

**ESTRUCTURA BÁSICA DE LOS DISCURSOS GARANTISTA
Y ACTIVISTA DEL DERECHO PROCESAL**

ERIN CANTEROS

**ESTRUCTURA BÁSICA DE LOS
DISCURSOS GARANTISTA Y ACTIVISTA
DEL DERECHO PROCESAL**

ADVOCATUS



FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO
DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS



La reproducción de este libro, ya sea total o parcial, en forma idéntica o con modificaciones, escrita a máquina por el sistema Multigraph, mimeógrafo, impreso, etc., que no fuera autorizada por esta Editorial, es violatoria de derechos reservados. Toda utilización debe ser solicitada con anterioridad.

Canteros, Fermín

Estructura básica de los discursos garantista y activista del derecho procesal / Fermín Canteros. - 1a ed - Córdoba: Advocatus, 2025.

141 p.; 21 x 14 cm.

ISBN 978-987-551-556-7

1. Derecho Procesal. I. Título.

CDD 347

Editado por:

ADVOCATUS

Obispo Trejo 181 - Córdoba. Argentina.

editorial@eadvocatus.com.ar



Moreno 1580 2000 - Rosario. Argentina.

editorial@editorialjuris.co

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en Argentina

PR LOGO

r r d dd 2211
rr dd MM
d r d rr
d d d r r d rr
d r ZULLY DEGANO r r rd d r
r rr dd rdd dddd rr
d d d
EDGARDO SAUX ACOSTA ENRIQUE MÜLLER d
r r
r r
d r dddd
r r d d d rdd
d r r
FERMÍN CANTEROS.

Desde hace casi treinta años -en rigor, desde que dirijo la Carrera de *Maestría en Derecho Procesal* de la Universidad Nacional de Rosario- busco constantemente a abogados que muestren a simple vista la inteligencia, paciencia, interés y dedicación que exige la imperiosa necesidad de crecimiento en clave constitucional del Derecho nacional, gobernado hoy por lo que, a mi parecer, es demasiada y alocada improvisación, reñida desde siempre con las más elementales reglas de la lógica y, mucho más importante, con la esencia misma de la juridicidad republicana, que exige plena y constante confianza en la seguridad del legítimo contenido de la norma y en su juiciosa aplicación por los jueces a todo caso justiciable. Y cuando tengo la suerte de encontrarlos, hago lo imposible a fin de reclutarlos como cursantes de mi Maestría.

Eso mismo hice con FERMÍN CANTEROS: lo intimé muy afectuosamente a cursar mi Carrera apenas se recibiera. Y así fue como, obtenido su título abogadil el 23 de febrero de 2011, se incorporó en el mes de marzo del mismo año a la Cohorte 14° de la Maestría, una de las más conspicuas y numerosas¹ de las veintinueve que se computan hasta el día de hoy en la Facultad de Rosario, donde muy pronto sobresalió.

Mediando ya el segundo año me envió un trabajo escrito para cumplir exigencia propia del cursado, que me sorprendió gratamente por la comprensión y exposición de las ideas allí expresadas con excelente y entretenida prosa. Tanto así, que decidí publicarlo -por las mías, y sin noticia previa al autor- en una colección de textos jurídicos que a la sazón dirigía yo en la antigua *Editorial Juris* de Rosario con el título "*Estructura básica de los discursos activista y garantista del Derecho Procesal*" que, en definitiva, es este mismo libro que hoy presento en el Paraguay.

¹ La cohorte se compuso con 117 alumnos provenientes de casi todas las provincias argentinas y de Colombia, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay.

Siendo que era sorpresa para el autor, mantuve silencio al respecto hasta la primera clase del siguiente módulo presencial donde, en presencia de todos los alumnos de la Cohorte 14°, y dando noticia inicial de lo acaecido en el tiempo transcurrido desde el anterior encuentro, lo presenté exhibiendo en alto un ejemplar y diciendo lenta y espaciadamente: “Muestro acá el primer ejemplar de la primera edición del primer libro de... FERMÍN CANTEROS

Recuerdo que fue como si cayera un rayo en el medio del salón. De inmediato, sorpresa de todos, aplauso generalizado y cuasi desmayo emocionado del autor, que no esperaba trascendencia alguna de lo que para él había sido simple tarea para aprobar una asignatura propia del cursado.

Uelga decir que la obra se agotó de inmediato, por lo que hubo que tirar una y otra edición hasta llegar a un total de cuatro en la Argentina. Después de eso, el libro fue publicado en el Paraguay², en el Perú³ y en Colombia⁴.

Tan singular éxito autoral exigía entonces una nueva y renovada edición local. De donde resulta muy bienvenida esta publicación que *intercontinentalfrece* al profesional paraguayo, pues actualiza el tema de la discusión que se da desde hace años en el enfrentamiento que se muestra hoy en la coexistencia de dos actitudes judiciales antagónicas practicadas diariamente en la realidad tribunalicia: la que se autodenomina *activista* -practica el *activis* - y la que se conoce como *garantista* -practica el *garantis* - procesal.

La tendencia activista, en inexplicable auge en las repúblicas latinoamericanas, comprende a quienes practican el *autoritaris* o

² Ed. La Ley Paraguaya, Asunción, Paraguay, año 2012.

³ Ed. Egacal, Lima, Perú, año 2014.

⁴ Ed. Fondo Editorial de la Corporación Universitaria Remington, Medellín, Colombia, año 2014.

procesal clara muestra de *totalitaris o olítico* -que los hay, y muchos- en tanto que la mención de *garantista* -absoluta mayoría en el sistema penal y franca minoría en lo *no penal* civil, laboral, familia, etc. - refiere a quienes sostienen que el proceso *garantía de libertad* en un plano constitucional y no *medio de control social*⁶ o de *resistencia olítica*⁷ Esta separación conceptual no es novedosa, ya que tiene profundas raigambres en la historia, tanto antigua como reciente.

Para la mejor comprensión del tema, recuerdo que el activismo judicial concibe al proceso como un método de *investigación*⁸, en tanto que el *garantis* lo hace como un método de *discusión*. La

⁵ Se entiende por *autoritario* lo que se funda o apoya exclusivamente en la autoridad. Pero también refiere al que abusa de su autoridad o la impone a todo coste. De donde viene *autoritaris*, que menciona al abuso de autoridad o a la existencia de sumisión total a ella.

⁶ Cual lo imaginó FRANZ KLEIN *guardasella* del Emperador FRANCISCO JOSÉ y puso en práctica en su *regla para* el Imperio Austrohúngaro, que tanta influencia tiene hasta el día de hoy en todos los procesalistas de América, inexplicablemente deslumbrados todavía por la idea de que el proceso *es un al en sí mismo* y no un eficiente *medio* para el verdadero mal: el *conflicto intersubjetivo de intereses* producto de una inadecuada convivencia entre los hombres. Recuérdese que dicho *regla para* de 1851 y a eso le llama *modernidad* del procesalismo americano

⁷ Cual fue con toda claridad el *dogma Procesal civil* italiano de 1940, cuya *posición* *de Motivos* -firmada por DINO GRANDI- lo constituye en paradigmático modelo fascista de juzgamiento y de sojuzgamiento. Y éste es el modelo que siguen a pie juntillas todos los códigos actuales aun en regímenes políticos democráticos y republicanos, cual el paraguayo..

⁸ En este método, el sujeto importante es el propio investigador: siempre el juez de la causa. Y cada una de las partes es, literalmente, *nadie*. A punto tal de que el reo penal ha sido el *objeto* un sujeto- del proceso durante todo el siglo pasado. Por supuesto, en esta condición, el juez lleva adelante el curso de la acción y prueba oficiosamente.

Esto es una *concepción republicana de proceso* en la cual los sujetos importantes son las propias partes en litigio y el juez -como indudable autoridad, que lo es- se pone al servicio de ellas para dirigir el debate procesal y, eventualmente, resolver el litigio si es que no autocomponen previamente sus intereses encontrados.

diferencia entre ambas concepciones es abismal y no admite lógicamente un *tertium genus* tal como lo sostienen varios autores divorciados de la realidad del litigio.

Si bien ambos son *todos*, sólo el segundo es compatible con la idea constitucional del *debido proceso*, pues sirve desde sus

¹⁰ De donde resulta que no puede existir un *tertium ius*. Por eso es que los sistemas de enjuiciamiento son solamente dos: el *acusatorio* y el *inquisitorio*, siendo admisible postular la vigencia de un sistema *mixto*, ~~esto~~ lo hace toda la doctrina autoral en los últimos cincuenta años, siguiendo la doctrina sentada a mediados del siglo ~~XX~~ por la Escuela Procesal de Córdoba, Argentina.

¹¹ El concepto comprende dos significados diferentes, no captados habitualmente por el abogado litigante. El primero, refiere a un claro derecho de todo ciudadano frente al Estado, lo que implica que el debido proceso debe ser considerado por todo jurista no como la regulación de un simple trámite sino como *un límite al Poder*. El segundo se vincula con la única garantía que al mismo ciudadano le otorga la Constitución para resguardar la vigencia de todos los demás derechos que ella consagra a su favor.

Para entender estas afirmaciones, cabe recordar que desde el siglo pasado la doctrina publicista califica insistentemente al proceso como el *debido proceso* a partir de concebirlo como un claro derecho constitucional de todo particular y como un deber de irrestricto cumplimiento por la autoridad, sin advertir que luego propicia soluciones legales que se contraponen con el concepto. De ahí que es interesante señalar que el sintagma *debido proceso* ~~es~~ novedoso en su época pues, no obstante que la estructura interna del proceso -que todo el mundo acepta que es una serie consecutiva- aparece natural y lógicamente en el curso de la historia con antelación a toda idea de *constitución*, las cartas políticas del continente no incluyen en su mayoría la adjetivación *debido*, concretándose en cada caso a asegurar la *inviolabilidad de la defensa en juicio* ~~procedimiento~~ *racional y usual* lo hace la Constitución de Chile.

El origen generalmente aceptado de la palabra *debido* se halla en la *Quinta Enmienda* de la Constitución de los Estados Unidos de América que, al establecer los derechos de todo ciudadano en las causas penales dice en su parte pertinente que no podrá "someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en una causa penal, no se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso judicial". Este mandato figura nuevamente en el texto de la *Decimocuarta Enmienda* ~~de~~ como restricción al poder de los Estados confederados donde se utilizan palabras similares: "...ningún Estado

inicios para que dos personas naturalmente desiguales en estado de conflicto puedan discutir acerca de un bien de la vida en pie de perfecta igualdad jurídica asegurada al efecto de la discusión por un tercero neutral juez que debe actuar funcionalmente de modo imparcial, imparcial e independiente de ellas.

El proceso existe como tal en tanto se adecue plenamente al conocido por todos -pero comprendido por pocos- como *rincio de*

podrá tampoco privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido *rocedimiento urídico*

Las Constituciones paraguaya y argentina no definen el concepto de *debido roceso* aunque sí lo aceptan como derecho de todos los ciudadanos conforme antigua y recurrente jurisprudencia de las respectivas Cortes nacionales. Tal vez por esa razón o por la imprecisión terminológica que sistemáticamente emplean los autores que estudian el tema, la doctrina en general se ha abstenido de definir en forma *ositiva debido roceso* haciéndolo *re negativa y ente* así, se dice que *no es debido roceso legal* qué por el que -por ejemplo- se ha restringido el derecho de defensa o por tal o cual otra cosa. Esto se ve a menudo en la doctrina que surge de la jurisprudencia de nuestros máximos tribunales. No obstante todo ello, si se pasan a afirmativas las concepciones negativas y se hace un mínimo inventario de las *rases hechas* acuñadas por la jurisprudencia argentina, por ejemplo, podría decirse que el *debido roceso* supone: 1 *el derecho a la urisdicción*, que es imprescriptible, irrenunciable y no afectable por las causas extintivas de las obligaciones ni por sentencia 2 que implique *el acceso al tribunal* y, 3 *la osibilidad lena de audiencia* cual lleva aneja una *activa citación* que permita total conocimiento de la acusación o demanda cursada 4 *la determinación previa del lugar del uicio* 5 *el derecho del reo de e licarse en su ro ia lengua* que comprende el derecho de que el proceso se efectúe con un *rocedimiento e ica* y sin *dilaciones* adecuado a *la naturaleza del caso usticial* 8 *blico, asistencia letrada* eficiente desde el momento mismo de la imputación o detención.

Concebido entonces como *todo*, y tal como lo adelanté en el texto, los autores han visto al proceso, a través de la historia, con dos finalidades antagónicas: es método de *discusión* debate regulado por la ley y dirigido por un juez, donde los sujetos realmente importantes son las propias partes o método de *investigación* donde el sujeto importante es el juez y las partes se convierten en objeto de la investigación, lo que se ve muy, muy claro en el proceso penal de todos los tiempos. *asta hoy* .

imparcialidad del juzgador, único que asegura la vigencia del *principio de igualdad jurídica ante la ley* de los parciales que se encuentran en litigio¹².

¹² Para comprender mejor el planteo que aquí hago del tema, lo primero que cabe hacer es aclarar al lector qué entiendo por *principio*, a fin de establecer puntualmente el valor de las palabras: se trata de un simple *punto de partida*. Pero así como nadie puede caminar *hacia ninguna parte* (siempre que lo haga tomará una dirección: hacia adelante, hacia atrás, etcétera), ese punto de partida debe ser visto en función de lo que se pretende hallar o lograr al llegar (en el derecho privado esto se llama *causa eficiente* y *causa fin*).

Si lo que se desea es regular un medio pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas en pie de igualdad ante un tercero que heterocompondrá el litigio, formular los *principios* necesarios para lograrlo implica tanto como trazar las líneas directivas fundamentales que deben ser *imprescindiblemente* respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema.

Así concebidos, los *principios procesales* –propiamente dichos, sin importar ahora las denominaciones erróneas que consigna habitualmente la doctrina– son solo cinco: 1) la *imparcialidad* del juzgador; 2) la *igualdad* de las partes litigantes; 3) la *transitoriedad* del proceso; 4) la *eficacia* de la serie procedimental y, 5) la *moralidad* en el debate.

La extensión comprometida para esta presentación determina que ahora pueda detenerme sólo en la explicación del *principio de imparcialidad del juzgador*. De tanta importancia es éste que su existencia regula por sí misma el que un proceso sea tal y no otra cosa, pues indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (*imparcialidad*) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (*imparcialidad*) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (*independencia*).

Esto, que se presenta como obvio –y lo es– no lo es tanto a poco que el lector quiera estudiar el tema en las obras generales de la asignatura. Verá en ellas que, al igual que lo que acaece con el concepto de *debido proceso*, la mayoría se maneja *por aproximación* y nadie lo define en términos positivos.

En realidad, creo que todos –particularmente los magistrados judiciales– sobreentienden tácitamente el concepto de imparcialidad pero –otra vez– nadie afirma en qué consiste con precisión y sin dudas. Por eso es que se dice despreocupada –y erróneamente– que los jueces del sistema inquisitivo pueden ser y de hecho son imparciales en los procesos en los cuales actúan.

Pero hay algo más: la palabra *imparcialidad* significa varias cosas diferentes a la *falta de interés* que comúnmente se menciona en orden a definir la cotidiana labor de un juez. Por ejemplo, 1) ausencia de prejuicios de todo tipo (particularmente raciales o religiosos), 2) independencia de cualquier opinión y, consecuentemente, tener oídos sordos ante sugerencia o persuasión de parte interesada que pueda influir en su ánimo, 3) no identificación con alguna ideología determinada, 4) completa ajenez frente a la posibilidad de dádiva o soborno y 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. 5) Y también es no involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso y, 6) evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción, 7) así como de fallar según su propio conocimiento privado el asunto. 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. Pero su importancia es manifiesta pues solo con su irrestricta vigencia se asegura la cabal existencia del *principio de igualdad de las partes*. Y esto es asaz claro.

Si, esencialmente, todo proceso supone la presencia de dos sujetos que mantienen posiciones antagónicas respecto de una misma cuestión (pretensión y resistencia) y si la auténtica y única razón de ser del proceso es *erradicar la fuerza ilegítima de una sociedad dada* y, con ello, igualar jurídicamente las diferencias naturales que irremediamente separan a los hombres, es consustancial de la idea lógica de proceso el que el debate se efectúe *en pie de perfecta igualdad*. Tan importante es esto que todas las constituciones del mundo consagran de modo expreso el *derecho de igualdad ante la ley*, prohibiendo contemporáneamente algunas situaciones que implican clara desigualdad: prerrogativas de sangre y de nacimiento, títulos de nobleza, fueros personales, etcétera, y admitiendo otras que permiten paliar la desigualdad: el libre acceso a los tribunales de quienes carecen de los medios económicos suficientes para ello, etcétera. En el campo del proceso, igualdad significa *paridad de oportunidades y de audiencia*; de tal modo, las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas no pueden constituir, respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio, ni el juez puede dejar de dar un tratamiento absolutamente similar a ambos contendientes.

La consecuencia natural de este principio es la regla de la *bilateralidad o contradicción*: cada parte tiene el irrestricto derecho de ser oída respecto de lo afirmado y confirmado por la otra. En diferentes palabras: igualdad de ocasiones de instancias de las partes. Si esto no se respeta habrá una simple *apariencia de proceso*. Pero nunca un *verdadero proceso*, tal como lo concibo en esta obra acorde con el

Estas sensibles diferencias que aquí se presentan escuetamente al sólo efecto de que sirvan como introducción al tema del libro, son desarrolladas y notablemente explicadas por el autor en las páginas del texto que sigue, que descarto será estudiado con avidez.

Si ello ocurre, auguro al lector una lectura entretenida, un provechoso aprendizaje del tema y, si aún no conoce su importancia práctica, descuento que al finalizar su primera visión -o, tal vez, una segunda - del libro, comenzará un extendido período de reflexión acerca de las profundas implicaciones jurídicas y políticas que caracterizan el tema aquí abordado. Y ello será, a no dudar, pura ganancia y provecho.

Con la absoluta certeza de que ello redundará en beneficio propio de cada uno y del sistema judicial mismo, hago votos para que así sea.

Adolfo Alvarado Velloso

En el invierno del 2021 y en Punta del Este, Uruguay.

mandato constitucional. Con lo dicho hasta acá acerca del tema *principios*, creo que es suficiente para que pueda comprenderse lo que aquí se expone y sostiene.