

**EL PROCESO CON
DERECHOS HUMANOS**

Método de debate y límite al poder

GUSTAVO CALVINHO

LA LEY PARAGUAYA



GUSTAVO CALVINHO

Abogado (UBA) y Magíster en Derecho Procesal (UNR) / Coordinador del Departamento de Derecho Procesal Civil, Universidad Austral / Profesor adjunto por concurso en el Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires / Docente estable en la Maestría en Derecho Procesal, Universidad Nacional de Rosario / Profesor invitado en la Especialización en Derecho Procesal, Universidad Nacional de Córdoba / Profesor visitante en la Especialización de Derecho Procesal Civil y Probatorio de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Bogotá.

Miembro Titular del Instituto Panamericano de Derecho Procesal y Miembro Honorario de los Ilustres Colegios de Abogados de Arequipa, Tacna y Puno (Perú).

Premio Humberto Briseño Sierra en el VI Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista (Azul, 2004).

Autor de los libros: El sistema procesal de la democracia. Proceso y derechos fundamentales / Estudios procesales. Enfoque sistemático pro homine (Lima, 2008) / En coautoría: El derecho procesal del si-

PROLOGO

La palabra *garantismo* tiene aristas urticantes para mucha gente marcada desde antaño por un periodismo amarillo que le asigna semántica y recurrentemente un significado similar al de un libertinaje permisivo con los más recalcitrantes delincuentes ⁽¹⁾, a quienes hay que proteger con desmedro de los intereses de la ciudadanía buena y respetuosa de la ley.

Para algunos juristas, en cambio, *garantismo* es sinónimo de absoluto e irrestricto respeto por la Constitución Política: en mi caso, de la República Argentina.

Enseñan bien los docentes de la asignatura respectiva que todo texto constitucional *declara* cuáles son los valores supremos que deberán marcar la armónica convivencia entre gobernantes y gobernados y que, en orden a ellos, consagra *derechos* concretos cuya permanente vigencia asegura a favor de los particulares. Como contrapartida, también asegura que éstos tendrán *garantías* que les permitirán hacer efectivos los derechos conculcados y, así, lograr el cabal cumplimiento de tales *declaraciones*.

Y se acepta generalizadamente que tales *garantías* están constituidas por el fácil acceso a la jurisdicción a través del proceso, por los medios impugnativos que aseguran un adecuado control de constitucionalidad, por el amparo judicial, y por los llamados *recursos* de hábeas corpus y hábeas data ⁽²⁾. Con una amplitud más restringida, iguales términos se emplean en las restantes Constituciones de América.

Si se acepta que el proceso no es una idea *jurídica* sino *lógica*, que muestra la existencia de un *método* de debate dialogal y argumentativo para que dos

⁽¹⁾ En la Argentina de hoy se ha llegado a decir por algún periodista importante que la máxima aspiración del *garantismo procesal* es colocar una puerta giratoria en la entrada de las comisarías de policía para que la personas imputadas de delito y, por ende, detenidos, puedan salir con el mismo envión del ingreso. Por supuesto, y como se verá luego en el texto, la inexactitud de la afirmación es manifiesta.

⁽²⁾ Ya se verá luego en el texto que hay quienes mencionan otras garantías de errática esencia y quienes confunden claros derechos con *garantías*.

miembros *naturalmente desiguales* de una sociedad dada puedan discutir en pie de *igualdad jurídica* ante un tercero no interesado, quien resolverá llegado el caso y si es que no hay autocomposición previa, se aceptará también que *el proceso es la garantía por excelencia* ⁽³⁾ en todas las Constituciones en razón de que la totalidad de las garantías recién enunciadas son, en esencia, *proceso*.

Quienes se han dado cuenta de ello –hoy, los menos en nuestros sufridos países del cono sur del continente– han adoptado de inmediato el ideario garantista que, insisto, brega desde siempre por la irrestricta vigencia de un sistema de enjuiciamiento de corte acusatorio neto y no inquisitivo, cual el que nos rige hasta la actualidad, y que nos ha llevado al estado caótico de total desencanto, al cual refiere el autor en el texto.

Todo este introito ha tenido por objeto mostrar que GUSTAVO CALVINHO ha sido garantista aun antes de conocer sus fundamentos, que aprendió muy rápidamente al cursar la Carrera de Posgrado de *Maestría en Derecho Procesal* de la Universidad Nacional de Rosario, de la cual es brillante egresado con el título académico de *Magíster en Derecho Procesal*.

De pensamiento recto y no dubitativo, ha hecho de la docencia una habitual actividad que desempeña con toda solvencia y especial aceptación en la Universidad Nacional de Buenos Aires, donde ejerce en la cátedra de Práctica Profesional, única que enseña a los alumnos a abogar ⁽⁴⁾ en el llano donde siempre está situado el hombre de a pie que sufre la injusticia en todas partes.

En los últimos años, y ya docente efectivo de la mencionada Carrera, ha girado circularmente por toda América latina dando conferencias de su especialidad y, recientemente, logrando compatibilizar el *Proceso* con la *Constitución* y con los hasta hace pocos años mal conocidos y desde siempre poco respetados *derechos humanos*.

Clara muestra de ello es este libro, donde CALVINHO desarrolla impecablemente la secuencia de ideas que son necesarias de tener claras y de ordenar para comprender integralmente el fenómeno de la conjunción *Constitución – Proceso – DDHH*, que pocos especialistas alcanzan siquiera a vislumbrar, particularmente

⁽³⁾ Lo que no descarta, obviamente, que haya un *derecho al proceso*, para iniciarlo, continuarlo y finalizarlo.

⁽⁴⁾ Paradojalmente, esto no ocurre con la única asignatura de grado pensada para hacer esta enseñanza: el *Derecho Procesal*. Y es que, inexplicablemente y desde el advenimiento mismo de la democracia en la Argentina, se puso en práctica el poco ortodoxo plan –por llamarlo de alguna manera– de hacerla desaparecer de hecho en los planes de estudio de casi todas las universidades de la ciudad de Buenos Aires, donde se la presenta hasta hoy con el nombre de *Elementos de Derecho Procesal* y se enseña en un cuatrimestre del primer año de estudios con una carga horaria de cuatro horas semanales. Los resultados están a la vista, según lo ha advertido la abogacía seria del país, que los sufre con cansina resignación.

muchos docentes de Derecho Procesal Constitucional que se dedican desde antaño a enseñar otras cosas menores.

La obra se divide en cuatro *partes* con contenidos bien diferenciados pero imprescindibles de integrar: 1) Hombre, Derecho y Derechos Humanos; 2) Efectivización de los Derechos; 3) Sistemas de Enjuiciamiento y 4) Garantía del Proceso, conteniendo cada parte varios *capítulos* hilvanados consecucionalmente entre ellos con una lógica total expuesta con un método impecable, sin fisuras ni vueltas atrás.

Creo que es de la mayor importancia el punto de partida, centrado en el problema del *lenguaje jurídico*, con específica referencia a su multivocidad y equivocidad a partir de la conceptualización misma de lo que es el Derecho, que desarrolla con vasta cultura jurídica exhibida en las numerosas citas que utiliza al efecto.

El paso siguiente pretende mostrar qué es el Derecho Procesal en su esencia misma como *cuestión política*, cosa que ha sido negada desde finales del siglo XIX por los autores italianos que la tildaron de *cuestión técnica* al defender la inexplicable vigencia ⁽⁵⁾ del *Código de Procedura* italiano de DINO GRANDI, tratando de desvincular así su contenido de la ideología fascista imperante en el nefasto gobierno de BENITO MUSSOLINI, que lo impuso.

Tal aclaración permitirá luego al autor establecer marcadas diferencias entre los conceptos de *procedimiento* y *proceso*, explicando detenidamente qué es cada uno de ellos y mostrando en cuáles de los sistemas de enjuiciamiento conocidos se presentan ⁽⁶⁾. Y todo ello dentro el marco de un notable despliegue de erudición histórica que le permitirá al lector comprender de inmediato los *por qué* y los *para qué* de cada una de las ideas aquí desarrolladas, que terminarán con la aceptación de la existencia de una *teoría unitaria* del Derecho Procesal, imposible de soslayar hoy.

Pasa de inmediato a explicar la *Teoría General de los Sistemas* ⁽⁷⁾, dando las razones por la cuales cabe ser aplicada para un adecuado desarrollo de esta obra:

⁽⁵⁾ A partir de la finalización de la II Guerra Mundial, ocasión en la cual los vencedores arrasaron con la legislación de los países vencidos que integraban el Eje. Salvo con dicho *Código*, que tanta mala influencia ha tenido hasta hoy en toda la América latina.

⁽⁶⁾ El tema es de la mayor importancia a partir de la doctrina que diversifica los clásicos *principios del proceso* y los clasifica en *principios* propiamente dichos, *reglas técnicas* del debate y sistemas. A partir de allí se entiende bien que el *sistema acusatorio* es tal porque respeta los principios procesales, sin importar al efecto las reglas técnicas con las cuales lo instrumenta. El *sistema inquisitorio*, en cambio, carece de principios y se maneja exclusivamente con reglas técnicas. Lo que demuestra su inconstitucionalidad, toda vez que no puede haber inviolabilidad de la defensa en juicio (o *debido proceso*) sin la presencia de un juez auténticamente imparcial, imparcial e independiente.

⁽⁷⁾ Desconocida por la generalidad de juristas.

encontrar un punto de equilibrio en la discusión dialéctica entre *sistemática* y *casuística* ya que “permite ordenar conceptos, valorar sus interrelaciones y tendencia a la compatibilidad, a fin de buscar la mejor coordinación entre los subsistemas”.

En el capítulo siguiente se ocupa de explicar los conceptos atinentes al sistema democrático *pro homine*, donde hace expresa crítica al *neoconstitucionalismo* que ha generado el *activismo judicial* tan en boga en todos nuestros países al socaire de jueces que no respetan la Ley y actúan según sus propios y particulares criterios de justicia. A la inversa de la fórmula aconsejada por *RAWLS*.

Llega así naturalmente al desarrollo de los *derechos y garantías*, acotando la importancia de atender la diferencia conceptual entre ambos términos ya que la efectivización de aquéllos es asegurada desde éstas, pues constituyen funcionalmente el *medio* con que cuenta el hombre para defender sus derechos frente a las autoridades, los individuos y los grupos sociales y económicos. De allí pasa a ocuparse de inmediato del problema de la real efectividad de los derechos más allá de los derechos internos, brindando soluciones que se ajustan al contenido de los Pactos internacionales reguladores del tema.

Explica luego y con mucho detenimiento las características de cada uno de los ya mencionados sistemas de enjuiciamiento desde sus aspectos procesales e históricos, de imprescindible lectura para comprender la verdadera magnitud de la crítica que el garantismo hace del activismo judicial. Continúa con todo lo relativo al proceso propiamente dicho y finaliza con una muestra del actuar de los jueces respecto de la garantía del proceso. Y así llega a exhibir las diferencias esenciales que se advierten rápidamente entre jueces garantistas y jueces activistas.

A la postre, todo esto sirve para dar base a su propuesta de edificar la idea de *proceso* considerándolo sólo como una derivación de la dignidad humana a partir de los derechos que busca proteger y efectivizar pues, desde esta perspectiva, es sencillo comprender por qué debe darse cabida irrestricta al derecho de igualdad jurídica en el debate mediante el ejercicio de la defensa en juicio a base de reglas conocidas, preestablecidas e invariables.

Si bien se mira el *iter* del desarrollo de la tesis conceptual contenida en este libro, se advierte de inmediato que el autor ha logrado unir impecablemente ideas de común dispersas pero que se ordenan en una sola línea del pensamiento garantista: *Constitución – República – Garantía – Proceso – Derechos Humanos*.

Y esto es un mérito indiscutible pues la simple lectura del libro tornará imprescindible la adopción de su ideario. Por eso será bienvenida esta obra en el mundo de quienes no cohonestan el sistema judicial activista que tanto daño ha hecho a la civilidad de todos nuestros países durante los últimos años.

Para finalizar: esta obra se ha construido intelectualmente con claro y profundo conocimiento del tema y, es destacable, con excelencia docente, pues lleva de la mano al lector a la obligada y única conclusión que muestra que todo lo atinente a los *derechos humanos* –suerte de triunfo final del jusnaturalismo sobre la dogmática⁽⁸⁾– es únicamente aplicable en un Estado que acepte que el *proceso* es *garantía*. Y tal cosa se presenta con exclusividad en el sistema acusatorio de enjuiciamiento, tanto civil cuanto penal, del cual estamos aún tan lejos en todos nuestros países no obstante encontrarse legislado y vigente en casi todos lados.

No creo que otra conclusión pueda ser obtenida por lector alguno después de acceder a esta obra, forjada a la luz del pensamiento metodológico del inolvidable JUAN SAMAJA y de la cultura garantista adquirida –a no dudar– en la Carrera de Posgrado de *Maestría en Derecho Procesal* que dirijo en la Universidad Nacional de Rosario, donde se practica diariamente su lema: *pensemos el derecho*. Y este libro es clara muestra de ello,

Desde antaño se dice que el triunfo final de un docente universitario es lograr que sus discípulos lo superen. Tal es el caso de GUSTAVO CALVINHO. Por eso, este prólogo agradecido.

ADOLFO ALVARADO VELLOSO
A comienzos del 2012.

⁽⁸⁾ Así surge del pensamiento del autor: “Por nuestra parte, creemos haber dejado suficientemente en claro que no vemos la génesis de los derechos humanos en el *consenso* sino en la misma *naturaleza del hombre*: la vida, la salud, la libertad y la dignidad, son propias de la esencia misma de la persona y no frutos de acuerdos políticos”.

Índice General

PRÓLOGO	XI
INTRODUCCIÓN.....	3

PRIMERA PARTE HOMBRE, DERECHO, SISTEMA Y DEMOCRACIA

Capítulo I El hombre, el derecho y los derechos humanos

1. Exordio.....	9
2. El problema del lenguaje	10
3. Advertencias sobre el concepto de derecho	13
4. El Derecho con Derechos Humanos	16
5. El derecho en contacto con la vida social.....	19
6. Recapitulación	22

Capítulo II El derecho procesal

1. Exordio.....	23
2. Dos mitos del proceso	24
3. El Derecho Procesal y su objeto de conocimiento.....	28
4. Algunos apuntes históricos del Derecho Procesal.....	30
5. La apertura hacia otras disciplinas, la sistematización y la teoría unitaria del Derecho Procesal	32
6. Recapitulación	34

Capítulo III

La sistematización

1. Exordio.....	35
2. La teoría general de los sistemas	37
3. De la teoría general de los sistemas al sistema jurídico	38
4. El aporte de la teoría general de los sistemas.....	39
5. Recapitulación	42

Capítulo IV

Los conceptos atinentes al sistema democrático *pro-homine*

1. Exordio.....	43
2. La democracia.....	45
2.1. La democracia formal	48
2.2. La democracia sustancial	49
3. El constitucionalismo.....	50
3.1. El neoconstitucionalismo	53
3.2. El desconstitucionalismo.....	54
4. La república.....	55
5. El Estado de Derecho	58
6. Recapitulación	60

SEGUNDA PARTE

LA EFECTIVIZACION DE LOS DERECHOS

Capítulo V

Los derechos y las garantías

1. Los derechos y las garantías en democracia	63
2. La diferenciación conceptual entre derechos y garantías.....	65
3. El reconocimiento de los Derechos Humanos en el sistema democrático	67
4. Recapitulación	70

Capítulo VI

El problema de la efectivización de los derechos

1. La protección de los derechos humanos en el derecho interno y en el derecho internacional	71
2. La necesidad de mejorar la efectivización de los derechos.....	74
3. La efectivización de los derechos sociales.....	77
4. Recapitulación	80

TERCERA PARTE

LOS SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO

Capítulo VII

El concepto de sistema de enjuiciamiento

1. Exordio.....	85
2. La sistematización del derecho procesal y el sistema de enjuiciamiento.....	86
3. Los sistemas de enjuiciamiento	88
4. La adecuación del sistema de enjuiciamiento a la democracia y a los derechos humanos.....	89
5. Recapitulación	90

Capítulo VIII

La descripción de los sistemas de enjuiciamiento

1. Exordio.....	93
2. El sistema procesal dispositivo o acusatorio.....	94
3. El sistema procedimental inquisitivo o inquisitorio	97
4. Recapitulación	103

CUARTA PARTE
LA GARANTIA DEL PROCESO

Capítulo IX
El proceso

1. Exordio..... 107

2. El concepto de instancia y su clasificación 108

3. El proceso 111

 3.1. Las notas constitutivas del proceso 111

 3.1.1. La conducta 112

 3.1.2. La serie 112

 3.1.3. La nota distintiva: La proyectividad 114

 3.2. Causa, razón, fin y objeto del proceso 115

 3.3. La actividad procedimental y el control de los sujetos procesales 119

 3.4. El proceso como método de debate 121

4. El procedimiento 124

5. Proceso, procedimiento e imparcialidad..... 127

6. Consideraciones sobre el sintagma debido proceso 134

7. Proceso, derechos humanos y democracia 135

8. Recapitulación 137

Capítulo X
Los jueces ante la garantía del proceso

1. Exordio..... 141

2. El juez en el contexto socio-político actual..... 144

3. La contribución del derecho procesal al sistema de justicia democrático.... 146

4. El activismo jurisdiccional y el garantismo procesal..... 150

5. El decisionismo judicial 153

6. El proceso ante situaciones de urgencia..... 156

7. Los jueces ante la garantía del proceso 158

8. Recapitulación 161

IX

ÍNDICE

EPÍLOGO..... 163

BIBLIOGRAFÍA 167