jurisdicción voluntaria no hay ni jurisdicción ni voluntariedad. No existe la primera porque no hay decisión de un conflicto intersubjetivo de intereses; no hay voluntariedad, ya que quien acude ante el juez necesariamente ha de hacerlo para obtener un acto auténtico o certificación que acredite un hecho o circunstancia cuya prueba le es indispensable. Los autores modernos —continúa— reconocen el complejo problema de formular una diferenciación conceptual, razonadamente hecha, ya que solo puede hablarse de jurisdicción cuando nos referimos a la contenciosa, puesto que la otra especie ha de revistar en la categoría de actos judiciales, pero no en sentido jurisdiccional. Adherimos a quienes señalan que la correcta denominación debe ser *actos de competencia necesaria*.

<sup>299</sup> Cfr. Pérez Luño, *La universalidad...*, op. cit., p. 18.

Sin embargo, como lo que se recibe se le saca a alguien —gente o ente, aun el mismo Estado— que es afectado por una resolución recaída en cierto trámite procedimental donde no tiene ninguna cabida dada su estructura bipolar, más allá de la justicia que inspire todo lo actuado, se habrán violado al menos los derechos humanos de defensa en juicio, de igualdad y de ser juzgado por un tercero imparcial. Vaya contradicción: la de buscar el respeto de los derechos humanos empleando instrumentos que no los respetan. La dignidad de la persona humana y los derechos que le pertenecen por ser inherentes a su naturaleza requieren que su observancia no dependa de la voluntad de una autoridad que se arrogue su otorgamiento, sino que en última instancia pueda obtenerse a través de una garantía fundada en su propia dignidad, consecuente con esos derechos humanos.

Sin dudas, el proceso es la garantía de los derechos humanos en democracia: para que una sentencia aspire a ser justa, es necesario que sea fruto del respeto al método y al derecho. Y ese método es la principal contribución del derecho procesal al sistema de justicia democrático; he aquí el más importante aporte que puede hacer una rama jurídica para la protección y el resguardo de los derechos humanos.

Advertimos entonces que, en esta coyuntura, el proceso se revitaliza como un método donde la persona humana debate pacíficamente ejerciendo su derecho humano de defensa en juicio, mientras constituye un medio de control a los jueces que sirve a una mejor delimitación de sus funciones en democracia, haciendo las veces de contrapeso y balance entre poderes, a fin de no perder de vista que el centro del sistema debe ser el hombre. No obstante, nobleza obliga, reconocemos que la meditación precedente no se termina de imponer aún, por lo que continúa vigente el contrapunto entre corrientes que se han rotulado, quizá ligeramente, como activistas y garantistas.

#### **4. El activismo judicial y el garantismo procesal**

Todavía a muchos les cuesta despojarse de afianzadas ideas anteriores al surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos, donde brilla la plena toma de conciencia de la importancia de proteger la dignidad de la persona humana desde el derecho. Entonces, algunos sectores se apresuran a atacar toda propuesta proveniente del procesalismo que busca en la garantía del proceso la revigorización de un método de debate respetuoso de los de-

rechos humanos y alineado con la democracia. Esto genera cantidad de discusiones; de algunas se pueden extraer conclusiones provechosas. Sin ánimo de exceder el marco que nos fijamos, elegimos dos cuestiones muy en boga relacionadas con la temática de este capítulo, sobre las que ilustraremos muy escuetamente: el activismo y el garantismo por un lado, y nuestra respuesta a quienes proponen reemplazar el proceso por otras herramientas, argumentando que lo importante es obtener una justicia expeditiva. Nos dedicaremos a la primera en este apartado.

El procesalismo de comienzos del siglo XXI mantiene la discusión entre posturas que confían en los jueces y reclaman para ellos mayores atribuciones —básicamente rotuladas como publicistas o activistas— y posiciones que piden un mayor protagonismo para las partes e irrestricto respeto a las garantías constitucionales y los derechos humanos, incluso en el proceso —conocidos como privatistas o garantistas—.

Si nos vemos obligados a brindar un pantallazo del planteo un tanto reduccionista, la diferencia pasa por el otorgamiento del centro de la escena, según se le confiera a la autoridad o a las partes. Los aspectos jurídicos se entremezclan con los políticos: en el fondo se presencia una disputa por el poder, donde a través de la confianza en los jueces se busca apuntalar su carencia de representación popular o carácter contramayoritario —con el fin de que se le reconozcan mayores facultades— frente a un freno contra ciertos excesos, sobreactuaciones y autoritarismo, que se pretende instalar con una mayor influencia de las partes en debate actuando en igualdad de condiciones, con el objetivo de preservar la imparcialidad del tercero que resuelve.

El profesor peruano Carlos Parodi Remón se ha ocupado lúcidamente del problema, ofreciendo un repaso muy amplio de las posiciones doctrinarias. Señala que en los últimos tiempos la discusión se ha acentuado, a tal punto que ha alcanzado carta de ciudadanía con una denominación de por sí sugerente —en mención del autor en cita, *activismo o garantismo judicial*— según que el juez tenga mayor o menor injerencia en el trámite del proceso. Concluye que dicho debate es saludable, en orden a determinar la solución más apropiada para la realidad judicial.<sup>300</sup>

---

<sup>300</sup> Cfr. Parodi Remón, Carlos. “¿Activismo o garantismo judicial?”. Ponencia presentada en las *XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Málaga, octubre 2006.

Destaca Parodi Remón que ni el activismo ni el garantismo son sistemas. Se trata de la intervención del juez en el proceso, importante en el activismo y mínima en el garantismo, por lo que pueden ser considerados como conductas o actitudes.<sup>301</sup>

Suscribimos que activismo y garantismo no son sistemas, remitiéndonos *brevitatis causae* a los capítulos 7 y 8, donde hemos tratado específicamente los sistemas de enjuiciamiento acusatorio e inquisitorio. Ello no obstaculiza la existencia del correlato entre uno y otro con la intromisión del juzgador en las distintas actividades procedimentales, pues en el sistema acusatorio la autoridad conecta instancias en el desarrollo procesal para luego —una vez finalizado— encargarse de dictar resolución; en el inquisitorio, a la tarea de sentenciar se le suman facultades para acusar y para aportar y producir pruebas. Desde este punto de vista, no puede marginarse el estudio de la afectación a la imparcialidad en cada uno de los sistemas señalados.

Continuando, el *activismo* —que no tarda en recordar la famosa *Corte Warren* de 1953-1969, que asumió un papel transformador más parecido al de un legislador que al de un juez—<sup>302</sup> es aplaudido por sectores del neoconstitucionalismo, las corrientes procesales neoinquisitivas y las autodenominadas posmodernas, que apoyan amplios poderes de los jueces —lo que decanta en más procedimiento y menos proceso—, preocupándose más por la autoridad que imparte justicia que por las personas que la necesitan. Argumentan a favor de su posición que la crisis del sistema legalista crea la necesidad en nuestros días de un juez poderoso, que en la práctica desde un caso concreto —que casi siempre repercutirá más allá— termina excediendo su clásica tarea de juzgar. El *garantismo*, por su parte, busca el respeto al proceso como método de obligatorio tránsito antes del dictado de una sentencia. En virtud del punto de foco en una y otra postura, preferimos designarlas de manera más exacta como *activismo judicial* o *jurisdiccional* y *garantismo procesal*.

Párrafos atrás mencionamos como factor la *confianza* en el poder judicial, que es rescatado por algunos autores como una demostración más del dilema entre activismo y garantismo. Con sencillez, explican que aquel confía en sus jueces, mientras que este desconfía de ellos sumergiéndolos en el rol de espec-

<sup>301</sup> Loc. cit.

<sup>302</sup> V. Thury Cornejo, *Juez...*, op. cit., pp. 335-336.

tadores. Sin entrar en más detalles de esta conocida posición, solo la traemos a colación para opinar que es tan básica como necesaria la confianza en quienes ejercen las distintas funciones del poder, pues hace a la calidad institucional.

Resulta indispensable en toda sociedad que haya confianza en los jueces y en los restantes poderes, para sostener la viabilidad de la institucionalidad, lo que también requiere de confianza en el sistema, si es que se desea sentar las bases de la convivencia pacífica. Aunque es de esperar que los jueces –que son parte de esa misma sociedad– confíen no solo en los restantes poderes, sino además en el sistema –que incluye el ordenamiento jurídico–, y no lo dejen de lado para imponer su idea personal de justicia en un caso concreto. Es decir, la confianza en el poder judicial se acrecentará en la medida en que sus integrantes mismos confíen en el sistema democrático y obedezcan el derecho. Quizá por este motivo, en algunos países de Latinoamérica –caso Perú y Argentina, donde sus magistrados cuentan con muy amplias facultades mal utilizadas, que tornan en habitual el *decisionismo*– las encuestas serias muestran que, en los últimos años, el índice de confianza judicial oscila solo entre el once y el dieciocho por ciento. Con esto podemos rápidamente inferir que, si es verdad que los jueces adquieren legitimación a través de un mayor grado de confianza social, sin dudas que se benefician respetando también en sus funciones al sistema democrático y el derecho. Entonces, lo que se pregona repetidamente desde el activismo luce descolocado, pues permiten en un abanico más o menos extenso de situaciones, que su modelo de juez caiga en la tentación de resolver voluntaristamente.

Tampoco concordamos con que se califique de espectador al juez de un proceso que, como tal, será dispositivo-acusatorio. Colocar este adjetivo, que ya constaba en la famosa *Relazione al Re*,<sup>303</sup> es, ejemplificando por el absurdo,

---

<sup>303</sup> Exposición que el Ministro de Justicia Grandi realizara en la audiencia del 28 de octubre de 1940 para la aprobación del texto del código de procedimiento civil italiano. En su punto 12 titulado *Refuerzo de los poderes del juez para la dirección del proceso*, se lee: “El juez... es el órgano al cual el Estado confía el deber esencial de actuar la ley a través del procedimiento. En el fondo de la cuestión se encuentra el renovado concepto de dignidad y autoridad del Estado fascista y de sus órganos, por lo cual no sería concebible que el juez asistiera, espectador impasible, y a veces impotente, como si fuera un árbitro en un campo gimnástico que se limita a señalar los puntos y a controlar que sean observadas las reglas del juego, a una lucha que promete, en cambio, directamente la más celosa y la más alta función y responsabilidad del Estado. Sucede entonces que el juez tenga una precisa dirección del proceso, una posición prominente y reguladora”.

como asimilar la función que cumple un *referee* de fútbol en el partido que dirige con el de una persona cualquiera sentada en la tribuna. El *referee* no solo mira, sino que es imprescindible para el desarrollo del juego, pues se encarga de aplicar sus reglas. Y si lo hace mal o no lo hace, influirá en el resultado del cotejo, a diferencia del espectador que está observando desde fuera de la cancha. Y si seguimos con el ejemplo, en el afán de que nuestro *referee* tenga protagonismo, hasta le podemos dar facultades no ya solo para cobrar tendenciosamente a favor de uno de los equipos, sino además hasta para patear el balón como cualquier jugador del conjunto que elija y marcarle goles al contrario. No resiste mayor análisis tildar al juez de mero espectador, porque durante el proceso en verdad se encarga de proyectar hacia la parte contraria todo significado procesal inserto en alguno de los actos procedimentales que recibe. Si la proyectividad es la nota distintiva del proceso y esta proyectividad está a cargo de la autoridad, no puede insistirse en que durante el proceso es un convidado de piedra.

En definitiva, dentro de los múltiples puntos que comprende el actual debate en el interior del procesalismo, aprovechamos una pequeña porción de la disputa entre activismo judicial y garantismo procesal para apenas sobrevolar el problema de los deberes y facultades de los jueces. Es necesario conjugar esta cuestión con el derecho de defensa en juicio, la garantía del proceso y su deslinde con el procedimiento, calibrándola con un sistema respetuoso de la dignidad humana.

A continuación dedicaremos unos renglones a lo que podríamos describir como una consecuencia no deseada pero bastante difundida derivada del activismo judicial: el *decisionismo*.

## 5. El decisionismo judicial

El activismo judicial —a primer golpe de vista— puede parecer atractivo si atendemos solo a la meta —es decir, si asumimos una postura exclusivamente finalista—, pues sus resultados se obtienen merced a un intervencionismo *judicial* en el método. Por consiguiente, acepta que se sacrifique la igualdad procesal y el derecho de defensa en juicio, porque dicho intervencionismo de la autoridad implica modificar las reglas de debate, desplazando a una de las partes para que actúe en su lugar el juez, que ya deja de ser imparcial al perder

su *imparcialidad*.<sup>304</sup> Así, queda desnaturalizado el proceso, transformándose en puro procedimiento.

Cuando la esencia del proceso como garantía se diluye hasta desaparecer, las partes extravían su lugar, su debate y las reglas preestablecidas, languideciendo o extinguiéndose toda posibilidad de control sobre la autoridad, que ahora encuentra el camino allanado hacia la mentada omnipotencia, tan reclamada por algún neoconstitucionalista. Comprendemos la razón de por qué la garantía del proceso es insoslayable en todo diseño jurídico y político que se enfoque en el hombre y sus derechos humanos.

Una vez confiscada a la persona la garantía del proceso, están dadas las condiciones para algunos excesos. Aquí nos interesa dedicarnos al *decisionismo judicial*.

Los problemas para determinar con mayor precisión el ámbito de actuación de los jueces dentro del sistema fue consolidando una tendencia focalizada en la disputa del poder político con los otros poderes del Estado, que a veces se manifiesta en pronunciamientos jurisdiccionales fundados más en la voluntad del decisor que en el derecho.

Atrás quedaron los tiempos donde se aceptaba la expresión *non liquet* que emitía el juzgador cuando no asomaba la claridad necesaria para resolver la cuestión.<sup>305</sup> Ulteriormente, razones más bien ligadas a la paz social y a la seguridad jurídica impusieron desde el ordenamiento legal –incluso haciendo gala de ciertas ficciones– la obligación del sentenciante de pronunciarse en todos los casos. La pretensión se acoge o se rechaza, en ambos supuestos, total o parcialmente.

Recordemos que la sentencia se debe dictar una vez transitado y agotado un proceso, pues es su objetivo. Esta resolución heterocompositiva reviste una

---

<sup>304</sup> De allí que el activismo se vea obligado a considerar solo un concepto limitado de la imparcialidad.

<sup>305</sup> El juez no puede dejar de fallar por insuficiencia u oscuridad de la ley y su decisión debe ser expresa en aquellos procedimientos que no admiten la absolución de instancia. Antiguamente, además de la absolución de la demanda, se conocía la absolución de la instancia, no de la reclamación que se hacía al demandado o de la cosa que se le pedía, sino tan solo del juicio o procedimiento seguido. Esto se verificaba cuando no aparecían bastantes méritos de las pruebas practicadas para condenarle ni absolverle libremente y no obstante arrojaban los autos lo necesario para persuadirse el juez de la justicia o de la injusticia de las reclamaciones o defensas, aunque no por un pleno convencimiento. En estos casos podía el demandante entablar un nuevo pleito, si había encontrado nuevas pruebas en que fundar su acción –*rectius*, pretensión–. V. Alsina, *Tratado...*, op. cit., 2ª edición, t. IV, pp. 88-89.

particularidad: llegado el caso, puede ser impuesta a la parte perdedora que intervino en aquel. Es decir, no se trata de una simple decisión —o mera selección entre alternativas—, sino de una que debe cumplirse aun sustituyendo una voluntad con el uso de la fuerza legítima. Por consiguiente, este tipo de decisiones resolutorias no puede ser escindida de la idea de poder.

Sin embargo, algunos magistrados evidencian una tendencia a dejar de lado el ejercicio adecuado de su poder, saltando límites y controles, inclinándose a no respetar el derecho. Por ello aparecen numerosos casos de jueces que, en vez de decidir, practican el *decisionismo*.

El decisionismo judicial incurre en el despropósito de pensar que juzgar es únicamente una cuestión de voluntad y no de razón. El decisionista niega los aspectos cognoscitivos, niega lo preexistente, lo predecible a que debe someterse. No considera como operación racional la consistente en decidir de acuerdo con el derecho y en justificar o motivar sus resoluciones, las que solo incluyen argumentos aparentes o pseudofundamentos.

Al referirse al decisionismo judicial y al juez como normador, el profesor Alvarado Velloso<sup>306</sup> indica que en los últimos años, al socaire de una afirmada defensa de la Constitución, algunos jueces con vocación de protagonismo mediático han comenzado a intervenir en toda suerte de asuntos, propios de la competencia constitucional exclusiva de otros poderes del Estado, interfiriendo con ello en la tarea de gobernar. Y, de tal forma, han abandonado el juicioso acatamiento de la ley para entrar al campo del cogobierno y, aún más, ingresando a un terreno muy peligroso: el de una suerte de increíble desgobernio, ya imposible de controlar.

De este modo —sigue su explicación— y porque quienes así actúan sostienen que lo hacen por elemental solidaridad con el más débil, con el mal defendido, con el más pobre, con el que tiene la razón pero no alcanza a demostrarla, etcétera, se generó el movimiento que se conoce doctrinalmente con la denominación de *solidarismo* y que, porque se practica aun a pesar de la ley, decidiendo lo que algún juez quiere a su exclusiva voluntad, también se llama *decisionismo*.

Añade que quien así actúa no cumple una tarea propiamente judicial, en razón de que con ello no se resuelven conflictos intersubjetivos de intereses,

---

<sup>306</sup> Cfr. Alvarado Velloso, *El debido proceso...*, op. cit., pp. 220-221.

que es la esencia de la tarea de otorgar justicia conmutativa. Antes bien, practica justicia distributiva sin tener los elementos para poder hacerlo: en primer lugar, la legitimidad de la elección por los votos del pueblo; luego, presupuesto adecuado, conocimiento de la realidad general y del impacto que causará en la sociedad el dar a unos lo que las circunstancias de la vida niegan a otros. Finalmente, deja en claro el voluntarismo del que se vale el decisionismo, pues destaca que la denominación decisionista encuentra su origen en el deseo de resolver algo a todo trance que muestra el juez y que está basado en su propia voluntad, aunque, a veces, el resultado así obtenido repugne al orden jurídico.<sup>307</sup>

Esta inclinación decisionista que actualmente crece en varios países conduce en muchos casos a que los jueces, en vez de ejercer el poder, lo ostenten primero y lo detenten después. Y, por consiguiente, casi sin advertirlo, dejan de juzgar para pasar a sojuzgar. De esta manera, consideramos de vital trascendencia remarcar la necesidad de respetar el método para arribar a la meta. Que las decisiones judiciales sean el objetivo de un proceso y el fruto del derecho.

No obstante lo apuntado, algunos sectores de la doctrina atacan el respeto al método que propiciamos aduciendo que ello provoca una lentitud procedimental de tal magnitud que cuando llega la solución de la justicia ya es tarde e ineficaz. Por tal motivo, elaboran propuestas con base en herramientas o figuras procedimentales diseñadas para lograr como objetivo una justicia expeditiva en el caso concreto, que algunos engloban en un rubro que designan como *procesos* urgentes —pero que no son procesos—. Dada la desorientación que ocasiona en muchos de los operadores esta temática, donde seguridad y celeridad se presentan como excluyentes, haremos algunas reflexiones.

## 6. El proceso ante situaciones de urgencia

Señalábamos que los mayores ataques a la propuesta de apego al método se hacen con la bayoneta de la lentitud que ello puede implicar, prefiriéndose respuestas rápidas aun a costa de la bilateralidad y la defensa en juicio. Muchas veces se recurre a casos ya no difíciles, sino trágicos,<sup>308</sup> para mostrar como

---

<sup>307</sup> *Ibid.*, p. 220, nota 39.

<sup>308</sup> Según Manuel Atienza, más allá de los casos fáciles y de los difíciles están los que cabe llamar casos *trágicos*, que son aquellos que no tienen ninguna respuesta correcta y que, por lo tanto, plantean a los jueces no el problema de cómo decidir ante una serie de alternativas —es decir, cómo ejercer su

ineficaz un sistema que rescata el valor de escuchar a quienes discuten en pie de igualdad antes de decidir el litigio.

En verdad, la instalación de ciertas figuras que buscan la celeridad a toda costa solo puede lograr sus fines por medio de actos de autoritarismo —y no de autoridad—. El precio de la rapidez se paga suprimiendo o restringiendo el derecho de defensa en juicio y desterrando la garantía del proceso. El común denominador de estas creaciones que únicamente son procedimiento es un agravante: que su resolución afectará a una persona que no ha intervenido, que se verá perjudicada por la conculcación de su derecho de defensa o por la necesidad de ejercer su derecho de acción procesal para demostrar su inocencia.

Estamos de acuerdo con que el procesalismo tiene la obligación de dar respuestas para los casos urgentes, extremos y hasta trágicos. Y puede darlas perfectamente sin tener que llegar a extirpar la garantía del proceso. Demostraremos que una cosa no quita la otra.

Una adecuada contemplación en la legislación contingente de las medidas cautelares procesales —en puridad denominativa, peticiones cautelares— y de anticipos de sentencia hacen que la eficacia o rapidez de la tutela no se agote en un antojadizo reparto de prestaciones desde la autoridad judicial, sin que importe el debate y la defensa en juicio.

Con base en confusiones conceptuales sobre figuras tales como la petición cautelar y la llamada tutela anticipada, anticipatoria, provisional o interinal, abonadas por cierta interpretación del poder cautelar genérico que consagran algunos códigos procedimentales,<sup>309</sup> una parte de la doctrina —sobre todo en Argentina— ha propagado herramientas sembradas en la ineficiencia judicial con el pretexto de obtener tutela judicial efectiva. Se ponen así bajo el manto de medidas cautelares instrumentos que nada tienen de cautela y que colisionan con principios constitucionales y del derecho internacional de los

---

discreción— sino qué camino tomar frente a un dilema. V. Atienza, Manuel. “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”. *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 6, abril 1997, ITAM, México D.F., p. 13.

<sup>309</sup> Por ejemplo, en la República Argentina el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en su artículo 232 reza: “Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia”.

derechos humanos: nos referimos a lo que se conoce como medida innovativa y sentencia autosatisfactiva.<sup>310</sup>

No tenemos dudas de que, básicamente, desde la técnica es posible habilitar una justicia provisional inmediata y rápida que morigere los perjuicios que en ciertos casos ocasiona el tiempo que demanda el proceso –única vía posible hacia la justicia definitiva–. Mientras la tutela anticipada busca evitar que la demora en el dictado de una sentencia genere un daño irreparable, la petición cautelar apunta a asegurar el cumplimiento de un pronunciamiento jurisdiccional futuro. Por lo tanto, resulta evidente que los presupuestos de una y otra no coinciden –con excepción de la contracautela–: las cautelares requieren la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora; en cambio, las anticipatorias o provisionales necesitan una fuerte probabilidad del derecho y un daño inminente e irreparable.

A esto se agrega que el proveimiento o despacho de las cautelares inexorablemente se efectúa inaudita parte –siguiendo la regla de la unilateralidad– a fin de no frustrarla con, por ejemplo, la posibilidad de insolvencia del deudor. Pero el pedido de medidas provisionales o de tutela anticipada necesariamente debe ser bilateralizado para oír a la parte que será afectada. Esta sustanciación –alineada con derechos humanos ínsitos en el proceso– no conlleva al fracaso de la medida, debido a las características de la figura.

Un último aspecto por destacar es que nunca admitiremos la incorporación al proceso penal de la tutela anticipada, pues representa lisa y llanamente un supuesto de anticipo de pena.

En consecuencia, los casos urgentes bien pueden ser adecuadamente atendidos por los jueces con medios como los explicados –sin violar derechos humanos–, por lo que resulta innecesario el sacrificio de la garantía del proceso en nombre de la eficacia y la celeridad.

## 7. Los jueces ante la garantía del proceso

La ampliación de la competencia de los jueces y las nuevas tareas a su cargo en el modelo institucional actual hacen que cumplan una importante misión para ayudar a la protección y el respeto de los derechos humanos cuando fracasó toda otra vía. Pero, quedó asentado, deben tomarse algunos recaudos para

---

<sup>310</sup> V. Alvarado Velloso, *Sistema...*, op. cit., t. II, p. 574.

que no se constituyan en *alfa* y *omega* del sistema jurídico, político, económico y social. Es obvio y necesario que los medios empleados para resguardar los derechos humanos deben comenzar por respetarlos.

Entonces, si su protección y respeto necesita del dictado de una decisión judicial –o arbitral–, vale dejar bien sentada nuestra posición: la garantía del proceso es el método o camino –de obligado tránsito previo a la resolución del caso– que emana de los derechos humanos y que, a su vez, el sistema democrático prevé. Recordemos que supra –capítulo 9, apartado 7– vinculamos los derechos humanos con la democracia y el proceso, observando cómo es posible la plena realización de la dignidad humana y la contemplación en ese esquema de la libertad, la defensa en juicio, la igualdad jurídica, el diálogo, el consenso y la seguridad.

Es cierto que los jueces se encargan de resolver casos puntuales, dictando lo que para algunos es –por su naturaleza– una norma jurídica particular y concreta. Por eso están –o debieran estar– cerca del problema. No obstante, su proximidad funcional no debe confundirnos y hacernos pensar que el caso lo resuelve a voluntad, por un simple motivo: el problema afecta también a otros.

La sola circunstancia de que una conducta interese al derecho hace que inexorablemente comiencen a tallar ciertos límites. Porque, como las conductas que le interesan al derecho son las intersubjetivas –no las íntimas o privadas que no influyen en ninguna otra persona–, razones de convivencia social pacífica les imponen a aquellas una cantidad de condiciones desde el sistema jurídico. En consecuencia, los jueces deben atender el caso concreto y tomar decisiones que respondan al mencionado sistema jurídico.

Caso y sistema se conectan en el proceso. Los más acérrimos defensores de la casuística suelen justificar su desdén por todo lo que huelga a sistema mostrando casos –algunos que encuadran en la categoría de *trágicos*– donde la solución que se brinda desde el ordenamiento jurídico violaría el derecho. Esto, más que servir para apoyar su posición, nos señala algo muy importante: si aun para uno y solo un caso se llega a violar el derecho al respetar el sistema jurídico, es porque en este algo falla. Pero, si el sistema se construye a partir de los derechos humanos que se admiten preexistentes y prepositivos, se los reconoce, declara y protege –incorporándolos explícita o implícitamente–, no hay que temer. El desafío, pues, está en la edificación de un sistema que respete en serio el derecho, donde englobamos al derecho natural y al positivo.

Podemos ahora apreciar desde otro ángulo la importancia del proceso como método de debate propio de un sistema respetuoso de los derechos humanos. Nada puede criticarse si a la hora de efectivizar derechos se recurre a una herramienta que atiende la dignidad humana. Aunque, como vimos, esta idea tiene todavía numerosos detractores –guiados más que nada por apetencias de poder o por inclinaciones autoritarias– que integran el grupo de quienes prefieren el procedimiento al proceso.

La escasa celeridad, atentatoria de la eficacia, es el argumento esgrimido para desterrar el proceso; aún sigue viva la llama de quienes lo ven como un mal social –mito al que hicimos referencia en el capítulo 2–.

Pero la celeridad depende de factores extraprocesales –el funcionamiento del sistema de justicia, de sus operadores y de las normas procedimentales, etc.– dado que el proceso es concepto. Ya hemos expuesto<sup>311</sup> cómo se puede asegurar el cumplimiento de una futura sentencia con la cautela y cómo se puede mitigar el daño que ocasiona a una persona el tiempo que dura un proceso –*rectius est*, procedimiento– con los anticipos de sentencia. Si por eficacia entendemos la capacidad para producir los efectos deseados, en este sentido no hallamos en el proceso la negación misma de ello, ya que como método de debate es tan eficaz como eficiente.<sup>312</sup>

Ergo, se puede intentar la protección de los derechos humanos a través de los jueces andando sobre dos senderos conocidos: el del procedimiento y el del proceso. El primero puede parecer muy eficaz y expeditivo, pero –según venimos iterando– a costa del derecho de defensa, la igualdad y el derecho a ser juzgado por un juez imparcial. Y si revisamos un poco más la cuestión, en verdad su resultado será más efectista que eficaz, pues, al no intervenir el eventual y futuro afectado en la cadena de actos que conduce a la formación de la decisión de autoridad, esta no solo será el fruto de la violación de sus derechos humanos, sino que además hará que muy probablemente deba activar algún mecanismo de defensa si el sistema lo permite. Y el mecanismo de defensa

---

<sup>311</sup> V. supra, apartado 6.

<sup>312</sup> La doctrina moderna, estudiando el fenómeno desde la perspectiva de las partes procesales, señala una doble línea por la que deben actuar a efectos de obtener una adecuada y efectiva heterocomposición del litigio debatido en el proceso: a) la *línea de eficacia*, que se presenta dentro del marco estricto de la pura actividad de procesar; y b) la *línea de eficiencia*, que tiende a la resolución del litigio –el contenido de la sentencia–. Cfr. Alvarado Velloso, *Sistema...*, op. cit., t. I, p. 317.

previsto no sería otro que un proceso. Aunque ya será tarde, pues igualmente se conculcaron derechos del hombre para proteger derechos: ese proceso que se inicia, en última *ratio*, apunta a demostrar un estado de inocencia. Toda una contradicción en sí misma. De nuevo, es el proceso el definitivo y real guardián de los derechos humanos.

En resumidas cuentas, si se prefiere su protección con el procedimiento, podremos conseguir un resultado expeditivo y *efectista*, pero que no cierra la brecha, ya que este medio en sí deja heridas abiertas en derechos humanos de los eventuales afectados por la resolución. Si, en cambio, escogemos la garantía del proceso, la obtención del fin rara vez será inmediato, pero la solución será segura y *efectiva* —siempre dentro de los naturales límites de la obra humana— por la sola circunstancia de tratarse de un método que surge del mismo núcleo de derechos humanos que respeta. De allí que sea posible resolver el caso observando un medio para arribar al fin.

Queda clara la dicotomía: los jueces pueden proteger los derechos siguiendo un camino *efectista* y sin debate —donde solo interesa la meta— o uno *efectivo* que acepta el debate —cuya resolución será fruto del respeto al método para arribar a la meta—. La elección de uno y otro depende de ellos en muchos ordenamientos jurídicos. De allí que hayamos insistido hasta el hartazgo a lo largo de esta obra en marcar las diferencias conceptuales entre proceso y procedimiento. Solo el primero es garantía del hombre. Al segundo no le restamos importancia por su *cuasiomnipresencia* en el mundo de las actuaciones jurídicas, pero a lo sumo puede —y debe— aspirar a ser la mejor compañía de ruta posible de la *garantía de garantías*, que por tratarse de un concepto necesita el aporte de la materialidad procedimental.

El protagonismo judicial de estos días, como vimos, se debe más a la realidad provocada por la magnitud de la crisis política del Estado, que a una coordinada decisión institucional o al consenso logrado por los integrantes del poder judicial de comportarse en tal sentido. El cambio de dirección de los reclamos de las personas hacia los jueces, ante la falta de respuesta de otros sectores, no justifica que aquellos deban resolver los casos de manera exclusivamente política, salteando los métodos jurídicos que el sistema ofrece. Por eso, para nosotros, el meollo del asunto pasa por atender las nuevas competencias y tareas judiciales manteniendo la esencia de la función jurisdiccional: actuar como tercero imparcial respetando el método de debate, previo a pro-

ferir resolución. Resolución que, de este modo, emanará del derecho aunque arrastre consecuencias políticas o directamente trate cuestiones de esa naturaleza. Ahora, si el método es el procedimiento, que es el mismo que utilizan los funcionarios administrativos para atender las peticiones que le llegan, solo habremos conseguido abrir una ventanilla burocrática más, que se distingue de las restantes porque se identifica con un cartel donde se lee *poder judicial*. La política le gana terreno al derecho. Que es lo mismo que afirmar que el Estado triunfa sobre la persona humana.

En el proceso, según enfatizamos, subyace un punto de encuentro entre sistema y problema, entre derecho y caso. Si existe convicción en hallar una solución a la dificultad de hacer respetar los derechos humanos respetándolos, poniendo el foco en el hombre para que no quede a merced de decisiones autoritarias o voluntaristas, y de esta manera reconocer que aquellos le pertenecen por su dignidad, entonces ha llegado el momento de encarar el cicolópeo trabajo de construir un sistema para la casuística que apunte al equilibrio de ambos factores, donde se le debe abrir paso al proceso como garantía que nace de la dignidad humana y los derechos humanos. Así queda en manos del hombre un medio efectivo de control y limitación al poder dentro de un sistema democrático que lo tendrá de exclusivo protagonista.

El proceso, entonces, florece en los derechos del hombre como *garantía humana* que brinda a la democracia un método de debate pacífico y un límite al avance del poder sobre la persona.

## 8. Recapitulación

Los nuevos desafíos que presentan los cambios políticos, jurídicos, sociales y económicos que provienen de la paulatina transformación del vínculo entre sociedad y Estado, redundan en nuevas competencias y tareas para los jueces del siglo XXI.

La concepción clásica de división de funciones del liberalismo como herramienta jurídica que subordina el poder al derecho ha sido desbordada y superada por el Estado social. Pero el fracaso de este en cumplir con las prestaciones prometidas ha ocasionado –más por necesidad de demandas sociales insatisfechas que por decisión política– que, en la actualidad, una nada desdeñable porción de los reclamos se canalicen vía poder judicial.

La situación apuntada –no exenta de una dosis de desconcierto en los operadores– obliga a un replanteo de fondo: como para el Estado de hogañeo no resulta idóneo el esquema jurídico de división de poderes clásico que fijaba los controles y contrapesos antaño, no tardaron en confundirse, superponerse y desbalancearse las distintas funciones. En este contexto, los jueces adquieren un protagonismo que aumenta día a día, pues, ante el incumplimiento del asistencialismo por parte de los organismos encargados naturalmente de ello, da la impresión que ahora es el poder judicial el responsable de acordar los beneficios sociales. En alguna medida esta sensación alienta el espejismo del solidarismo y el decisionismo judicial. Es la consecuencia de asumir posturas eminentemente finalistas, que de una u otra forma en algún momento estarán dando la espalda a los derechos humanos.

Si bien con las recientes transformaciones del Estado debe aceptarse que los jueces decidan no solo sobre cuestiones jurídicas, sino también sobre algunas con ribetes políticos, ello no los coloca por encima de los derechos humanos y el sistema democrático. Es importante que no soslayen la observancia de la garantía del proceso como método previo al dictado de las resoluciones que se le requieren, cuando van a afectar a una persona distinta al peticionante.

En el proceso es posible conectar el sistema con el problema del caso. Se nos presenta así la oportunidad de encontrar un medio que nos deposite en el punto de equilibrio entre dos variantes que hicieron y hacen de norte de la actividad de las autoridades jurisdiccionales: la aplicación mecánica de la ley y la ominipotencia judicial. Ese medio que hace entrar en escena al hombre cuando sus derechos humanos están en juego es la garantía del proceso. De allí nuestra insistencia en revalorizarlo como método que –ante la crisis del esquema clásico de división de poderes– inserta la actuación de los jueces en el sistema democrático, sirviendo como instrumento de control y balance, apuntalando el respeto de los derechos de un hombre que se debe colocar y mantener como centro y fin de un ordenamiento jurídico edificado con una piedra angular: el reconocimiento de derechos humanos preexistentes e inherentes a su propia naturaleza.

## Epílogo

Importantes cambios políticos, sociales, económicos, culturales y jurídicos se vienen sucediendo sin solución de continuidad desde hace siglos. Si de alguna manera buscamos poner una fecha de corte hacia el pasado, dos grandes revoluciones de finales del siglo XVIII —una en América, otra en Europa— provocaron en Occidente una notable influencia: nos referimos a la norteamericana de 1776 y la francesa de 1789, que hacen germinar las ideas que inspiran la democracia moderna a partir de la libertad y la igualdad. El liberalismo en lo político y el racionalismo en lo filosófico acompañaban el elemento diferenciador de ambos hitos históricos: la esfera jurídica. Mientras los del Nuevo Mundo básicamente mantuvieron el conocido *common law*, los galos van dando forma al legalismo positivista, sistema desconocido hasta entonces. Por su parte, el avance constitucional va gestando el reconocimiento de una primera generación de derechos que venía acompañada con instrumentos de efectivización apropiados.

Retornando al legalismo, su implementación no hizo esperar una marcada influencia en la órbita de la justicia: el juez ya no era más un delegado del poder real, sino que constituía un poder independiente, subordinado de la ley y aplicador de ella, obligado a motivar sus decisiones para que quedara expuesta la vinculación de la norma elegida con el caso concreto. El recurso de casación aseguraba que el juzgamiento fuera según lo previsto por la ley, que en este modelo era equivalente al derecho. El acotamiento de las fuentes y el ámbito interpretativo completaban un panorama estricto.

Los reclamos que se incrementaron en las postrimerías del siglo XIX alumbraron a comienzos del siguiente las primeras constituciones que reconocían derechos sociales, que se fueron consolidando en sucesivas oleadas. El realismo

ocupar el sitio de honor. Lamentablemente, la empresa no es sencilla y aún falta un largo trecho.

Mientras la conciencia democrática se va afianzando ante la autocrática, los derechos humanos no superan, muchas veces, el nivel de meras declamaciones. A los juristas, todavía, nos cuesta despojarnos de antiguas ataduras y seguimos titubeando a la hora de cubrir el déficit de construir el derecho a partir de los derechos humanos. La doctrina, que insiste mayoritariamente con teorías inadecuadas para el alba del siglo XXI, se extravía por laberintos que casi nunca conducen a la dignidad humana. Quizás esto explique por qué cuesta tanto poner en manos del hombre un medio que le posibilite la real efectivización de todos los derechos que le pertenecen. Las concepciones hoy más repetidas solo atinan a reivindicar el poder de los jueces y a mantener un sistema de justicia procedimentalizado y a la medida de la autoridad jurisdiccional. El ser humano —y su extensa lucha por limitar y controlar el poder— y los valores republicanos y democráticos brillan por su ausencia en estas ideas, que demuestran cómo el estatismo, el neoinquisitismo, el autoritarismo y el posmodernismo pueden integrar un frente común.

Sin embargo, estamos convencidos de que se puede construir un sistema político, social, económico y jurídico para el hombre, a partir de su dignidad humana. De ella emana un núcleo prepositivo de derechos y garantías que coadyuvan a su protección, que deben ser promovidos, declarados y reconocidos de manera explícita o implícita por el ordenamiento.

Los derechos, muchas veces, solo podrán hacerse realidad en última instancia si el hombre cuenta con un mecanismo idóneo de efectivización para poner en marcha. Ese mecanismo es el proceso, que no es una creación o dádiva política, sino método pacífico de debate, garantía de garantías para el sistema democrático y límite al poder, que asoma desde las entrañas de los derechos humanos, que es la mismísima dignidad de la persona humana.

Nuestras reflexiones únicamente aspiran a señalar que es tan posible como necesario emprender cuanto antes una magnífica obra destinada al hombre: edificar un proceso con derechos humanos.

## Bibliografía

- AGUILÓ, JOSEF. "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica". *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 6, abril 1997, ITAM, México D.F., p. 71.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. 1ª reimpresión. México D.F.: UNAM, 1992.
- ALCHOURRÓN, CARLOS E. & BULYGIN, EUGENIO. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Ed. Astrea; 1987.
- ALBERDI, JUAN BAUTISTA. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina; 1998.
- ALSINA, HUGO. *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*. 1ª edición. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores; 1941.
- . *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*. 2ª edición. Buenos Aires: Ed. Ediar; 1963.
- ALVARADO VELLOSO, ADOLFO. *Introducción al estudio del derecho procesal*. Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni; 1992.
- . *El debido proceso de la garantía constitucional*. Rosario: Ed. Zeus; 2003.
- . "La imparcialidad judicial y la prueba oficiosa". En: Alvarado Velloso, Adolfo & Zorzoli, Oscar (dirs.). *Confirmación procesal*. Colección Derecho Procesal Contemporáneo. Buenos Aires: Ed. Ediar; 2007, p. 1.
- . *Sistema procesal: garantía de la libertad*. Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni; 2009.
- . *Lecciones de derecho procesal civil. Compendio del libro "Sistema procesal: garantía de la libertad" adaptado a la legislación procesal de la Capital Federal y de la Provincia de Buenos Aires por Gustavo Calvinho*. Buenos Aires: Ed. La Ley; 2010.

- ÁLVAREZ GARDIOL, ARIEL. *Introducción a una teoría general del derecho. El método jurídico*. 1ª reimpresión. Buenos Aires: Ed. Astrea; 1986.
- . *Derecho y realidad. Notas de teoría sociológica*. Rosario: Ed. Juris; 2005.
- . *Epistemología jurídica*. Rosario: Ed. Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas; 2010.
- AMAYA, JORGE ALEJANDRO. “De mayorías y minorías en la democracia”. *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Debates de Actualidad*, año XXI, N° 197, julio-diciembre 2006, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 7.
- . *Visiones de una Constitución*. Buenos Aires: Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, 2004.
- ARIANO DEHO, EUGENIA. “En los abismos de la cultura del proceso autoritario”. En: Alvarado Velloso, Adolfo & Zorzoli, Oscar (dirs.). *El debido proceso*. Colección Derecho Procesal Contemporáneo. Buenos Aires: Ed. Ediar; 2006, p. 97.
- ATIENZA, MANUEL. “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”. *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 6, abril 1997, ITAM, México D.F., p. 7.
- BADENI, GREGORIO. *Instituciones de derecho constitucional*. Buenos Aires: Ed. Ad-hoc; 1997.
- BARRIOS DE ÁNGELIS, DANTE. *Teoría del proceso*. 1ª edición. Buenos Aires: Ed. Depalma; 1979.
- . “Los artículos 110 y 111 del CGP (nulidades). Aristóteles y el sistema del proceso”. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 1/1999, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, p. 21.
- . *Teoría del proceso*. 2ª edición. Buenos Aires: Ed. B de F; 2005.
- BENABENTOS, OMAR ABEL. *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*. Rosario: Ed. Juris; 2001.
- . *Teoría General del Proceso*. Rosario: Ed. Juris; 2002.
- BERTOLA, MARÍA CRISTINA. “La regla del previo agotamiento de los recursos internos en la demanda de responsabilidad internacional del Estado por violación a los derechos humanos”. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. 2007-D, p. 1096.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Nueva edición ampliada y actualizada. Buenos Aires: Ed. Ediar; 1995.
- . *El derecho constitucional humanitario*. Buenos Aires: Ed. Ediar; 1996.

- BIDART CAMPOS, GERMÁN. *Manual de la Constitución reformada*. 3ª reimpresión. Buenos Aires: Ed. Ediar; 2001.
- . “Algunos aniversarios que debemos recordar en este año 2003 con memoria jurídica”. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. 2003-E, p. 1490.
- . *Nociones constitucionales. Las intersecciones iusnaturalistas de la Constitución*. Buenos Aires: Ed. Ediar; 2007.
- BINDER, ALBERTO M. *El incumplimiento de las formas procesales*. Buenos Aires: Ed. Ad-hoc; 2000.
- BOBBIO, NORBERTO. *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Traducción de Jorge Binaghi. 1ª reimpresión. Barcelona: Ed. Gedisa; 2000.
- BOVERO, MICHELANGELO. *Una gramática de la democracia contra el gobierno de los peores*. Traducción de Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Ed. Trotta; 2002.
- BRISEÑO GARCÍA CARRILLO, MARCO ERNESTO. “El trámite procedimental. Simplificación y unificación de los procedimientos”. Ponencia presentada en el XX Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Santiago de Chile, agosto 2007.
- BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO. *Derecho procesal*. México D.F.: Ed. Cárdenas; 1969.
- . “Los ‘principios’ del procedimiento mexicano”. *Revista Procesal de México*, año 2, Nº 1, 1973, Ed. Cárdenas, México D.F., p. 7.
- . *Compendio de derecho procesal*. México D.F.: Ed. Humanitas; 1989.
- . “Esbozo del procedimiento jurídico”. VV. AA. *Teoría unitaria del proceso*. Rosario: Ed. Juris; 2001, p. 451.
- . *El derecho procedimental*. México D.F.: Ed. Cárdenas; 2002.
- CALAMANDREI, PIERO. “¿Abolición del proceso civil?”. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1938, I, p. 336.
- CARLOS, EDUARDO B. *Introducción al estudio del derecho procesal*. Buenos Aires: Ed. EJE; 1959.
- CARNELUTTI, FRANCESCO. *Instituciones del proceso civil*. Traducción de la quinta edición italiana por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ed. EJE; 1959.
- . *Cómo se hace un proceso*. Traducción de Sentís Melendo y Ayerra Redín. Rosario: Ed. Juris; 2005.
- CARO BAROJA, JULIO. *El señor inquisidor*. Madrid: Ed. Alianza; 1994.

- CHAUMET, MARIO E. & MEROI, ANDREA A. “¿Es el derecho un juego de los jueces?”. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. 2008-D, p. 717.
- CIPRIANI, FRANCO. “El 3 de febrero de 1903 entre mito y realidad”. Traducción de Eugenia Ariano Deho. *ElDial.com*, DC3C3. Buenos Aires: Ed. Albreimática; 2004.
- . “El proceso civil entre la libertad y la autoridad (el Reglamento de Klein)”. En: Alvarado Velloso, Adolfo & Zorzoli, Oscar (dirs.). *El debido proceso*. Colección Derecho Procesal Contemporáneo. Buenos Aires: Ed. Ediar; 2006, p. 153.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL. *Derecho y política. El continente político del derecho. Elementos básicos de una filosofía política trialista*. Buenos Aires: Ed. Depalma; 1976.
- . “El juez, el proceso y el Estado en la postmodernidad”. *Investigación y Docencia*, N° 33, 2000, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, p. 19.
- COMANDUCCI, PAOLO. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis meta-teórico”. Traducción de Miguel Carbonell. *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 16, abril 2002, ITAM, México D.F., p. 89.
- COSSIO, CARLOS. “El conocimiento de protagonista”. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1953, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. 69, p. 734.
- COUTURE, EDUARDO. *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ed. Ediar; 1948.
- . *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª edición. Buenos Aires: Ed. Roque Depalma; 1958.
- . *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª edición (póstuma). Reimpresión inalterada. Buenos Aires: Ed. Depalma; 1977.
- DALLA VIA, ALBERTO. “Los jueces frente a la política”. *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 22, abril 2005, ITAM, México D.F., p. 19.
- . “El derecho constitucional: entre la doctrina y el discurso”. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. 2007-D, p. 1193.
- DIP, RICARDO. *Los derechos humanos y el derecho natural. De cómo el hombre imago Dei se tornó imago hominis*. Madrid: Ed. Marcial Pons; 2009.
- FAYT, CARLOS S. “Los derechos sociales en la Constitución Nacional”. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. 2008-A, p. 779.

- FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Ed. Trotta; 1995.
- FERRAJOLI, LUIGI. "El derecho como sistema de garantías". *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 2/1999, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, p. 203.
- . *El garantismo y la filosofía del derecho*. Traducción de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2000.
- FINNIS, JOHN. *Ley natural y derechos naturales*. Traducción de Cristóbal Orrego Sánchez con la colaboración de Raúl Madrid Ramírez. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot; 2000.
- FIGUEROA, ANA MARÍA. "Globalización jurídica, neoconstitucionalismo y crímenes de lesa humanidad". *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. 2008-A, p. 981.
- GARCÍA VELÁSQUEZ, MARIO DAVID ANTONIO. *La tutela de urgencia y el desajuste sistémico constitucional*. Tesis de Maestría en Derecho Procesal, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 2007, inédita.
- GARDERES, SANTIAGO & VALENTÍN, GABRIEL. *Bases para la reforma del proceso penal*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer; 2007.
- GARRIDO GÓMEZ, MARÍA ISABEL. "Fundamentos e instrumentos de la regulación globalizadora de los derechos fundamentales". *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 11, 2007/2008, p. 25.
- GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS. "Neoconstitucionalismo y última palabra". *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. 2008-B, p. 985.
- GOLDSCHMIDT, WERNER. *Conducta y norma*. Buenos Aires: Ed. Valerio Abeledo; 1955.
- GONZÁLEZ, ROBERT MARCIAL. "Alcances de la prueba judicial dentro de un sistema de enjuiciamiento republicano". En: Alvarado Velloso, Adolfo & Zorzoli, Oscar (dirs.). *Confirmación procesal*. Colección Derecho Procesal Contemporáneo. Buenos Aires: Ed. Ediar; 2007, p. 129.
- GOZAÍNI, OSVALDO ALFREDO. *Derecho procesal constitucional. El debido proceso*. Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni; 2004.
- GUIBOURG, RICARDO A. "Las dificultades filosóficas del pensamiento jurídico". *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. 2008-B, p. 1328.

- HABERMAS, JÜRGEN. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 4ª edición. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Ed. Trotta; 1998.
- HERVADA, JAVIER. *Escritos de derecho natural*. 2ª edición ampliada. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra; 1993.
- IBÁÑEZ DE ALDECOA, ALFONSO. *Meditaciones sobre la cientificidad dogmática del derecho procesal*. Buenos Aires: Ediciones Arayú; 1954.
- JUSTO, ALBERTO M. "La actitud del pueblo hacia la judicatura". *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1946, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. 43, p. 1001.
- KAMEN, HENRY. *La inquisición española: una revisión histórica*. Traducción de María Morrás. Barcelona: Ed. Crítica; 1999.
- LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA. "El derecho procesal como sistema de garantías". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, N° 107, mayo-agosto 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 531.
- LORENZETTI, RICARDO L. "El paradigma del Estado de derecho". *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. 2005-F, p. 1415.
- MAIER, JULIO B. J. *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*. 2ª edición, 1ª reimpresión. Buenos Aires: Ed. del Puerto; 1999.
- MARTIN, REX. *Un sistema de derecho*. Traducción de Stella Álvarez. Barcelona: Ed. Gedisa; 2001.
- MONTERO AROCA, JUAN. "Libertad y autoritarismo en la prueba". En: Alvarado Velloso, Adolfo & Zorzoli, Oscar (dirs.). *Confirmación procesal*. Colección Derecho Procesal Contemporáneo. Buenos Aires: Ed. Ediar; 2007, p. 197.
- MONTES DE OCA, M. A. *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Ed. Tipo-litografía La Buenos Aires; 1917.
- MORENO RODRÍGUEZ A., DIEGO. "La doctrina del Estado de derecho y sus virtudes". Tema: filosofía del derecho, deontología jurídica. *Revista jurídica CEDUC*, 2001, Asunción. Reedición en CD-ROM, año 2007.
- NINO, CARLOS SANTIAGO. *Introducción al análisis del derecho*. 2ª edición ampliada y revisada, 13ª reimpresión. Buenos Aires: Ed. Astrea; 2005.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. "La dignidad humana y los derechos fundamentales. El bloque constitucional de derechos fundamentales". *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción de Chile*, N° 15, 2007-1, Concepción, p. 43.

- OST, FRANÇOIS. “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”. Traducción de Isabel Lifante Vidal. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 14, 1993, Universidad de Alicante, Alicante, p. 169.
- PADILLA, MIGUEL M. “Cómo nació la Declaración Universal de Derechos Humanos”. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. 1988-E, p. 1081.
- PARODI REMÓN, CARLOS. “¿Activismo o garantismo judicial?”. Ponencia presentada en las *XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Málaga, octubre 2006.
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2002.
- PISARELLO, GERARDO. “Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”. *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 15, octubre 2001, ITAM, México D.F., p. 81.
- PIZZOLO, CALOGERO. “Populismo y rupturas constitucionales. Los casos de Venezuela, Bolivia y Ecuador”. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. 2007-C, p. 819.
- PODETTI, J. RAMIRO. *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*. Buenos Aires: Ed. Ediar; 1963.
- QUINCHE RAMÍREZ, MANUEL FERNANDO. *Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias*. 6ª edición. Bogotá: Ed. Doctrina y Ley Ltda.; 2010.
- RAMÍREZ CARBAJAL, DIANA MARÍA. “Hacia la construcción de un derecho procesal constitucional para Colombia”. Hernández Villarreal, Gabriel (dir.). *Perspectivas del derecho procesal constitucional*. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario; 2007, p. 262.
- Reale, Miguel. *Fundamentos del derecho*. Traducción de la segunda edición brasileña por Julio O. Chiappini. Buenos Aires: Ed. Depalma; 1976.
- RUIZ MIGUEL, ALFONSO. “Constitucionalismo y democracia”. *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 21, octubre 2004, ITAM, México D.F., p. 51.
- SAGÜES, NÉSTOR PEDRO. *Elementos de derecho constitucional*. 2ª edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Ed. Astrea; 1997.
- . “El concepto de ‘desconstitucionalización’”. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. 2007-B, p. 1268.

- SALAZAR UGARTE, PEDRO. "Introducción al análisis del sistema republicano". Barceló Rojas, Daniel A. & Valadés, Diego (coords.). *Examen retrospectivo del sistema constitucional mexicano. A 180 años de la constitución de 1824*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México; 2005, p. 255.
- SAMAJA, JUAN. *Epistemología y metodología. Elementos para una teoría de la investigación científica*. 3ª edición, 4ª reimpresión. Buenos Aires: Ed. Universitaria de Buenos Aires; 2004.
- SANTIAGO, ALFONSO (H). "Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo". *Dikaion, Revista de Actualidad Jurídica*, vol. 17, 2008, Universidad de La Sabana, Facultad de Derecho, Chía, p. 131.
- SHAPIRO, IAN. "Elementos de la justicia democrática". Traducción de Amalia Amaya y Pablo Larrañaga. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 20, 1997, Universidad de Alicante, Alicante, p. 331.
- SUPERTI, HÉCTOR. "La garantía constitucional del juez imparcial en materia penal". En: Alvarado Velloso, Adolfo & Zorzoli, Oscar (dirs.). *El debido proceso*. Colección Derecho Procesal Contemporáneo. Buenos Aires: Ed. Ediar; 2006, p. 313.
- THURY CORNEJO, VALENTÍN. *Juez y división de poderes hoy*. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina; 2002.
- ULLOA, ANA LILIA. "Democracia sustancial y el coto vedado de los derechos humanos". *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 10, abril 1999, ITAM, México D.F., p. 191.
- VANOSI, JORGE REINALDO. *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*. Buenos Aires: Ed. Universitaria de Buenos Aires; 1982.
- VELUZZI, VITO. "Interpretación sistemática: ¿un concepto realmente útil? Consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación". Traducción de Amalia Amaya. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 21-I, 1998, Universidad de Alicante, Alicante, p. 65.
- VILANOVA, JOSÉ. *Elementos de filosofía del derecho*. 2ª edición actualizada. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot; 1984.
- VON BERTALANFFY, LUDWIG. *Teoría General de los Sistemas. Fundamentos, desarrollo, aplicaciones*. Traducción de Juan Almela. 7ª reimpresión. México D.F.: Ed. Fondo de Cultura Económica; 1989.